



HAL
open science

Le juge administratif irakien, les Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable

Zeerak Doski

► **To cite this version:**

Zeerak Doski. Le juge administratif irakien, les Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable. Droit. Normandie Université, 2019. Français. NNT : 2019NORMLH10 . tel-02286009

HAL Id: tel-02286009

<https://theses.hal.science/tel-02286009v1>

Submitted on 13 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Normandie Université

THÈSE

Pour obtenir le diplôme de doctorat

Spécialité Droit public

Préparé au sein de l'Université du Havre

Titre : Le juge administratif irakien, les Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable

Présentée et soutenue par

Zeerak Doski

**Thèse soutenue publiquement le 11 juin 2019
devant le jury composé de**

| | | |
|---------------------------|---|----------------------|
| Monsieur Fabien Bottini | MCF université Le Havre Normandie | Directeur de thèse |
| Monsieur Arnaud de Raulin | PU université de Polynésie française | Codirecteur de thèse |
| Monsieur Marc Debène | PU Emèrite université de Polynésie française, Recteur | Rapporteur |
| Monsieur Georges Saad | PU Kuwait International Law School | Rapporteur |

Thèse dirigée par Mr. Fabien Bottini et co-dirigée par Mr. Arnaud de Raulin



À mes
chers parents,

Aux Martyrs du Kurdistan,

L'Université du Havre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS :

Je voudrai d'abord remercier mes directeurs de thèse, Monsieur Fabien Bottini, pour la confiance qu'il m'a accordé et pour avoir accepté de diriger mon travail et surtout pour sa patience et son soutien.

Je remercie également mon co-directeur de thèse, le professeur Arnaud de Raulin pour son soutien continuel depuis notre rencontre à Dohok il y a plus de sept ans et pour m'avoir encouragé à faire des efforts en langue française et préparer une thèse en France.

Je souhaite enfin exprimer ma gratitude au Doyen Georges SAAD, qui m'a soutenu intellectuellement comme un grand frère et qui a su me faire aimer la France et la francophonie juridique

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I. L'INFLUENCE DE L'IDEOLOGIE DES DROITS DE L'HOMME SUR L'ORGANISATION DE LA JUSTICE IRAKIENNE

TITRE Ier. LES DROITS DE L'HOMME DANS LE MONDE ARABE

CHAPITRE I. LE ROLE JOUE PAR L'OCCIDENT DANS LA PROMOTION DES DROITS DE L'HOMME

CHAPITRE II. LA RECEPTION DE L'IDEOLOGIE DES DROITS DE L'HOMME DANS LE MONDE ARABE

TITRE II. L'ORGANISATION DE LA JUSTICE AU KURDISTAN D'IRAK

CHAPITRE I. LA JUSTICE IRAKIENNE FACE A LA SPECIFICITE DU STATUT DU KURDISTAN

CHAPITRE II. L'ORIGINE RECENTE DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN IRAK

PARTIE II. L'INFLUENCE DU PROCES ADMINISTRATIF FRANÇAIS SUR LE PROCES ADMINISTRATIF IRAKIEN

TITRE Ier. LA REPRISE PAR LE JUGE IRAKIEN DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES ADMINISTRATIF FRANÇAIS

CHAPITRE I. L'EVOLUTION DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE FRANÇAISE

CHAPITRE II. L'EVOLUTION DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE IRAKIENNE

TITRE II. LE JUGE ADMINISTRATIF IRAKIEN FACE AUX CONTENTIEUX SPECIALISES

CHAPITRE I. LA POLICE ADMINISTRATIVE : UNE NOTION ESSENTIELLE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET IRAKIEN

CHAPITRE II. LE JUGE ADMINISTRATIF IRAKIEN ET LE DROIT DE L'ENVIRONNE

INTRODUCTION

Le choix de notre sujet était en soi plein d'embûches. Ce sujet « le juge administratif irakien, les Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable en Irak » exige du chercheur une vaste connaissance de la structure constitutionnelle et administrative irakienne et une précision dans le choix des décisions juridictionnelles, dans un pays où les Droits de l'Homme ne sont pas le sujet favori des hommes politiques.

C'est la constitution qui régule la structure juridictionnelle en Irak à travers la loi organisationnelle (loi n°160 de 1979). La constitution irakienne dit dans son article 86 que dans l'autorité judiciaire fédérale il y a « le Haut Conseil Judiciaire, la Cour suprême fédérale, la Cour de Cassation fédérale, le parquet, la Commission de contrôle judiciaire et certaines autres cours fédérales qui sont régulées par la loi » .

Nous voudrions dans notre introduction exposer ce qui était le plus important dans notre thèse, organisé en points.

- Droits de l'homme

Les Droits de l'Homme ont occupé une place importante dans notre travail. Nous avons défini cette notion dans son histoire et dans son actualité. Le concept de Droits de l'Homme est par définition universaliste et égalitaire, incompatible avec les systèmes et les régimes fondés sur la dictature ou la « supériorité historique » d'une caste, d'une race, d'un peuple, d'une croyance, d'une classe. C'était notre point de départ. Et d'ailleurs c'est bien la position soutenue par les auteurs irakiens en général, à l'exception des islamistes fondamentalistes qui ne voient que leur propre interprétation erronée comme la seule qui doit être admise et qui fait des ravages en raison d'une ignorance extraordinaire des principes de base de la pensée et de la science.

Sur la question des Droits de l'Homme nous avons évoqué un certain relativisme rationnel qui les caractérise: Il faut considérer par exemple la nature du régime politique du pays: un pays socialiste, capitaliste, communiste, dictatorial, religieux, etc. Dans un État capitaliste on

s'attache surtout au respect des droits civils et politiques. Dans les sociétés à régime socialiste, on privilégie les droits économiques, sociaux et culturels. Ils ont la priorité.

Notre thèse étant de droit comparé nous nous sommes bien sûr appuyés sur le droit français, indispensable à nos yeux pour toute étude juridique. Concernant les Droits de l'Homme nous avons évoqué l'importante Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée sous la forme d'une déclaration le 7 décembre 2000 et qui a acquis une valeur contraignante depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009.

- Droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable est défini dans le premier chapitre. C'est un des Droits de l'Homme essentiels. Toute personne doit avoir le droit d'être jugée par un juge indépendant et impartial, dans le cadre d'un procès équitable.

Le juge applique les lois et les règles de la procédure. Il doit respecter le principe du « contradictoire » et du respect des droits de la défense. Le départ est toujours l'article 6-1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme : toute personne a le droit d'être entendue de manière juste. Et on doit lui assurer un procès par une cour impartiale.

Dans un procès civil, chaque partie doit pouvoir confirmer son point de vue, connaître et débattre des arguments et des preuves de son adversaire. La justice pénale est fondée sur le principe constitutionnel d'après lequel la loi définit la gravité des infractions commises et des sanctions applicables à leurs auteurs (principe de la légalité des peines et des crimes). Il est impossible de poursuivre ou de condamner une personne pour des faits imprévus, et le droit à un procès pénal équitable c'est fondamentalement le droit de se défendre tout au long de la procédure devant les tribunaux : lors des enquêtes de police, du procès ou de l'exécution des jugements.

Le droit à un procès équitable n'a été traité par les auteurs irakiens sous l'angle du droit pénal et en vertu des principes des Nations-Unies ; non au regard des principes européens. Nous exposerons les conditions d'un procès équitable : l'obligation de mener le procès, du début à la fin, conformément aux normes établies par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Le pouvoir judiciaire doit dans cette perspective être une autorité indépendante et impartiale.

Puis nous définissons dans ce premier chapitre le procès équitable sous l'angle du droit administratif, notre sujet principal : le droit administratif et ses règles procédurales sont nés de la volonté de ne pas appliquer à l'administration les règles du droit commun, pénal comme civil. Parce que le droit administratif veut garantir l'exercice par les autorités publiques des prérogatives exorbitantes de droit commun qui leur sont reconnues. A partir de là, l'instance juridictionnelle administrative aurait dû échapper à l'application d'un droit commun du procès et aux principes d'équité. Nous verrons que le régime de la procédure contentieuse administrative française reprend l'intégralité des concepts génériques du procès équitable définis par l'article 6 §1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CESDH)

Les juges du Conseil d'État appliquent l'article 6 de la CESDH exactement comme le font les juges de la CEDH. Le contenu est identique. Les limites sont semblables. Nous dirons que la relation est plus qu'étroite entre la notion générale des Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable. Le droit à un procès équitable nous apparaît même comme le noyau dur des droits de l'homme.

- Droits de l'Homme et construction européenne

« Nous montrerons l'importance des Droits de l'Homme dans la construction européenne. C'est sous l'égide du Conseil de l'Europe qu'ont été accomplis les progrès spectaculaires dans le sens d'une protection supranationale des droits de l'homme. C'est dans cet objectif qu'on a mis en place la CEDH en 1950, afin de sanctionner le non-respect de ces dispositions. Hélas, il n'existe pas encore au niveau des pays arabes des institutions supranationales comparables à celles de l'Union européenne. Nous évoquerons le contrôle de conventionnalité : un contrôle que peut exercer le Conseil d'État ou la Cour de cassation sur une loi ou un acte administratif. Il consiste à vérifier la conformité de la loi ou d'un acte administratif aux engagements internationaux.

- La Constitution irakienne

L'opération Iraqi Liberation (*Opération Iraqi Liberation*) a été lancée en 2003. Les États-Unis et le Royaume-Uni ont participé à cette opération, avec les forces de dizaines d'autres

pays, dans le but d'instaurer un régime démocratique et de supprimer des armes de destruction massive. La constitution provisoire date du 8 mars 2004. Puis, il y a eu le gouvernement provisoire irakien. La constitution irakienne insiste sur le fait que le peuple est la source d'autorité qui se fait des élections directes et démocratiques, selon les règles modernes de contrôle des élections. Le pouvoir se transmet démocratiquement et la Constitution condamne toute la période précédente d'oppression et d'absence de démocratie.

Le droit à un juge en Irak est un droit protégé, garanti à tous, et les droits de la défense sont sacrés et garantis à tous les stades des poursuites et du procès. L'accusé est innocent jusqu'à preuve du contraire dans un procès ordinaire.

- L'internationalisation des Droits de l'Homme

La revendication des Droits de l'Homme est diffusée à l'ensemble de la planète. Depuis 1945, les Droits de l'Homme sont devenus un objet de politique internationale dont la définition et le contrôle demeurent étroitement liés à l'évolution du système mondial. Les Droits de l'Homme prennent une place centrale au sein des Nations Unies, afin de développer et d'encourager le respect des droits de l'homme.

Nous avons consacré une place à la Charte arabe des droits de l'homme. Mais elle fait l'objet de beaucoup de critiques, du fait des questions qu'elle aborde ou ignore. Tout d'abord, il y a l'assimilation du sionisme au racisme. Ces mentions sont à l'origine de réactions virulentes de nombreux commentateurs, notamment de la Commission internationale des juristes. D'un point de vue juridique, bien que l'Assemblée générale de l'ONU ait adopté le 10 novembre 1975 la résolution 3379 énonçant que « le sionisme est une forme ancienne de racisme et de discrimination raciale », cette résolution a été révoquée par la résolution 46/86 du 16 décembre 1986. Cette dernière résolution n'est donc pas respectée par la Charte.

- Le juge administratif

Puis nous entamons notre travail concernant le juge administratif. Ce juge administratif protège les droits et les libertés fondamentales, ce qui apparaît dans la force de ses décisions. Mais est-ce que ses décisions sont toujours applicables ? Elles doivent l'être. Parfois,

cependant, il y a des difficultés. Le principe est que le juge en Irak refuse d'adresser des ordres à l'Administration, principe atténué par le fait qu'il adresse des injonctions en vue d'appliquer une décision juridictionnelle. En France les pouvoirs du juge ont été enrichis par le législateur, notamment avec la loi du 16 juillet 1980, qui permet au juge de prononcer des astreintes à l'encontre des personnes publiques.

Nous analyserons dans notre thèse plusieurs points relatifs au travail du juge administratif, toujours en mettant en relief le respect des Droits de l'Homme (et du citoyen) et le droit à un procès équitable. Par exemple, les principes généraux du droit. Le juge irakien a transposé la théorie des principes généraux du droit qui se rattachent aux expressions de la liberté : le principe du libéralisme économique, de la liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté syndicale et de son corolaire relatif au pluralisme syndical, la liberté d'opinion, la liberté de conscience, la liberté d'association, la liberté d'aller et de venir, etc.

Les principes généraux du droit renvoient aussi au principe d'égalité. Le juge administratif irakien applique ce principe dans beaucoup de ses décisions, suivant par là le juge français. De même, les tribunaux irakiens admettent le principe d'égalité devant les services publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux. Le juge irakien applique aussi les principes généraux du droit essentiels au fonctionnement de la justice et à la protection des administrés: droits de la défense, principe de non-rétroactivité des décisions administratives et du principe de légalité des délits et des peines.

Par exception, la catégorie des actes de gouvernement est hors du champ de compétence du juge irakien. Mais, actuellement, le champ de ces principes se rétrécit de plus en plus. Pour élargir le contrôle sur les actes de l'administration, la jurisprudence irakienne a refusé de juger comme actes de gouvernement des décisions qui par le passé l'étaient bel et bien.

- Une justice administrative en cours de construction

La Cour de justice administrative irakienne n'est pas rattachée au Conseil supérieur de la magistrature, mais fait partie du Ministère de la justice. Elle a été instituée par la Loi n°106-1989 qui marque la naissance, encore timide, d'un ordre administratif en Irak. Les arrêts de la Cour de justice administrative محكمة العدل الإدارية peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant la Cour suprême fédérale. Cette dernière fait donc figure à la fois d'une cour

constitutionnelle et de la plus haute juridiction administrative dans le pays (art. 4-3 de la Loi sur CSF n°30-2005).

Il est important de signaler que la nouvelle constitution de 2005 jette les bases pour l'établissement d'un véritable « Conseil d'État » à la française .

Nous évoquerons aussi la question de la dualité des juridictions : l'Irak adopte depuis 1989 le système de la dualité juridictionnelle. Cette dualité est d'origine française. En effet, depuis les lois des 16-24 août 1790, l'organisation juridictionnelle française repose sur le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire et donc sur un principe de dualité des ordres de juridiction. Nous traverserons rapidement la théorie de « l'administration-juge » en vertu de laquelle « juger l'administration c'est encore faire acte d'administration ». Malgré son indépendance apparente le juge administratif irakien reste cependant lié à l'administration et il continue souvent d'apparaître aux yeux des justiciables comme un juge plus favorable aux intérêts de l'administration qu'à ceux des particuliers, contrairement à son homologue judiciaire.

Dans la deuxième partie que nous avons intitulée « Évolution du contentieux administratif et les efforts du juge irakien » nous avons commencé paradoxalement par exposer l'attitude du juge français dans sa protection originelle des libertés fondamentales (avec des parallèles comparatifs avec le juge irakien) au lieu de faire le contraire. C'est parce que, encore une fois, les catégories du contrôle opéré par le juge administratif irakien a comme source le droit français et la jurisprudence administrative française.

- Analyse du droit à un procès équitable

Dans plusieurs sections nous avons analysé le droit à un procès équitable en droit irakien à travers des décisions du Conseil d'État irakien et des tribunaux administratifs.

Par exemple, dans cet arrêt que nous analysons et dans lequel le Conseil d'État en tant que juge de cassation considère : que la décision, objet du pourvoi en cassation, est une décision illégale entachée d'erreurs de procédure « ayant une influence sur la régularité de la décision puisque le tribunal avait rendu sa décision avant toute plaidoirie et sans préciser si la séance est publique ou à huis clos, en présence des parties ou en leur absence ; étant donné que ces conditions font partie des conditions substantielles et des règles contentieuses qui sont

d'ordre public dont le non-respect amène à l'annulation des jugements et décisions administratives non respectueuses de ces règles ». Sans le dire, il est bien entendu question de procès équitable.

Dans un autre arrêt irakien il s'agit plus de Droits de l'Homme que de droit à un procès équitable : dans les universités en Irak, on demande aux professeurs d'inscrire leurs appartenances politiques. Le requérant ne l'a pas fait. Le président de l'université a pris une sanction, une réprimande. Le requérant a présenté une requête pour contester cette sanction et le tribunal de premier degré a annulé la sanction. Mais l'université a porté en cassation cette décision et le Conseil d'État a infirmé la décision du tribunal, considérant que le requérant méritait bel et bien cette sanction.

- Indépendance de la magistrature

Nous avons aussi mis en rapport l'indépendance de la magistrature et le droit à un procès équitable.

En Irak l'indépendance de la magistrature est un sujet qui fait couler beaucoup d'encre. Le souci pour les auteurs irakiens est d'empêcher l'intervention du pouvoir législatif et exécutif dans la magistrature et dans les affaires de la justice. L'indépendance du juge est un moyen de parvenir à la justice et non une fin en soi.

L'on critique en Irak le manque de garanties des juges irakiens face aux sanctions disciplinaires qui sont toutes entre les mains du président du Conseil judiciaire suprême. Il y a beaucoup de discrétion dans les décisions disciplinaires. Il faudrait adopter une nouvelle réglementation qui déterminent les sanctions et les fautes commises correspondantes ainsi qu'il faut réorganiser la formation des comités de discipline selon les règles de la transparence.

- Retour aux Grands arrêts de la jurisprudence française

Ce n'est pas pour redire des choses connues mais dans une thèse sur la justice administrative en Irak c'est comme une prière indispensable que de revenir aux grands acquis du juge administratif français. Nous les avons exposés avec des comparaisons irakiennes.

En commençant par l'arrêt Camino du 14 janvier 1916 bien sûr. Le juge administratif français a affirmé son indépendance dans cet arrêt. Du temps de la justice retenue, il restait soumis à l'autorité de l'administration. Il n'osait déplaire. Exactement comme les choses se passaient en Irak sous l'empire ottoman, ou sous Saddam Hussein. Avec l'arrêt Camino, le juge va contrôler l'exactitude matérielle des faits ayant fondé une décision administrative.

- La protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales par le juge administratif irakien

Nous avons essayé dans ce chapitre de faire une étude jurisprudentielle des décisions irakiennes. Par exemple, on a regroupé dans une première catégorie « la motivation des décisions et la notion des droits acquis ».

Ici, nous avons fait un travail sur la jurisprudence irakienne comme par exemple cette décision du juge irakien dans la région du Kurdistan à Sulaimanya où le Conseil d'État annule une décision prise par un grand fonctionnaire qui a dépassé les pouvoirs que lui procure sa fonction. Parfois, nous avons cité l'arrêt en entier, comme on l'a fait d'ailleurs pour certains grands arrêts français comme l'arrêt Benjamin de 1933 ou Morsang-sur-Orge de 1995.

Après certains arrêts irakiens nous avons fait des développements sur la question en s'appuyant bien entendu sur des recherches françaises comme par exemple sur la notion d'actes créateurs de droit qui échappe à toute définition conceptuelle. Malgré l'importance des études qui lui ont été consacrées et son usage ancien en jurisprudence, nul ne sait ce qui vaut à un acte de créer de tels droits. La jurisprudence française a trouvé un certain équilibre: l'arrêt de 1922, Dame Cachet. Mais cet arrêt a été profondément remis en cause ces dernières années en Irak surtout en matière de nationalité.

Nous ne savons si c'est une première mais nous avons cité quelques passages d'arrêts irakiens en arabe. Ce n'est pas pour faire comme les juges arabes qui citent des passages entiers en français mais c'est juste à titre d'ouverture. Bien sûr juste quelques passages sur toute la thèse et quelques titres d'ouvrages dans les bas de pages.

Nous avons exposé la question de la procédure contradictoire en se référant à Bruno Genevois en montrant le rôle que joue cette procédure au niveau du respect des Droits de l'Homme (droits juridiques et procès équitable).

Il était important de signaler le rôle que joue la Cour européenne des Droits de l'Homme qui s'appuie sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans l'application rigoureuse de ce principe. Illustration sera faite par un arrêt du conseil d'État irakien où il applique le principe du contradictoire (qui consiste à permettre aux parties de présenter leurs allégations) pour mettre en relief leur rapport avec les droits de l'homme. Bruno Genevois cite aussi l'exigence d'impartialité qui s'impose à toute autorité administrative. On évoquera la présence de fonctionnaires parmi les membres d'une juridiction, ce qui fait naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de celle-ci. Ceci est une application des principes généraux relatifs à la fonction de juger : toute personne appelée à siéger dans une juridiction doit se prononcer en toute indépendance et sans recevoir quelque instruction de la part de quelque autorité que ce soit.

- Contentieux électoral

Nous parlerons du contentieux électoral qui est important en Irak et qui pose la question de l'impartialité du juge. Notons encore ce point signalé par Bruno Genevois: « le grief tiré de l'impartialité est écarté dans des hypothèses où le rôle du rapporteur est indûment mis en cause, en l'absence de pré-jugement ou lorsque le conflit d'intérêts allégué n'est pas justifié ».

- Police administrative

Nous avons consacré le quatrième chapitre à la police administrative. La police administrative est l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des personnes privées le minimum de discipline exigée par la vie en commun. Cette notion nous renvoie à l'idée qu'il ne peut y avoir de vie sociale sans un minimum d'ordre. La plupart des interprètes de la Charia islamique disent qu'en islam la liberté est la règle et la restriction l'exception. « Al Quaida Ihtesna' ». Il faut toujours essayer de concilier en permanence l'exercice des libertés constitutionnellement garanties avec la prévention d'un certain nombre de risques de troubles à l'ordre.

- Dignité de la personne humaine

La dignité de la personne humaine prendra place dans notre travail. Là aussi un concept bien français et européen. L'universalisme des Droits de l'Homme et les valeurs humanistes ont conduit à la promotion de ce droit de l'homme : le principe du respect de la dignité de la personne humaine. Un droit protégé par l'ensemble des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. On ne s'étonnera pas que le juge irakien ne s'y soit jamais référé. Nous avons exposé bien entendu l'arrêt Morsang-sur-Orge de 1995.

Les limites posées par le législateur irakien essaient d'équilibrer entre les droits des citoyens et leurs libertés fondamentales d'une part et les droits de la communauté d'autre part. La constitution irakienne évoque les valeurs constitutionnelles qui protègent l'intérêt général notamment en citant les devoirs de l'État dans la protection du pays et des gens (article 25) et en particulier dans le chapitre premier et deuxième de la première partie de la constitution irakienne de 2005.

L'article 38 de la constitution irakienne actuelle évoque un des droits importants à savoir le droit d'exprimer son opinion mais en posant des limites: « l'État garantit la liberté de presse, d'impression, de publicité et d'information (...) à la condition que cela n'enfreigne l'ordre public et la moralité... ».

L'Irak a franchi l'étape de l'écrit : les textes protègent les droits et libertés des citoyens. La constitution affirme dans son article 5 que « la souveraineté appartient à la loi et le peuple est la source du pouvoir et sa légalité ». Cela veut dire aussi que la règle inférieure doit respecter la règle supérieure et elle ne doit pas la contredire ni dans la forme ni dans le fond.

Nous avons exposé un sujet délicat relatif au voile islamique et comment le juge administratif se comporte à son égard. Le fait de licencier une salariée au motif que des clients se plaignent du port du voile islamique constitue une discrimination directe prohibée (affaire C-188/15 concernant la France). La Cour européenne estime également que le fait pour un employeur de prévoir une interdiction générale de porter des signes religieux au travail constituerait une discrimination indirecte. Nous avons déjà soutenu la position de la Cour qui accepte que l'employeur possède un intérêt tout à fait compréhensible de ne pas accepter de porter des signes religieux. Pour le tribunal c'est le principe de la liberté et de neutralité qui domine cette question. Il vaut mieux afficher l'impartialité devant les clients. Le tribunal

évoque aussi l'article seize de la Charte des droits fondamentaux qui applique ces conditions aux seuls employés qui ont des relations étroites avec les clients et sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur. Le problème de l'islam et d'une certaine fausse compréhension est crucial dans notre pays : nous défendons l'importance de la neutralité et de l'interdiction des signes religieux dans la fonction publique. Rien ne justifie d'interdire aux chrétiens d'avoir leur salle de prière dans certains endroits alors que les musulmans ont tous les droits.

La notion française de police administrative n'est plus ce qu'elle est. Patrick Frydman, Conseiller d'Etat, le dit dans un article « Le juge administratif et la police : anniversaire de trois "grands arrêts" : Couitéas, Benjamin et Maspero » .

L'auteur dit que ces trois arrêts paraissent rétrospectivement très influencés par les circonstances particulières des affaires qui en ont été à l'origine. Elles sont marquées par ce que le président Cassin et le professeur Waline appelaient « les réalités administratives du moment ». En outre, il faut envisager maintenant la police administrative sous l'angle européen : Olivier Dubos dit que «dans le traité communautaire, la police administrative relève de la compétence des États membres. Les États peuvent en effet apporter des limites aux libertés du marché commun au nom de l'ordre public *lato sensu*. Ces limitations sont toutefois encadrées par le droit communautaire lui-même et spécialement par la jurisprudence de la Cour de justice qui est seule compétente pour en apprécier la portée.

- Droit de l'environnement

Nous avons consacré une bonne partie de la deuxième partie au rôle que joue le juge administratif irakien en droit de l'environnement. Nous avons exposé la position du juge administratif irakien sur ce sujet : en Irak et malgré la guerre un progrès se fait à ce niveau. L'environnement est devenu un des sujets importants dans le domaine des Droits de l'Homme où il est demandé au juge irakien de respecter les textes internationaux auxquels l'Irak a adhéré.

L'homme a arraché le droit de vivre dans un environnement sain et tous les espoirs sont portés sur le juge administratif. Imposer aux gens de payer des taxes-sanctions est considéré comme le meilleur moyen d'obliger les gens à protéger l'environnement. Surtout que le juge

irakien est un juge qui crée le droit, un juge «jurisprudentiel», assez libre, héritage du juge français et dans la même lignée de la célèbre décision américaine Marbury contre Madison .

Il faut savoir d'abord que l'Irak a connu des lois et règlements qui visent la protection de l'environnement bien avant que l'environnement ne devienne le sujet moderne par excellence. Par exemple la loi sur les métaux de 1962, le régime de l'entretien des fleuves pour les protéger contre la pollution de 1967, et beaucoup d'autres lois et règlements. Sans oublier qu'une commission suprême pour l'environnement a été constituée au sein du ministère des communes en 1974 ainsi qu'une direction générale de l'environnement humain fut constituée en vertu d'une décision du conseil de la Révolution numéro 1258 du 19-11-1975. Nous avons exposé les textes relatifs à cette question et proposé une sorte de projet de loi visant à améliorer la protection de l'environnement en Irak en tant que « un des droits fondamentaux de l'homme ».

L'évolution en Irak au niveau du respect de l'environnement ne peut se faire sans une nouvelle fiscalité pénalisante. Cela renforcera le rôle du juge administratif. Et il y va de l'un des Droits de l'Homme les plus importants de nos jours. C'est ce qu'on appelle la fiscalité écologique. Toute mesure fiscale doit avoir pour but l'amélioration de l'environnement. Ce but est clairement inscrit dans la loi. Toute mesure fiscale doit se traduire par une incitation économique en faveur de l'amélioration de l'environnement.

Le rôle du juge administratif irakien est de trouver les solutions ou l'équilibre dans ce conflit permanent entre les besoins illimités des gens et les ressources limitées de la nature. C'est l'indice de la rareté qui détermine les prix et les gens vont consommer les produits à bas prix, ce qui augmente forcément la pollution, et c'est pourquoi beaucoup de pays ont adopté l'impôt environnemental.

- Éloignement des étrangers et le contrôle de la proportionnalité

Avec la mondialisation, l'ouverture des frontières et l'accroissement des relations de toutes sortes entre les pays du monde on a dû adopter des textes législatifs et réglementaires pour organiser l'entrée et la sortie des étrangers afin d'attirer les investisseurs et les travailleurs.

Mais malgré tout le progrès réalisé sur le plan des relations internationales le principe de la souveraineté reste très solide, ce qui restreint la liberté de circulation entre les pays. Cela nous oblige à reposer la question de l'équilibre entre la souveraineté de l'État et les exigences de la solidarité internationale dans le but de trouver une formule qui garantit la stabilité de l'État tout en s'intégrant dans les changements et évolutions au niveau international. Parfois, pour un petit délit l'Irak éloigne l'individu, qui ne bénéficie pas, de surcroît, de recours efficace.

Le juge administratif joue un rôle important dans ce domaine.

Le juge administratif, c'est le juge qui s'occupe du contentieux des étrangers. Il applique ses décisions en matière des conflits relatifs aux des actes de police administrative pour empêcher tout ce qui porte atteinte à l'ordre établi.

Le droit des étrangers se définit par une ambivalence intrinsèque à l'expression : le droit des étrangers désigne à la fois les normes juridiques régissant l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire national, mais aussi les droits et les libertés des étrangers face à l'Administration. Comme le souligne le Doyen Vincent Tchen, en France « depuis la IIIe République, le droit des étrangers prend la forme presque exclusive d'une police administrative spéciale qui ambitionne à sauvegarder l'ordre public par un contrôle de l'accès au territoire national et un encadrement du séjour des ressortissants étrangers » .

Nous évoquerons la décision du Conseil constitutionnel français du 13 août 1993 «Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France» qui dispose «qu'aucun principe non plus, qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ».

- Le juge administratif irakien et le contrôle de proportionnalité en matière de police administrative

L'arrêt Benjamin rendu en 1993 par le Conseil d'État est incontournable. Il est impossible de commencer une étude de la proportionnalité en droit administratif même irakien sans débiter par l'arrêt français Benjamin, signalé dans le deuxième chapitre de notre thèse. Pour

mémoire, René Benjamin devait donner une conférence à Nevers mais le personnel de l'enseignement laïc convia à une contre-manifestation en raison des invités conviés. À la suite de cette campagne, le maire prit un arrêté interdisant la conférence, car elle était de nature à troubler l'ordre public. Le principe de proportionnalité existe indirectement dans des arrêts sur les circonstances exceptionnelles. Le juge administratif effectue son contrôle en tenant compte des circonstances de l'espèce, du rapport des forces en présence et du climat politique du moment. La liberté de réunion a été par la suite étendue à la liberté de presse : le Conseil d'État admet que l'interdiction de la vente du journal aurait pu être justifiée dans les endroits où elle était de nature à aggraver le désordre.

Nous signalerons que ce contrôle de proportionnalité a également été transposé en 1980 en ce qui concerne l'examen de la légalité du règlement intérieur d'une entreprise : le juge administratif a recherché si l'atteinte apportée à la liberté des salariés de l'entreprise était justifiée au regard des finalités légitimes d'un règlement intérieur en suivant un raisonnement proche de celui adopté dans l'arrêt Benjamin.

La proportionnalité permet, en matière contentieuse, d'observer une juste mesure dans un conflit de règles de même valeur. Elle conduit à mettre en balance «concrètement les conséquences qui découleraient de l'application de chacune des règles, afin de faire prévaloir la règle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence ».

Le juge administratif irakien en matière de police administrative apprécie les motifs évoqués par l'administration et la proportionnalité entre sa décision et les faits. Dans le vocabulaire des tribunaux administratifs irakiens il y a, nous le dirons, une confusion entre opportunité et proportionnalité.

Les tribunaux irakiens imposent leur contrôle de la proportionnalité surtout dans le domaine des libertés publiques entre la dureté de la décision prise et les faits matériels qui ont poussé l'administration à prendre cette décision. Nous expliquerons aussi que les juristes irakiens considèrent que le juge administratif préfère parler de contrôle sur les motifs du recours et non de proportionnalité, même si au fond il contrôle la proportionnalité alors que le juge constitutionnel irakien évoque volontiers la proportionnalité.

Il faut signaler que le juge administratif irakien étend son contrôle au-delà du contrôle ordinaire comme cela se fait au Liban et en Égypte puisqu'il se permet d'adresser des ordres à l'administration et il y a ainsi une immixtion dans les affaires de l'administration. Il se permet par exemple dans une décision de décider combien de grades le fonctionnaire doit perdre : « Il

est apparu que la sanction infligée n'est pas proportionnée à la faute commise, que les attestations n'ont pas été falsifiées et qu'il n'y a pas eu pots de vin. Ainsi nous estimons que le fonctionnaire doit perdre seulement un seul grade ».

- Problématique et annonce de plan

Nous terminerons l'introduction par des suggestions que nous formulerons à la fin de notre thèse pour améliorer le travail du juge : nous conseillerons d'élargir les compétences des tribunaux administratifs pour englober les contrats administratifs et rétrécir le domaine des actes de gouvernement qui échappent à sa compétence. C'est ainsi que le domaine de police administrative sera soumis pleinement au contrôle du juge administratif.

La procédure suivie devant le juge administratif irakien garantit-elle le droit à un procès équitable d'une façon qui permette d'en faire un garant efficace du respect des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales ?

Malgré les avancées une certaine réforme pour la justice administrative est indispensable en Irak: il faut établir une justice par degrés, c'est-à-dire créer plusieurs tribunaux administratifs de premier degré et dans toutes les régions; enfin recruter des juges administratifs ayant une formation juridique en droit administratif alors que actuellement la plupart des juges administratifs proviennent du domaine judiciaire et civil, etc.

Malgré tout, l'influence de l'idéologie des Droits de l'Homme sur l'organisation de la justice irakienne (Partie I) qui cherche dans le procès administratif français le moyen d'améliorer le fonctionnement de son propre ordre de juridictions administratives (Partie II)

PREMIERE PARTIE

L'INFLUENCE DE L'IDEOLOGIE DES DROITS DE L'HOMME SUR L'ORGANISATION DE LA JUSTICE IRAKIENNE

Les Droits de l'Homme reposent sur l'idée que chaque être humain a des droits universels et inaliénables, en dehors de tout droit positif applicable et mis à part les facteurs d'ethnicité et d'appartenance à une patrie.

Il fallait dresser un bilan des Droits de l'Homme dans ce travail sur le juge administratif irakien et les droits de l'homme. Ce sont les soubassements si l'on peut dire. Les auteurs irakiens adoptent la définition occidentale, au contraire d'autres auteurs arabes pour lesquels il y aurait des Droits de l'Homme occidental, arabe, musulman, etc. La vérité doit être dite : les Droits de l'Homme sont une création européenne comme cela ressort de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE de 2000. Le droit à un procès équitable n'a encore été traité par les auteurs arabes que sous l'angle du droit pénal et en vertu des principes des Nations-Unies et non au regard des principes européens. Que pourra faire la Cour arabe des droits l'homme ? Toutes ces questions recevront réponses et analyses (Titre I).

Mais comment est organisée la justice en Irak et dans quelle mesure elle peut suivre l'évolution rapide de la société irakienne qui n'a cessé de traverser des guerres dont la dernière avec les fondamentalistes de Daech ? Quelles sont les réformes organiques à venir ? Quel rôle est assigné au juge administratif puis aux tribunaux en général ? Y a-t-il une jurisprudence qui a continué malgré les guerres ? Nous verrons que oui : le juge administratif rendait des décisions dans les pires circonstances et toujours dans des approches francophones, vu l'importance du droit français en Irak et notamment de la jurisprudence administrative (Titre 2).

TITRE PREMIER

LES DROITS DE L'HOMME DANS LE MONDE ARABE

Ce titre sera consacré aux Droits de l'Homme et au droit à un procès équitable dans le monde arabe et au rôle du juge administratif. Une histoire des Droits de l'Homme et des grandes déclarations en commençant par la première déclaration des droits humains, celle de l'État de virginie (États-Unis), écrite par George Mason et adoptée par la convention de virginie le 12 juin 1776. Des lacunes sont certes à souligner : la fameuse DDHC française excluait les femmes et il a fallu attendre 1948 pour qu'il y soit remédié. Mais l'influence de l'Occident dans la promotion des Droits de l'Homme est indéniable (Chapitre 1).

Puis, il conviendra de réfléchir aux Droits de l'Homme dans le monde arabe et d'exposer les difficultés énormes rencontrées, et notamment à cause d'une mauvaise compréhension de l'islam ou parce que, originellement, c'est une religion qui n'admet pas les droits modernes de l'homme. Le droit à un procès équitable dans le monde arabe n'a pas encore droit de cité mais des efforts énormes sont déployés par des juges courageux et modernes qui veulent s'approcher des pratiques européennes (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

LE ROLE JOUE PAR L'OCCIDENT DANS LA PROMOTION DES DROITS DE L'HOMME

Droits de l'Homme et libertés publiques sont affirmés dans des textes divers : dans des textes purement déclaratifs à l'origine constitutionnalisés par la suite (comme en France) ou de valeur constitutionnelle dès l'origine (cas de Espagne ou de l'Allemagne).

Les différentes générations des droits de l'homme, leur internationalisation, le droit à un procès équitable : ce chapitre exposera toutes ces notions (Section 1). Puis, il traitera de l'eupéanisation de la notion des droits de l'homme, du rôle des tribunaux européens. Les Droits de l'Homme ne sont pas seulement protégés par les Nations-Unies mais aussi par l'Europe. Le Conseil de l'Europe a prétendu pendant longtemps incarner les Droits de l'Homme en Europe face aux pays communistes. Il serait faux enfin de dire que les Droits de l'Homme étaient inexistantes dans l'esprit des constituants européens (Section 2).

SECTION 1. L'INTERNATIONALISATION DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

Nous dresserons une histoire brève des Droits de l'Homme (A) et de leurs différentes générations (B). Puis nous montrerons combien le rapport est étroit entre les Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable (C). Surtout que c'est une notion dont la protection s'internationalise (D).

A. Notion et histoire

1. Définition élémentaire et histoire

Les Droits de l'Homme c'est un principe selon lequel chaque personne bénéficie de droits universels et inaliénables, quel que soit le statut des textes positifs en vigueur et en dehors de tout critère relatif à l'appartenance nationale ou de croyance. Chaque personne a des droits

attachés à sa personne, inaliénables et sacrés, c'est-à-dire que nous pouvons brandir dans toutes les occasions.

Il faut dire dès le départ que le concept de Droits de l'Homme est par définition universaliste et égalitaire, incompatible avec les systèmes et les régimes fondés sur la dictature ou la «supériorité historique» d'une caste, d'une race, d'un peuple, d'une croyance, d'une classe ou d'un quelconque groupe social ou individu. C'est la définition qu'adoptent les auteurs irakiens en général, à l'exception des islamistes qui ont une conception particulière que nous analyserons ultérieurement.

La Perse est considérée comme étant l'origine du concept des droits de l'Homme, au VI^e siècle avant J.-C., sous le règne de Cyrus le Grand. Après sa conquête de Babylone en -539, ce roi fit exécuter le cylindre de Cyrus, découvert en 1879, parfois mentionné comme la « première charte des Droits de l'Homme »¹. On trouve des principes tels que ceux de la tolérance religieuse, l'abolition de l'esclavage, etc. Citons aussi le code du grand Hammourabi de Babylone (XVIII^e siècle av. J.-C).

Les Droits de l'Homme nous parviennent aussi de l'édit de Milan, qui applique concrètement les enseignements du Christ et de Saint Paul².

Pour certains auteurs, si l'on veut donner une vraie définition des droits de l'Homme, il faut revenir au Moyen Âge³ : à la Charte anglaise (1215)⁴ mais surtout à l'Habeas Corpus de 1679 : car « *Habeas corpus means that every person can report an illegal detention or protest against every illegal act. A writ of habeas corpus, also known as the great writ, is a summons with the force of a court order; it is addressed to the custodian (a prison official for example) and demands that a prisoner be taken before the court, and that the custodian present proof of authority, allowing the court to determine whether the custodian has lawful authority to*

¹ En 1971, l'Organisation des Nations-Unies (ONU) l'a traduite dans toutes ses langues.

² M^{gr} Mamberti, « Le concept de Droits de l'Homme est né dans un contexte chrétien », 14 décembre 2013, *Archives de l'Eglise au Vatican*.

³ Voir Omran Samih nazal, *Les fondements de la liberté dans la construction de l'homme et de la société* (en arabe), Ed. Qatiba, Damas, 1999, p.44.

⁴ Ce texte est important mais n'a été véritablement utilisé qu'à partir du XVII^e siècle comme instrument contre l'absolutisme royal des Stuart.

detain the prisoner »⁵. Il faut aussi citer la Déclaration des Droits (Bill of Rights) de 1689. Car ce *Bill of Rights* est considéré comme le premier jalon des droits de l'homme.

Si c'est dans l'État de Virginie qu'a vu le jour la première Déclaration des droits humains, le parlement français a décidé de rédiger une déclaration et ce fut celle du 26 août 1789 sous la poussée des dirigeants de l'époque⁶ et de la Grande noblesse. Louis XVI la ratifie le 5 octobre, poussé en cela par le parlement et le peuple à Versailles. La déclaration de 1789 servira de préambule à la première Constitution de la Révolution française, adoptée en 1791.

Il faut toutefois rappeler que la déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 excluait les femmes. Il a fallu attendre 1948 et l'intervention d'Eleanor Roosevelt pour que la notion d'égalité entre les sexes figure explicitement dans une convention internationale⁷.

La place de l'organisme des Nations-Unies dans la légitimation et la promotion des droits humains est toutefois essentielle. Le qualificatif d'universel a été inscrit dans le titre de la Droits de l'Homme de 1948 à l'ONU à l'initiative de René Cassin.

Depuis la Charte des Nations-Unies (1945) et la Déclaration universelle des droits de l'Homme, la notion de Droits de l'Homme a été étendue, légiférée et des dispositifs ont été créés pour surveiller les violations de ces droits. Citons certains évènements marquants :

1966: Adoption par l'ONU du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁸.

1967: Création de mécanismes d'enquêtes par la Commission de l'ONU sur les violations des Droits de l'Homme des pays membres.

⁵ Alan K. Chen, «Shadow Law: Reasonable, Unreasonableness, Habeas Theory, and the Nature of Legal Rules», *Buffalo Criminal Law Review* 2 (1999): 535–634. «Developments in the Law: Federal Habeas Corpus ». *Harvard Law Review* 83 (1970): 1038–1280.

⁶ Le tiers-état est la partie de la population française sous l'Ancien Régime qui n'appartenait ni à la noblesse ni au clergé. Il désigne aussi les députés aux États qui représentaient les villes privilégiées, c'est-à-dire les députés de la bourgeoisie.

⁷ Niyungeko, G. Bujumbura, *Les droits de l'homme: cours destiné aux formateurs*, Centre de promotion des droits de l'homme, Paris, 1994, p. 29.

⁸ L. Hennebel, *La jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies : Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Préface par M. Nowak, Bruxelles, Bruylant, 2007.

1991 : Première rencontre internationale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'Homme. Ce rassemblement a été organisé par la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme (CNCDH). Elle a été tenue en France et dirigée par l'ONU.

Décembre 1993: l'Assemblée générale des Nations-Unies édite la Déclaration et le programme d'action de Vienne, dont le centre de réflexion est constitué par les principes de la Démocratie.

2006 : L'ONU adopte et crée le Conseil des Droits de l'Homme le quinze mars 2006.

2. La signification philosophique des Droits de l'Homme et des droits fondamentaux

Les Droits de l'Homme sont des principes détenus par les Hommes, tous les Hommes et les autorités publiques sont obligées de les appliquer avec bon sens et exactitude.

- Les Droits de l'Homme sont inaliénables. Personne ne peut les perdre, temporairement ou définitivement, volontairement ou involontairement.

- Les Droits de l'Homme sont universels parce qu'ils se basent sur la raison et non sur des éléments culturels. L'affirmation de l'universalité des Droits de l'Homme se heurte à de nombreuses objections dans un monde qui appelle les régimes politiques à faire des concessions, en particulier dans notre monde arabe et islamique. Cette question revêt une importance particulière pour la philosophie politique contemporaine. Certains diront même que les Droits de l'Homme sont devenus l'objet de l'intolérance en raison de leur universalité. Le discours de l'idéologie des Droits de l'Homme cherche à positionner les idées relatives aux Droits de l'Homme comme des convictions qui ne peuvent être ni critiquées ni interrogées. Les défenseurs de la doctrine des Droits de l'Homme se voient également investis dans la tâche d'imposer leurs principes au monde entier: l'idéologie des Droits de l'Homme paraît être ainsi une source d'intolérance et de rejet total, alors qu'en théorie, elle repose sur le principe de tolérance⁹.

⁹ Alain de Benoist, *Au-delà des droits de l'homme. Pour défendre les libertés*, éditions Krisis, 2004, p. 3 et 4

Étant donné que nous allons utiliser beaucoup de fois ces termes il est important pour nous de définir la différence qui existe entre les Droits de l'Homme et les droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux (ou libertés fondamentales) sont l'ensemble des fondamentaux des hommes, que protège un État de droit et un État de justice et d'égalité.

Les droits fondamentaux sont constitués :

- des Droits Humains,
- des principes de liberté,
- des droits de protection de l'environnement.

On peut protéger ces droits de plusieurs par différents moyens :

- dans des textes dont la nature de droit est différente (Ex : Royaume-Uni),
- dans la Constitution qui expose les droits protégés (Ex : Espagne, Allemagne),
- par une jurisprudence qui crée de nouvelles notions, sur la base de de textes purement déclaratifs à l'origine (Ex: France).

B. Les générations des Droits de l'Homme et leur protection internationale

1. Les différentes générations de droits de l'Homme

a) Les droits de première génération

Il est convenu de dire que la première génération des Droits de l'Homme est inscrite dans la déclaration française de 1789 ou celle du Bill of Right américain. Cette première catégorie se retrouve confinée dans les droits civils et politiques : le principe d'égalité, la liberté individuelle, la protection du domicile, de la correspondance, de la vie privée, la liberté de l'information, la liberté d'opinion, la liberté d'association, la liberté de réunion, etc.

b) Les droits de deuxième génération

La deuxième génération des Droits de l'Homme concerne les droits économiques, sociaux, et culturels qui, eux, contrairement à la première génération, réclament l'intervention de l'État de manière à assurer leur garantie. Ils comprennent la liberté syndicale, le droit au travail, le

droit à la sécurité sociale, le droit à la formation professionnelle, le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à la santé, le droit à l'éducation.

c) Les droits de troisième génération

La troisième génération des Droits de l'Homme nommée droit de solidarité, concerne un certain nombre de problèmes dont la résolution requiert la mobilisation de la solidarité de tout le monde. De fait, cette génération traduit une nouvelle façon de voir la vie en communauté dont la réalisation réclame la réunion des efforts de tous les participants de la vie en société : individus, États, autres entités publiques ou privées. Cette génération englobe un ensemble de droits qui sont : droit à un environnement décent¹⁰, droit à l'eau potable, droit à la paix, droit au développement, etc. Pour certains cette troisième génération réclame une meilleure qualité de vie.

Tous ces droits des trois générations sont complémentaires. Puisque les droits civils et politiques ont une influence sur les droits sociaux et culturels et vice versa. Signalons que la concrétisation des droits de la troisième génération est fonction en grande partie des deux premières générations.

Il est intéressant de souligner, au passage, que la théorie des générations des Droits de l'Homme est une théorie imposée par le modèle occidental, qui n'est pas forcément susceptible de pouvoir être appliquée dans le monde arabe par exemple. Les pays sous-développés peuvent se retrouver dans l'impossibilité de mettre en application ce modèle occidental. D'ailleurs, il revient au pays de définir les critères de ses propres Droits de l'Homme qui sont prioritaires en fonction de la nature de son développement. Selon cette théorie, la classification des Droits de l'Homme en génération ne convient pas pour tous les pays. Malgré la justesse de cette analyse, en général ceux qui ont tendance à relativiser les

¹⁰ Ali Darbousy, « Introduction à la troisième génération des droits de l'homme, Environnement sain », *Revue al Hiwar al MOutamaden* الحوار المتمدن, n°6, 2006, p. 12.

droits de l'homme¹¹ sont adeptes des régimes réactionnaires ou des religieux fanatiques et n'acceptent pas leur universalisation. Ces droits sont selon nous universels. Ils doivent être universels et s'appliquer dans tous les pays.

Bien entendu, il existe une part de relativisme rationnelle. Il faut considérer par exemple la nature du régime politique du pays: un pays socialiste, capitaliste, communiste, dictatorial, religieux, etc. Dans un État capitaliste, on s'attache surtout au respect des droits civils et politiques, tandis que pour les sociétés à régime socialiste les droits économiques, sociaux et culturels ont la priorité.

d) Les droits de quatrième génération

La quatrième génération semble être l'expression de doctrines isolées qui sont objet de conflits entre les auteurs. On évoque parfois une quatrième génération des droits dont le contenu est différent. Ce sont les actions en faveur des personnes faibles comme les enfants et les personnes âgées ou handicapées¹². Il faut savoir que le contenu de ces générations est ambigu et on ne le voit pas dans un texte plus ou moins officiel. Comme c'est le cas des droits des deux premières générations. De plus certains auteurs critiquent cette quatrième génération

¹¹ Nous ne pouvons que remercier les révolutionnaires français qui ont élaboré une telle déclaration de droits qui est un merveilleux cadeau pour toute l'humanité.

¹² Voir Oberdorff Henri (Auteur), Robert Jacques, *Libertés fondamentales et droits de l'homme. Textes français et internationaux*, LGDJ, 12e édition, 2014, p. 34.

des droits de l'homme¹³ en suggérant qu'on peut tout à fait les mettre dans la troisième génération¹⁴.

2. Les différents textes dédiés à la protection des droits de l'homme

Au niveau international, les droits fondamentaux sont protégés de manière limitée. Si une majorité des libertés fondamentales est reconnue¹⁵, les textes ayant une valeur impérative et générale sont rares¹⁶.

¹³ Voir l'ouvrage de André Liboire Tsala Mbani, *L'ingénierie procréatique et l'émergence d'une génération bâtarde des droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 2014.

Citons ce passage qui en dit long: « La génération émergente des droits de l'homme, notamment celle qui est induite par la dynamique biomédicale, n'est fondée ni sur la raison ni sur le droit naturel : elle est donc bâtarde. Il en est ainsi du droit de manipuler génétiquement un embryon humain revendiqué par les partisans de l'ingénierie de la procréatique. Contre ce "biojuridisme nihiliste", une thérapie éthique de choc s'impose ».

¹⁴ R. Andorno, « The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law », *Journal of International Biotechnology Law*, 2005, n° 2, p. 133-143.

P. Fraisseix, « La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l'exemple de la Convention d'Oviedo », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, I (2000), n° 2, p. 371-413.[2]

- Gilles Lebreton, « Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière », in Marie-Joëlle REDOR (ss. la dir. de), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ?*, Bruylant, 2001, pp. 353- 367.

¹⁵ B. George, *The Concept and Present Status of International Protection of Human Rights Forty Years After Universal Declaration*, 1989.

¹⁶ Principales initiatives internationales en matière de libertés fondamentales :

- La Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 (ONU),
- La Déclaration universelle des droits de l'Enfant (ONU),
- La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ONU),
- La Convention sur l'interdiction des mines antipersonnel ou Convention d'Ottawa (ONU),
- La Charte des droits fondamentaux (Union européenne),
- La Convention américaine relative aux Droits de l'Homme ou Pacte de San José,

a) Les textes internationaux

Après 1948 plusieurs dizaines de conventions ont vu le jour sous l'égide de l'ONU ou de ses institutions spécialisées visant à la protection des droits de l'homme.

Parmi ces textes, il faut faire une place importante aux deux textes de 1966 qui visent à mettre en œuvre la Déclaration universelle : le pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) et le pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC). Les PIDCP et PIDESC, Ceux-ci diffèrent de la DUDH dans la mesure où les États qui y sont membres sont directement tenus d'en respecter les principes. À ce jour, il y a 149 États parties au PIDCP et 146 au PIDESC. « »

Dans le cas du PIDCP, le Comité des droits de l'homme, composé de 18 experts indépendants, agit à titre d'organe de surveillance des principes qui y sont élaborés. Les États parties doivent ainsi remettre à ce Comité un rapport périodique concernant la situation et le respect sur leur territoire des divers principes édictés par le PIDCP. Le Comité émettra par la suite des commentaires, suggestions et recommandations à ces mêmes États. Ce Comité est également habilité à recevoir et à examiner des communications émanant de particuliers se prétendant victimes d'une violation de l'un des droits énoncés dans le Pacte. Pour l'instant, 104 États sont parties au Protocole facultatif de 1966 relatif au PIDCP qui permet justement ce dernier type de recours.

Dans le cas du PIDESC, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, composé également de 18 experts indépendants et créé en 1985 par le Conseil économique et social des Nations-Unies (ECOSOC), effectue sensiblement le même travail que le Comité des droits de l'homme. Cependant, le Comité du PIDESC n'a, jusqu'à ce jour, aucun pouvoir contraignant les États membres à respecter les principes élaborés à même ce pacte, comme c'est le cas pour le PIDCP. En effet, aucune procédure de plainte individuelle ou autre n'est encore prévue,

• La Déclaration africaine des Droits de l'Homme et des peuples (Union africaine).

faisant en sorte que ce Comité ne peut qu'émettre des commentaires, suggestions et recommandations aux États fautifs, sans qu'aucune autre mesure ou sanction ne soit directement imposée.

La dualité entre les deux textes a une justification rationnelle : les droits civils et politiques sont immédiatement applicables et se sont énoncés sous la forme de droit subjectif directement opposables aux États par contre le second textes ne peut être mis en œuvre que progressivement et en fonction du niveau de développement de chaque Etat. Ces deux pactes peuvent apparaître comme une remise en cause de l'indivisibilité des Droits de l'Homme et qu'il y aurait des droits d'essence libérale d'un côté et des droits socialistes de l'autres. Ce qui donna une excuse pour que les pays ne ratifient qu'un seul des deux pactes.

Les autres conventions visent à des atteintes spécifiques aux droits de l'homme. Notamment avec la convention pour la répression du crime du génocide de 1948, la convention de Genève de 1949 sur la protection des personnes en temps de guerre ou bien la Convention contre la torture en 1984. Certaines de ces conventions s'adressent à des catégories de personnes qui risquent plus que d'autres d'être victimes de discriminations ou d'atteintes à leurs droits fondamentaux comme la convention de Genève sur les réfugiés de 1951, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales de 1965, convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 ou la convention relative aux droits de l'enfant de 1989. La spécialisation des Droits de l'Homme va jusqu'à poser des limites sur l'évolution technologiques notamment tout ce qui concerne les recherches sur le génome humain et les biotechnologies.

b) Les textes nationaux

En France, les principaux textes relatifs aux droits fondamentaux sont:

- La Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789.
- Le Préambule de la Constitution de 1946,
- Le Préambule de la Constitution de 1958.
- La charte de l'environnement (incluse dans la Constitution depuis 2005).

En Irak, les principaux textes garantissant les droits fondamentaux sont:

- La Constitution irakienne de 2005 et ses amendements.
- La Charte arabe des droits de l'homme.

Mais l'État irakien respecte également, comme l'État français, la Déclaration universelle des droits de l'homme.

C. Droit à un procès équitable et droits de l'homme

Le droit à un procès équitable est un des Droits de l'Homme essentiels. Toute personne doit avoir le droit d'être jugée par un juge indépendant et impartial, dans le cadre d'un procès équitable.

Le rôle du juge est d'appliquer les lois et les règles juridiques procédurales. Le principe du « contradictoire » et du respect des droits de la défense s'imposent en raison de l'article 6-1 de la CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi... ».

Pour Serge Braudo, « La règle communautaire sur le droit à un procès équitable qui est inscrite dans l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme donne lieu à des recours qui portent sur des situations d'une telle diversité qu'il n'est pas possible d'enfermer le mot "équitable" dans une seule définition »¹⁷. Un procès équitable veut dire que les parties doivent transmettre l'ensemble des éléments en possession des parties¹⁸.

Toute personne a droit d'être jugée par un juge indépendant et impartial, dans le cadre d'un procès équitable.

Le juge prendra sa décision en application du droit, après avoir entendu chacune des personnes concernées, dans le respect des règles de la procédure.

Mais ce principe a un corollaire formé par les principes du contradictoire et du respect des droits de la défense.

1. Dans le cadre du procès civil

¹⁷ Serge Braudo, « Définition du procès équitable », *Dictionnaire juridique*, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/proces-equitable.php>

¹⁸ Voir la note de MM. Thomas Humbert et Dominique Nauleau, au *JCP* 2015, éd. S, n°104 (citée par Serge Braudo).

Dans le cadre du procès civil chaque « partie » devrait avoir le droit de faire valoir son point de vue, connaître et discuter les arguments et les preuves de son adversaire ; chaque partie devrait avoir le droit d'échanger les éléments et les pièces durant toute la procédure. Le juge soumet ensuite à la discussion les arguments soulevés lors des débats. Il faut aussi que les décisions soient rendues en présence des parties ou de leurs représentants¹⁹.

L'absence d'une personne devant le tribunal bien qu'il ait été convoqué lui donne la possibilité de contester la décision en son absence. Toute personne a le droit d'être au courant des exigences de son adversaire et d'avoir le temps et les moyens de les comprendre afin de préparer sa défense. « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été mis au courant de tous les détails et entendu », conformément à l'article 14 du nouveau Code de procédure civile français.

2. Dans le cadre d'un procès pénal

La justice pénale repose sur le principe constitutionnel selon lequel la loi fixe la gravité des crimes commis et les peines applicables (principe de la légalité des peines et des délits). Vous ne pouvez pas poursuivre ou condamner quelqu'un pour des choses imprévues.

Le droit à un procès pénal équitable est essentiellement le droit de la personne de se défendre à toutes les étapes du processus judiciaire: enquête policière, procès et après la condamnation dans le cadre des peines d'exécution.

Il y a aussi le principe de la présomption d'innocence, le droit à l'assistance d'un conseil juridique dès le début de la procédure, le droit au principe de l'adversité dans les discussions et, finalement, le droit de faire appel.

Toute décision de condamner doit être fondée sur des preuves plausibles, présentées conformément à la loi et discutées de manière contradictoire. « Tous les certificats doivent conduire à un enregistrement de l'audience pour pouvoir se rencontrer et en discuter »²⁰.

¹⁹ Site du Ministère français de la Justice: <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/les-fondements-et-principes-10032/le-droit-a-un-proces-equitable-10027.html>

²⁰ *Idem.*

Le droit à un procès équitable n'a encore traité par les auteurs arabes que dans l'angle du droit pénal et en vertu des principes des Nations-Unies et non aux principes européens. Nous réservons ce paragraphe à l'exposé de cette manière de traiter la question dans l'ouvrage de Nawaf Kanaan²¹.

Pour cet auteur irakien le droit à un procès équitable est un des droits fondamentaux de l'être humain, et il y a un certain nombre de conditions qui doivent être remplies pour assurer un procès équitable afin de protéger les droits des personnes à partir du moment de leur arrestation et pendant leur détention avant d'être traduits en justice, au cours du procès, en première instance, en appel et en cassation.

La violation du droit à un procès équitable en droit pénal pose de graves problèmes car on découvre qu'il y a beaucoup de victimes qui en ont été privées et il y a ceux qui ont été reconnus coupables – et condamnés – injustement en raison de l'absence de conditions minimales pour un procès équitable.

Pour qu'il y ait un procès équitable il y a plusieurs conditions :

- Premièrement: l'obligation de mener le procès, du début à la fin, conformément aux normes d'équité des procès stipulées dans les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme.

- Deuxièmement: Le pouvoir judiciaire doit nécessairement être une autorité indépendante et impartiale, et il n'est soumis qu'à une seule autorité qui est la loi.

Selon la Déclaration universelle des droits de l'homme, toute personne a droit à un procès équitable, l'article 10 se lit comme suit: « Chacun a le droit, sur un pied d'égalité avec les autres, de faire entendre son cas devant un tribunal indépendant et impartial, de manière équitable et publique, afin de déterminer ses droits et obligations dans toute accusation pénale portée contre lui ».

Pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le droit à un procès équitable est une règle du droit international des Droits de l'Homme qui vise à protéger les

²¹ Ces notions sont traduites dans une synthèse de l'ouvrage de l'auteur irakien Nawaf Kanaan, *La juridiction administrative irakienne*, Ed. Dar al thaqafa lil nachr, Caire, 2009, p. 67 et s. L'auteur consacre un chapitre au procès équitable en droit pénal et on remarque qu'il se réfère uniquement aux principes des Nations-Unies et non à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

individus contre toute violation de leurs droits. L'article 14 de ce Pacte prévoit ce qui suit: « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi ».

Conformément aux conventions et aux engagements internationaux pertinents, un certain nombre de normes obligatoires sont en place pour aborder un procès équitable, qui peut être résumé comme suit :

-Le droit de toute personne à ce qu'il ne soit pas l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire de quelque manière que ce soit et, dans toute situation, nul ne peut être privé de sa liberté, sauf pour les motifs et selon les conditions et la manière prévus par la loi. L'arbitraire ne se limite pas aux actes contraires à la loi, mais s'étend à la malhonnêteté, l'injustice, l'élément de surprise, et tout ce qui nuit à la dignité humaine.

- Le droit d'être informé de ses droits et obligations: Toute personne a le droit d'être informée de ses droits à la protection, à la défense, à la préservation de la dignité et à la garantie de justice et d'équité.

- Le droit de désigner un avocat: Le détenu a le droit de désigner un avocat pour le défendre à toutes les étapes de l'arrestation, de l'enquête et du procès.

Les articles 10 et 17 du Recueil des normes de l'ONU prévoient qu'un détenu a droit à un avocat immédiatement, au plus tard 48 heures après son arrestation, et qu'il a le droit de consulter son avocat sans préavis ni audition de qui que ce soit, Ce droit est effectif dès l'arrestation et pendant la période de détention, d'enquête et de jugement²².

- Le droit d'informer la famille de l'accusé de son arrestation est prévu à l'article 92 du Règlement relatif au traitement des détenus. Le détenu a le droit d'informer immédiatement sa famille de sa détention, avec toutes les facilités raisonnables pour la contacter.

- Le droit d'enquêter sur les allégations de torture: L'article 13 de la Convention contre la torture dispose que les autorités doivent veiller à ce que des enquêtes rapides et impartiales soient menées sur toutes les allégations. La Commission des Droits de l'Homme a souligné la nécessité pour les autorités d'enquêter rapidement et de manière impartiale sur toutes les plaintes pour torture.

²² *Idem.*

-Ne pas protester contre les déclarations et aveux obtenus sous la torture et ne pas s'en prévaloir comme preuve.

L'article 12 de la Déclaration contre la torture dispose que si une déclaration est considérée comme le résultat d'actes de torture ou d'autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, cette déclaration ne peut constituer une preuve contre la personne ou contre une autre personne dans une procédure.

-Le droit à la présomption d'innocence veut que l'accusé soit innocent jusqu'à preuve du contraire en vertu de la loi²³.

Toute personne accusée d'un crime est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par la loi, par un procès public, dans lequel elle a toutes les garanties nécessaires pour se défendre. Ce droit est consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 14).

La présomption d'innocence est valable à partir du moment de l'arrestation jusqu'à ce que la personne soit condamnée par un jugement définitif après avoir épuisé toutes les étapes du recours contre la peine. Ce qui signifie que la charge de la preuve de l'infraction pénale contre l'accusé au procès incombe au ministère public.

Ainsi, la Commission des Droits de l'Homme a précisé que la présomption d'innocence reposait sur le fait que la charge de la preuve incombait à l'accusation, que le doute était interprété en faveur de l'accusé et que l'accusé n'était pas coupable jusqu'à preuve du contraire.

- Le procès doit se dérouler rapidement: la Commission des Droits de l'Homme donne comme unité de mesure « quelques jours ». Il ne s'agit pas seulement du moment où le procès devrait commencer, mais aussi du moment où le procès doit prendre fin.

- Le droit à l'égalité devant la loi : tous les individus sont égaux devant la loi sans aucune discrimination, nul ne peut être jugé en violation des règles de procédure pénale²⁴.

²³ Voir Rached al Rached, *Le Droit pénal égyptien*, ED. Dar al Nahda al Arabya, 2012, p. 77.

²⁴ Pour une étude sur le droit à l'égalité en Irak, v. Mansour Debbye, Dar al salam, Bafdad, 2010, p. 222.

-Le droit à un traitement humain et à des conditions de détention humaine: l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule que toute personne arrêtée doit être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

- Prévoir suffisamment de temps pour la défense, et respecter la liberté de l'accusé et de son avocat dans la défense de leur droit.

- l'interdiction de l'application de la loi avec effet rétroactif.

- Disposer du droit de recours, une question que nous allons traiter en détail dans l'angle du droit administratif, contre le jugement de la condamnation principale.

L'auteur termine par exposer les garanties spéciales en cas de condamnation à mort. Conformément à l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la peine de mort ne peut être appliquée que par un jugement définitif: toute personne condamnée à mort doit demander l'amnistie ou la commutation de sa peine. La culpabilité de l'accusé repose sur une preuve concluante, claire et convaincante.

L'affaire Saddam Husein prouve pour nous le rôle important joué par les instances internationales et le droit international pour faire progresser cette notion dans mon pays. Car nous pensons que une fois le principe du droit à un procès équitable a droit de cité en Irak le droit administratif va subir des changements dans les textes et dans la pratique pour améliorer l'application de ce principe devant les juridictions administratives.

Dans une lettre adressée au ministre irakien de la Justice, Amnesty International s'est déclarée préoccupée par les nouveaux défis que devait relever le procès de l'ancien président Saddam Hussein en 2005-2006.

Selon un article récent du *New York Times*, la raison du rejet et du remplacement d'un juge peu de temps avant que le tribunal rende sa décision a conduit à l'exécution de Saddam Hussein et de trois de ses juges.

Selon le *New York Times* du 25 septembre 2008, les pressions politiques exercées par le gouvernement irakien n'ont pas seulement entraîné le renvoi du juge Mudir Hadi une semaine avant la fin du long procès, mais aussi son remplacement par un juge qui n'a pas étudié le dossier. Juste une semaine après la nomination du nouveau juge, Saddam Hussein et deux de ses coaccusés ont été condamnés à mort. Puis il y a eu l'exécution.

Amnesty International a demandé dans sa lettre, le ministre de la Justice Safa al-Din Mohammad a réitéré ses demandes pour que le tribunal respecte le droit à un procès équitable.

Amnesty International estime qu'il y a eu violation des droits fondamentaux dans le procès qui n'a pas respecté les normes internationales de justice, tel que prévu dans de nombreux traités internationaux relatifs aux Droits de l'Homme dont : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui a été ratifiée par l'Irak en 1971. L'organisation a réitéré sa demande d'imposer des sanctions sur les personnes reconnues coupables, des peines proportionnelles à la gravité de leurs crimes²⁵.

3. Dans le cadre du procès administratif

Le droit administratif et ses règles procédurales viennent de la volonté de ne pas appliquer à l'administration les règles du droit commun, pénal comme civil. C'est que le droit administratif veut garantir l'exercice par les autorités publiques des prérogatives exorbitantes de droit commun qui leur sont reconnues. A partir de là l'instance juridictionnelle administrative aurait dû échapper à l'application d'un droit commun du procès et aux principes d'équité²⁶. Tel n'est pas le cas, dit Zavier Laureote pour qui « le régime de la procédure contentieuse administrative française reprend l'intégralité des concepts génériques du procès équitable définis par l'article 6 §1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ».

Selon la jurisprudence du Conseil d'État, le contentieux relevant de la compétence des juges administratifs reste sous le cadre des prescriptions du fameux article 6.

Pour M. Laureote «La matière contentieuse administrative recouvre des parts substantielles de litiges à caractère «civil» ou « pénal » au sens de la Convention. On est frappé à la lecture de la jurisprudence administrative, par le mimétisme des catégories nationales en ce domaine. Les juges du Palais Royal opèrent la même matérialisation du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme que ceux de Strasbourg. Le contenu est identique. Les limites sont semblables »²⁷.

²⁵ <https://www.amnestybe/infos/actualites/article/irak-le-droit-a-un-proces?lang=fr>

²⁶ Les principes de al Adl wal Insaf. العدل والإنصاف

²⁷ *Idem*.

La relation est plus qu'étroite entre la notion générale des Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable. On peut même dire qu'au niveau juridique le droit à un procès équitable est « le noyau dur des droits de l'homme. Nous allons répondre à travers l'étude de la jurisprudence irakienne et française à notre problématique essentielle, à savoir dans quelle mesure la justice administrative irakienne garantit le droit à un procès équitable »²⁸.

D. L'internationalisation de la protection des Droits de l'Homme

1. Les mécanismes de protection sur le plan international

a) Le rôle des Nations-Unies

On peut parler d'une internationalisation des Droits de l'Homme puisque « la revendication des Droits de l'Homme est diffusée à l'ensemble de la planète. Depuis 1945, les Droits de l'Homme sont devenus un objet de politique internationale dont la définition et le contrôle demeurent étroitement liés à l'évolution du système mondial »²⁹. Les Droits de l'Homme prennent une place centrale au sein des Nations-Unis afin de développer et encourager le respect des droits de l'homme.

La Déclaration Universelle de 1948 a affirmé la prééminence et l'universalité du droit naturel. Après la seconde guerre mondiale, « l'universalité des souffrances a rendu indispensable l'universalité des droits ». Durant la guerre, des atrocités ont été commises au nom d'une idéologie basée sur l'élimination de certaines races considérées comme inférieures et nuisibles. La Déclaration de 1948 apparaît donc comme une prise de conscience collective que l'homme ne doit être subordonné à rien, ni à personne³⁰.

²⁸ Fawzat Farhat, *Le droit administratif spécial*, Beyrouth, 2012, p. 332 (non édité).

²⁹ Ahmad abou wafa, *La protection internationale des Droits de l'Homme au sein des Nations-Unies*, Ed. Al Nahda al Arabiya النهضة العربية, Caire, 2008, p. 78.

³⁰ On lit dans le préambule de la Déclaration : « La méconnaissance et le mépris des Droits de l'Homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement du monde où les

La garantie la plus importante, des droits de l'Homme³¹, se trouve dans l'existence d'un mécanisme de protection qui constitue le dernier recours pour les victimes des atteintes face à la dictature de l'oppression. Les Nations-Unies ont mis en application cette préoccupation car plusieurs institutions et institutions des Nations-Unies s'occupant des Droits de l'Homme ont le même objectif de promotion et de protection des Droits de l'Homme – civils, culturels, économiques, politiques et sociaux – qui ont fait l'objet de conventions internationales.

Le système des Nations-Unies pour la promotion et la protection des Droits de l'Homme comprend deux types d'organisations: celles établies par la Charte des Nations-Unies, d'une part, et celles établies par l'Organisation des Nations-Unies sur les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, de l'autre.

Le Comité Économique et Social des Nations-Unies (ECOSOC) va instituer³² par la résolution 5 (I) du 16 février 1946, la Commission des Droits de l'Homme (CDH), qui devient le principal organe des Nations-Unies pour la promotion et la protection de ces droits.

L'État irakien parce qu'il a ratifié ces conventions s'engage à rendre au Comité des Droits de l'Homme des rapports périodiques (tous les 5 ans, mais en pratique beaucoup plus que cela) et accepter un contrôle sur plaintes. C'est sur ces deux obligations que le Comité exerce son contrôle³³.

On ne voudra pas exposer en détail le système de contrôle des instances internationales, cela sortira de notre objectif dans ce chapitre de notre thèse qu'on veut centrer sur l'Irak d'abord et sur le travail du juge administratif mais il est important de s'arrêter devant quelques aspects encore du contrôle international.

êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme ».

³¹ Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme*, coll. Repères, La Découverte, Paris, 2005, p. 37.

³² Conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 68 de la Charte de l'ONU.

³³ *Lors de ses observations, le Comité évite toute agressivité envers l'État et préfère le dialogue, qui s'avère dans les faits beaucoup plus constructifs, ainsi il démontre l'utilité de son intervention, qu'il rend publique via un rapport annuel qu'il adresse à l'Assemblée générale des Nations-Unies.*

Sachons seulement que si certains États font la sourde oreille, manifestant un total désintérêt pour une procédure qu'ils ont volontairement acceptée, d'autres affirment qu'ils n'appliqueront pas les mesures demandées par le Comité. Pourtant, l'efficacité ou la qualité d'un mécanisme dépend de la mesure dans laquelle les Droits de l'Homme sont respectés. Malgré les avancées ci-haut évoquées, il y a un fossé entre l'œuvre de codification, les mécanismes de contrôle mis en place et l'effectivité souhaitée de leur pouvoir de protection dans la pratique³⁴.

On voit donc que le problème auquel la société internationale est confrontée pour assurer la garantie des Droits de l'Homme dans le monde, est directement lié à la souveraineté étatique. De là, tout l'espoir attendu du juge et notamment du juge administratif, notamment de la part d'ONG.

b) Le rôle des organisations non gouvernementales

Les Droits de l'Homme permettent d'avoir une référence sur laquelle les citoyens et les organisations non gouvernementales (ONG) peuvent appuyer leurs revendications. Plusieurs ONG s'occupent du respect des Droits de l'Homme notamment en s'appuyant sur les nouvelles européennes et leur suprématie. Bertrand Badie remarque « jamais les Droits de l'Homme n'ont été aussi célébrés sur la scène internationale ». La notoriété d'association comme Amnesty international, ACAT (association des chrétiens contre la torture) est

³⁴ Israël n'a pas respecté les résolutions de l'ONU. Citons seulement ces Résolutions:

- « Résolution 181 (29 novembre 1947). Adoption du plan de partage : la Palestine est divisée en deux États indépendants, l'un arabe, l'autre juif, et Jérusalem est placée sous administration des Nations unies.

- « Résolution 194 (11 décembre 1948). Les réfugiés qui le souhaitent doivent pouvoir « rentrer dans leurs foyers le plus tôt possible et vivre en paix avec leurs voisins » ; les autres doivent être indemnisés de leurs biens « à titre de compensation ». Création de la commission de conciliation des Nations-Unies pour la Palestine.

- « Résolution 607 (5 janvier 1988). Israël doit « s'abstenir d'expulser des civils palestiniens des territoires occupés » et respecter les obligations que lui impose la convention de Genève.

Source: *Le Monde diplomatique*, février, 2009.

fortement ancrée et a des capacités de mobilisation énormes, ce qui fait que bien des États démocratiques se méfient de leur poids auprès de leurs opinions publiques. Les régimes autoritaires ou dictatoriaux craignent cette association à cause du fait qu'elle peut porter atteinte à leurs relations internationales. En outre elle appuie les tribunaux pénaux internationaux dont le but est de punir les criminels de guerre.

N'oublions pas que ce sont les organisations non gouvernementales qui ont exercé une forte pression ayant abouti à la signature de la convention de Rome instituant la Cour Pénale Internationale (CPI) en 1998. Elles jouent un rôle important dans la dénonciation de l'attitude des pays qui demeurent réservés ou carrément hostiles à cette nouvelle juridiction à commencer par les Etats-Unis. Elles combattent la peine de mort. Deux méritent l'attention en raison du rôle qu'elles ont joué dans le conflit irakien : Amnesty international et Reporter sans frontière.

i) Amnesty international

Amnesty International compte plus de 1 000 000 membres, abonnés aux publications et donateurs réguliers dans plus de 160 pays et territoires ; en outre, il existe plus de 5300 groupes locaux, universitaires et scolaires, ainsi que professionnels enregistrés auprès du Secrétariat international, et plusieurs milliers d'autres groupes. Des sections nationales ont été implantées dans 56 pays, dont 34 se situent en Afrique, en Amérique latine (y compris les Caraïbes), en Asie, en Europe centrale et au Moyen-Orient. Le Secrétariat international, situé à Londres, est le centre nerveux de l'Organisation : plus de 320 salariés et 95 bénévoles originaires de plus de 50 pays y travaillent.

Pour Amnesty International dans ce monde chacun doit pouvoir se prévaloir de tous les droits énoncés dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et les autres instruments internationaux relatifs aux droits humains. Pour être fidèle à cette vision, Amnesty International se donne pour mission de mener des recherches et des actions visant à prévenir et faire cesser les atteintes graves à l'ensemble de ces droits³⁵

³⁵ Voir Aimé Léaud, *Amnesty International : Un combat de l'homme pour l'homme*, Librairie des Libertés, 1983, p. 32.

ii) Reporters sans frontières

Reporters sans frontières existe dans les cinq continents grâce à ses sections nationales (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Italie, Suède et Suisse) et ses bureaux à Abidjan, Bangkok, Montréal, Moscou, New York, Tokyo et Washington. Elle travaille en étroite collaboration avec des organisations locales ou régionales de défense de la liberté de la presse, membres du « Réseau Reporters sans frontières », qui représentent l'Afghanistan, l'Argentine, le Bangladesh, la Birmanie, Cuba, l'Érythrée, le Pérou, la République démocratique du Congo, la Russie, la Tunisie et l'Ukraine³⁶.

Plus d'un tiers de la population mondiale vit dans un pays privé de liberté de la presse. Reporters sans frontières lutte pour que l'information reprenne ses droits. En 2003, 42 professionnels des médias ont perdu la vie alors qu'ils travaillaient pour informer les gens. Actuellement, plus de 130 journalistes sont emprisonnés dans le monde pour avoir simplement voulu exercer leur métier. Au Népal, en Érythrée ou en Chine, un journaliste peut

Voir pour une vue globale les ouvrages de:

Aimé Léaud, *Amnesty International : Le parti des droits de l'homme*, Seuil, 1993.

Amnesty International, *Les disparitions*, Babel, 1994.

Jean-Paul Besset, *Amnesty International : La conspiration de l'espoir, Trente ans au service des droits de l'homme*, Le Félin, 1991.

Amnesty International, *Algérie, le livre noir*, La Découverte, 1997.

³⁶ Voir les ouvrages suivants qui traitent de sujets divers relatifs à cette association:

Robert Ménard, *L'éloge de l'engagement*, Alterpresse, Nancy Roc, Montréal, 18 décembre 2008.

Jean-Louis Donnadiou, « La liberté de l'information dans le monde : l'association Reporters sans frontières veille », *Communication et langages*, vol. 95, n° 95, 1993, p. 17-25 (lecture possible en ligne).

Audrey Gloaguen, *Reporters sans frontières: entre journalisme et droits de l'homme*, IEP, 1998.

Robert Ménard, Géraldine Faes, *Ces journalistes que l'on fait taire*, Éditions Albin Michel, 2001.

Maxime Vivas, *La face cachée de Reporters sans frontières. De la CIA aux Faucons du Pentagone*, éditions Aden, 2008.

passer plusieurs années en prison pour un mot ou une photo. Parce qu'emprisonner ou tuer un journaliste, c'est éliminer un témoin essentiel.

2. Les critiques de l'universalisation des Droits de l'Homme

L'universalisation des Droits de l'Homme est-elle un outil du néocolonialisme occidental ? Certains le pensent. L'universalité des Droits de l'Homme est devenue réalité, non pas au sens où ils seraient désormais universellement reconnus et respectés, mais au sens où la revendication des Droits de l'Homme s'est diffusée à l'ensemble de la planète »³⁷. Danièle Lochak, en tant que professeur de droit spécialiste des Droits de l'Homme et membre de la Ligue des Droits de l'Homme (LDH), nous fait part ici d'un constat probant: bien qu'ayant toujours eu une vocation universelle – du moins sur le plan philosophique – ce n'est que très récemment que les Droits de l'Homme ont acquis une telle importance à l'échelle planétaire.

La question de la portée des Droits de l'Homme est un sujet d'une actualité brûlante, puisque le problème de leur sauvegarde fait très régulièrement l'objet de débats, voire de conflits, sur la scène internationale. Le dernier en date concerne la Chine, qui a exécuté un ressortissant britannique³⁸ – arrêté seulement un an auparavant en possession de drogue – et ce, malgré les injonctions du gouvernement de Grande-Bretagne. Celui-ci, selon les médias, n'aurait pas fait l'objet d'un examen psychiatrique lors de son jugement, ni mis au courant de l'évolution de son procès, ce qui constituerait une atteinte au droit à un procès équitable³⁹. On peut, de ce fait, établir que les Droits de l'Homme engendrent une influence considérable sur la sphère politique contemporaine, mais également sur le droit international lui-même.

La doctrine s'affronte sur ce sujet. Danièle Lochak nous met en garde contre deux égarements courants en matière d'analyse des Droits de l'Homme qui consistent en

³⁷ LOCHAK Danièle, *Les droits de l'homme*, La Découverte, Paris, 2005, p.46

³⁸ Article publié en ligne sur le site du Nouvel observateur le 29 décembre 2009 :

http://tempsreel.nouvelobs.com/depeches/international/asiapacifique/20091229.FAP0132/chine_le_ressortissant_britannique_a_ete_execute.html

³⁹ Défini notamment par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont la Grande-Bretagne est adhérente.

« l'exagération » humaniste dont les défenseurs estiment que les Droits de l'Homme ne sont qu'un exposé abstrait de normes supérieures au droit écrit, uniquement pourvus d'une fonction moralisatrice et destinés à permettre l'élévation intellectuelle de l'homme ; et la « dérive positiviste », où il ne faudrait prêter attention qu'au droit positif applicable, en laissant de côté l'aspect philosophique des droits de l'homme. Il faut également se garder d'adopter une position trop radicale, en jugeant que les droits de l'homme, par une évolution linéaire et cumulative, ne peuvent conférer que plus de justice pour les individus, ou, au contraire, qu'ils ne sont qu'un leurre purement formel sans aucune effectivité.

La notion de droit d'ingérence⁴⁰, introduite sous l'initiative française, s'est fortement développée à partir des années 1990, en s'appuyant essentiellement sur la nécessité d'intervention humanitaire. Cependant, cette « responsabilité de protéger » les droits bafoués des populations en situation de guerre cache des buts moins altruistes: la surveillance vigilante des affaires internes d'un Etat sans son consentement, ou encore l'établissement de nouvelles solidarités en exploitant la situation d'infériorité de celui-ci⁴¹.

Dès la fin des années 1980, le rôle des ONG humanitaires s'est fortement accru, faisant d'elles de véritables nouveaux acteurs politiques : en effet, la chute du rideau de fer a soudainement privé les pays du tiers monde de la domination des grandes puissances. L'ONU, par sa décision de 1990⁴², a réalisé une avancée dans le principe de non-ingérence⁴³ dans les

⁴⁰ Voir X..., « Le droit d'ingérence en droit international », *Journal al dyar*, Beyrouth 11 janvier 2011.

de RAULIN Arnaud, « Les chemins de la Turquie vers l'Europe », Éd. Presse de l'Université d'Artois, Co-dirigé avec P. Chabal, 2002 ; *Le développement des DOM et la Communauté européenne*, Ed. La Documentation française, Co-dirigé avec Loïc Grard (Université de Bordeaux).

⁴¹ Les journaux irakiens ont posé récemment le problème de l'intervention étrangère sous prétexte de défendre les droits de l'homme. Le problème s'est posé après l'intervention militaire turque en Irak en décembre 2016. Source: *Le Journal d'al adala al Iraquia* صحيفة العدالة العراقية, 12 décembre 2016.

⁴² Résolution 43-131 de l'Assemblée Générale des Nations-Unies du 8 décembre 1990.

affaires intérieures des États. Ce principe, affirmé aux côtés de l'égalité souveraine des États et de l'interdiction de recours à la force, avait été posé afin d'éviter toute résurgence du colonialisme.

Un nouveau pas sera franchi à partir du Sommet des Nations-Unies du 31 janvier 1992, puisqu'à l'avenir, « l'absence de guerre ou de conflit militaire n'assure pas en soi la paix et la sécurité internationales ». En reconnaissant son droit à intervenir en cas d'« instabilité économique, sociale, humanitaire ou écologique », l'ONU étend le champ de ses compétences, en interprétant de façon plus large son rôle de maintien de la paix, et par conséquent, ouvre la voie aux ingérences abusives⁴⁴.

Il faut cependant relativiser l'importance de ce qu'on appelle l'usage abusif du droit d'ingérence humanitaire, auquel l'ONU serait associée. En effet, fait remarquer Mario Bettati⁴⁵, l'ONU ne fait pas uniquement appel à l'OTAN, mais également à des acteurs divers, comme l'illustre l'intervention au Timor oriental, qui a requis les services de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et de l'Asie du sud-est. L'ONU ne sollicite pas non plus exclusivement les États siégeant au Conseil de sécurité, ainsi qu'en témoigne la liste des plus gros contributeurs en effectifs à la mission en République Démocratique du Congo⁴⁶.

La communauté internationale est très largement influencée par les puissances occidentales, qui concentrent la majorité du capital économique. Outre sa valeur financière, symbole de sa capacité à entrer dans le marché mondial, la reconnaissance de l'importance d'un État passe sans nul doute par son adhésion aux valeurs occidentales, qui est l'attitude majoritaire. Cette réalité est fortement critiquée en Irak surtout que l'intervention américaine, faite au nom des droits de l'homme, a encore approfondi la crise.

⁴³ Principe défini dans la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 (Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États).

⁴⁴ L'auteur explique comment en théorie l'ONU est contre l'ingérence dans les affaires des autres pays et comment en réalité l'ingérence est la règle. Source: Mohamad Najib al Saad, *Journal Alwatan* جريدة الوطن, Oman-Jordanie, 2 décembre 2011.

⁴⁵ BETTATI M., *Du droit d'ingérence à la liberté de protéger*, Ed. Outre-terre, Paris, 2007/3, pp.381-389.

⁴⁶ Il s'agit en effet, pour les plus importants, de l'Afrique du Sud, du Bangladesh, de la Bolivie ou encore de l'Inde.

Notons que la diffusion universelle des Droits de l'Homme est un phénomène récent. Thomas Buergenthal⁴⁷ présente une analyse de ce phénomène, qui selon lui s'illustre par trois phases distinctes de juridicisation de ce droit. La première, qu'il qualifie de « *norm emergence* », débute dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, et consiste en une consolidation (et la consécration) des normes existantes en matière de Droits de l'Homme par la rédaction de textes à l'échelle internationale, à l'image de la Charte des Nations-Unies de 1945 et de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. On assiste ensuite, à partir de 1966, à une phase de « *norm cascade* » : les textes garantissant la sauvegarde des Droits de l'Homme fleurissent dans les conventions internationales, les droits qu'elles soutiennent se font plus précis, et surtout, on observe l'émergence de régimes internationaux et indépendants de protection, dotés de procédés de contrôle et de recours plus efficaces (comme, par exemple, le Comité des droits de l'homme). La chute du mur de Berlin marquera l'ouverture de la troisième et dernière phase, « *norm internalization* », laquelle, outre la poursuite de l'évolution normative, est caractérisée par un consensus international quant à l'universalité des droits de l'homme. S'affirme alors la volonté, pour la communauté internationale, d'assurer une garantie effective de ces droits, d'où le déploiement conséquent d'interventions humanitaires, mais également la création de la Cour Pénale Internationale, garante de leur respect par les textes internationaux.

Nous venons de voir que les Droits de l'Homme pouvaient être utilisés pour permettre aux États occidentaux d'émettre une forme de jugement envers les pays du tiers monde, et ainsi freiner le développement politique de leurs relations internationales. Mais il y a une sorte de « troc commercial » entre les États du nord et les pays du sud, lesquels, en guise de récompense « pour bonne conduite », pourraient obtenir des aides humanitaires. La question de l'impunité se pose pleinement ici. Marie-Aude Tavo⁴⁸, abordant le domaine des crimes contre l'humanité, dénonce ainsi la situation de la Russie vis-à-vis des massacres commis sur le peuple tchéchène, et aussi en France concernant la question de l'indépendance de l'Algérie.

⁴⁷ BUERGENTHAL T., « The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 19, 1997, p. 703-723.

⁴⁸ TAVOSO M.-A. (ss la dir. de), *Mises en œuvre des droits de l'homme*, L'Harmattan 2004.

A l'arrivée, la question nous semble être : comment concilier l'universalité des Droits de l'Homme avec la diversité des cultures⁴⁹ ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les droits culturels parmi lesquels figure le droit à la préservation des identités culturelles, sont consacrés par plusieurs instruments régionaux. Existe-t-il des valeurs universelles et ainsi une possibilité de porter des jugements par-delà les frontières, ou bien toutes les valeurs sont-elles relatives? L'ethnocentrisme est la figure la plus commune de l'option universaliste : cela consiste à ériger les valeurs propres de la société à laquelle quelqu'un appartient en valeurs universelles. Ainsi, cette personne sera convaincue que ses valeurs sont les Valeurs absolues et qu'il n'y a rien à ajouter à cela. La nuance est donc très ténue entre la projection inconsciente de soi sur les autres et un véritable attachement à un idéal commun.

C'est ce qui rend les solutions si difficiles à trouver. Il n'est pas aisé de prouver à quelqu'un que l'on agit pour son bien si ce dernier y voit une menace à son identité. Nous avons connu cela en Irak après l'intervention américaine. Certes, si l'Occident veut promouvoir l'universalité des droits de l'homme, il se doit de confronter sa vision à celle des autres sociétés et aux autres cultures. On doit admettre que la perception des Droits de l'Homme est conditionnée par l'histoire et par différents facteurs d'ordre social, économique ou politique au point que l'universalité des droits risque de rester théorique et abstraite si elle ne prend pas en compte cette diversité. Il faut donc penser un monde d'articulation entre l'universel et le particulier qui est intransigeant sur le socle des droits fondamentaux propre à toute l'humanité et ne pas exclure non plus le respect des identités culturelles. On peut

⁴⁹ Il y a donc des pays autoritaires mais qui estiment que cela est normal puisque la notion des Droits de l'Homme est une notion relative. Par exemple l'Iran et c'est pourquoi et la gauche et la droite française étaient contre la visite qu'a effectué le président iranien Hassan Rohani. Pour les contestataires, la France, pays des droits de l'homme, ne devait pas recevoir en visite officielle, un sinistre individu dont les mains sont couvertes de sang. Ils disent que « l'Iran fomenté et finance le terrorisme international mais cela ne semble nullement déranger les dirigeants français, pas plus que l'exécution capitale de plus de 1000 opposants au régime en 2015.... Cette visite équivaut pourtant à la poignée de main du Maréchal Pétain avec Adolphe Hitler le 24 octobre 1940, qui marqua définitivement la collaboration avec les Nazis ».Source: <http://ripostelaique.com/grandeur-et-decadence.html>.

conclure par une citation de Ibn Khaldoun⁵⁰: « plus d'un trait distingue les hommes les uns des autres ; il n'en est pas moins vrai qu'ils tous des fils d'Adam ».

SECTION 2. L'EUROPÉANISATION DES DROITS DE L'HOMME

La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH), est signée à Rome en 1950 et à la CEDH dont la mission est de veiller à son respect (A). Le Conseil d'Europe joue un rôle important au sujet des droits de l'homme, ce qui se reflète dans les rapports annuels des Commissaires aux Droits de l'Homme (B). Ce sont les traités d'Amsterdam en 1997 et de Nice en 2001 qui ont introduit les Droits de l'Homme au cœur de l'intégration communautaire. Mais depuis longtemps le parlement cherche à les promouvoir (C).

A. La protection des Droits de l'Homme par le Conseil de l'Europe

Les Droits de l'Homme ne sont pas seulement protégés par les Nations-Unies. Il faut savoir que le Conseil de l'Europe a prétendu pendant longtemps incarner les Droits de l'Homme en Europe face aux pays communistes. Car c'est bien sous l'égide du Conseil de l'Europe qu'ont été accomplis des progrès spectaculaires dans le sens d'une protection supranationale des droits de l'homme. C'est dans cet objectif qu'on a établi la CEDH⁵¹.

⁵⁰ Ibn Khaldoun : Abou Zeid Abd er-Rahman, surnommé Ouéli ed-Din. Célèbre historien et philosophe de l'histoire arabe, né à Tunis en 1332, assassiné à Tlemcen en 1406. Ibn Khaldoun (...) a été l'un des premiers théoriciens de l'histoire des civilisations. Arnold Toynbee dit de lui qu'il a conçu et formulé une philosophie de l'Histoire qui est sans doute le plus grand travail qui ait jamais été créé par aucun esprit dans aucun temps et dans aucun pays.

⁵¹ En effet le Conseil d'Europe a une importance considérable en matière des droits de l'homme. Il suffit de jeter un coup d'oeil sur les rapports annuels du Commissaire aux Droits de l'Homme Nils Muižnieks. Par exemple sur l'année 2014 on lit que "2014 a été une mauvaise année pour les Droits de l'Homme en Europe. Des milliers de personnes qui n'auraient pas dû mourir ont perdu la vie [...] Elles n'auraient pas dû mourir sur un

Les droits protégés par la Convention sont presque à la lettre ceux trouvés dans la Déclaration universelle de 1948. La CEDH possède un mécanisme international très efficace, au début volontaire puis obligatoire, qui nous ouvre, après la fin des recours internes, de faire appel à la Cour européenne des droits de l'homme.

La charte sociale européenne complète d'une certaine façon la CEDH car elle aide à protéger des droits économiques et sociaux. En dehors du fait que peu d'Etats l'ont ratifiée, son importance est moindre : les États peuvent opter pour une soumission à certaines dispositions seulement. Il faut dire aussi qu'elle ne comporte pas un mécanisme de système de garantie juridictionnel, son application n'étant vérifiée que par un comité d'experts. De nombreuses autres conventions, portant sur des questions plus ponctuelles, ont été conclues au niveau du conseil de l'Europe⁵².

1. Le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme

a) Le rôle de la CEDH

Nous ne répèterons pas ce que nous avons dit sur le Conseil de l'Europe. Rappelons simplement que l'originalité de ce système européen de protection est de reposer entièrement sur un mécanisme de plaintes étatiques ou individuelles. Il faut cependant faire la distinction entre le système en place avant 1998, date d'entrée en vigueur du protocole n°11, et après 1998.

continent qui prétend avoir tiré les leçons de son histoire sanglante et violente

Source:

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet>.

⁵² En 1981, la convention sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, en 1989, la Convention pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants qui a créé un comité doté de prérogatives importantes et de pouvoir d'enquête sur place auprès des personnes privées de liberté.

Avant 1998, la procédure était relativement longue et complexe. Elle se divisait en deux phases, la première se déroulait entièrement devant la Commission. La Commission était compétente pour recevoir et examiner les plaintes de tous les États parties dirigées contre les violations de la CESDH commises par un autre État membre du Conseil de l'Europe⁵³. Avec pas moins de 811 arrêts rendus de 1959 (date de son entrée en fonction) à 1998, la CEDH était une véritable juridiction internationale. La Cour ne réparait pas seulement les préjudices subis par les requérants mais elle a élaboré une jurisprudence qui a obligé les États à changer leur législation nationale. En effet, les sanctions, ici, sont contraignantes et font peur aux États.

Mais, devant le succès de la procédure des plaintes surtout individuelles, la Cour se trouva confrontée à un problème d'engorgement, qui est devenu insoutenable surtout que la Convention reconnaissait « à toute personne arrêtée ou détenue, le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ». Donc, une réforme de grande ampleur s'imposait.

Un protocole n°11, est entré en vigueur le 1er novembre 1998. Ce protocole a bouleversé le système de protection des Droits de l'Homme en mettant en œuvre deux mesures. Il se veut plus simple et se caractérise par sa judiciarisation: il existe désormais une Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) unique et permanente. Elle est composée d'autant de juges qu'il y a d'Etats parties. Le fait que ces juges ne soient pas les représentants de leur État d'origine donne une garantie supplémentaire de l'effectivité des Droits de l'Homme en Europe.

La Cour continue à statuer sur la recevabilité des requêtes. Mais le recours étatique et individuel ne peut s'effectuer que si tous les recours internes sont épuisés et dans un délai de 6 mois à compter de la date de la décision interne définitive, dans le but de rendre moins lourd le nombre de dossiers à instruire.

On peut conclure sans aucune crainte que le Conseil de l'Europe est un exemple de réussite d'internationalisation des Droits de l'Homme à l'échelle de l'Europe. C'est pourquoi on souhaite vivement que les pays arabes suivent cet exemple honorable⁵⁴.

⁵³ Elle était également compétente pour recevoir les requêtes émanant des particuliers se prétendant victimes d'une violation par un Etat contractant des droits reconnus dans la Convention.

⁵⁴ Avec l'explosion de la technologie médiatique les Arabes regardent, entendent et lisent de plus en plus des auteurs arabes qui s'étonnent devant

La Convention s'est développée dans un sens positif avec le temps et a été joint par plusieurs protocoles. Par exemple, pendant que la CEDH accepte la peine de mort, le protocole no 6 la rejette en temps de paix et le protocole no 13 la rejette dans tous les cas même durant les périodes de guerre⁵⁵.

Nous citons quelques-uns des articles de la CEDH:

« Article no 2 : Le droit à la vie.

Article no 3 : L'interdiction de la torture et des traitements inhumains.

Article no 4 : L'interdiction de l'esclavage.

Article no 5 : Le droit à la liberté et à la sûreté⁵⁶. L'article no 5 définit le droit à la liberté, qui subit quelques restrictions légales autorisent l'arrestation dans des circonstances bien déterminées, telles que l'arrestation de personnes soupçonnées d'actes criminels.

Article no 6 : Le droit à un procès équitable. L'article no 6 définit dans le détail le droit à un procès équitable. La personne bénéficie d'un droit à une audience publique devant un tribunal indépendant et impartial, et du principe de la présomption d'innocence⁵⁷.

le fait que l'Union européenne a avancé grandement sur le chemin de l'Union alors que les Arabes attendent encore: « Pourquoi tous les pays essaient de s'unifier alors que nous les Arabes sommes devenus des braves dans la division et les querelles fraternelles? Les pays de l'Union européenne sont devenus 27 (après le Brexit) et les Arabes attendent encore. Quel est le secret de notre penchant à la division et pourquoi la Rue arabe est devenue "les rues arabes"... ». Ces propos acerbes sont exprimés par le journaliste Faisal Qasem sur le canal al Jazira: <http://www.aljazeera.net/programs/opposite-direction/2004/6/3/%> .

⁵⁵ Mohamad al Majzoub, Le droit international humanitaire, dar al nahda al arabya, Université arabe de Beyrouth, p. 221.

⁵⁶ Publications officielles de la CEDH : <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fr>

⁵⁷ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection

Article no 7 : La Légalité des peines qui interdit toute mise en cause rétroactive.

L'article no 7 repose sur la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege*, c'est-à-dire que « nul ne peut être poursuivi pour une infraction qui n'était pas définie comme telle au moment des faits. Cela implique que la loi doit être vérifiable »⁵⁸.

Article n° 8 : Le droit au respect de la vie privée et familiale.

L'article no 9 énonce le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. On inclut aussi « la liberté de changer de religion ou de convictions, et de manifester sa religion ou ses

de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Tout accusé a droit notamment à :

a- être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b- disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c- se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d- interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e- se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

⁵⁸ L'article n° 7 interdit la qualification criminelle rétroactive d'actes. Nul ne peut être puni pour un acte qui n'était pas considéré comme une infraction au moment où il a été commis. Cet article dispose qu'une infraction est établie soit en droit national, soit en droit international, ce qui autorise l'engagement de poursuites contre celui qui aurait commis un acte non qualifié d'illégal par les lois de son pays au moment des faits, mais qui était un crime au regard des usages en droit international. L'article n° 7 interdit également que soit prononcée une peine plus lourde que celle qui était applicable au moment des faits reprochés à l'inculpé.

convictions que ce soit à titre individuel ou collectif, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites »⁵⁹.

Article no 10 : Le droit à la liberté.

Article no 11 : Droit à la liberté de rencontre et d'association⁶⁰.

Article no 12 : Droit au mariage.

b) L'influence de la CEDH sur le droit français

i) Les tentatives de résistance des autorités françaises à la jurisprudence de la CEDH

Certaines des réticences qui peuvent se manifester traduisent la volonté des juridictions supérieures de conserver aux arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme une stricte autorité « relative » de la chose jugée. Cela s'exprime de deux manières bien distinctes.

Premièrement, la juridiction supérieure peut entendre limiter strictement aux parties l'autorité de la chose jugée par la CEDH.

Deuxièmement, la juridiction nationale peut estimer ne pas être juridiquement liée par l'interprétation de la Convention donnée par la Cour. Par exemple, la Cour de Cassation n'hésite pas à maintenir sa jurisprudence traditionnelle sur l'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé par représentation au nom d'un condamné qui se dérobe à un mandat de justice⁶¹.

⁵⁹ Dossiers sur les droits de l'homme, no 20 .
[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-20\(2004\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-20(2004).pdf)
Saisie par un témoin de Jéhovah pour une requête concernant la violation de l'article 9 en raison du refus de lui accorder l'objection de conscience, la grande chambre de la CEDH a conclu, par seize voix contre une, que l'article 9 protège le droit à l'objection de conscience(arrêt définitif de la CEDH du 7 juillet 2011, Bayatyan c/ Arménie).

⁶⁰ L'article n° 11 assure le droit à la liberté de réunion et d'association, y compris le droit de former des syndicats. Cependant il y a parfois des restrictions en cas de « mesures nécessaires.

⁶¹ Cass. crim. 19 janvier 1994, Guerin. Cité in CEDH Grande chambre 29 juillet 1998, Aff. N° 25201/94.

ii) Les illustrations de l'influence de la CEDH sur le droit français

Réserveons un petit espace dans ce chapitre à l'influence de la CEDH sur la France puisque dans tout notre travail la France est une référence, non seulement en Irak mais dans tous les pays arabes.

La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales est applicable en France depuis le 4 mai 1974. Elle a été complétée par 13 Protocoles qui ont notamment ajouté des droits à ceux consacrés par la Convention. Le nombre d'affaires mettant en cause la France par la CEDH sont en augmentation permanente⁶². Le contrôle de la France par la Cour Européenne est toutefois depuis son origine un contrôle contraignant mais relativement limité dans la mesure où ce contrôle n'intervient qu'une fois que toutes les voies de recours internes ont été épuisées et que les juridictions internes demeurent souveraines du règlement des litiges qui lui sont soumis.

A la suite des nombreuses décisions qui ont constaté des violations de la Convention Européenne des Droits de l'Homme par la France, les autorités qui avaient le pouvoir d'infléchir ou de modifier la règle générale attentatoire aux Droits de l'Homme ont entrecroisé les réactions les plus contradictoires. Bien que les juridictions nationales puissent spontanément prendre en compte les décisions de la Cour, elles peuvent également faire preuve de réticences face à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

⁶² Evoquons ici cet arrêt seulement : Dans un arrêt du 20 octobre 2011 (*Alboréo c/ France*), la Cour européenne des Droits de l'Homme a condamné la France pour des violences commises par des membres d'une équipe régionale d'intervention et de sécurité (ERIS) le 3 décembre 2005 à l'égard d'une personne détenue à la maison d'arrêt de Toulouse-Seysse. Les juges ont considéré que l'usage de la force par ces personnels pénitentiaires a été en l'espèce constitutive d'un « *traitement inhumain et dégradant* ». Cinquième condamnation de la France par la Cour dans le domaine pénitentiaire en moins d'un an, cette décision vient, après l'arrêt *El Shennawy* du 20 janvier 2011, sanctionner une nouvelle fois les pratiques des ERIS, unités spéciales de l'administration pénitentiaire. Source: European court of human rights, Affaire ALBOREO c/ FRANCE (Requête no 51019/08).

Les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'impliquent aucun effet d'annulation ou de réformation des décisions rendues par les juges nationaux. La Cour a eu l'occasion de préciser dans son arrêt Marckx du 13 juin 1979 que sa décision « déclaratoire pour l'essentiel [...] laisse à l'état le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne » pour s'acquitter de son obligation d'exécution de l'arrêt. Mais dans la pratique, il convient de remarquer que les arrêts influencent les décisions des juges nationaux. Les arrêts influencent les jugements futurs, alors que dans les textes, aucun arrêt ne peut contraindre le juge national. L'arrêt possède en fait une portée jurisprudentielle importante dans la mesure où le juge ne souhaite pas exposer l'État à des recours et condamnations répétés.

On peut qualifier d'exemplaire l'attitude de la France, toutes autorités normatives confondues, à la suite des arrêts Huvig et Krüslin du 24 avril 1990 sanctionnant la violation de l'article 8 du fait d'écoutes téléphoniques judiciaires. Ces arrêts sont en fait directement à l'origine de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications. En effet, seulement trois jours après ces arrêts réprobateurs, une note du ministre de la Justice insistait sur l'intérêt de ces arrêts et demandait qu'il en soit tenu compte dans les procédures en cours et à venir. Tout compte fait la Cour européenne des Droits de l'Homme a fait sans nul doute évoluer les choses dans le sens d'un plus grand respect des droits de l'homme⁶³.

Le contrôle de conventionnalité établi par les juges administratifs sur une loi ou un acte administratif contribue à renforcer l'influence de la CEDH sur le droit français. Les juges vérifient la conformité de la loi française ou d'un acte administratif aux conventions internationales signées par la France: c'est l'article 55 de la Constitution de la cinquième République qui assure la suprématie des traités internationaux sur les lois.

Cette supériorité étant garantie par la constitution, on peut croire que le contrôle du respect des conventions internationales par le législateur est assuré par le revient au Conseil constitutionnel français, mais ce dernier a refusé ce contrôle dans une décision du 15 janvier

⁶³ La CEDH a changé les règles dans plusieurs domaines, mais toujours dans le sens du progrès.

Source: <http://fr.myeurop.info/2011/09/24/1-europe-des-fessees-prend-une-claque-3411>

Visite: 19-1-2016.

1975 relatif à la loi Veil. Ce sont les juges ordinaires qui assurent ce contrôle. Le juge judiciaire l'accepte en premier par l'arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975. Le juge administratif s'est reconnu un peu plus tard également compétent le 20 octobre 1989 par l'arrêt Nicolo. Mais les tribunaux ordinaires excluent les dispositions de nature constitutionnelle d'un tel contrôle⁶⁴ car celles-ci ont une valeur supérieure à celles des traités dans l'ordre interne⁶⁵.

On comprend aisément que les justiciables ont davantage intérêt à saisir les tribunaux internationaux compétents quand ils existent car les droits sont mieux respectés au niveau international et les abus se commettent surtout sur le plan interne par des régimes et comportements politiques peu soucieux des intérêts des gens. Les justiciables saisissent la Cour internationale de justice pour le droit découlant des organes de l'ONU, ou la Droits de l'Homme pour la Convention européenne des droits de l'homme. Parallèlement, les justiciables peuvent demander au juge national de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle⁶⁶.

B. La protection des Droits de l'Homme par l'UE

Le droit de l'UE regroupe un ensemble de normes qui n'ont pas toutes la même valeur juridique et qui sont donc hiérarchisées les unes par rapport aux autres. Les traités (Paris, Rome, l'Acte unique européen, Maastricht, Amsterdam, Nice et Lisbonne) et les actes assimilés (protocoles et conventions annexés aux traités) constituent le droit primaire ou originaire. Ils sont en haut de la hiérarchie des normes communautaires. Par conséquent: « tous les actes adoptés par les institutions européennes sont nécessairement adoptés en

⁶⁴ CE 30 oct. 1998, Sarran et Levacher.

⁶⁵ Voir sur ce sujet les ouvrages généraux indispensables suivants:

- Jugements et avis du Conseil d'État égyptien أحكام وفتاوى مجلس الدولة فى مصر, Ed. Dar Aboulmajd, Caïre, 2007.

- Chapus René, *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, 14e édition, Paris, 2000.

- Georges Vedel, *Le droit administratif*, PUF, 2002.

⁶⁶ Denys de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire », *RFDA*, vol. 1998, n° 2, 1998, p. 225-243.

application des traités, c'est pourquoi ils sont appelés " actes de droit dérivé "; accords externes entre l'UE et les pays tiers, accords entre les États membres et ceux conclus par l'un d'entre eux avec des pays tiers doit également se conformer aux traités »⁶⁷ (1).

Les ordres juridiques des États membres de l'Union européenne reposent sur la protection du droit et le respect des droits de l'homme. Et comme les traités ne contiennent pas de catalogue de droits fondamentaux, c'est essentiellement la jurisprudence de la Cour de justice qui est chargée de garantir et de compléter la protection de ces droits et des principes généraux. de droit, s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des conventions internationales pour la protection des Droits de l'Homme signées par les États membres, en particulier de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH)⁶⁸ (2).

1. L'œuvre du droit originaire

La protection des Droits de l'Homme n'avait à l'origine pas constitué une priorité face à la volonté de fonder une Communauté économique européenne, même s'il serait faux de dire que les Droits de l'Homme étaient inexistants dans l'esprit des constituants. Depuis longtemps le parlement européen y songeait. Le 12 avril 1989, il a adopté une Déclaration des droits et libertés annexée à une résolution du même jour, ce qui a prouvé l'importance récurrente au niveau communautaire.

Petit à petit, la protection des Droits de l'Homme a ainsi acquis une place croissante parmi les préoccupations de l'Union Européenne⁶⁹. Le traité sur l'Union européenne dans sa rédaction issue du traité d'Amsterdam, a inscrit le respect des Droits de l'Homme parmi les principes sur lesquels est fondé l'Union et l'a érigé en condition d'appartenance à l'Union

⁶⁷ http://www.lexinter.net/JPTXT/arret_jacques_vabre.htm
Visite 12 -1 2016

⁶⁸ <http://www.touteurope.eu/l-union-europeenne/les-principes-du-droit-de-l-ue/synthese/la-hierarchie-des-normes-de-droit-de-l-union-europeenne.html>.

⁶⁹ Déjà, la Cour de justice des communautés européennes, dès 1970, avait déclaré que le respect des droits fondamentaux faisait « partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect.

européenne Les traités d'Amsterdam en 1997 et de Nice en 2001 ont renforcé la place des Droits de l'Homme au sein de l'intégration communautaire. D'autant qu'entre temps est intervenue la proclamation en 2000 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le traité d'Amsterdam en 1997, portant révision du traité sur l'Union Européenne, a définitivement engagé la construction communautaire sur la voie de la protection des droits fondamentaux en concurrence directe avec le Conseil de l'Europe. Avec le traité d'Amsterdam, la Communauté est désormais compétente pour prendre des sanctions à l'encontre d'un État membre qui s'est rendu coupable « d'une violation grave et persistante » (TCE, art. 309) des principes fondateurs de l'UE.

Le Traité de Nice souhaite, quant à lui, encrer les acquis du traité d'Amsterdam, en adoptant la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Mais les 7 et 8 décembre 2000, lors du Conseil européen de Nice, les États n'ont pas souhaité l'intégrer aux traités. Cette charte n'avait donc pas de valeur contraignante. Beaucoup d'interrogations se sont posées autour de cette question⁷⁰. Finalement, elle a valeur obligatoire depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009⁷¹. Grâce à lui, la Charte des droits fondamentaux a acquis un caractère juridiquement contraignant.

⁷⁰ «*First of all, if by legal status we have in mind a binding force, this is not the case. The Charter of fundamental rights is not legally binding, nor was it meant to be so in the intentions of the Member States representatives who were gathered in Cologne and then in Nice.*

But also the European institutions (the Council, the Commission and European Parliament) which have officially endorsed the Charter, had in mind an inter-institutional agreement based on the model of other Community acts, rather than a conventional international agreement.

Having said that, the lack of binding force of the Charter says little of its real implications, in so far as the Community legal system has already succeeded in securing effective ».

Source: Giuseppe tesauo, «Some thoughts on the charter of fundamental rights of the European Union», Naples (disponible à l'adresse <http://www.ecln.net/elements/conferences/bookrome/tesauo.pdf>).

⁷¹ La charte a été signée et proclamée par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000.

<http://www.robertschuman.eu/fr/dossiers-pedagogiques/traite-lisbonne/fiche1.pdf>.

2. L'œuvre du droit dérivé

a) La notion de droit dérivé

Le droit dérivé est constitué des règles produites par les autorités instituées par les traités primaires. « »

Il s'agit d'abord des actes législatifs pris par les institutions européennes dans l'exercice des compétences prévues par les traités⁷². La diversité de ces actes est très grande et leur portée juridique peut être très variée.

Les modes d'action de l'Union européenne sont le règlement, la directive, la décision, les recommandations et les avis, créations juridiques autonomes de droit communautaire, distinctes des instruments juridiques nationaux.

Le droit dérivé est constitué d'actes juridiques pris par le Conseil de l'Union et l'Assemblée législative européenne, conformément aux traités, dans les domaines de compétence de l'Union européenne. Nous trouvons deux types d'actes: les actes contraignants et les actes non contraignants⁷³.

⁷² Voir sur le rapport entre le juge irakien et les conventions internationales, Khalil Ismael al Hadithi, Bibliothèque université Le Tigre (جامعة دجلة), 2010.

⁷³ Le processus de décision législatif concernant l'essentiel des politiques communautaires repose sur le triangle institutionnel Commission, Parlement, Conseil. Il existe plus d'une vingtaine de procédures pour décider au niveau européen.

Sont à retenir quatre types de procédures qui s'appliquent chacune à des domaines différents :

Procédure de consultation (CNS) : elle laisse le Conseil de l'Union européenne libre de passer outre l'avis du Parlement européen.

Procédure de codécision (COD) : elle donne au Parlement européen, aux côtés du Conseil, un réel pouvoir de décision

Procédure de coopération (SYN) : elle rend la décision plus difficile à prendre par le Conseil en cas de désaccord avec le Parlement européen.

Procédure de l'avis conforme : elle attribue au Parlement européen un droit de veto.

L'observatoire législatif permet de suivre pas à pas et de comprendre l'évolution et la progression d'une procédure et de connaître

Les actes contraignants créent une obligation juridique de manière générale et absolue.: Ce type d'acte introduit une règle uniforme directement applicable dans tous les États membres. Il doit être pleinement respecté par les personnes auxquelles il s'applique (personnes privées, États membres, organismes communautaires). Il est applicable dès sa publication au Journal officiel de l'Union européenne, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une transposition nationale.

Le règlement a pour objectif de garantir l'application uniforme du droit de l'Union dans tous les États membres. Le règlement définit un objectif et les moyens de l'appliquer, par exemple dans le domaine de la politique agricole commune.

Une directive définit les objectifs à atteindre par les États membres, à partir desquels elle laisse le choix des moyens. Il peut être adressé à un État membre, à plusieurs États membres ou à tous. Pour que les principes énoncés dans la directive produisent des effets au niveau du citoyen, le législateur national doit adopter un acte de transposition en droit national qui adapte la législation nationale aux objectifs définis dans la directive⁷⁴.

immédiatement son état d'avancement (v. le site <http://www.europarl.europa.eu/oeil/home/home.do?lang=fr>).

⁷⁴ Le manque d'harmonie de la législation transposée avec la directive est sanctionné par les juridictions européennes comme portant atteinte à l'objectif poursuivi par la directive. Ceci concerne en particulier la libre circulation des produits et services, pour laquelle des différences de législation cachent souvent des « obstacles aux échanges ». Dans son avis 3/2005, la Cour des comptes européenne note que la transposition d'une directive sera incorrecte si elle n'est pas conforme à la directive d'origine : « Même si cet objectif a été atteint pour la plupart des modifications proposées, la Cour observe que, sur plusieurs points, la transposition de la directive manque de cohérence, notamment du fait :

- de l'utilisation de termes ou de définitions différents de ceux figurant dans la directive, et cela sans aucune justification ;
- d'une transposition incomplète de certaines dispositions ;
- d'une transposition erronée de la directive ;

Sur toutes ces questions, voir l'ouvrage de : Marianne Dony, *Droit de l'Union européenne*, vol. 2, Université de Bruxelles, coll. « UB lire », 2014.

« Dans dix ans, 70 % à 80 % de la législation adoptée en France le sera sous influence européenne »: Jacques Delors, alors président de la Commission européenne et défenseur d'une Europe «fédération d'États-nations », avait prononcé en 1988 cette phrase aujourd'hui reprise par tous les eurosceptiques, pour qui c'est devenu une évidence: l'Europe serait responsable de la majorité de la législation française⁷⁵.

Mais le droit dérivé inclut également la jurisprudence de la CJUE dont le rôle est si important pour la protection des Droits de l'Homme en Europe.

b) La jurisprudence de la CJUE

La Cour de Justice des Communautés européennes a été instituée en 1952 par le Traité CECA, elle siège au Luxembourg. Elle est composée de 27 juges (un par un État membre) et de 8 avocats généraux nommés d'un commun accord par les États membres. La Cour de Justice est assistée depuis 1989 par un Tribunal de première instance et depuis 2005 par un Tribunal de la fonction publique.

i) Un contentieux quantitativement important

Par son activité juridictionnelle importante, elle a rendu plus de dix mille arrêts depuis sa création en 1952. Ce grand tribunal a un rôle très important dans la construction européenne: certains principes fondamentaux du droit communautaire, tels que la primauté et l'effet direct de ce droit, ou les principes généraux du droit communautaire, parmi lesquels figurent les droits fondamentaux, sont d'origine jurisprudentielle.

La Cour est saisie par des recours directs :

- Les recours en manquement qui visent à sanctionner la violation des textes communautaires par les États membres (par exemple la mauvaise transposition d'une directive). Mais dans la majorité des cas c'est la Commission européenne qui présentent les recours.

⁷⁵ Diane Jean, *Le Monde*, 21-5-2014.

- Les recours en annulation qui visent à annuler un acte des institutions communautaires. Ces recours peuvent être présentés par les États membres, mais aussi par les instances européennes qui ne sont pas dans l'obligation de prouver leur intérêt à agir.

- Les recours en carence qui visent les cas de défaut d'action d'une institution. Ces recours sont présentés par les administrations européennes de l'UE mais aussi par les États membres et les personnes physiques ou morales comme si c'étaient des recours pour excès de pouvoir.

- Enfin, les recours en indemnisation qui mettent en cause la responsabilité de l'Union à cause de dommages causés par ses autorités. Les personnes physiques et les États membres ont la possibilité de présenter ces recours.

Quant aux recours contre les arrêts et ordonnances du Tribunal ils peuvent être ouverts aux parties ayant perdu au procès au moins partiellement⁷⁶.

A côté des textes communautaires et des droits fondamentaux, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a ainsi permis aux Droits de l'Homme de bénéficier d'une protection efficace.

ii) Une jurisprudence qualitativement protectrice

Le principe de cette protection a été affirmé le 18 juin 1991 par la Cour européenne de justice dans son arrêt ETR, qui se lit comme suit: « Conformément à la jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit garantis par la Cour. La Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes des États

⁷⁶ Le principe est donc que toute personne peut mettre en cause un Etat membre en déposant une plainte auprès de la Commission européenne pour dénoncer une mesure législative, réglementaire ou administrative qu'elle estime contraire à une disposition ou à un principe du droit de l'Union européenne. La plainte doit dénoncer une violation du droit de l'Union par un Etat membre et ne peut donc pas concerner un litige d'ordre privé. Les entreprises des États membres de l'UE possèdent également ce droit, notamment afin de dénoncer des situations contraires au droit de la concurrence. Il est actuellement facile de s'informer sur toutes ces questions à travers les informations en ligne: le site suivant offre des possibilités énormes pour la recherche:
<http://www.touteurope.eu/actualite/porter-plainte-aupres-de-la-commission-europeenne.html>.

membres et des informations fournies par les instruments internationaux de protection ou de défense des Droits de l'Homme auxquels les États ont coopéré ou ont adhéré. À cet égard, la CEDH a une signification particulière »⁷⁷.

La Cour veille à la cohérence et à l'uniformité du droit communautaire et assure le respect de droits élémentaires, tels que l'égalité hommes-femmes, la non-discrimination en raison de la nationalité, ou bien encore la protection de l'environnement. Elle condamne les États membres à des amendes particulièrement dures en cas de manquement à leurs obligations découlant du droit communautaire.

Au travers de sa jurisprudence Cour a par ailleurs élevé un certain nombre de droits et libertés au rang des droits fondamentaux de l'Union européenne, tels que le droit de propriété, la liberté d'exercer une activité professionnelle, l'inviolabilité du domicile, la liberté d'opinion, la protection de la famille⁷⁸. Elle l'a notamment fait au travers des principes généraux du droit communautaire. Parmi eux figurent le principe de sécurité juridique, le principe de non-discrimination, le droit à un procès équitable, l'interdiction de la double sanction, la non-rétroactivité des dispositions pénales, etc.

La Cour de justice les considère qu'ils sont supérieurs au droit européen secondaire et aux accords extérieurs; donc tous ces droits sont requises.

⁷⁷ La technique des principes généraux du droit permet à la Cour de promouvoir les Droits de l'Homme dans le système de l'UE.

⁷⁸ Même si des voix s'élèvent actuellement contre l'Europe, la majorité des européens restent satisfaits du fait que la loi européenne s'impose lorsque les pays européens commettent des injustices.

La justice européenne reste un outil important qui permet de faire respecter les droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme. Elle donne aux Européens la possibilité de faire condamner leur pays si ces droits ont été violés. « C'est la seule arme légale pour freiner la tendance actuelle à piétiner les droits de l'homme. C'est un symbole, celui des valeurs partagées par 800 millions de personnes au sein de la grande Europe. Juste l'idée d'une zone de paix et de liberté », comme l'explique Georges Moréas, Commissaire principal honoraire de la police nationale (<http://moreas.blog.lemonde.fr>).

CHAPITRE DEUXIEME

LA RECEPTION DE L'IDEOLOGIE DES DROITS DE L'HOMME DANS LE MONDE ARABE

L'actualité nous rappelle sans arrêt les progrès de la Chine concernant sa croissance économique, sa puissance démographique, ses remarquables innovations technologiques et scientifiques. Mais malheureusement la Chine est souvent montrée du doigt pour son non-respect des droits de l'homme. Cependant, il est difficile de nier l'importance culturelle du concept des Droits de l'Homme et de son évolution occidentale⁷⁹.

Outre le fait que la Chine récuse la vision totalement ethnocentriste des pays occidentaux en matière de droits de l'homme, elle tient à justifier ses propos en insistant sur les différences fondamentales au niveau des conceptions de la vie. Pour la Chine les valeurs centrales sont : la primauté de la famille, soumission de l'individu au groupe, respect des hiérarchies, attachement au consensus excluant toute expression d'opinion divergeant.

Les pays arabes font à peu près la même chose: pour éviter qu'on leur impose d'appliquer les exigences des Droits de l'Homme soi-disant occidentaux, certains pays arabes fuient en se cachant derrière l'idée que ce sont des Droits de l'Homme importés.

D'autres sont toutefois à l'origine de la Charte arabe des Droits de l'Homme et même d'une Cour arabe des Droits de l'Homme dont la création constitue un changement par le haut selon nous salutaire (Section 1). Mais que peut faire un juge administratif pour défendre les

⁷⁹ La Chine exécute chaque année beaucoup plus de condamnés que tous les autres pays réunis. Sur la base des informations rendues publiques, Amnesty International a estimé qu'au moins 1 010 personnes avaient été exécutées et 2790 condamnées à mort en 2006. Cependant, ces chiffres sont certainement bien en dessous de la réalité. Dernièrement, un juriste chinois a estimé le nombre d'exécutions à environ 8 000 par an. Les condamnés sont exécutés d'une balle dans la nuque ou, de plus en plus souvent, par injection létale. Beaucoup des crimes passibles de la peine de mort en Chine – quelque 68 au total – sont des crimes non violents, comme la fraude fiscale, la contrebande et le proxénétisme. V. *Journal irakien al Qods*, numéro du 22-11-2015.

droits de citoyen arabe et irakien ? La constitution irakienne présente une panoplie de principes progressistes. Le juge peut s'appuyer dessus lorsqu'une loi ne fait pas écran (Section 2).

SECTION 1. LES INSTRUMENTS SUPRANATIONAUX DE PROTECTION

Beaucoup d'arabes ne croient pas dans la thèse selon laquelle les Droits de l'Homme sont inventés en Occident. Pour eux les premiers Droits de l'Homme connus sont apparus dans cette partie du monde avec les tablettes de Hammourabi, Moïse et ses dix commandements, le Christ et ses positions en faveur des femmes et des enfants. Et le prophète Mohammad avec ses positions favorables à l'égalité et à la mondialité.

Pour plusieurs auteurs arabes, les êtres humains ont compris depuis toujours qu'il est impossible de vivre en Paix, si le principe de la dignité de l'homme n'est pas respecté. Les guerres ont montré que la Paix établie sur les résultats de la guerre entre gagnants et perdants ne peuvent pas durer longtemps alors que la Paix basée sur le respect durera toujours.

Dans ce sens, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948, qui résume l'effort de l'humanité dans sa recherche de la Paix, et les conventions internationales, qui détaillent le contenu de cette Déclaration, ne peuvent être étrangères aux Arabes puisque « selon cette opinion » les Arabes sont les précurseurs. Dans notre propos nous ne discuterons pas de ce point à savoir quel pays ou région peut revendiquer la paternité des droits de l'homme. Nous avons voulu seulement dire que la thèse selon laquelle les Droits de l'Homme seraient une création occidentale est contestée par une partie des penseurs arabes, notamment les religieux.

Le problème du regard islamique sur le caractère occidental des Droits de l'Homme fait l'objet d'un grand débat dans le monde arabe depuis longtemps⁸⁰. Il y a les extrémistes et il y a les modérés. Et même dans les événements actuels en Syrie et en Irak en 2016 le même problème se pose: qui sont les combattants modérés et qui sont ceux proches de *Daech* (l'État islamique).

⁸⁰ Voir Chafic Chehata, *La religion et les fondements du droit en islam, dans Archives de philosophie du droit*, tome 18, 1973, p. 22.

Même si, selon nous, l'institutionnalisation des Droits de l'Homme a bien commencé en Occident et en particulier en France puis aux Nations-Unies (1789 et 1948), elle se trouve poursuivie désormais dans le monde arabe comme le montrent les exemples de la Charte arabe des Droits de l'Homme (A) et de sa Cour arabe (B).

A. La Charte arabe des Droits de l'Homme

1. La genèse de la Charte

La Charte arabe des Droits de l'Homme a été adoptée à Tunis en 2004 et appliquée le 15 mars 2008 – deux mois après la date de ratification d'un septième État, les Émirats arabes unis, conformément à son article 49 qui exige sa ratification par sept États membres de la Ligue. Les sept premiers pays ayant ratifié la Charte sont : la Jordanie (28 octobre 2004), l'Algérie (11 juin 2006), Bahreïn (18 juin 2006), la Libye (7 août 2006), la Syrie (6 février 2007), la Palestine (28 novembre 2007) et les Émirats arabes unis (15 janvier 2008)⁸¹.

La Charte contient un Préambule et 53 articles. C'est une actualisation d'une précédente charte, adoptée en 1994. La Charte arabe a été critiquée à cause de la contradiction entre certains articles de la Charte et les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Le texte de 2004 a connu plusieurs avancées significatives, notamment en ce qui concerne les droits des personnes handicapées et la lutte contre les violences familiales à l'égard des femmes et des enfants.

La charte assure son respect des droits traditionnellement garantis par les Grands textes internationaux comme la liberté individuelle, la liberté religieuse, l'égalité devant la loi, la protection contre la torture, la propriété privée.

Cette charte s'inscrit dans la lignée de la Déclaration des Droits de l'Homme en Islam adoptée le 5 août 1990, au Caire, lors de la 19e Conférence islamique des ministres des Affaires étrangères.

⁸¹ Louis Balmond, « Chronique des faits internationaux », *Revue générale de droit international public*, 2008-2.

2. Le contenu de la Charte

La Charte réalise certaines avancées (a) mêmes si elles ne sont pas sans limites (b).

a) Les avancées

Le préambule commence par insister sur le rôle des religions : « Procédant de la foi de la Nation arabe dans la dignité de l'homme que Dieu a honoré depuis la création du monde et dans le fait que la patrie arabe est le berceau des religions et des civilisations dont les nobles valeurs ont consacré le droit de l'homme à une vie digne fondée sur la liberté, la justice et l'égalité »⁸².

⁸² Al haia al mostaqella li hoqouq al insan, Publications Ligue des pays arabes, Diwan al Mazalim.

Il n'est pas du tout étonnant que le premier énoncé de cette charte fasse l'éloge de l'islam. C'est que le monde arabe reste imprégné de religion et dans la plupart des pays arabes l'islam est la religion d'Etat. Mais ceci doit avoir une explication plus approfondie puisque l'histoire musulmane a connu de grands athées. Citons Abou Ala Al Ma'arri, poète aveugle et libre penseur syrien du XI^e siècle. Abou Ala Al Ma'arri naquit en 973 à Ma'arrat an Nu'man, petite ville de Syrie entre Hama et Alep. Les djihadistes ont décapité sa statue en 2013. Dans ses œuvres, « Les Luzumiyât » (les nécessités), il montre son agnosticisme, sa critique des religions (les trois monothéismes, le mazdéisme), son culte de la Raison. Il défend les femmes, il est opposé à la polygamie, critique les mœurs dissolues à la Mecque.

N'oublions pas que l'Europe a connu la laïcité tard. En 1546, sur la place Maubert, à Paris, dans un des foyers de la civilisation occidentale, où le mouvement humaniste et artistique de la Renaissance venait de déchirer violemment le rideau qui voilait les formes attiques du beau, périsait sur le bûcher, aux applaudissements des foules, l'imprimeur Etienne Dolet, coupable d'irréligion et d'hérésie... » (Nicole Lepeix, *Revue de la Libre Pensée française la Raison*, 2013).

Puis, il insiste sur sa volonté « de concrétiser les principes éternels de fraternité, d'égalité et de tolérance entre les êtres humains consacrés par l'Islam et les autres religions révélées »⁸³ avant d'énoncer la plupart des droits fondamentaux. Parmi eux on trouve :

- Le droit à la vie est un droit inhérent à toute personne humaine : la loi protège ce droit et personne ne sera arbitrairement privé de sa vie. La peine de mort ne peut être appliquée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et au jugement final d'un tribunal compétent.

- En ce qui concerne la torture: Nul ne sera soumis à la torture physique ou morale ni aux traitements cruels, inhumains, dégradants ou dégradants.

- L'esclavage et la traite des êtres humains sont interdits sous toutes leurs formes et punis par la loi. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude en aucune circonstance. De même le travail forcé, la traite des Hommes à des fins de prostitution ou d'exploitation sexuelle, ainsi que l'exploitation d'enfants dans les conflits armés sont interdits.

- Égalité en justice: « Tous les États sont égaux devant la loi ». Les États parties garantissent l'indépendance du pouvoir judiciaire et protègent les juges de toute ingérence, pression ou menace, et veillent à ce que tous les individus relevant de leur compétence aient accès aux tribunaux de tous les grades.

- La Charte assure que chacun a droit à un procès équitable dans lequel sont assurées des garanties suffisantes et conduit par un tribunal compétent indépendant et impartial établi préalablement par la loi qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ou se prononcera sur ses droits et ses obligations. Chaque État partie garantit à ceux qui n'ont pas les ressources nécessaires une aide juridictionnelle pour leur permettre de défendre leurs droits.

Enfin, l'article 53 dispose que les États qui signent cette Charte peuvent mettre des réserves sur une des dispositions de cette Charte mais il ne faut pas que cette réserve soit en désaccord avec son objet de la Charte; Sinon ce droit de réserve risque de vider la Charte de sons sens.

Le texte n'est pour autant pas exempt de critiques.

⁸³ *Idem.*

b) Les limites

Les critiques portent sur 4 points principaux.

Tout d'abord, il y a l'assimilation du sionisme au racisme. Le préambule de la Charte et son article 2-C assimilent le sionisme à une forme de racisme. Ces mentions sont à l'origine de réactions virulentes de nombreux commentateurs, notamment de la Commission internationale des juristes. D'un point de vue juridique, bien que l'Assemblée générale de l'ONU avait adopté le 10 novembre 1975 la résolution 3379 qui énonçait que « le sionisme est une forme ancienne de racisme et de discrimination raciale », cette résolution a été révoquée par la résolution 46/86 du 16 décembre 1986. Cette dernière résolution n'est donc pas respectée par la Charte. D'un point de vue plus général, une telle mention relève du domaine politique et ne semble pas avoir sa place dans un texte relatif aux droits de l'homme.

Il y a ensuite l'égalité femme-homme. Les dispositions de la Charte de 2004 marque certes une avancée significative par rapport au texte de 1994 qui éludait largement la question. Car l'égalité femme-homme est plusieurs fois mentionnée et affirmée (préambule, article 3). Mais une limite tient à la discrimination envers la femme permise par la référence à la Shari'a islamique et les autres lois divines.

Par ailleurs, la Charte pose une question de principe parce qu'il ne consacre parfois des droits qu'au bénéfice des seuls citoyens des États-parties. Ainsi en va-t-il du droit au travail (article 34), de la sécurité sociale (article 36) ou de la liberté de réunion (article 24). Il est vrai que le droit international autorise de telles distinctions justifiées et proportionnées en fonction du statut de la personne, mais cela ne doit pas concerner les droits en question qui sont universels. L'atteinte est claire au droit du travail⁸⁴.

⁸⁴ Article 23 de la DUDH (tout en sachant que tous les pays arabes ont signé la Déclaration Universelle des droits de l'homme).

1. Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage.

2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal.

3. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection

Enfin, s'agissant de la peine de mort, l'article 7-1 de la Charte arabe des Droits de l'Homme autorise son application aux mineurs. Alors que cette peine est interdite par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 6-5) et la Convention sur les droits de l'enfant (article 37) que beaucoup d'Etats arabes ont signé.

Pour conclure, disons que cette charte serait positive en elle-même. Rien que le fait d'avoir une charte des Droits de l'Homme dans le monde arabe est une bonne évolution. Certes, il y a de grosses lacunes mais nous voyons la partie pleine de la tasse ou plutôt « il vaut mieux » voir la partie pleine de la tasse. Les Kurdes d'Irak et d'ailleurs ont tellement souffert qu'une charte des Droits de l'Homme qui n'est pas appliquée serait une grande révolution devant l'absence totale de tout texte⁸⁵.

B. La Cour arabe des droits de l'homme

Parce que « le Conseil de la Ligue des États arabes au niveau des ministères des Affaires étrangères a adopté, lors de sa 142 Réunion, le 7 septembre 2014, et par sa résolution n° 7790, le Statut de la Cour Arabe des Droits de l'Homme »⁸⁶, il convient de s'attarder sur les statuts de la cour arabe des droits de l'homme.

La Cour est une institution judiciaire arabe indépendante. Son siège est fixé à Manama – dans le Royaume de Bahreïn –, et la Cour peut, exceptionnellement, se réunir dans un autre

sociale.

4. Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

⁸⁵ Les kurdes d'Irak et de Syrie ont besoin de ces grands textes pour se protéger contre l'oubli de leur cause. Actuellement et alors que leurs revendications n'ont jamais été clairement reconnues, les kurdes se voient propulsées en première ligne des combats contre l'Organisation de l'État islamique, en particulier depuis le siège de Kobané. Ils ont un grand soutien mais de façade qui masque mal les jeux d'influence des Occidentaux, des Turcs et des Iraniens, comme l'écrit *Le Monde diplomatique*: Allan Kaval, « Les Kurdes, combine de divisions? », *Le Monde diplomatique*, Novembre 2014.

⁸⁶ <http://www.acihl.org/news.htm%3Flang%3Dfr-FR>.

État avec l'approbation préalable de celui-ci. Elle conclut alors un accord de siège avec l'État hôte que l'Assemblée adopte.

La Cour se compose de sept juges citoyens des États Parties et leur nombre peut s'élever jusqu'à onze juges à la demande de la Cour. Il ne peut y avoir dans composition plus d'un juge de même nationalité.

Le Tribunal élit parmi ses membres un président et un vice-président pour une durée de deux ans.

Le président dirige les travaux de la Cour, la représente et préside ses réunions, ainsi que toutes les autres fonctions spécifiées dans le règlement.

Il est important de noter que les juges exercent leurs fonctions de manière impartiale et indépendante et qu'ils servent la Cour à tout moment. En aucun cas et à aucun moment, même après la fin de leur mandat, on ne peut remettre en question des avis qu'ils ont adoptés ou des décisions qu'ils ont prises au cours de leur mandat. Mais les juges ne peuvent pas se livrer à des activités à même d'affecter leur neutralité ou les exigences de leur travail.

En ce qui concerne ses compétences, la Cour peut juger tous litiges découlant de la Charte arabe des Droits de l'Homme ou de toute autre accord arabe dans le domaine des droits de l'homme.

Elle ne traite que des faits commis après l'entrée en vigueur du statut de l'État concerné. En ce qui concerne la recevabilité de la procédure, la compétence de la Cour est complémentaire et ne se substitue pas à la juridiction nationale. La Cour ne peut être saisie dans les cas suivants:

- Tant que les voies de recours dans l'État défendeur n'ont pas été épuisés par une décision définitive et irrévocable, conformément au système judiciaire national.
- Lorsqu'un procès est pendant sur la même question devant une autre cour régionale des droits de l'homme.
- Lorsque la demande intervient moins de six mois après que le demandeur a été informé du jugement irrévocable.

Un État partie dont le ressortissant national se prétend victime d'une violation d'un droit de l'homme a le droit de faire appel devant la Cour à condition que l'État requérant et l'État défendeur soient parties au Statut ou aient accepté la compétence de la Cour en vertu de l'article 20 du Statut.

Les États membres peuvent, en cas de ratification du statut, d'adhésion au statut ou à tout moment par la suite, accepter le fait qu'un ou plusieurs organismes nationaux de défense des Droits de l'Homme titulaires d'une licence puissent avoir recours à la cour.

La Cour peut, à la demande du Conseil de la Ligue des États arabes ou de l'une de ses organisations ou de ses organes, donner un avis sur toute question juridique relative à la Charte ou à toute convention arabe relative aux droits de l'homme.

L'audience est publique, à moins que le tribunal n'en décide autrement, afin de préserver les intérêts des parties et d'assurer la bonne administration de la justice ou à la demande de celles-ci.

Voici un aperçu du statut de cette Cour en construction. Mais déjà les critiques sont nombreuses : comment le Bahreïn, qui a un bilan désastreux en matière de droits de l'homme, peut-il être le siège de la Cour⁸⁷ ? Beaucoup d'auteurs arabes et occidentaux ont critiqué ce choix de la Ligue arabe⁸⁸.

Beaucoup de critiques existent donc contre ce projet de cour arabe des droits de l'homme. Mais reconnaissons que c'est une bonne évolution. De même que beaucoup ont critiqué la décision de l'ONU de mettre un Saoudien à la tête du panel du Conseil des Droits de l'Homme. Pour certains c'est la fin du droits-de-l'hommeisme. Tant que les apparences étaient respectées, il y avait place pour l'hypocrisie qui permettait d'exploiter les bons sentiments. Ce sera désormais difficile de fermer les yeux.

Enfin, beaucoup de juristes ont exprimé leur refus « juridique » de cette cour : il faut que la naissance de cette cour soit accompagnée de la libération des prisonniers d'opinion. Ces juristes pensent que la cour est incompatible avec la situation actuelle où la liberté d'expression est bafouée, la constitution des associations interdite, etc. C'est par exemple la position de M. Faraj Fnaich, président de la section Moyen Orient et Afrique du nord dans le Haut-commissariat des Droits de l'Homme en Irak (discours 15 mai 2015⁸⁹).

⁸⁷ Le 29 septembre, la justice bahreïnienne dit son dernier mot sur l'affaire Naji Fateel, un militant des droits de l'homme, torturé par les forces de sécurité et poursuivi en raison de son militantisme.

⁸⁸ Saleh el Enezi, *Les Droits de l'Homme à Bahreïn*, Le Caire, 2017, p. 212.

⁸⁹ Cité in Journal al Wasat, 30 mai 2015.

SECTION 2. LES MECANISMES CONSTITUTIONNELS DE PROTECTION

A. La genèse de la Constitution

Le 20 mars 2003, a commencé l'opération libération de l'Irak (*Operation Iraqi Liberation*).

L'Irak est attaqué par les États-Unis et le Royaume-Uni, ainsi que par les forces de dizaines d'autres pays pour mettre en place la démocratie dans la région et l'élimination des armes de destruction massive que le régime détient. La défense irakienne s'effondre rapidement et la guerre prend officiellement fin le 1er mai. Le pays est alors occupé par la coalition et présenté à l'administration militaire (CPA), dirigée par le diplomate américain Paul Bremer. C'est le Règlement n°6 du 13 juillet 2004.

La Constitution provisoire, connue sous le nom de Loi transitoire de l'administration irakienne, a été approuvée par le Conseil de gouvernement intérimaire irakien le 8 mars 2004 et la coalition a cédé le pouvoir au gouvernement irakien le 28 juin 2004.

Notre travail n'étant pas du droit constitutionnel nous allons exposer tout simplement et rapidement le contenu de cette constitution qui intéresse notre sujet, à savoir les droits de l'homme, c'est-à-dire nous allons mettre en relief les conceptions, idées, termes qui se rapportent aux droits de l'homme⁹⁰.

B. Le contenu de la Constitution

Le préambule début sur ces mots : « Nous, le peuple de la Mésopotamie, la patrie des apôtres et des prophètes, le lieu de repos des imams vertueux, le berceau de la civilisation, des artisans de l'écriture, et la patrie de la numération. Sur notre terre, la première loi faite par l'homme a été adoptée, et le plus ancien pacte de gouvernance équitable a été écrit, et sur notre sol les saints et les compagnons du Prophète prièrent, les philosophes et les scientifiques théorisèrent et les écrivains et les poètes brillèrent ». Il poursuit ainsi : « Reconnaisant le droit de Dieu sur nous, dans l'accomplissement de l'appel de notre patrie et de nos citoyens,

⁹⁰ <http://www.parliament.iq/>.

et en réponse à l'appel de nos dirigeants religieux et nationaux, en jouissant du plein soutien international de nos amis et de ceux qui nous aiment, nous avons marché, pour la première fois de notre histoire vers les urnes, par millions, hommes et femmes, jeunes et vieux, le 30 janvier 2005, invoquant les douleurs de l'oppression confessionnelle infligée par le régime autocratique et inspirés par les tragédies des martyrs de l'Irak, chiïtes et sunnites, Arabes, Kurdes, Turkmènes »⁹¹.

1. L'exposé des droits

Quant aux droits économiques, sociaux et culturels nous citerons quelques principes adoptés par la Constitution irakienne: le droit du travail est le droit de tout irakien de garantir pour sa personne une vie épanouie. La loi régit les relations entre employeurs et employés pour des raisons économiques, tout en respectant les règles de la justice sociale (art. 22).

L'État garantit le droit de constituer des associations et des organisations syndicales professionnelles et d'y adhérer.

L'article 23 prévoit que la propriété privée est sacrée. Le propriétaire a le droit de jouir, d'exploiter et de disposer de sa propriété dans les limites de la loi.

La liberté de communication et de correspondance, par courrier, télégraphe, téléphone et électronique, est garantie et ne peut être surveillée, exploitée ou divulguée, sauf pour des raisons juridiques, pour des raisons de sécurité et conformément à une décision de justice.

Nous nous contentons de cette énumération qui est plus que l'essentiel des droits fondamentaux et dont on découvre facilement la parenté avec les grands beaux textes du monde: la Déclaration française universelle des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, celle de 1948, voire avec la constitution française, la constitution libanaise, la constitution égyptienne.

Signalons que ces droits qui figurent dans la constitution sont un trésor pour le juge constitutionnel et administratif qui peuvent y puiser pleinement pour faire triompher les droits de l'homme.

⁹¹ "la crise de la constitution irakienne de 2005" أزمة الدستور العراقي , travail collectif, Ed. Institut d'études stratégiques, Bagdad. 2008.

2. La garantie des droits

La Constitution contient plusieurs dispositions de nature à garantir le respect des droits de l'homme.

Tout d'abord, l'article 1^{er} de cette Constitution dispose que la République d'Iraq est un État fédéral unique, indépendant et pleinement souverain, ayant un système de gouvernement républicain, représentatif et démocratique ; cependant un problème de laïcité se pose : l'islam est la religion officielle de l'État et une source principale de législation (article 2)⁹².

La règle est indispensable au respect des droits des hommes: la loi est souveraine. Le peuple est la source de l'autorité et de la légitimité et celle-ci est exercée par le vote général et secret et par ses institutions constitutionnelles. C'est ce qui ressort de l'article 5.

Ensuite, l'article 6 poursuit en précisant que « le pouvoir doit être transféré de manière pacifique, par des moyens démocratiques, comme indiqué dans la présente Constitution ». La Constitution interdit toute organisation ou mouvement adoptant le racisme, le terrorisme, les accusations de trahison ou de nettoyage ethnique, incitant, facilitant, glorifiant, encourageant ou justifiant. Les Iraquiens sont égaux devant la loi sans distinction de sexe, race, nationalité, origine, couleur, religion, croyance, opinion, statut économique ou social. Toute personne a le droit de jouir de la vie, de la sécurité et de la liberté. La privation ou la restriction de ces droits n'est interdite que conformément à la loi et à la décision d'un tribunal compétent.

Par ailleurs, l'égalité des chances est par ailleurs garantie pour tous les Iraquiens et l'État prend les mesures nécessaires pour atteindre cet objectif (art. 16).

Enfin, le pouvoir judiciaire est indépendant et il n'y a pas d'autorité judiciaire à l'exception de la loi (art. 19). Le droit à un juge est un droit primordial et protégé, il est garanti à tout le

⁹² « a) Aucune loi ne peut être promulguée si elle n'est pas en conformité avec les principes établis de l'Islam. b) Aucune loi ne peut être promulguée si elle n'est pas conforme aux principes de la démocratie. c) Aucune loi ne peut être promulguée si elle n'est pas conforme aux droits et aux libertés fondamentales qu'énonce cette Constitution ».

monde, et les droits de la défense sont sacrés et garantis à tous les stades de la poursuite et du procès.

Au Kurdistan d'Irak, la violation du droit à un procès équitable est présente surtout dans les cas où le plaideur ne peut bénéficier de la présence d'un avocat, ce qui est objet de dénonciation et de critiques de la part des organisations de défense des droits de l'homme⁹³. L'accusé est innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été prouvée au cours d'un procès régulier (le principe de la présomption d'innocence). Ce qui montre l'intérêt de l'étude de l'organisation de la justice au Kurdistan d'Irak

⁹³ Voir le sixième rapport du projet de soutien à la justice, *La violation des Droits de l'Homme*, Ed. NED, Kurdistan, Erbil, 2017, p. 19 et s.

TITRE SECOND

L'ORGANISATION DE LA JUSTICE AU KURDISTAN D'IRAK

Le statut du Kurdistan d'Irak a fait couler beaucoup d'encre. La région a souffert d'un autoritarisme féroce alors qu'au terme de l'article 116 de la Constitution irakienne, elle doit adopter sa propre constitution, lui permettant de définir la structure du gouvernement régional. Il vaut mieux un ministère des Droits de l'Homme que rien du tout (Chapitre 1).

Malgré les multiples problèmes l'Irak a adopté une organisation juridictionnelle correcte et une juridiction administrative courageuse qui rend des décisions quotidiennement. Le système judiciaire irakien appartient au système de droit civiliste, fondé sur le modèle français : système caractérisé par l'absence de la notion de « précédents judiciaires », pièce maîtresse dans le système de *Common Law*. En droit administratif c'est aussi le système français mais en même temps du *common law* puisque le juge crée le droit et invente les notions juridiques. Quant à la vision du droit, c'est une vision synthétique du droit (celle mise au point par Hans Kelsen). L'Irak a adopté la dualité juridictionnelle et autres principes dont nous faisons part dans le second chapitre comme la *Question prioritaire de constitutionnalité* (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

LA JUSTICE IRAKIENNE FACE A LA SPECIFICITE DU STATUT DU KURDISTAN

Nous verrons quel est le statut du Kurdistan d'Irak et l'impact de la religion et comment la politique locale influence le travail juridictionnel. Nous nous attarderons sur le rôle que jouera le ministère des Droits de l'Homme dans leur protection (Section 1).

Puis, nous verrons l'organisation juridictionnelle proprement dite (Conseil d'État, Cour de cassation, constitutionnel) et dans quelle mesure elle réceptionne de nouvelles notions comme la suprématie de la constitution et le contrôle de constitutionnalité des lois (Section 2).

SECTION 1. LES ORIGINALITES DU KURDISTAN IRAKIEN

Après avoir présenté les originalités politiques du statut du Kurdistan d'Irak (A) nous dirons un mot de ses originalités sur le plan religieux (B).

A. Les originalités d'ordre politiques

1. La transition vers la démocratie

Il y a trente ans, le mode dominant d'analyse des situations non occidentales, de ce qu'on appelait alors le Tiers Monde, était le « cadre autoritaire »⁹⁴. Pour Philippe Droz-Vincent « l'éclosion, au cours des années 1980 et après la fin de la confrontation bipolaire, d'une vague » de démocratisations a semblé augurer d'une extension de l'aire des démocraties libérales. Dans les années 1990, les analyses se sont multipliées en termes de « pactes politiques » ou de « transitions vers la démocratie », pour acquérir une hégémonie forte »⁹⁵.

⁹⁴ Sur l'illusion électoraliste, cf. L. Diamond, « Thinking about Hybrid Regimes », *Journal of Democracy*, 13 (1), janvier 2002, p. 21-35.

⁹⁵ <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-science-politique-2004-6-page-945.htm>.

Cependant, le monde arabe a fait figure de parent pauvre de ces perspectives, quand il n'a pas tout simplement été délaissé. Les spécialistes du monde arabe se sont penchés sur l'énigme que représentait la persistance de l'autoritarisme et ont tenté de transposer les problématiques hégémoniques.

En Irak et au Kurdistan, comme d'ailleurs dans tout le monde arabe, la participation politique est recherchée (à un degré minimal) à certains moments clés – élections, référendums, dates anniversaires du régime –, mais, dans les longues périodes intermédiaires, la dépolitisation, l'apathie ou la « départicipation » sont la règle. Tout cela a une grande influence sur le droit, vu l'interaction qui gouverne les rapports entre la situation politique et le travail des juges. Dans notre thèse nous allons étudier la position du juge irakien (et kurde) en matière de libertés publiques, de police administrative, de pouvoir discrétionnaire, de circonstances exceptionnelles. Il est important pour nous de dire un mot sur le concept d'autoritarisme.

C'est ainsi qu'en Irak comme en Syrie le parti Ba'th est devenu un pur instrument de cooptation sans pouvoir propre de décision. L'autoritarisme ne s'embarrasse pas de pureté idéologique comme le dit Fargues⁹⁶.

Toutefois les systèmes politiques autoritaires du monde arabe font face, depuis les années 1990, comme les pouvoirs de même type dans d'autres régions du monde, à une crise et subissent une « grande transformation » de l'autoritarisme, preuve en est le « Printemps arabe » qui a ébranlé la société arabe et donné un grand espoir pour une nouvelle société arabe où sera institué l'État de droit, la justice juste et l'indépendance de la justice.

La question de la structuration sociale de tout le monde arabe et non seulement de l'Irak se pose pleinement. La « rue arabe » الشارع العربي (al-chari'a al-arabi)⁹⁷ va faire bouger les

⁹⁶ Cf. P. Fargues, *Génération arabes*, Paris, Fayard, 2000, et le constat du désormais très médiatique Arab Development Report 2002, New York, UNDP, 2002.

⁹⁷ D. Rustow, « Transitions to Democracy : Toward a Dynamic Model », *Comparative Politics*, 2, avril 1970, p. 337-363, et G. O'Donnell, Ph. c/ Schmitter (eds), *Transitions from Authoritarian Rule, Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1986.

choses en vue de l'institution d'un véritable Etat de droit et d'un véritable fonctionnement du droit dans le sens d'un plus grand respect des droits de l'homme.

Signe de cette évolution, il existe désormais un ministère des Droits de l'Homme (a) et une commission irakienne des Droits de l'Homme ;

a) Le ministère des droits de l'Homme

Le ministère des Droits de l'Homme est l'un des ministères du gouvernement irakien. Il a été créé par l'Ordre provisoire de l'Autorité de coalition en 2003 avec l'ancien gouvernement du Conseil de gouvernement suite à l'invasion de l'Irak. Le Ministère des Droits de l'Homme est chargé de traiter les affaires concernant les victimes du régime de Saddam, les victimes des droits du terrorisme, des droits des martyrs et des prisonniers.

Il faut savoir que la situation des Droits de l'Homme est catastrophique depuis de longues années, sous le règne de Saddam Husein comme après l'entrée des américains. Sont innombrables les meurtres et les exactions (souvent publiques) subis par les civils depuis la prise de contrôle de territoires par le groupe « Etat islamique » (EI). Ceux qui osent s'opposer à l'idéologie du groupe terroriste pour des raisons diverses (« journalistes, juristes, docteurs, homosexuels, Yézidis », mais également ceux qui sont affiliés au gouvernement irakien) sont les cibles de l'EI.

Il y a même un recrutement opéré par le groupe Etat-Islamique notamment pour les enfants, qui sont parfois acheminés vers des camps d'entraînement syriens. Si notre étude concerne la justice administrative essentiellement il est important de signaler dans quel environnement politico-militaire vit cette justice administrative⁹⁸.

Nous espérons que le Ministère des droits s'occupera plus tard de questions juridiques relatives aux Droits de l'Homme mais pour le moment la situation ne le permet pas. Ce ministère s'occupe de la montée du groupe État islamique, réputé pour avoir commis les pires abus contre les Droits de l'Homme du XXIe siècle. De plus, il est chargé de défendre des droits humains déjà fragiles en Irak, hérités d'un contexte de guerre et touchés par le

⁹⁸ Centre international pour la paix et les droits de l'homme, 15 juillet 2015.

sectarisme et la fragmentation. Les financements alloués aux Droits de l'Homme par le gouvernement central se sont également taris lorsque les ressources ont été canalisées dans l'effort de guerre.

On affirme dans les milieux politiques que dès que le conflit avec l'État islamique aura cessé, le ministère des Droits de l'Homme mettra en place un plan pour aider « toutes les victimes de crimes commis pendant cette période » et entamera un travail envers la justice pour aider les gens dans leur accès à la justice.

Ce ministère irakien des Droits de l'Homme jouera certainement un rôle de premier plan pour faire régner l'enseignement des Droits de l'Homme dans les écoles, dans la fonction publique, dans les forces militaires et de sécurité et dans les juridictions (formation pour les juges judiciaires et administratifs).

b) La Commission irakienne des droits de l'homme

La Haute Commission pour les Droits de l'Homme (IHCHR) a été créée en 2012 en tant qu'institution indépendante. Mais cette Commission qui pourrait jouer un rôle important dans la promotion des Droits de l'Homme en Irak et en direction de la justice administrative aussi est objet de beaucoup de critiques adressées par plusieurs organisations irakiennes et par la Société civile. Selon ces organisations lors de la nomination de ses 15 membres, la pression et l'ingérence politiques - de la part du gouvernement et des partis politiques - ont fortement influencé la sélection des commissaires, qui ont été choisis en fonction de leur affiliation politique plutôt que de leurs compétences en matière de droits de l'homme.

Il convient de noter qu'il est extrêmement difficile pour des personnes de porter des violations graves des Droits de l'Homme à l'attention du Haut-commissariat.

Tout d'abord en Irak l'absence de bureaux régionaux constitue un problème majeur, ce qui empêche les gens habitant dans les provinces de porter leurs plaintes.

Ces organisations critiquent le fait que l'institution nationale irakienne des droits humains est une coquille vide, et non pas une institution nationale indépendante et efficace pour la protection et la promotion des Droits de l'Homme au niveau national, et appelle le Sous-Comité d'Accréditation (SCA) à attribuer à la Haute Commission irakienne pour les Droits de l'Homme (IHCHR) le statut « C », soit le plus bas, en reconnaissance de son manque total de conformité avec les Principes de Paris.

2. Le fédéralisme

Non seulement nous soutenons l'indépendance du Kurdistan mais aussi un fédéralisme irakien encore plus renforcé.

a) Les leçons de la décentralisation française

Même en France qui est en principe un pays centralisateur et jacobiniste, l'évolution depuis une vingtaine d'années est vers la démocratisation et donc la décentralisation qui apparaît aussi dans le phénomène de la mutualisation. Dans cette dernière, on passe d'une attention centrée sur la définition des pouvoirs et sur les conseils élus, laissant dans l'ombre l'organisation administrative, pour aller vers une stratégie centrée sur l'organisation des services publics en direction d'une future administration locale unique sans intervenir sur la représentation politique locale. Selon Monsieur Fabien Bottini « depuis la fin des années 1970, le *New public management* a imposé l'idée qu'un "mieux d'Etat" supposait de redistribuer les domaines d'intervention de la puissance publique entre échelons locaux, nationaux et supranationaux, de façon à ce que chacun s'occupe de ce qui peut être le mieux pris en charge à son niveau »⁹⁹.

Concernant la France l'auteur explique que ce postulat s'est juridiquement traduit par l'introduction, à l'article 72 de la Constitution, d'un principe de subsidiarité lors de la révision n° 2003-276 du 28 mars 2003 et un certain nombre de compétences ont en conséquence été transférées à la commune (ou, sur sa délégation, aux intercommunalités). Cette dernière a en effet, par exemple, été promue, par la loi MAPTAM n° 2014-58 du 27 janvier 2014, chef de file en matière de mobilité durable, d'organisation des services publics de proximité, d'aménagement de l'espace et de développement local. Rien d'étonnant dès lors à ce que la

⁹⁹ « Les procédés de mutualisation au sein du bloc communal » – Fabien Bottini – *AJDA* 2016, p.138.

mutualisation se soit imposée comme un devoir politique d'un point de vue tant quantitatif que qualitatif¹⁰⁰.

b) L'autonomisation de la région kurde

Muhammed Saïd Sahib soulignait dans un article sur le fédéralisme iraquien qu'« après des siècles de despotisme et des décennies de dictature centralisatrice prétendument « moderne», les Irakiens procèdent aujourd'hui à l'édification d'un État démocratique »¹⁰¹. Le peuple kurde composé d'environ quatre millions de personnes et situé dans le nord-est de l'Irak a combattu sans réussite au fil des siècles pour obtenir son indépendance¹⁰².

i) La Constitution de la région du Kurdistan irakien du 25 octobre 1992

¹⁰⁰ D'un point de vue quantitatif, le procédé permet en effet aux communes de créer ou tout simplement de sauvegarder des services publics facultatifs sur leurs territoires et donc de sauvegarder des emplois par les agents –, dans des domaines aussi variés que l'action culturelle, sportive, sociale ou ceux intéressant les pompes funèbres ou l'amélioration du cadre de vie... C'est une alternative aux conséquences de l'émiettement communal, à cette exception institutionnelle française qui fait que le choix de la démocratie de proximité opéré sous la Révolution conduit les 36 744 communes à représenter à elles seules 40 % de l'ensemble des communes des 28 États de l'Union européenne (v. *Les collectivités locales en chiffres 2015*, DGCL 2015. 18, et Etudes économiques de l'OCDE : France 2011, OECD mars 2011, p. 65).

Cela veut dire que le renforcement de l'autonomie locale est le bon choix. L'Irak va dans ce chemin depuis la constitution de 2005. On craint seulement, ce qui est habituel dans notre monde arabe, qu'il y ait retournement de situations vers une centralisation autoritaire comme au temps de Saddam Hussein. En ce sens, on peut citer l'annonce du référendum du 25 septembre 2017.

¹⁰¹ Muhammed Saïd Sahib, « Le fédéralisme irakien », *Outre terre*, n°14, 2006, p. 123.

¹⁰² Sophie Chautard, *Géopolitique du XXème siècle*, collection Studyrama perspective, éditions Levallois-Perret, Paris, 2007, p. 98.

Ce n'est qu'en 1920 avec le traité de Sèvres que l'espoir d'un droit à l'autonomie est né, prévoyant la création d'un État du Kurdistan indépendant. Néanmoins le traité de Lausanne en 1923 mit fin aux espoirs des Kurdes puisqu'il a supprimé les effets du précédent traité¹⁰³. C'est alors le dispersement entre cinq nations et le Kurdistan méridional se trouvait attribué à l'Irak. Ce dernier se composait dès lors de trois régions comprenant Mossoul, Bagdad et Bassora¹⁰⁴. La première période est celle de la Constitution permanente, sous un régime de monarchie ayant eu tout au long de son existence une seule Constitution, amendée plusieurs fois, mais jamais abrogée. La justice fonctionnait à la manière autoritaire et il n'existait pratiquement pas de justice administrative. Cette période est appelée par les historiens « la période constitutionnelle »¹⁰⁵.

Malgré la relative stabilité la région kurde connaît des problèmes cruciaux à cause des rivalités de pouvoirs qui opposent le PDK et l'UPK¹⁰⁶, les deux principaux partis politiques kurdes irakiens, maîtres incontestables de la région kurde en Irak¹⁰⁷.

Si nous nous étalons un peu sur la situation des Kurdes alors que notre sujet traite des Droits de l'Homme devant le juge administratif irakien et kurde, c'est parce que nous avons trouvé important de s'arrêter devant la situation politique en Irak d'une part ; et d'autre part devant la situation des Kurdes étant donné que nous allons étudier la position du juge administratif irakien et kurde.

Selon l'article 2 de la Constitution de la région du Kurdistan irakien du 25 octobre 1992, la région historique et culturelle kurde comprend «les provinces de Kirkouk, Suleimaniyah et Erbil dans leurs frontières administratives antérieures à 1970 et la province de Dohouk, ainsi que les districts d'Aqra, Sheikhan, Sinjar et le sous-district de Zimar de la province de la

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ Philippe Boulanger, *Géopolitique des Kurdes*, Références Géopolitique, Paris, 2006, p. 71.

¹⁰⁵ Halkawt Hakim, « L'Irak : De la Constitution intérimaire à la Constitution permanente », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, n°38, juillet-décembre 2004, p. 263. Cité par Harith Al Dabbagh, *Le statut du Kurdistan d'Irak*, Ed. Alam al kotob al Hadith, Bagdad, 2003, p. 43.

¹⁰⁶ PDK : Parti Démocratique du Kurdistan. UPK : Union patriotique du Kurdistan.

¹⁰⁷ Bérevan Aldig, « Le Kurdistan irakien », *Hérodote*, n°124, 2007, p. 155.

Ninive, les districts de Khaniqin et Mandali de la province de Diyala et le district de Badra de la province d'Al-Wasit ». L'importance, voire la prépondérance de la région du Kurdistan se trouve renforcée par la reconnaissance d'un fédéralisme dans le cadre de la Constitution irakienne lui assurant une autonomie¹⁰⁸.

ii) La Constitution intérimaire provisoire du 9 mars 2004

L'intervention étrangère en Irak a été le début d'un changement profond de l'ordre établi (par les Britanniques) : la minorité arabe sunnite qui tenait les leviers du pouvoir et bénéficiait des largesses de l'État depuis huit décennies cédait la place à la majorité chiite et kurde qu'elle opprimait jusque-là¹⁰⁹.

Après de longues tractations entre les différentes forces politiques au pouvoir en Irak comme on l'a dit dans le premier chapitre de notre thèse une Constitution intérimaire provisoire a été signée le 9 mars 2004. Pour un pays où la loi a toujours été bafouée par ses régimes despotiques, c'était un événement important à cause de sa « portée démocratique et libérale »¹¹⁰ et de son impact sur la justice.

Au terme de l'article 116 de la Constitution irakienne, il ressort que la région doit adopter sa propre constitution, lui permettant de définir la structure du gouvernement régional, les autorités et les mécanismes d'exercice de ces autorités, à condition de ne pas être en contradiction avec la Constitution irakienne.

iii) La Constitution du 15 octobre 2005

¹⁰⁸ Sophie Chautard, *Géopolitique du XXe siècle*, collection Studyrana perspective, éditions Levallois-Perret, Paris, 2007, p. 74.

¹⁰⁹ Bérean Aldig, « Le Kurdistan irakien », *Hérodote*, N°124, 2007, pp. 155-172.

Myriam Benraad, « Transition politique et reconstruction gouvernementale », *Questions internationales*, numéro spécial « Guerre et paix en Irak », La Documentation française, n° 16, novembre-décembre 2005, pp.1-19.

¹¹⁰ Halkawt Hakim, *op. cit.*, p. 262.

La Constitution de 2005 accorde une certaine auto-détermination : police, armée, garde des régions. On ne parle pas de tribunaux administratifs à ce stade. Cette auto-administration permet véritablement au Kurdistan de disposer d'une organisation concurrente à celle de l'État central. Beaucoup l'affirment mais nous préférons la poser comme interrogation : est-il possible de dire que le fédéralisme est à lui seul le gage d'une réelle autonomie au sein de l'État irakien ? C'est une grande question qui sort de notre sujet sur la justice administrative et les droits de l'homme. Il est vrai toutefois qu'au niveau juridictionnel il existe une certaine autonomie comme nous le verrons dans le travail des juges administratifs d'Erbil dans notre troisième chapitre.

Le Kurdistan irakien se voit donc consacrer une autonomie dans le cadre de la Constitution irakienne, mais le type de fédération proposé par la Constitution étant de nature hétéroclite. Le fédéralisme institué dans la Constitution irakienne prévoit aussi un « partage des ressources selon les besoins de l'État central et des provinces, équitablement, en fonction de la densité démographique ¹¹¹. Le Kurdistan apparaît ainsi comme l'un des plus grands vainqueurs de cette Constitution à cause de l'indépendance qu'il acquiert par rapport à l'État fédéral. N'oublions pas qu'il est expressément précisé que « le système fédéral sera bâti de façon à empêcher la concentration des pouvoirs aux mains du gouvernement fédéral »¹¹².

On peut dire que le Kurdistan se trouve fédéré à l'État irakien mais l'on ne peut pas considérer que l'Irak en est pour autant fédéral. En effet cette affirmation n'est pas dénuée de sens du fait qu'un État de type fédéral est constitué de plusieurs entités fédérées. Or, à l'heure actuelle seul le Kurdistan se trouve fédéré¹¹³.

Il semble que l'on se trouve dans une sorte de système à mi-chemin entre la forme régionale et fédérale. La haute cour constitutionnelle fédérale ainsi que les tribunaux administratifs pourraient en ce sens avoir un impact par leur jurisprudence pour conclure à

¹¹¹ *Le fédéralisme et la décentralisation en Irak*, Abd aljabbar Ahmad, *Revue des sciences politiques*, Université de Bagdad, 3-2011.

¹¹² Article 28 de la Constitution de la région du Kurdistan du 25 octobre 1992.

¹¹³ Elisabeth Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *Recueil des Cours de Droit International*, 2002, Tome I, volume 294, pp. 39-166.

l'existence d'un régionalisme ou d'une fédération. De plus, l'apparition de nouvelles régions pourrait déterminer la véritable nature du système¹¹⁴.

B. Les originalités d'ordre religieuses

« Lorsque les lois d'un Etat ont cru devoir souffrir plusieurs religions, il faut qu'elles les obligent à se tolérer entre elles »¹¹⁵. Or, c'est le cas au Kurdistan.

Dans leur quasi-totalité les Kurdes sont musulmans. Il existe aussi un petit nombre de Kurdes juifs et chrétiens. Plus de 80% des Kurdes musulmans sont sunnites de l'école shaféite. Ils se distinguent ainsi de leurs voisins arabes et turcs qui sont, en général, de rite hanafite. La question de l'appartenance religieuse est importante surtout pour la confession musulmane puisqu'elle détermine la manière dont se comporte la justice administrative. Car en effet le juge administratif, juge libre par excellence se réfère souvent en l'absence de texte à des notions philosophiques islamiques telles que le principe de al Adl العدل (la justice) et le principe de l'équité الإنصاف qui sont deux notions religieuses mais qui recourent avec des notions du droit administratif moderne¹¹⁶.

Avant l'islam, certaines communautés chrétiennes ont pris terre au Kurdistan. Au début du Ve siècle, l'église consolida sa position et de nombreux monastères furent construits. Au septième siècle, lors des conquêtes musulmanes par les Arabes, les Kurdes et les Perses zoroastriens étaient beaucoup plus persécutés que les peuples chrétiens du Moyen-Orient. En effet, dans le Coran, il est recommandé de bien traiter les « gens du Livre », c'est-à-dire les monothéistes juifs et chrétiens. Les Zoroastriens,

¹¹⁴ Voir Majed Jawad al Amir, *Le fédéralisme et la décentralisation en Irak*, Revue Alzaman الزمان, Bagdad, Août 2014,

¹¹⁵ Cette citation de Montesquieu trouve à s'appliquer dans le cadre de la relation qui lie le Kurdistan à l'Irak, laissant cohabiter plusieurs religions dont les lois ont amené à mettre en place un certain apaisement. Montesquieu, *L'esprit des Lois*, Belin, Paris, 1817, p. 400. Cité par Harith AL DABBAGH, *Le statut du Kurdistan d'Irak*, Ed. Alam al kotob al Hadith, Bagdad, 2003.

¹¹⁶ Les 20% restant sont : chiites orthodoxes (Iran), Ahl-i-Haq (Irak, Iran), alévis (Syrie, Turquie) et yézidis (un peu partout au Kurdistan).

en revanche, étaient des mages qui devaient être annihilés. Les Kurdes ont d'abord résisté à l'invasion musulmane avant de s'incliner et d'embrasser l'islam. L'un des dirigeants musulmans les plus célèbres était certainement le prince kurde Saladin (1137-1193) qui combattit les croisés et fonda la dynastie des Ayyubides.

Au XVI^e siècle, les Kurdes se rangèrent du côté des orthodoxes sunnites et ne suivirent pas leurs voisins perses dans le schisme chiite.

Le peuple kurde est actuellement considéré comme musulman, mais son islam a toujours été particulier. En effet, en raison de l'attachement des Kurdes à leurs racines, à leurs traditions, à leurs croyances transmises de génération en génération, ils ont toujours recherché les excès. Ils ont souvent fondé ou appartiennent à différentes sectes ou confréries mystiques, comme les Alévis, les Yézidis, les Ahl-i-Haq, les Naqshbandis, les Qadiris ... Ce mysticisme est fortement teinté de zoroastrisme.

Les Droits de l'Homme en Irak souffrent de beaucoup d'obstacles et cela se répercute sur le travail de la justice. Si les droits et les libertés ont leur place dans la constitution c'est surtout au niveau de la pratique que les choses arrêtent de fonctionner. Les principes ont précédé la mentalité. Les pratiques oppressives contraires aux Droits de l'Homme sont visibles dans les lois qui restreignent les libertés. Il y a une contradiction entre les énoncés constitutionnels et la production législative comme la loi qui interdit l'importation de l'alcool (juin 2016) ou les lois qui réglementent les manifestations et les regroupements. Ces pratiques oppressives sont visibles aussi dans la position des autorités irakiennes fédérales qui refusent l'indépendance du Kurdistan d'Irak, un peuple qui pourtant a le droit de vivre son indépendance. Pour Hélène Sallon, « si le principe d'indépendance de la partie nord de l'Iraq obtient un large soutien populaire, l'absence de consentement de Bagdad et les hésitations des partenaires occidentaux pèsent sur le processus ».

Depuis l'élection du 25 septembre 2017, M. Barzani veut tirer parti de l'image positive acquise par les Occidentaux en tant que partenaire de premier plan dans la lutte contre le terrorisme. Leitmotiv de celui qui préside le gouvernement régional du Kurdistan irakien depuis sa création en 2005, le principe de l'indépendance du Kurdistan a suscité un large soutien populaire. Mais face aux nombreuses résistances qu'il suscite ailleurs, la tenue d'un

scrutin aussi explosif dans un délai aussi court, en Iraq comme au niveau régional, pourrait rencontrer de nombreux obstacles »¹¹⁷.

Si nous avons exposé brièvement l'histoire religieuse des Kurdes, c'est pour expliquer l'ouverture du peuple kurde à l'occident et donc au système juridique français. Notre travail traite essentiellement la question de la justice administrative en rapport avec les droits de l'homme, mais dans ce chapitre seulement nous consacrons une partie au travail de sociologie juridique : pour comprendre le travail du juge irakien et surtout kurde il nous fallait revenir un peu dans l'histoire politique, religieuse, sociale. La deuxième partie de notre thèse sera consacrée entièrement à la production juridictionnelle du juge irakien et kurde. En fait c'est le même juge travaillant sur les mêmes catégories et conceptions juridiques. Mais une place a été réservée à la justice administrative kurde pour essayer de déceler si des différences existent entre le travail du juge irakien et du juge kurde. C'est-à-dire est-ce que les différenciations qui existent entre le Kurdistan et l'Irak se répercutent sur le travail de la justice et l'approche des droits de l'homme.

SECTION 2. L'ORGANISATION TRADITIONNELLE DE LA JUSTICE EN IRAK

Nous exposerons l'organisation des tribunaux de l'ordre judiciaire (A) et développerons l'ordre constitutionnel imprégné de l'expérience française (B) – la juridiction administrative étant présentée dans un chapitre distinct en raison de sa relative nouveauté.

A. L'ordre judiciaire

Le système judiciaire irakien appartient au système de droit civiliste, fondé sur le modèle français. Pour Harith Dabbagh, « ce système est caractérisé par l'absence de la notion de

¹¹⁷ *Idem.*

« précédents judiciaires »¹¹⁸, pièce maîtresse dans le système de *Common Law*. Sauf en droit administratif qui est proche du système de la *Common law* car le juge crée le droit et invente les notions juridiques.

L'organisation judiciaire en Irak est actuellement réglementée par la Constitution, le Code de l'organisation judiciaire (ci-après COJ) n°160-1979, le Code de procédure civile (ci-après CPC) n° 83-1969, et l'ordonnance de l'Autorité Provisoire de la Coalition n°35-2003 et le mémorandum n°12.

L'ordre judiciaire se divise en trois catégories de juridictions : les juridictions civiles et les juridictions pénales organisées en deux degrés auxquelles s'ajoutent le juge de cassation.

1. Les juridictions du premier degré

Il s'agit des juridictions suivantes :

- Le Tribunal de première instance (TPI) : Il statue à juge unique, ces tribunaux sont constitués dans les chefs-lieux des gouvernorats et des districts. En tant que juridiction de droit commun, le TPI est compétent pour tous les litiges pour lesquels une compétence particulière n'est pas donnée à une autre juridiction¹¹⁹.

- Le Tribunal du statut personnel (TSP) : Héritiers des anciens tribunaux de la Charia (loi religieuse islamique), les TSP ont une « compétence pour toutes les affaires de droit de la famille musulmane tels que le mariage, ses effets, la filiation, la tutelle, la curatelle, les pensions, les successions et fondations pieuses »¹²⁰.

- Le Tribunal du travail : ces tribunaux sont se trouvent dans chaque gouvernorat conformément au Code de travail.

¹¹⁸ Source de cet article : http://www.institut-idef.org/IMG/doc/AL_DABBAGH-oj_idef.doc.

¹¹⁹ Art. 29 CPC : « La compétence des tribunaux civils comprend toute personne, physique et morale, y compris le gouvernement, et s'étend à tous les litiges, exceptés ceux exclus par une disposition particulière », comme par exemple, les affaires relevant de la compétence des tribunaux du statut personnel ou tribunaux du travail.

¹²⁰ Source de cet article : http://www.institut-idef.org/IMG/doc/AL_DABBAGH-oj_idef.doc.

Pour M. Dabbagh « les Juridictions pénales du premier degré sont organisées en fonction de la gravité des infractions : crimes, délits et contraventions. De plus, dans le procès pénal, une phase préalable d’instruction est confiée en particulier au juge d’instruction. Il y a enfin des juridictions répressives d’exception »¹²¹.

2. Les juridictions d’appel

Les Cours d’appel sont les juridictions du second degré. L’article 16 de la Cour de justice définit la cour d’appel comme « l’organe judiciaire supérieur d’un ou de plusieurs gouvernorats, composé d’un président et d’un nombre suffisant de vice-présidents et de juges et exerçant les pouvoirs légaux ». L’Iraq est actuellement divisé en 16 districts d’appel.

En vertu du principe de double compétence, une cour d’appel a pour mission de contrôler les recours formés contre les jugements rendus par les tribunaux de première instance de son ressort (article 34 du Code de procédure pénale). Lorsqu’un recours est présenté contre une décision de première instance, le CA est, selon le principe de l’effet dévolutif du recours, chargé de reprendre l’examen de l’ensemble de l’affaire et de statuer sur le fond.

3. La Cour de cassation

Créée en 1925, la Cour de cassation c’est « l’organe judiciaire supérieur qui exerce le contrôle juridictionnel sur toutes les juridictions du pays, sauf disposition contraire de la loi. Il est composé d’un président, de cinq vice-présidents et de magistrats dont le nombre n’est pas inférieur à trente (art.12 COJ) »¹²². Il n’existe qu’une seule Cour de cassation fédérale, dont le siège est à Bagdad.

L’assemblée plénière est présidée par le président ou le doyen des vice-présidents. Elle réunit tous les juges de la Cour, y compris les vice-présidents. Elle statue notamment sur les condamnations pour la peine de mort ou lorsqu’une affaire soulevant une question de principe. En outre, lorsque les juges du fond ne sont pas d’accord avec l’arrêt de la Cour de cassation,

¹²¹ *Idem.*

¹²² *Idem.*

le deuxième recours doit être examiné par la Cour de cassation en séance plénière. (Article 215-3 du CPP).

B. Le juge constitutionnel

La Cour suprême fédérale (CSF) est la nouvelle haute cour iraquienne. Elle a été créée par l'article 44-a de la loi sur l'administration de l'État iraquien pendant la période de transition de 2004. Cette création est une nouveauté en Iraq. Jusque-là, aucune juridiction constitutionnelle n'avait jamais existé dans le pays. Cependant on sait que depuis toujours le juge ordinaire n'a pas le droit d'examiner la constitutionnalité des lois et des règlements, car sa mission est d'appliquer le droit et de ne pas rechercher sa légitimité. Sa création constitue donc une étape importante dans la construction de l'état de droit et la protection des droits de l'individu.

1. La composition de la Cour suprême fédérale

La nouvelle Constitution de 2005 a créé certaines modifications dans la composition et les pouvoirs de la Cour. En vertu de l'article 92 de la Constitution, le Tribunal fédéral est composé de juges, d'experts en droit islamique et d'experts juridiques, dont le nombre et le mode de nomination doivent être définis par une loi.

Celle-ci fixe à 9 le nombre de juges de la Cour, y compris le président. Ils sont nommés à vie par le Président de la République parmi les candidats proposés par le CSM (art. 3 de la loi). La CSF est un organe indépendant administrativement et financièrement.

2. Les attributions de la Cour suprême fédérale

a) Les modèles de justice constitutionnelle

Il convient de s'arrêter ici sur l'origine du contrôle de constitutionnalité des lois. L'article 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DDHC) dit que « la loi est l'expression de la volonté générale ». Mais la Constitution reste supérieure à toute autre norme.

Pendant longtemps, la suprématie était efficace, et ce genre de questions n'avait pas lieu d'être. C'est à partir du XXe siècle que des mécanismes garantissant la suprématie de la Constitution se sont mis en place. Mais en censurant la loi, l'institution chargée du contrôle va substituer son appréciation politique à celle du législateur. Il y a donc ici une confrontation de l'argumentation démocratique et de l'argumentation libérale qui se retrouve aux États-Unis et en Europe et se traduit par deux modèles de justice constitutionnelle.

- L'arrêt Marbury contre Madison ou l'esprit du juge-roi

Ce jugement a été rendu le 24 février 1803 par la Cour suprême des États-Unis. La Cour affirme la capacité des tribunaux, et en particulier elle-même, à juger de la concordance des lois avec la Constitution et à exclure celles qui les violeraient. Ce principe confère à la Cour son pouvoir le plus important et en fait la première Cour constitutionnelle de l'histoire.

Le contrôle de constitutionnalité aux États-Unis est un contrôle spontané. Il n'a pas besoin d'être prévu par un texte constitutionnel, il naît par le raisonnement juridique, diffus ou décentralisé. Le contrôle n'est pas seulement réservé à la Cour Suprême, il est ouvert à tout juge fédéral qui peut aboutir à constater que la loi fédérale est contraire à la Constitution.

La justice constitutionnelle selon le modèle américain se fait a posteriori, après la promulgation de la loi, après qu'elle ait eu des effets. Le justiciable n'attaque pas une loi, mais il va se défendre de l'application d'une loi en invoquant que la loi est contraire à la Constitution : c'est un contrôle par voie d'exception. Lorsque le juge voit qu'il y a une contradiction, il va écarter la loi (mais pas l'annuler, car cela serait synonyme d'atteinte à la séparation des pouvoirs).

- Le contrôle en Europe ou le respect de la majesté de la loi

On trouve des prémices du modèle européen dans la Constitution autrichienne de la fin du XIXe siècle, mais la véritable émergence d'une justice constitutionnelle a lieu après la Première Guerre mondiale.

Quels sont les fondements de la justice constitutionnelle dans les pays européens ?

Le modèle américain a beaucoup d'avantages, mais les Européens n'en ont pas voulu, car il existe en Europe un véritable culte de la loi. Cette dernière est vue comme toujours juste, bonne et infaillible, et ne pouvant donc pas faire l'objet d'un contrôle. La Loi est l'expression

de la volonté générale. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du citoyen dispose que « Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux et sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »¹²³. Expression de la volonté générale, la loi ne pouvait pas être contrôlée sous la Révolution en raison du légicentrisme, la plaçant au sommet de l'édifice juridique. Les juges sont là pour appliquer la loi et non pas pour la critiquer. Par la suite, l'affirmation de l'État de droit a dû tenir compte de cet héritage.

L'organisation juridictionnelle est pour cette raison complexe en Europe : dans de nombreux États européens, il y a plusieurs ordres de juridiction (ex : En Allemagne, il y a 5 ordres de juridictions parallèles et différents). On a craint en Europe que si on laissait les différentes juridictions statuer sur des questions de constitutionnalité, on aboutisse à un véritable chaos, à des désaccords. Ainsi, l'existence d'une pluralité d'ordres de juridiction a rendu impossible l'instauration du modèle américain en Europe. Les juges ont préféré ne pas se lancer dans un contrôle de constitutionnalité spontané.

On peut dégager trois sortes de contrôle:

1°) Le contrôle concret de la conformité à la Constitution. Un certain nombre de Constitutions européennes organisent ce type de contrôle. Il suppose que lorsqu'un juge ordinaire, à l'occasion d'un litige concret, rencontre une question de constitutionnalité, a un doute à l'égard d'une loi votée par le Parlement, il ne va pas la trancher, mais la renvoyer au juge constitutionnel.

C'est le cas des Constitutions de l'Autriche, de l'Espagne, de la Belgique de l'Italie, et la France avec la nouvelle question prioritaire de constitutionnalité (QPC). C'est un mécanisme qui relie la justice ordinaire à la justice constitutionnelle.

Cela s'écarte de la conception américaine de la justice constitutionnelle, car aux États-Unis, le juge lui-même la question, alors qu'en Europe, on a recours à un juge constitutionnel particulier.

¹²³ <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

2°) Le recours individuel direct de tout individu pour la protection des droits garantis par la Constitution. Ce recours permet de s'adresser directement à la justice constitutionnelle. Chacun peut donc être le défenseur des droits de la Constitution.

C'est le cas en Allemagne, au Portugal ou encore en Espagne.

3°) Le contrôle abstrait des normes se déclenche en dehors de tout litige. Il y a un différend, des appréciations divergentes entre deux organes établis par la Constitution (autorités politiques ou constitutionnelles). Ainsi, il est possible de saisir la justice constitutionnelle, soit après l'entrée en vigueur de la loi (Allemagne, Espagne, Belgique), soit avant la promulgation de la loi, avec des saisines. Il s'agit là d'une saisine réservée aux organes de l'État.

Le Conseil Constitutionnel français joue pour sa part le rôle d'un aiguilleur. Le Parlement envisage une réforme, le Conseil Constitutionnel est saisi. S'il considère que cette réforme est non conforme à une disposition de la Constitution, le Conseil Constitutionnel peut faire annuler la loi. Mais parfois, il se borne alors à dire au Parlement que s'il veut faire cette réforme, il lui faudra orienter le train normatif vers la révision de la Constitution. Il dirige la norme vers sa voie juste. Mais la voie de la révision est plus difficile. Le Conseil Constitutionnel dirige et encadre l'action du législateur, mais il ne l'empêche pas. Le législateur reste libre. Le Conseil Constitutionnel ne joue pas le rôle d'un pouvoir législatif, mais assure la supériorité de la Constitution et met en garde le pouvoir législatif.

En Irak, la Cour constitutionnelle est prometteuse d'autant plus qu'en Irak tous les citoyens peuvent présenter des recours pour inconstitutionnalité. Mais en France et en Irak on craint le gouvernement des juges et on fait tout pour que le législateur garde la supériorité. On est loin du pouvoir du juge américain qui se prend pour un homme politique et règle la société selon ses propres croyances depuis l'arrêt *précité* Marbury contre Madison.

b) Les pouvoirs de la Cour suprême fédérale

La Cour suprême fédérale puise dans cet héritage des pouvoirs très importants puisqu'il lui revient de:

- Vérifier la constitutionnalité des lois et des règlements en vigueur.
- Interpréter les textes constitutionnels.
- Se prononcer sur les accusations portées contre le président de la République, le Premier ministre et les ministres.

- Valider les résultats finaux des élections législatives.
- Résoudre les conflits de compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements de régions ou de gouvernorats non incorporés dans une région.
- Régler les conflits de compétences entre un gouvernement régional et celui de gouvernorat.
- résoudre le conflit de compétence entre la juridiction fédérale et les institutions judiciaires locales des régions et des gouvernorats non constitués en société d'une région.
- résoudre le conflit de compétence entre les institutions judiciaires des régions et celles des gouvernorats non constitués en société d'une région.
- Enfin, statuer sur les recours formés contre les jugements rendus par la Cour administrative de justice.

Les décisions rendues par la Cour suprême fédérale sont définitives et devront être respectées par toutes les autorités (art. 94 Constitution.).

S'il n'y a pas eu encore des études approfondies sur l'influence des décisions du Haut tribunal constitutionnel irakien, il est bien évident que cette influence est énorme. Mais *a contrario* les décisions du Conseil d'État ont aussi une influence sur le Haut tribunal constitutionnel irakien (comme on le verra *infra*).

Quoiqu'il en soit, comme en France les décisions du Haut tribunal constitutionnel irakien ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

CHAPITRE DEUXIEME

L'ORIGINE RECENTE DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN IRAK

La création de la juridiction administrative en Irak est récente. Le tribunal administratif n'a été créé qu'en 1989. Il fallait attendre l'amendement de 2013 où le Conseil d'État irakien est devenu une institution indépendante, rattachée au ministère de la justice. Une Cour de justice administrative, établie au sein du Conseil d'État (ci-après CE), a été créée, compétente pour juger les litiges concernant la légalité des actes administratifs pris par les ministres, les services administratifs, les fonctionnaires publics, etc. Il sera question aussi de l'influence de la dualité juridictionnelle française sur la justice administrative irakienne. Après avoir vu la critique dont elle fait l'objet en France (Section 1), on verra quelles sont les particularités de l'organisation de la justice administrative en Irak (Section 2).

SECTION 1 : LE MODELE FRANÇAIS DE DUALITE DE JURIDICTION

A. La crise de la dualité de juridiction en droit français

1. La juridiction administrative, comme privilège de juridiction

Le droit administratif – et, par conséquent, son juge – ont toujours été perçus comme un « droit de privilège » au profit de l'administration, la jurisprudence administrative étant soupçonnée de se montrer plus favorable aux intérêts de cette dernière qu'à ceux des particuliers. Au contraire, le juge judiciaire est réputé plus protecteur des libertés individuelles. Or, dans une société libérale, entièrement tournée vers l'individu, la préférence revient naturellement à ce juge et au droit privé qu'il est chargé d'appliquer.

Sur le plan des principes, cette prétendue partialité du juge administratif irait à l'encontre du droit fondamental à être jugé par un tribunal impartial que consacre indirectement la Déclaration universelle des Droits de l'Homme à laquelle l'Irak a adhéré et Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH-notamment l'article 6 sur le droit à un procès équitable).

Cependant, s'il est vrai que de nombreux principes du droit public sont en faveur de l'administration (comme le « privilège du préalable » par exemple), l'on constate aujourd'hui la disparition d'un certain nombre de ces principes (ainsi notamment du fameux principe de l'intangibilité des ouvrages publics, remis en cause depuis 2003). De plus, les prérogatives exorbitantes du droit commun reconnues à l'administration qui se justifient d'ailleurs par la satisfaction de l'intérêt général dont elle a la charge sont combattues par le même juge administratif.

Enfin, la critique de l'application par le juge administratif d'un « droit de privilège » doit être nuancée par le fait que le droit administratif est avant tout le signe de la soumission de l'administration à un corps de règles dont le juge administratif doit contrôler le respect. De ce point de vue, le juge administratif participe donc au renforcement de l'État de droit et donc au respect des citoyens. D'autant que le Conseil constitutionnel français dans une décision du 22 juillet 1980 a consacré l'indépendance du juge administratif dans la pratique constitutionnelle. Le juge administratif apparaît pour ces raisons désormais au contraire favorable aux intérêts des particuliers bien plus que le juge judiciaire : songeons au principe de la dignité de la personne humaine (arrêt Morsang-sur-Orge) que nous avons exposé dans le premier chapitre de cette partie.

Malgré l'influence communautaire sur le droit administratif français celui-ci subsiste avec ses originalités. Citant P. Weil, Olivier Dubos y voit un « miracle »¹²⁴, mais il s'agit d'un miracle bien français. Il pose la question: « Comment pouvait-on imaginer que l'administration, cœur d'un État qui a fait la France, puisse se soumettre au Droit ? Le droit administratif a réalisé cette prouesse. Il a d'ailleurs les traits d'une épopée hégélienne dans laquelle la dernière jurisprudence constitue un nouveau progrès de la soumission de l'administration au droit »¹²⁵. Comme on l'a dit pour l'Irak, l'auteur dit le droit administratif ne peut que constituer un modèle pour les droits étrangers¹²⁶ et il n'y a aucune utilité de l'ouvrir aux influences extérieures. Certains sont même allés jusqu'à évoquer le « nationalisme ombrageux » du Conseil d'État.

¹²⁴ Olivier Dubos, « Droit administratif et droit communautaire », *Jurisclasser administratif*, Fasc. 24, 1 juillet 2015.

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, Sirey, 1952.

Ce n'est pas l'avis de René Chapus pour qui « l'emprise sur le droit national des normes européennes revêt un relief marqué. De cette emprise, on peut (tel est le cas de la plupart des commentateurs) être comblé d'aise et même souhaiter qu'elle ne cesse de s'accroître. On peut aussi être dans d'autres sentiments. Ce qui est sûr, bien au-delà du risque d'atteinte à la cohérence et l'efficacité de l'ordre juridique interne la réalité de la dénationalisation ou, plus exactement et positivement, de la colonisation de cet ordre juridique, conséquence de son infiltration intensive, tant par la jurisprudence négatrice des identités nationales de la CEDH, que par le droit communautaire, tel que développé par la Cour de Luxembourg et la Commission européenne »¹²⁷.

Mais l'auteur Olivier Dubos défend l'idée que le droit administratif français reste un système autonome (sans être rétif au droit communautaire) construit à la fois par la jurisprudence et par la doctrine comme un droit exorbitant du droit commun : l'une et l'autre n'ont cessé de consolider cette autonomie. Le droit administratif a donc, dit l'auteur Dubos, des concepts distincts, son génie propre ; il ne serait, par nature, guère réceptif à un droit communautaire qui modèle les concepts de manière très empirique au grès des nécessités de la réalisation des objectifs de la construction européen¹²⁸. Et l'auteur de conclure qu'en « réalité le droit administratif a toujours été ouvert aux influences extérieures, au moins du droit privé¹²⁹ et a conjugué empirisme et conceptualisme¹³⁰ ; il ne peut être considéré comme consubstantiellement rétif au droit communautaire ».

2. Les inconvénients techniques de la dualité juridictionnelle

¹²⁷ R. Chapus, *Droit administratif général* : Paris, Montchrestien, 15e éd., 2001, n° 167.

¹²⁸ L. Dubois, « Le droit communautaire a-t-il un impact sur la définition du droit administratif ? » : *AJDA* juin 1996 n° spécial, p. 102 s.

¹²⁹ J. Waline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif* : Thèse Paris, 1962. – B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif* : Paris, LGDJ, 2003.

¹³⁰ T. Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif* : Paris, LGDJ, 1987).

Depuis la création de la juridiction administrative en Irak et très vite s'est fait ressentir le problème des inconvénients techniques de la dualité juridictionnelle dont souffre aussi le droit français. En effet deux inconvénients principaux découlent de la dualité juridictionnelle : d'une part, la complexité des règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction et d'autre part, le risque de divergences jurisprudentielles entre juge judiciaire et juge administratif.

a) La complexité des règles de compétence

Il n'est pas toujours évident de déterminer si le litige doit relever du juge administratif ou du juge judiciaire. Le juge irakien se réfère aux critères français : la difficulté tient notamment au fait qu'il n'existe pas de critère unique pour déterminer la compétence du juge administratif, cette détermination résultant d'une combinaison de deux critères dégagés par la doctrine : celui du service public (défendu par Duguit) et celui de la puissance publique (défendu par Hauriou).

En matière contractuelle, la règle est relativement simple : si le contrat litigieux est un contrat administratif, alors le juge administratif est compétent. Le contrat administratif se définit en fonction de plusieurs critères : un critère organique (qualité des parties à l'acte) et deux critères alternatifs (celui du service public ou celui de l'exorbitance). Si la qualification de contrat administratif n'est pas retenue, alors il s'agit d'un contrat de droit privé relevant du juge judiciaire. A noter qu'une personne publique qui conclurait un contrat de droit privé relèverait donc du juge judiciaire en cas de litige¹³¹.

b) Le risque de divergences jurisprudentielles

¹³¹ Exemple : CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Rec. C.E. p. 909.

Pour une question similaire, il arrive que les solutions données par le juge administratif et le juge judiciaire soient en opposition. Cela tient sans doute au fait que le droit administratif et le droit privé répondent à des logiques très différentes. Parfois, l'opposition est surmontée. Par exemple, après avoir longtemps refusé de faire primer un traité international sur la loi postérieure, le Conseil d'État a finalement renversé sa jurisprudence dite des « semoules de France » par l'arrêt Nicolo¹³² de 1989, se rangeant ainsi à la solution retenue par la Cour de cassation plus de dix ans auparavant¹³³ comme on l'a déjà souligné dans le premier chapitre de cette partie.

Même si en Irak le problème de l'utilité du juge administratif ne se pose pas puisqu'on vient d'adopter le système français, il est important pour nous de poser la question car elle se pose actuellement en France¹³⁴. Et on est sûr que si en France il y a un changement l'Irak va suivre ! C'est pourquoi nous posons cette question mais d'emblée nous dirions qu'il n'existe aucun danger de voir disparaître le juge administratif au profit de la justice judiciaire qui l'engloberait.

B. La réponse du juge administratif à la crise

Etant donné la spécificité du droit public d'origine principalement prétorienne, le juge judiciaire n'aurait certainement pas les compétences requises pour prendre en charge le contentieux administratif.

Il n'existe pas de véritable « code administratif » comparable au code civil et qui permettrait aux praticiens du droit de connaître les différents principes et notions du droit public. En effet, ce droit administratif (français et donc irakien) a pour spécificité d'être d'origine principalement prétorienne, les grandes règles régissant la matière ayant été posées au fil des siècles par la jurisprudence du Conseil d'État et du tribunal

¹³² *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, DALLOZ 2017.

¹³³ Cour de cass., 24 janvier 1975, Société des cafés Jacques Vabre.

¹³⁴ On ne cesse de le répéter le droit français a une énorme influence même dans les pays arabes qui adoptent le système du *Common law*. Et quand on dit droit on englobe les textes, la doctrine et la jurisprudence française.

des conflits. Cette origine jurisprudentielle du droit public présente certes des inconvénients en termes de sécurité juridique et d'accessibilité ; mais elle présente des avantages en termes de souplesse et d'évolution de la règle de droit.

Selon Maurice Hauriou, « le juge ordinaire n'est pas nécessairement un juge mondial, mais un homme qui connaît bien les problèmes de la vie ordinaire des gens. Quand ce juge quitte ce domaine il est perdu ». De cette formule, il s'ensuit que le juge administratif se voit attribuer des compétences dans un domaine qu'il connaît particulièrement. Pour cette raison, le législateur irakien a présenté un amendement visant à donner compétence au juge administratif et à la Cour constitutionnelle.

Face aux critiques, la justice administrative a montré qu'elle était capable de s'adapter aux exigences d'un Etat de droit moderne.

En Irak, on ne croirait pas le nombre grandissant des affaires devant le juge administratif sans que le nombre de magistrats suive la même évolution, ce qui a entraîné un engorgement des juridictions administratives et un allongement de la durée des procédures. Ce problème existe aussi en France mais il est difficile de faire une comparaison. Ces longueurs procédurales ont fait que la France fut condamnée plusieurs fois par la Cour de Strasbourg, sur le fondement de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui pose l'exigence de « délai raisonnable ».

L'évolution de la justice administrative n'est pas seulement formelle. Elle est également marquée par une évolution de fond initiée par le juge administratif¹³⁵.

1. Les évolutions de technique initiées par le juge administratif lui-même

¹³⁵ *Droit administratif, droit de l'environnement*, Edition 2007-2008, CNED ; *Concours Fonction publique catégories A et B*, FOUCHER.

Sur le plan méthodologique, le juge administratif français a initié trois évolutions principales que le juge irakien n'a pas encore réalisées :

Tout d'abord, le Conseil d'État a eu recours à l'annulation conditionnelle¹³⁶. L'acte administratif, bien qu'illégal, est ici considéré comme « sauvable » car son illicéité n'est pas gravissime. Le juge administratif va donc offrir à l'administration, auteur de l'acte un délai de grâce afin qu'elle corrige l'acte litigieux. Si elle s'exécute dans le délai, l'acte ne sera pas annulé par le juge.

Ensuite, le Conseil d'État a inventé la technique de l'annulation non rétroactive d'un acte administratif¹³⁷. Si le Conseil d'État n'envisage d'annuler l'acte que pour le futur, c'est dans le double souci d'éviter tout vide juridique et toute atteinte aux droits acquis.

Enfin, le Conseil d'État prévoit une sorte d'accompagnement de l'annulation contentieuse¹³⁸. Lorsque le juge annule un acte administratif, cela crée un vide juridique que l'administration doit combler. Or, pour que l'acte de remplacement ne soit pas lui-même annulé par la suite, le juge administratif va conseiller l'administration sur le nouvel acte à prendre.

Cette triple évolution méthodologique témoigne de la capacité du juge administratif à se moderniser et de son utilité en termes de sécurité juridique (puisqu'il tente, tant que faire se peut, de limiter les effets de l'annulation des actes administratifs).

En tous les cas, toutes ces évolutions permettent d'atténuer les caricatures dont le juge administratif a pu faire l'objet et prouvent que la justice administrative n'est ni figée, ni indifférente aux intérêts particuliers.

En définitive, si certaines des critiques qui lui sont adressées sont partiellement justifiées (notamment celles relatives aux problèmes engendrés par la dualité juridictionnelle, l'utilité du juge administratif demeure en ce qu'il est le seul qui connaît parfaitement les règles de

¹³⁶ CE, 27 juillet 2001, Titran, req. n° 222509. Cité in Marie-Christine ROUAULT, *Contentieux administratif*, GUALINO, 3^e édition.

¹³⁷ CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et a., req. n° 255886.

¹³⁸ CE, 27 juin 2001, Vassilikiotis, req. n° 213229.

droit public qu'il a contribué à bâtir. L'évolution de sa jurisprudence constitue un renforcement de l'État de droit, surtout sur le plan des libertés individuelles.

Toutefois, paradoxalement, cette évolution pourrait jouer contre le juge administratif lui-même. Justement, on va l'accuser de s'immiscer dans des domaines traditionnellement réservés au juge judiciaire et d'envahir le terrain du juge judiciaire.

Nous verrons dans la deuxième partie de notre thèse que le juge administratif irakien s'efforce lui aussi de surpasser le juge judiciaire en matière de droits de l'homme, dans des décisions, influencées il est vrai par le juge français ou européen, mais qui étonnent par leur courage dans ce pays sortant d'une guerre atroce, de laquelle d'ailleurs il n'est pas encore vraiment sorti.

2. La création de la question prioritaire de constitutionnalité par le constituant

En 2013, trois ans après l'entrée en vigueur de la procédure, le député Jean-Jacques Urvoas, président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, a fait son rapport sur la question de la constitutionnalité. Il décrit notamment « la mise en place de la QPC comme une « révolution juridique » et la considère comme un succès. Il réitère les propos de Dominique Rousseau, selon lesquels: « la Constitution a quitté le monde fermé des écoles de droit pour entrer dans les salles d'audience. Elle est devenue l'affaire des citoyens - justiciable, l'arme des avocats et la référence des magistrats »¹³⁹. Les acteurs de la procédure (juridictions, ordonnances des avocats, personnes morales à l'origine des questions que le Conseil constitutionnel a examinées) jugent son fonctionnement « globalement satisfaisant ». Néanmoins, dans son rapport, Jean-Jacques Urvoas souligne certaines lacunes. En particulier, « il n'existe pas de suivi statistique précis de la procédure au niveau national pour évaluer son efficacité. Il note enfin que la QPC a entraîné « une transformation substantielle des fonctions du Conseil constitutionnel », ce dernier étant devenu dans la pratique une « cour

¹³⁹ *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, numéro 28.

constitutionnelle »¹⁴⁰. En janvier 2016, Jean-Louis Debré a proposé que le Défenseur des droits et les autorités administratives indépendantes puissent faire appel directement devant le Conseil sans passer par le filtre de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

Dans l'attente d'une telle évolution, ce dernier joue donc un rôle clé dans le bon déroulement de la procédure.

a) Une procédure de contrôle de constitutionnalité

L'Irak serait en avance par rapport à la France, chose étonnante, dans un seul domaine concernant notre sujet : c'est l'exception d'inconstitutionnalité ouverte à tous les particuliers alors qu'en France ce n'est qu'en 2008 qu'on a institué la question prioritaire de constitutionnalité. Avant d'exposer la situation en Irak exposons brièvement ce nouveau concept français, de création particulièrement française.

La question prioritaire de constitutionnalité ou QPC est, en droit français, une procédure de contrôle de constitutionnalité sur les lois déjà promulguées¹⁴¹. Cette question permet, sous certaines conditions, de demander au Conseil constitutionnel de vérifier si une disposition législative ne serait pas inconstitutionnelle en ce qu'elle « porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ».

La QPC est à l'origine de plusieurs centaines de décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Le 14 juillet 1989, c'est le président François Mitterrand qui était à l'origine de ce projet de révision de la constitution pour mettre en place un contrôle par exception de la constitutionnalité des lois qui concernent les droits fondamentaux et les garanties accordées à toute personne pour l'exercice des libertés civiles. Il n'y a pas eu d'accord sur ce sujet entre les deux chambres. En 1993, le comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par Georges Vedel a fait une nouvelle proposition.

La QPC est entrée en vigueur avec la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, qui a fait l'objet de réserves par le Conseil constitutionnel (décision no 2009-595 DC du 3 décembre 2009).

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ Dit « contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ».

Le contrôle est donc possible *a priori* et *a posteriori*, pendant la mise en application de la loi.

Cette possibilité pourrait permettre un renforcement de la hiérarchie des normes en droit français par la possibilité de vérifier la conformité à la Constitution des lois qui n'ont pas été soumises à un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Cette QPC pourrait aussi mettre fin aux critiques qui déconsidèrent le contrôle *a priori* comme essentiellement politique.

Il faut en effet savoir qu'en droit français le bloc de constitutionnalité est constitué par la Constitution 1958 et son Préambule, lequel intègre la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ; le Préambule de la Constitution de 1946; la Charte de l'Environnement depuis 2005 ; les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; et les principes généraux constitutionnels extrapolés par le Conseil Constitutionnel.

Les normes constitutionnelles, issues du texte de la Constitution, constituent la source première du droit administratif, qui repose, en son origine même, sur des bases constitutionnelles et dont le mode de production, et le contenu, est largement déterminé, encadré par ces règles.

En raison de sa place dans la hiérarchie normative, la Constitution s'impose ainsi à la loi, voire au traité, par des mécanismes de sanctions tout à fait nouveaux dans le cadre de la Constitution de 1958, grâce au contrôle de constitutionnalité des traités et des lois exercés par le Conseil Constitutionnel, ce qui s'est déjà posé et se posera en Irak, comme nous le verrons dans notre chapitre de la deuxième partie consacré à la jurisprudence irakienne.

Or, l'application des textes du bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État français ne se faisait pas dans des conditions exactement identiques.

Pour le Conseil constitutionnel toutes les dispositions de ces textes, et en particulier celles de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Préambule de 1946 ont valeur normative. Elles s'imposent au législateur, alors même que leur formulation peut sembler n'avoir qu'une valeur morale sans obligation juridique.

Le Conseil d'État, pour sa part, considérait, en certaines hypothèses, que des éléments de ces textes, tout en ayant valeur constitutionnelle, ne sauraient avoir d'incidence directe en droit administratif en raison de leur imprécision. Deux conséquences : faute des lois édictées pour leur mise en œuvre, ces principes ne s'imposaient pas à l'Administration et leur méconnaissance n'était pas invocable devant le juge administratif ; quand le législateur est effectivement intervenu pour mettre en œuvre un principe constitutionnel imprécis, c'est

uniquement par rapport aux dispositions législatives ainsi édictées que le juge administratif vérifie la légalité des décisions administratives, ce qui était une conséquence de la théorie de la loi-écran. C'est cette théorie qui est remise en cause par l'entrée en vigueur de la QPC.

Quant aux conditions de son exercice la partie qui soutient une telle question doit le faire par un écrit distinct et motivé. C'est une exigence formelle extrêmement rigoureuse. Pour être recevable, la question prioritaire de constitutionnalité doit présenter 3 caractéristiques:

- être applicable au litige : c'est ce qui fait qu'elle est prioritaire et non préjudicielle, car la solution à une question préjudicielle détermine l'issue du litige.

- être nouvelle : le Conseil constitutionnel ne doit pas s'être déjà prononcé expressément sur la question.

- présenter un caractère sérieux.

Pour ce dernier critère le juge saisi d'une QPC doit effectuer un rapide contrôle, pour voir si celle-ci n'est pas absurde. On se rapproche alors du système américain.

La juridiction peut sursoir à statuer jusqu'à réception de la réponse à la question prioritaire de constitutionnalité, que celle-ci émane du Conseil d'État, de la Cour de cassation ou du Conseil constitutionnel.

b) Un examen en pratique efficace de la constitutionnalité des lois

Quelques décisions rendues sur une question prioritaire de constitutionnalité sur renvoi du Conseil d'État témoignent l'importance du rôle joué par le juge administratif suprême dans la procédure.

- La « cristallisation des pensions » : le Conseil constitutionnel a jugé dans la décision 1 QPC du 28 mai 2010 que le régime spécial des pensions applicable aux ressortissants des pays et territoires anciennement sous souveraineté française et, en particulier, aux ressortissants algériens, plaçait ces derniers dans une situation inégalitaire par rapport aux ressortissants français. Toutefois, le régime juridique précédent étant encore plus inégal, il a reporté la date d'application de cette décision au 1er janvier 2011, pour permettre au législateur de mettre en place un régime de pension conforme à la Constitution.

- La réparation d'un préjudice par le simple fait de sa naissance: le Conseil a estimé dans sa décision 2 QPC du 11 juin 2010 que le principe selon lequel « Nul ne peut prétendre à un

préjudice du seul fait de sa naissance » n'est pas contraire à la Constitution (conflit suite de l'arrêt Perruche).

- La loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence, telle que modifiée en novembre 2015 n'avait pas été examinée par le conseil constitutionnel. Dans sa décision 527 QPC du 3 décembre 2015, il a validé les assignations à résidence permises, sous certaines conditions, dès lors que les garanties prévues par la loi lui semblaient suffisantes.

Une fois prises, les décisions du Conseil constitutionnel ont une influence directe et impérative sur les décisions du Conseil d'État.

De nombreuses décisions du Conseil d'État se fondent directement sur celles du Conseil constitutionnel, comme une référence et une autorité qu'il faut respecter. En France de nombreux arrêts font état de cette situation de subordination du Conseil d'État par rapport au Conseil constitutionnel :

Dans l'arrêt SA Établissements Outters du 20 décembre 1985 (req. n° 31927), le Conseil d'État réuni en assemblée, expose d'abord dans son visa : « vu la Constitution du 4 octobre 1958 et notamment son article 62 (...) ; la décision n° 82.124 du Conseil Constitutionnel en date du 23 juin 1982 ». Puis, dans ses motifs il est dit que « considérant que, par une décision n°82.124 en date du 23 juin 1982, le Conseil constitutionnel a estimé que (...) ».

De même dans l'arrêt SA La Cinq du 11 mars 1994 (req. n° 115052), le Conseil d'État, dit que « considérant que, se prononçant sur la conformité à la Constitution du texte adopté par le Parlement et qui allait devenir la loi du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel, par sa décision n°284 DC du 17 janvier 1989, a estimé qu'il résulte (...) », pour affirmer par la suite que « c'est sous réserve de cette interprétation que les articles en causes (...) ».

Nous voyons donc la véritable autorité des décisions du Conseil Constitutionnel en ce qu'elles sont directement citées dans celles du Conseil d'État et bénéficient d'une mise en application directe dans les arrêts où une interprétation constitutionnelle des lois peut permettre de résoudre le problème de droit engagé.

SECTION 2. LA CONSTRUCTION DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE IRAKIENNE

Le système juridictionnel actuel se distingue par son adoption de la dualité juridictionnelle malgré l'influence britannique (A) et par la propagation de l'idée déformante de la réalité selon laquelle la justice administrative est une justice de « privilège » (B).

A. L'organisation de la justice administrative irakienne

Comme on l'a vu, cette dualité est d'origine française. En effet, depuis les lois des 16-24 août 1790, le système juridictionnel en France adopte le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire (dualité des ordres de juridiction). Cependant dans beaucoup de pays les juges sont dans le même ordre de juridiction et regardent les deux litiges privés ainsi que ceux impliquant l'administration, en France il existe une répartition de compétence entre des juges ressortissants de deux ordres de juridiction différents : le juge judiciaire (chargé en principe des litiges de droit privé) et le juge administratif (chargé des litiges administratifs, soumis par principe aux règles de droit public). Le juge judiciaire est historiquement le juge de droit général et son travail a commencé bien avant le juge administratif. Le Conseil d'État était une simple division de l'administration, sans indépendance vis-à-vis de celle-ci. Cette dépendance historique à l'administration fut à l'origine de la théorie de « l'administration-juge » en vertu de laquelle « juger l'administration c'est encore administrer » (Henrion de Pansey).

Si ce n'est qu'en 1872 que l'indépendance de la juridiction administrative a été consacrée en France, c'est en 1989 que l'Irak a adopté le système de la dualité juridictionnelle. Désormais, l'ordre administratif s'ordonne autour du Conseil d'État irakien (1) auquel s'ajoutent divers organismes à caractère juridictionnel (2).

1. Le Conseil d'État irakien

D'une existence relativement récente en Irak, l'ordre administratif est dominé par deux organes réunis au sein du Conseil d'État¹⁴².

a) Le Conseil d'État proprement dit

Le Conseil d'État irakien a été créé en 1979 mais il n'avait qu'une compétence consultative en matière législative dans la continuité du rôle que jouait le « *diwan al tadwin al qanouni* » institué en 1933. Précisément, le « *diwan* de l'enregistrement juridique »¹⁴³ a pour mission de proposer aux ministères des clarifications afin de supprimer les ambiguïtés dans les textes.

Il est important de souligner que la nouvelle constitution de 2005 a conservé ce mécanisme tout en jetant les bases de la mise en place d'un véritable « Conseil d'État » français, qui peut exercer un contrôle sur la juridiction administrative du pays (voir l'article 101 de la Constitution).

Avec l'amendement de 2013 le Conseil d'État irakien est devenu une institution indépendante, rattaché au ministère de la justice. En Irak, le Conseil d'État est une institution publique chargée de deux missions principales : il est le conseiller du Gouvernement et la plus haute des juridictions de l'ordre administratif.

Il lui revient ainsi d'assurer le respect de la hiérarchie des normes au sens que Hans Kelsen donnait à ce terme : l'expression renvoie à une vision hiérarchique des normes juridiques, selon laquelle la Constitution d'un État est le sommet de la pyramide normative et que toutes les autres normes lui sont soumises. Cette hiérarchie ne prend tout son sens que si son respect est contrôlé par un juge. Ce qu'il revient à la Cour administrative de justice et au Conseil de discipline générale de faire.

¹⁴² D'après l'article 4 de la loi sur le Conseil d'État n°65-1979, le Conseil assume trois fonctions principales : en matière de codification, en matière de conseil juridique au gouvernement et en matière de juridiction administrative.

¹⁴³ ديوان التدوين القانوني.

b) La cour administrative de justice

La Cour administrative de justice est établie au sein du Conseil d'État la Cour administrative de justice n'est pas rattachée au Conseil supérieur de la magistrature, mais fait partie du ministère de la Justice. Elle a été créée par la loi n ° 106-1989¹⁴⁴ qui marque la naissance, très timide encore d'un ordre administratif en Iraq, à côté du pouvoir judiciaire¹⁴⁵. Elle est composée de trois membres: un président, un juge de premier degré et deux membres qui sont au moins des juges de deuxième degré ou des conseillers adjoints au Conseil des affaires d'État.

Cette Cour est compétente pour connaître des litiges concernant la légalité d'actes administratifs de ministres, de services administratifs, d'agents publics et d'autres acteurs du secteur public. La mesure contestée doit comporter un vice de forme, d'incompétence ou une violation du droit (art. 7 de la loi mentionnée ci-haut). La Cour a le pouvoir d'annuler l'acte administratif quand il le considère comme illégal. Il entend également les demandes en dommages et intérêts qui sont subsidiaires au recours en annulation.

Toutefois, les contrats administratifs, généralement considérés comme relevant de la compétence des tribunaux administratifs de plusieurs pays, ne relèvent pas de la compétence des juges administratifs irakiens. En outre, les actes administratifs pour lesquels la loi prévoit un recours spécifique ne sont pas de la compétence de la Cour, ce qui limite considérablement ses pouvoirs.

Les jugements de la Cour administrative de justice محكمة العدل الإدارية peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Tribunal fédéral. Ce dernier est donc à la fois une cour constitutionnelle et la plus haute juridiction administrative du pays¹⁴⁶, même si, tout comme le

¹⁴⁴ Cf. le texte législatif sur la juridiction administrative n°56-1979.

¹⁴⁵ Cette loi a eu pour effet de faire entrer l'Irak dans le cadre des pays adoptant le principe du dualisme juridictionnel comme la France, l'Égypte : voir Issam Albarazani, « le Conseil d'État et la naissance de la juridiction administrative en Irak », *Revue des sciences juridiques de l'Université de Bagdad*, 1990.

¹⁴⁶ Article 4-3 de la loi n ° 30-2005 sur la Cour Suprême Fédérale.

Conseil constitutionnel français, il n'est pas organiquement situé au sommet de la hiérarchie des tribunaux judiciaires ou administratifs.

Dans les dernières années, le législateur irakien a renforcé les pouvoirs de la Cour : désormais, elle contrôle la légalité des décisions administratives (individuelles et réglementaires)¹⁴⁷, des décisions relatives à la nationalité, des requêtes présentées par les présidents et membres des conseils de préfecture pour les questions concernant la fin de leurs mandats, des requêtes concernant la dissolution des conseils de préfecture et des conseils locaux, des requêtes concernant les décisions de refus des autorisations d'investissement, des requêtes concernant l'institution des prisonniers politiques, etc.

c) Le Conseil de discipline générale

Le Conseil de discipline générale, rattaché au Conseil d'État, entend les appels interjetés par les fonctionnaires et les agents de l'État contre les sanctions disciplinaires prononcées par leurs supérieurs¹⁴⁸. Le Conseil est composé du président du Conseil d'État ou de l'un des vice-présidents, de deux membres, de conseillers d'État ou de juges adjoints. Ses décisions sont rendues en dernier ressort et on ne peut les contester que devant le bureau du Conseil.

Ce tribunal peut être saisi pour des recours concernant les nominations, les gradations, les sanctions disciplinaires, etc. Cependant il n'est pas de sa compétence de juger les conflits concernant les retraites. Enfin ce tribunal est à la fois juge d'appel et de cassation.

2. Les autres organismes à caractère juridictionnel

Retiennent notamment l'attention :

- La commission d'appel des conflits relatifs aux impôts.
- La Commission des affaires des retraités (loi 2014).

¹⁴⁷ Loi de 1989.

¹⁴⁸ Ceci doit être conforme à la loi sur la fonction publique n°24-1960 et la loi sur la discipline des fonctionnaires d'Etat et du secteur social n°14-1991.

- Le tribunal des services financiers institué par la loi sur la Banque centrale irakienne (2004).

- La Commission de la responsabilité et de la justice (loi 2008 – sorte de tribunal disciplinaire).

- Les Commissions constituées par le Ministère de l'enseignement supérieur.

- La Commission de classement des sociétés d'entrepreneurs (loi 2010).

- Les décisions de ces commissions reçoivent appel et cassation devant le haut tribunal administratif. Certaines décisions administratives sont déférées directement devant ce haut tribunal administratif en premier et dernier ressort (cassation) :

- Les décisions prises par le parlement pour approuver les résultats des élections législatives.

- Les décisions et mesures prises par le gouvernement dans les circonstances exceptionnelles.

- Le haut tribunal administratif juge de la constitutionnalité des décisions administratives lorsque l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée par un particulier lors d'un procès ordinaire ou lors d'un procès relatif aux conflits des fonctionnaires.

Auparavant les tribunaux administratifs faisaient partie du travail judiciaire même si on les appelait tribunaux administratifs.

B. Les limites de la justice administrative irakienne

Le juge administratif irakien reste cependant lié à l'administration et donc apparaît aux yeux des gens comme un juge qui défend les intérêts de l'administration plus que ceux des gens.

Bien qu'indépendant aujourd'hui de l'administration, le juge administratif irakien est toujours engagé et reste aux yeux des adversaires en tant que juge plus favorable aux intérêts de l'administration des intérêts de particuliers, contrairement à son homologue judiciaire considéré comme le « gardien des libertés », comme c'est le cas en France en vertu de l'article 66 de la Constitution de 1958.

Mais nous pensons que de plus en plus le juge administratif défend les intérêts des particuliers et parfois plus que le juge judiciaire, comme nous allons le voir lors de notre étude relative à la police administrative par exemple.

DEUXIEME PARTIE

L'INFLUENCE DU PROCES ADMINISTRATIF FRANÇAIS SUR LE PROCES ADMINISTRATIF IRAKIEN

Dans cette partie nous nous concentrons sur l'étude du contentieux administratif et du droit au procès équitable. Des efforts sont faits par le juge irakien à cet égard. Nous dresserons un tableau jurisprudentiel de l'œuvre du juge irakien comparée au juge français mais toujours en partant du travail effectué par juge français, notamment sur le contrôle de l'administration (contrôle minimum, contrôle maximum) ; puis nous aborderons la question de la protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales par le juge administratif irakien et les réformes en cours ou attendues (Titre 1).

Nous analyserons le problème de la police administrative en rapport avec le contrôle du juge. Le juge administratif doit s'assurer que les mesures de police administrative sont légales et sanctionner celles qui seraient illégales. Il y a un parallèle à dresser entre l'Irak et la France. En Irak le recours pour excès de pouvoir est garanti par la constitution et les lois et ce droit est garanti par les conventions internationales. Enfin, le contrôle de la proportionnalité exercé par le juge irakien est étonnant par son courage (Titre 2)

TITRE PREMIER

LA REPRISE PAR LE JUGE IRAKIEN DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES ADMINISTRATIF FRANÇAIS

Ce chapitre étudiera comment le juge administratif a fait évoluer son contrôle de l'administration, surtout à travers le renforcement du contrôle de la légalité interne. À l'origine, le juge administratif était suspecté d'être trop proche du pouvoir exécutif et de l'Administration, et par conséquent il était plus sensible à ses intérêts qu'au respect des droits des personnes. Il était soupçonné d'être partisan à l'égard de l'administration, d'une certaine complaisance. Il faut interpréter l'évolution de la liberté individuelle, en tant que voie de rééquilibre des compétences. Aller aux fond des choses et décortiquer ce contrôle de l'administration par le juge sur plus d'un plan (les motifs, la cause, le but..). Et comment lier à tout cela le principe du droit à un procès équitable (Chapitre 1). Nous allons après explorer comment le juge administratif irakien protège les Droits de l'Homme et les libertés fondamentales et quelles sont les réformes envisagées ou à envisager. Droit de recours. Droits de la défense. Délai raisonnable et droit à un procès équitable. Nous avons essayé dans la mesure des documents disponibles de traiter toutes ces questions toujours en rapport avec le droit à un procès équitable (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER

L'EVOLUTION DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE FRANÇAISE

Nous dresserons dans ce chapitre les débuts fondateurs du contrôle du juge administratif dont le rôle est créateur (exemple l'arrêt du 7 juillet 1950 « Dehaene »). Plusieurs points: les cas où la compétence va au juge judiciaire, le référé liberté, le juge administratif devenu le protecteur des droits et libertés (Section 1). L'évolution du contrôle du juge en rapport avec le renforcement des Droits de l'Homme et le principe du droit à un procès équitable sera étudiée à travers le contrôle des motifs des actes administratifs en Irak, l'erreur manifeste de droit et le détournement de pouvoir, en plus d'autres points relatifs au contrôle de l'administration par le juge (Section 2).

SECTION 1. LES EVOLUTIONS PROCEDURALES

À l'origine, le juge administratif était suspecté d'être trop proche du pouvoir exécutif et de l'Administration et par conséquent il était plus sensible à ses intérêts qu'au respect des droits des personnes. Il était soupçonné d'être partisan à l'égard de l'administration, d'une certaine complaisance¹⁴⁹.

A *contrario*, cette méfiance à l'égard du juge administratif confortait l'idée que le juge judiciaire apparaisse comme l'instrument le plus efficace de la protection des libertés fondamentales. Cette idée était exprimée par la loi constitutionnelle 3 juin 1958 alinéa 4 selon lequel : « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et par la DDHC à laquelle elle se réfère ».

Elle est à l'origine de l'article 64 de la Constitution de 1958 selon lequel : « le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil

¹⁴⁹ « Juger l'administration, c'est encore l'administrer » selon le français Henrion de Pansey.

Supérieur de la Magistrature ». La loi de 1958 explique aussi l'affirmation de l'article 66 Constitution 1958 faisant du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle.

Parallèlement, la méfiance envers le juge administratif explique qu'il revienne par principe au juge judiciaire de protéger le droit de propriété et l'individu contre l'Administration par la voie de fait ou la théorie dite de « l'emprise irrégulière », c'est-à-dire lorsque sans titre juridique valide l'Administration a dépossédé un particulier de sa propriété immobilière, le juge judiciaire est seul compétent pour fixer le montant de la réparation et le juge administratif est compétent pour statuer sur la validité de la mesure. Le juge judiciaire n'est toutefois compétent que si l'emprise est irrégulière, c'est-à-dire qu'auparavant on devra passer devant le juge administratif pour qu'il se prononce sur la régularité ou non de la dépossession¹⁵⁰.

Pour surmonter les critiques qui lui étaient faites, le juge administratif devrait assurer à tous les justiciables un droit au recours. Le Conseil constitutionnel français donne valeur constitutionnelle à ce principe dégagé par le Conseil d'État dans ses décisions 224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, et 248 DC du 17 janvier 1989, relative à la liberté de communication. Ce droit au recours se concrétise désormais par les recours au fond pour excès de pouvoir et le recours de plein de contentieux (A) et les procédures de référé (B).

A. Les recours au fond

Disons un mot d'abord sur le recours pour excès de pouvoir tout en sachant que le droit irakien adopte le système français, à savoir la séparation entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux. Nous nous référons à un article de Michel Bernard¹⁵¹ dans lequel il pose la question de la vie du recours pour excès de pouvoir. Il commence par citer ce qu'avait dit Maurice Hauriou: « Il y a quelque chose de changé dans le

¹⁵⁰ TC 25 juin 1990, Préfet de Saône et Loire.

¹⁵¹ Michel Bernard, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA*, 1995, 190.

contentieux administratif français », dans une note célèbre sur l'arrêt du 29 novembre 1912, Boussuge¹⁵².

Malgré ce sombre pronostic, dit Michel Bernard, le recours pour excès de pouvoir a survécu. Et il va jusqu'à dire que ce recours a même fait preuve d'une belle vitalité et, loin de s'effacer derrière le contentieux de pleine juridiction, il a étendu son domaine au détriment de celui-ci.

Pour l'auteur de cet article la théorie de Maurice Hauriou selon laquelle le recours pour excès de pouvoir se rapprochait du recours de pleine juridiction et était voué à être absorbé par lui pourrait connaître un regain d'actualité du fait de l'intervention de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Cependant, si cette loi donne de nouveaux pouvoirs au juge de l'excès de pouvoir, elle laisse en outre subsister les autres spécificités qui distinguent le recours pour excès de pouvoir du recours de pleine juridiction.

Ce qui a changé en France aux yeux de l'auteur « ce n'est pas que le recours pour excès de pouvoir s'efface derrière le recours de pleine juridiction. Certes, le premier a cessé d'étendre son domaine aux dépens du second et lui a même cédé un peu de terrain. Sans doute aussi y a-t-il eu rapprochement sur certains points entre les deux types de recours. Mais le recours pour excès de pouvoir ne pâlit pas vraiment et ne semble pas près de mourir »¹⁵³.

Les conclusions de l'auteur sont pleines d'enseignement pour l'organisation de la justice en Irak: ce qui a changé en France c'est surtout que les pouvoirs du juge administratif et les garanties du justiciable n'ont cessé de s'étendre dans tous les domaines du contentieux et c'est cela qui a commencé à se produire en Irak. Ce qui frappe c'est moins le rapprochement entre l'excès de pouvoir et le plein contentieux que le rapprochement, voulu par le législateur, entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire (le référé administratif, les astreintes, etc), ce qui facilitera l'approche du droit à un procès équitable. L'idée que le droit administratif est un droit inégalitaire, dans lequel l'administration, garante de l'intérêt général, dispose de prérogatives de puissance publique¹⁵⁴, n'est plus très bien admise, même par le

¹⁵² S. 1914. III. 33.

¹⁵³ Michel Bernard, *loc.cit.*, p. 196.

¹⁵⁴ AJDA 1988, p. 484, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre, p. 438.

législateur, qui est plus sensible à des notions telles que le respect de l'État de droit ou le droit à un procès équitable.

L'auteur cite Marcel Waline selon qui en ce qui concerne la classification du contentieux le juge était « abandonné à lui-même par le législateur », pour noter qu'il n'en est plus de même aujourd'hui: la simple lecture du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel fait apparaître une prolifération de textes organisant des contentieux particuliers, non plus seulement dans le contentieux de pleine juridiction, mais aussi dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Aux traditionnelles dispositions particulières en matière fiscale ou électorale, de contravention de grande voirie ou d'édifices menaçant ruine, se sont ajoutées celles qui concernent les contrats et marchés, l'urbanisme, collectivités territoriales. La classification traditionnelle tend à s'effacer derrière cette multiplication des catégories de litiges soumis à des règles particulières. La distinction de l'excès de pouvoir et du plein contentieux, même si elle reste la division majeure du contentieux administratif, doit se combiner avec d'autres classifications.

Quoiqu'il en soit, le recours pour excès de pouvoir reste l'un des moyens privilégiés à la disposition d'un individu pour dénoncer une atteinte à un droit de l'homme. Le grand juriste Gaston Jèze précise par rapport à cette question que le recours pour excès de pouvoir est l'arme la plus efficace qui existe au monde pour défendre les libertés. De même, René Chapus dit que « le droit administratif est le droit des libertés publiques, et la juridiction administrative une juridiction des Droits de l'Homme »¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Chapus René, *Droit administratif général*, tome 2, Montchrestien, 14e édition, Paris, 2000, p. 62.

B. Les procédures de référé

Le juge administratif est devenu en France un sérieux protecteur des libertés fondamentales. Le Conseil d'État a assez mal vécu le fait d'être considéré comme un moins bon protecteur des libertés fondamentales que le juge judiciaire. Le tournant majeur, qui fait que désormais le juge administratif possède les moyens pour protéger les libertés fondamentales est la réforme de juin 2000 par l'instauration de procédures d'urgence, avec notamment comme tête d'affiche le référé-liberté de l'article L 521-2 du Code de justice administrative dont l'unique objet est la protection des libertés fondamentales qui, par nature, nécessite une protection particulière.

Le référé liberté est donc une innovation majeure. Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner les mesures nécessaires pour sauvegarder une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. L'atteinte doit en effet venir d'une personne morale de droit public ou d'une personne de droit privé délégataire d'un service public, ayant porté « une atteinte grave et manifestement illégale » à une telle liberté. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. Nous analyserons plus loin le rapport entre le respect des délais et le droit à un procès équitable. Pas besoin d'avocat avec possibilité de faire appel dans les quinze jours suivant la décision.

Dans une optique d'efficacité, cette nouvelle voie permet au juge administratif de statuer à juge unique en urgence à propos d'une violation manifeste de droit. En principe, il rend une décision provisoire, mais en pratique, il s'agit d'une sorte de pré-procès qui désamorce le conflit.

À vrai dire, on ne peut pas parler de concurrence avec le juge judiciaire. En effet, même si le terrain des protections des libertés fondamentales est un terrain de pouvoir pour les juges en ce qui concerne les grandes interrogations de libertés fondamentales (l'embryon a-t-il droit à la vie ? existe-t-il un droit à la vie ou un droit à la mort ?), l'idée de cette réforme est plutôt d'instaurer une complémentarité dans la protection des libertés fondamentales. De même, il pourrait paraître paradoxal de maintenir la voie de fait alors qu'il existe le référé-liberté; ceci s'explique par le fait que dans le référé liberté on doit prouver la violation d'une liberté fondamentale, d'une atteinte grave et manifestement illégale, de même qu'en général, le juge

administratif étant plus soucieux des deniers publics, il avait tendance, de faire bénéficier à la victime que d'une réparation moindre que celle accordée par le juge judiciaire.

Il est vrai que le juge administratif français est dans les premiers rangs au niveau du respect des droits de l'homme. Il est le garant du respect des principes, comme cela ressort de décisions rendues à propos des événements malheureux qui se sont déroulés en France.

1. L'utilisation des procédures de référé dans la lutte contre le terrorisme

Le juge des référés du Conseil d'État a refusé par exemple de suspendre le décret de dissolution de l'«Association des musulmans de Lagny-sur-Marne» par l'ordonnance numéro 401379 du 26 juillet 2016.

En effet, l'article L. 212-1 du code de la sécurité intérieure permet au Président de la République de dissoudre, par décret en conseil des ministres, certaines associations. Sont notamment visées les associations qui provoquent à la discrimination, à la haine ou à la violence envers un groupe de personnes en raison de leur non-appartenance à une religion, ainsi que les associations qui se livrent sur le territoire français à des agissements en vue de provoquer des actes de terrorisme en France ou à l'étranger.

Sur le fondement de ces dispositions, le Président de la République avait, par un décret du 14 janvier 2016, prononcé la dissolution de l'«Association des musulmans de Lagny-sur-Marne». Mais, le 30 mars 2016, le juge des référés du Conseil d'État avait suspendu cette dissolution, en raison du caractère non contradictoire de la procédure suivie¹⁵⁶.

Le Président de la République a donc pris un nouveau décret, le 6 mai 2016, afin de prononcer à nouveau la dissolution de cette association, toujours sur le même fondement.

¹⁵⁶ <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Dissolution-d-une-association>.

L'association a alors demandé au Conseil d'État d'annuler ce nouveau décret. En parallèle de sa demande d'annulation, elle a saisi le juge des référés.

Dans les ordonnances qu'il a rendues le 26 juillet 2016, le juge des référés du Conseil d'État relève que l'« Association des musulmans de Lagny » a contribué à propager l'idéologie de l'ancien imam de la mosquée de Lagny, qui prônait un islamisme radical, appelant au rejet des valeurs de la République et faisant l'apologie du djihad armé ainsi que de la mort en martyr. Le juge des référés indique aussi que des membres de l'association ont activement participé à des filières de recrutement et d'acheminement vers la zone irako-syrienne. Enfin, le juge des référés souligne que, même si les perquisitions administratives effectuées au domicile du président de l'association n'ont pas révélé d'éléments susceptibles de révéler des activités à caractère terroriste, elles ont permis de découvrir qu'un des dirigeants de fait de l'association avait installé à son domicile une école coranique clandestine qui diffusait des messages appelant au jihad. Le décret de dissolution du 6 mai 2016 reste par conséquent applicable¹⁵⁷.

Il est également intéressant dans le contexte irakien d'étudier le renforcement du contrôle du juge administratif français en matière de détention.

2. L'utilisation des procédures de référé en matière de détention

Certes, le juge administratif français exerce un contrôle renforcé dans tous les domaines et il devient le protecteur des libertés publiques et privées alors que c'est le juge judiciaire qui monopolisait ce caractère. Le renforcement de son contrôle en matière de prison est un indice.

¹⁵⁷ Entre la déclaration de l'état d'urgence, le 14 novembre 2015, et le 30 juin 2016, les juges des référés des tribunaux administratifs ont rendu 216 ordonnances relatives à des mesures prises au titre de l'état d'urgence (assignations à résidence, perquisitions administratives, fermetures administratives de lieu de réunion et de culte...). Dans 194 cas, c'est une mesure d'assignation à résidence qui était contestée.

« Progressivement plus rien ne doit échapper au juge en prison parce qu'en prison rien n'est vénial » annonça le rapporteur public du CE après le rendu d'une série d'arrêts qui accroissent le contrôle du juge sur l'administration¹⁵⁸.

Il faut notamment citer le juge européen des droits de l'homme. Il a su en premier ériger une jurisprudence protectrice des droits du détenu. Notamment sur la base de l'article 3 de la CEDH par exemple¹⁵⁹. Il est par ailleurs le juge qui influence le juge interne français et plus particulièrement notre juge administratif, en exigeant un recours effectif par exemple devant les juridictions nationales.

A vrai dire l'accès au juge pour le prisonnier et la véritable immixtion de celui-ci dans les prisons relève d'un revirement de jurisprudence du CE, opéré le 17 février 1995 dans l'affaire « Marie ». Cet arrêt exclut de la catégorie des mesures d'ordre intérieur les décisions ayant en réalité pour effet de porter une atteinte substantielle aux droits et libertés ou à la situation juridique ou statutaire de leur destinataire. Il se fonde pour cela sur la nature et la gravité de la mesure, notamment en ce qui concerne ses incidences concrètes, pour estimer si le recours contentieux est possible ou non.

La jurisprudence ultérieure témoigne de cette volonté appuyée du CE.

D'abord trois arrêts du CE du 14 décembre 2007 statuant au titre du référé suspension viennent amoindrir le champ des mesures d'ordre intérieur à propos d'une mesure de rotation de sécurité consistant à déplacer sans cesse un détenu adepte de l'évasion ;

Ensuite, deux arrêts du 17 décembre 2008 qui ont la même caractéristique « élever le niveau des droits garantis aux détenus »¹⁶⁰. Le second va plus loin en allant jusqu'à confirmer un droit à la vie pour les détenus. Droit à la vie qu'il appartient tout particulièrement à l'administration pénitentiaire de protéger, car les détenus leur sont entièrement dépendants. Ainsi, cet énoncé impose aux directeurs d'établissement pénitentiaire

¹⁵⁸ L'administration pénitentiaire et le juge administratif, 4 août 2014: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/L-administration-penitentiaire-et-le-juge-administratif>.

¹⁵⁹ A ce titre, voire l'arrêt « Henaf contre France » de 2003, l'arrêt « Rivière contre France » de 2006...

¹⁶⁰ Le premier « Section française de l'OIP » énonce que la mise à l'isolement à titre préventif cette fois n'est pas une MOI. Revenant sur l'arrêt du CE du 12 mars 2003 « Frérot » qui avait statué à l'inverse.

de mettre en place des moyens de protection, sous peine de voir la responsabilité de l'administration engagée pour faute.

Deux mouvements sont à souligner ici. D'une part la reconnaissance de droits fondamentaux aux détenus. D'autre part la reconnaissance de droits adaptés, voire subordonnés aux contraintes inhérentes à la détention.

L'influence de la Cour EDH dans la reconnaissance de droits aux détenus est à ne pas négliger. En ce qui le concerne, le droit à la vie est reconnu pour la première fois par le Conseil d'État dans un arrêt du 17 décembre 2008 « Section française de l'OIP ». Il énonce qu'il appartient tout particulièrement à l'administration de prendre les mesures propres à protéger la vie des détenus, car ces derniers sont entièrement dépendants d'elle. Le CE ne fait que reprendre un arrêt de la Cour EDH du 16 octobre 2008 « Renolde contre France » (Aff. 5608/05) qui condamne notre pays pour avoir manqué à l'obligation de protéger le droit à la vie d'un détenu placé en cellule disciplinaire. Quoi qu'il en soit, la non-protection du droit à la vie par l'administration pénitentiaire peut engager la responsabilité de celle-ci sur le fondement de la faute simple.

L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt du CE du 27 mai 2005 « Section française de l'Observatoire International des Prisons » (req. n° 280866). Le Conseil d'État juge « que si les personnes détenues dans des établissements pénitentiaires ne sont pas de ce seul fait privés du droit d'exercer des libertés fondamentales susceptibles de bénéficier de la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative, l'exercice de ces libertés est subordonné aux contraintes inhérentes à leur détention ». Le droit à la santé a également été reconnu comme une liberté fondamentale¹⁶¹.

Mais il y a des limites à la position tolérante : il a été jugé, dans ce même arrêt que la liberté de réunion n'était pas une liberté fondamentale au sens de l'article L521-2 du CJA. Tout comme la modification temporaire du régime de détention que constitue le placement en cellule disciplinaire, en l'absence de circonstances particulières¹⁶². En outre, les prisonniers ne gagnent pas toujours leur procès : les référés intentés par les détenus sont rarement couronnés

¹⁶¹ CE 8 septembre 2005, « M Bunel ».

¹⁶² CE 10 février 2004, « Garde des Sceaux contre Soltani ».

de succès lorsqu'ils sont engagés à l'encontre de l'administration pénitentiaire. La situation française reste bien meilleure qu'en Irak où les requêtes des prisonniers ne sont pas recevables.

Ce qui reste critiquable dans ces solutions c'est l'absence du postulat suivant : l'homme emprisonné ne doit être privé que de sa liberté d'aller et venir et des droits que la justice lui a retirés... tout autre aspect devrait lui être appliqué comme à n'importe quel citoyen...

SECTION 2. LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DU JUGE

A. L'œuvre de la jurisprudence

Le Conseil d'État a renforcé son contrôle sur l'administration: il accepte désormais par exemple de contrôler la légalité interne (1) et externe (2) des actes administratifs, comme par exemple un décret accordant l'extradition, ainsi que le souligne Hélène Tigroudja¹⁶³.

1. Le renforcement du contrôle de légalité externe

On critique souvent le formalisme de l'administration dans lequel on « voit une cause de lenteur de l'autorité administrative et dont on aperçoit parfois difficilement la raison d'être »¹⁶⁴. Pourtant, les règles de forme constituent souvent des garanties fondamentales pour les administrés comme les délais, la publicité, etc...

Il est vrai que dans les exemples irakiens que nous allons exposer il s'agit de la procédure contradictoire contentieuse. Mais il y a aussi la procédure contradictoire non contentieuse. Les règles sont parfois analogues dans les deux procédures. Il s'agit des garanties fondamentales de l'individu face à l'État et face au juge.

Il y a aussi des règles conçues en faveur de l'administration et celles qui sont plutôt conçues en faveur de l'administré.

Le droit européen exerce une influence sur la procédure administrative française et notamment sur le principe du contradictoire. Prenons l'exemple suivant emprunté à Delphine Costa¹⁶⁵, commentant une décision du Conseil d'État français rendu le 22 juillet 2002 sur le

¹⁶³ CE, 2 juill. 1836, Boidron, *Rec. CE*, p. 330; CE, Ass., 28 mai 1937, *Rec. CE*, p. 534, Kirkwood. CE, Ass., 30 mai 1952, *Rec. CE*, p. 291 ; *RD publ.* 1952, p. 78), Astudillo-Calleja. CE, Ass., 24 juin 1977, *Rec. CE*, p. 290, Croissant (CE, Ass., 7 juill. 1978, *Rec. CE*, p. 292).

¹⁶⁴ Source:

[http://fr.jurispedia.org/index.php/Proc%C3%A9dure_administrative_non_contentieuse_\(fr\)](http://fr.jurispedia.org/index.php/Proc%C3%A9dure_administrative_non_contentieuse_(fr))

Visite 5-5-2016.

¹⁶⁵ Delphine Costa, « L'influence du droit européen sur la procédure administrative française », *AJDA* 2002, p. 1394.

principe du contradictoire¹⁶⁶. Cette décision se fonde sur des directives communautaires correctement transposées en droit national. Pour madame Costa la procédure à l'origine du vice sanctionné est non contentieuse: la société allemande Polytech Silimed Europe commercialise, en France notamment, des prothèses mammaires internes, qui, comme tous les produits à finalité sanitaire destinés à l'être humain, se trouvent sous la surveillance de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps). Cet établissement public national dispose d'une large compétence en matière de police sanitaire : aux termes de l'article L. 5312-1 du code de la santé publique, il peut suspendre, en cas de danger ou de suspicion de danger pour la santé humaine, « la mise sur le marché » et « l'utilisation » des médicaments et autres dispositifs médicaux, parmi lesquels se rangent les prothèses mammaires; aussi, peut-il les interdire lorsque le danger s'aggrave. Après plusieurs accidents survenus à des personnes dotées de prothèses mammaires l'Agence a décidé de suspendre la mise sur le marché et l'utilisation des prothèses mammaires internes fabriquées par la Société Polytech.

Dans son arrêt du 29 juillet 2002, le Conseil d'État sanctionne l'irrégularité de la procédure d'édiction de la décision du 22 décembre 2000, car l'Afssaps a violé « l'obligation de respecter une procédure contradictoire ». Cette décision du Conseil d'État est située dans le cadre du droit communautaire.

En droit européen les produits de santé doivent bénéficier de la libre circulation¹⁶⁷, laquelle constitue l'un des principes fondamentaux du Traité de Rome. Une directive du 14 juin 1993 exige que «le fabricant ou son mandataire établi dans la Communauté doit avoir la possibilité de soumettre son point de vue préalablement» à l'adoption de la mesure, réservant toutefois les cas d'urgence. Cette possibilité n'est autre que la traduction du principe du respect des droits de la défense, que la Cour de justice des Communautés européennes érige en principe général du droit communautaire, s'agissant des procédures contentieuses et non

¹⁶⁶ CE, 29 juillet 2002, Société Polytech Silimed Europe GmbH », req. n° 232829.

¹⁶⁷ CJCE 9 décembre 1997, Commission c/ France, n° C-265/95, p. I-6959.

contentieuses¹⁶⁸; elle exige donc un débat contradictoire¹⁶⁹, ce qui n'a pas été respecté lorsque l'administration a pris la décision d'interdire la circulation de cette marchandise.

Selon le droit français, le droit communautaire et le droit irakien les personnes concernées doivent être à même de présenter leurs observations avant l'intervention des mesures restrictives de libre circulation. Cela veut dire qu'il faut respecter une procédure contradictoire» qui signifie qu'un véritable débat doit s'instaurer entre l'autorité administrative et la société.

Le Conseil d'État français a considéré que le directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé a informé le 4 décembre 2000 la société Polytech Silimed Europe de son intention de suspendre la mise sur le marché et l'utilisation de certaines des prothèses mammaires qu'elle fabriquait, mais il lui a fixé un rendez-vous pour qu'elle puisse présenter ses observations trois jours plus tard seulement et à Paris. Le Conseil d'État en conclut que « la société n'a pas disposé d'un délai suffisant pour présenter utilement ses observations préalables ». Dans cette affaire, il y eu respect du contradictoire mais de manière insuffisante. Selon madame Costa « bien qu'organisée, la contradiction s'est révélée pratiquement impossible »¹⁷⁰.

Si le droit communautaire impose aux procédures administratives non contentieuses le respect d'un débat contradictoire¹⁷¹ lorsqu'elles restreignent les droits consacrés par les traités, le droit national français l'exige pareillement. La loi du 12 avril 2000 sur les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations précise, en son article 24, que toutes les décisions individuelles défavorables doivent intervenir après une procédure contradictoire. Il était donc normal que le Conseil d'État conclut à l'annulation de la décision de

¹⁶⁸ CJCE 29 juin 1994, Fiskano, n° C-135/92, p. I-2885 ; TPICE 9 novembre 1995, France-Aviation, n° T-364/94.

¹⁶⁹ CJCE 4 juillet 1963, Alvis, n° 32/62, p. 99 ; CJCE 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma, n° 41/69, p. 661.

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ Voir sur l'influence du droit européen en matière du principe du contradictoire:

Jean-François Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, Manuel, Paris, 3e éd., 2002.

l'administration sanitaire d'interdire la circulation des produits « quel qu'eût été le fondement, national ou communautaire, du principe du contradictoire violé »¹⁷².

Le juge français fait un grand pas en avant dans le respect du principe du contradictoire et donc d'un des principes des droits de l'homme: il nous enseigne que la violation du principe du contradictoire peut résulter non seulement de sa négation, mais aussi de son ineffectivité. Espérons que le juge irakien le suivra.

2. Le renforcement du contrôle du contrôle de légalité interne

Le contrôle du juge administratif sur les motifs des décisions administratives s'est étendu depuis le début du XXe siècle et cela a été renforcé au fur et à mesure que le concept des Droits de l'Homme évoluait et s'imposait. Le juge irakien n'a pas suivi le même cheminement car la justice administrative elle-même est récente comme nous l'avons dit dans notre premier chapitre. En France, il fallait sauvegarder les intérêts des gens, leur permettre un contrôle plus efficace sur l'administration. Ceci ne pouvait se faire sans un contrôle renforcé sur les motifs de droit (a) ou de fait (b) des actes.

a) Le contrôle sur les motifs de droits et de fait

i) L'erreur de droit

L'erreur de droit renvoie aux actes qui souffrent d'une erreur pour cause de norme inexistante. On appelle cela « défaut de base légale ». Dans ce cas l'autorité qui a pris la décision administrative, l'a rendue selon une règle de droit qui n'existait pas ou bien si celle-ci existait elle lui a ajouté des conditions, qu'elle ne contenait pas. L'arrêt Madame Obrego rendu par le Conseil d'État français le 19 janvier 1994, illustre parfaitement ce cas de figure.

Il y a aussi l'inexactitude dans l'interprétation de la norme.

Enfin, l'erreur de droit peut résulter d'une norme existante et applicable, mais qui a été mal interprétée par celui qui a pris la décision ou l'acte. L'autorité administrative a donné un autre

¹⁷² *Idem.*

sens à la norme que celui qui avait été entendu par son auteur, lui attribuant ainsi une toute autre signification. Le plus souvent l'autorité administrative interprète la norme dans le sens d'une extension de ses compétences, il en va ainsi du célèbre arrêt Barel rendu par le Conseil d'État le 28 mai 1954. Dans cette affaire le ministre chargé d'arrêter la liste des candidats autorisés à se présenter au concours d'entrée à l'ENA, a cru que le principe d'égalité d'accès aux emplois publics lui permet de décider des discriminations liées aux opinions politiques des candidats. Le ministre s'est ainsi permis de refuser des candidats si leurs opinions politiques ne lui convenaient pas, ce que le Conseil d'État a sanctionné. Les autorités administratives sont souvent l'objet de sanctions pour des erreurs de droit, lorsqu'elles se croient à tort, tenues de rejeter les demandes dont elles ont été saisies. Plusieurs arrêts témoignent de cette tendance, comme l'arrêt Valette rendu le 3 mars 1976 par le Conseil d'État : il s'agissait d'une décision de refus prise par le conseil de l'Ordre des médecins pour une demande de qualification professionnelle.

Le contrôle du juge sur les motifs de droit a donc progressivement pris de l'ampleur au regard des erreurs fréquentes des autorités administratives en matière d'application et d'interprétation des normes.

- L'intégration des droits et libertés au bloc de légalité

Dans les années 80 le professeur Chapus déclarait que « le droit administratif évolue aujourd'hui plus nettement qu'hier vers un droit des libertés publiques ». Le constat vaut aussi en Irak où la juridiction administrative tend à accroître ses interventions en matière de libertés et des droits de l'homme.

Dans un premier temps, le Conseil d'État français s'est efforcé de contrôler la conformité des actes administratifs avec la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) par le prisme des principes généraux du droit.

L'expression protège par exemple le principe d'égalité¹⁷³: le principe d'égalité devant la loi s'impose de même que devant les règlements et devant la justice. Le juge administratif irakien

¹⁷³ Arrêt de principe : CE Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire (Rec. CE, p.151 ; Dr. Soc. 1951, p.368, concl. Letourneur,

applique ce principe dans beaucoup de ses décisions, suivant par là le juge français. De même, la jurisprudence française garantit l'égalité d'accès à la fonction publique sur la base de l'article 6 de la DDHC¹⁷⁴ ; ou encore l'égalité homme femme au sein du service public¹⁷⁵.

Dans son arrêt du 7 juillet 1950 « Dehaene »¹⁷⁶ le Conseil d'État français a jugé qu'en l'absence de loi applicable, un PGD permettait aux chefs de service de régler le droit de grève des fonctionnaires. Cet arrêt met en relief le rôle inventif du juge administratif : pendant une longue période, les fonctionnaires n'avaient pas le droit de faire grève. Ce n'est pas parce que la loi l'interdit mais parce que cela est incompatible avec les nécessités du service public et la sauvegarde de l'ordre public et de l'autorité de l'État¹⁷⁷. Le Préambule de 1946 prévoit en effet que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

Sur la suggestion de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État s'engagea sur une voie originale consistant à juger qu'en l'absence de loi applicable, il appartient aux chefs de service de régler le droit de grève des fonctionnaires et d'organiser la nécessaire conciliation entre ce droit et la continuité du service public. Précisons que ce dernier principe a été élevé au rang de principe de valeur constitutionnelle par une décision du Conseil constitutionnel français du 25 juillet 1979.

Le juge administratif fait régulièrement application des principes toujours valables qu'il a dégagés dans sa décision Dehaene¹⁷⁸. A cette occasion, et en tenant compte des contraintes et de l'importance du service public concerné, le juge vérifie que les limites apportées au droit de grève par les chefs de service sont proportionnées aux nécessités de la sauvegarde de

note Rivero ; S. 1951, III, p.81, note C.H.) : le Conseil d'État reconnaît l'existence d'un principe général du droit d'égalité régissant l'accès aux services publics, ce principe trouvant sa source dans les textes constitutionnels.

¹⁷⁴ CE : CE 28 mai 1954 « Barel ».

¹⁷⁵ CE : 3 juillet 1936 « Delle Bobard ».

¹⁷⁶ 7 juillet 1950 Dehaene Rec. CE, p. 426.

Voir aussi Aboul Aïmain Mohamad Maher, *La légalité des décisions administratives, Etude analytique et jurisprudentielle*, Livre 3, Ed. Aboul Majd lil tiba'a, Le Caire, 2007, p. 67 et s.

¹⁷⁷ Voir CE, 7 août 1909, Winkell, Rec. CE, p. 826.

¹⁷⁸ Pour un cas récent d'application, voir Mme R... et autres, 30 novembre 1998, n°183359.

l'ordre public. Si, originairement, on limitait la compétence de protection des libertés fondamentales par le juge administratif en raison d'une méfiance à son égard, on a eu tendance à lui reconnaître une certaine compétence par l'interprétation évolutive de la liberté individuelle.

Pour justifier sa position de juge, le juge administratif a sans cesse répété qu'il n'était pas un administrateur, donc ne disposait pas du pouvoir d'administrer. Ainsi, il ne pouvait sanctionner l'Administration que tardivement¹⁷⁹ et donc son efficacité était moindre par rapport à celle du juge judiciaire. D'où le renforcement progressif de ses attributions.

- L'apparition du bloc de conventionnalité

Le contrôle de conventionnalité fait partie des compléments à la protection originelle du juge administratif envers les libertés fondamentales. Pendant longtemps le Conseil d'État et la Cour de cassation faisait prévaloir en cas de conflit entre une loi et un traité, le texte le plus récent. Il n'y avait donc pas de sanctions juridictionnelles des actes d'application des lois contraires à des conventions internationales antérieures relatives aux droits de l'homme. Cependant cette lacune a été comblée en 1975 par la Cour de Cassation¹⁸⁰ puis plus tard par le CE¹⁸¹. Ce contrôle de conventionnalité des lois exercé par le juge administratif permet lui aussi une meilleure garantie des libertés proclamées par les traités internationaux. Mais il semble que cette règle n'est pas aussi simple sur le plan de l'application. Hélène Tigroudja explique cette complexité¹⁸².

¹⁷⁹ V. CE 19 mai 1933, Benjamin, *Rec. CE*, p. 541.

¹⁸⁰ Cour de Cass. 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, *préc.*

¹⁸¹ CE, 20 octobre 1989, « Nicolo », *Rec. CE*, p. 190.

¹⁸² La jurisprudence du Conseil d'État relative à l'effet direct des engagements internationaux dûment ratifiés et publiés est abondante et semble bien connue : pour qu'un engagement international, ou l'une de ses dispositions, se voit reconnaître un effet direct en droit interne, il faut que ses normes soient claires et inconditionnelles mais aussi, qu'elles aient pour objet de créer des droits ou des obligations à l'égard des particuliers. Or, ce dernier critère qui est ancien et appliqué par de nombreuses autres juridictions internes, est problématique en droit public français dans la mesure où il traduit une différence d'approche des conditions d'applicabilité des normes composant le bloc de légalité, selon leur origine

Dans le cadre international de nombreux textes existent permettant la protection des droits de l'homme. La plupart n'ont pas de portée contraignante mais ils ont une grande valeur symbolique. Il y a la déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948, la déclaration universelle des droits de l'enfant, la convention internationale contre la torture, la charte interaméricaine des droits fondamentaux, la déclaration africaine des Droits de l'Homme et des peuples... il y a tout de même des textes à valeur impérative comme la Convention de Genève qui régit le droit de l'asile ou bien la convention de 1949 sur le traitement des prisonniers et la protection des personnes civiles en temps de guerre.

Au niveau européen, l'un des textes les plus importants est la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a été signée à Rome le 4 novembre 1950. Son objectif principal est la déclaration des droits et libertés fondamentaux tels que le droit à la vie et le droit à un procès équitable ... Cette convention a des répercussions sur les droits nationaux, par exemple en Angleterre où le Parlement de Londres a adopté la loi en 1998 Droits de l'homme.

Au niveau de l'Union européenne, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) contribuent sensiblement au développement des droits et des libertés. La Convention européenne des Droits de l'Homme ne peut être saisie qu'après la fin des recours internes. Dans ces jugements la Cour applique de manière stricte les principes reconnus par la Convention tout en tenant compte des particularismes nationaux. La CJCE a elle aussi contribué fortement par sa jurisprudence à la défense des droits fondamentaux. Dans son arrêt du 17 décembre 1970 « International Handelgesellschaft »¹⁸³ la Cour affirme que le droit communautaire protège les droits fondamentaux et plus particulièrement les droits de la défense et l'inviolabilité du domicile.

interne ou internationale. D'une part, le juge utilise un critère objectif tandis que d'autre part il adopte l'approche subjective. Source : Hélène Tigroudja, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA*, 2003. p.154.

¹⁸³ CJCE, 17 Décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. Aff. 11-70, *Rec. CJCE*, 1970, p. 114.

De plus le droit international prend une grande importance sur le territoire français grâce à l'article 55 de la Constitution qui reconnaît sa supériorité sur le droit national. Contrairement à l'Irak qui ne mentionne rien dans sa constitution de 2005 sur la question.

Pour revenir à la France la protection communautaire des libertés a été reconnue lors de la signature du Traité de Maastricht (7 février 1992) car son article 2 dispose que « l'Union respecte les droits fondamentaux ». Les Droits de l'Homme prennent une place centrale dans l'Union européenne même si Le Traité d'Amsterdam de 1997 a prolongé cette évolution en affirmant que les fondements à l'origine les Droits de l'Homme n'avait pas une place centrale.

Pour Pierre Dubois c'est surtout le 19 juin 1983, à Stuttgart que les choses vont changer: « les chefs d'État ou de gouvernement des Neuf adoptent – non sans mal – la Déclaration solennelle sur l'Union européenne. Les voilà décidés à « promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la Convention européenne pour la protection des Droits de l'Homme et la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale »¹⁸⁴.

- La consécration du bloc de constitutionnalité

La protection constitutionnelle des droits fondamentaux est née récemment. En France avant 1958 la protection juridictionnelle des libertés ne se faisait que contre l'administration par le juge administratif.

C'est la Constitution du 4 octobre 1958 qui institue un contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le conseil constitutionnel. Cependant, ce contrôle n'a pris tout son sens qu'avec l'élargissement du champ de compétence de la constitution au préambule¹⁸⁵. Le conseil constitutionnel donne valeur juridique au préambule mais aussi à ses composantes comme la déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen ou bien les principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République. Le conseil constitutionnel français a eu de nombreuses fois l'occasion de reconnaître une valeur juridique à différentes libertés (liberté de l'enseignement, liberté individuelle). Afin d'améliorer son contrôle, le Conseil

¹⁸⁴ *Idem.*

¹⁸⁵ CC, 44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, *Rec. CC*, p. 29.

constitutionnel s'est consacré depuis 1982 à la notion d'objectifs de valeur constitutionnelle. Cela lui permet de forcer le législateur à prendre des lois concernant des objectifs qui peuvent parfois prendre la forme de droits ou de libertés. Certains de ces objectifs proviennent de l'article 11 de la DDHC qui proclame la libre communication des idées et des opinions¹⁸⁶, tandis que d'autres n'ont pas de règles de texte claires (telles que le respect de la liberté d'autrui).

Même si le Conseil constitutionnel veille à ne pas créer de droits fondamentaux nouveaux et à ne pas porter atteinte au pouvoir de décision du législateur – il précise seulement le contenu et la portée des libertés et des droits dans le cadre de son pouvoir d'appréciation – la consécration du bloc de constitutionnalité a eu un impact sur l'office du juge administratif : non seulement il peut, comme on l'a vu, être saisi d'une QPC mais il contrôle la constitutionnalité des AAU lorsqu'aucune loi ne fait écran entre eux et la Constitution.

ii) Le contrôle sur les motifs de faits

On appelle motifs de faits, ceux sur lesquels l'administration s'est basée, pour prendre sa décision. Avant l'arrêt Gomel¹⁸⁷ le juge administratif refusait catégoriquement de contrôler les motifs de fait des décisions administratives car l'administration présentait encore cette aura et les juges la craignaient. Mais plus tard le juge est revenu sur cette position en commençant tout d'abord par contrôler la qualification juridique des faits puis leur existence matérielle.

Nous avons trouvé important de souligner l'importance de l'arrêt Gomel surtout que cette thèse est destinée aux lecteurs irakiens et il est important que les juristes irakiens puissent connaître les arrêts de principe du droit administratif français grâce à cette thèse.

- Le contrôle de l'existence matérielle des faits

¹⁸⁶ Comme par exemple la transparence financière des entreprises de presse CC, 181 DC du 10 octobre 1984, *Rec. CC*, p. 78.

¹⁸⁷ CE, 4 avril 1914 Gomel, *Rec. CE*, p. 488.

L'arrêt Camino rendu par le Conseil d'État le 14 janvier 1916, marque une nouvelle avancée du juge dans son contrôle des motifs des décisions administratives. En effet dans cet arrêt le juge accepte pour la première fois de vérifier l'existence matérielle des faits, qui ont conduit l'autorité administrative à prendre la décision qui est la sienne. Il était question dans cet arrêt du maire d'Hendaye, qui avait été l'objet d'un arrêté de suspension puis d'un décret de révocation aux motifs, qu'il n'aurait pas veillé à la décence d'un convoi funèbre et qu'il aurait exercé des vexations à l'égard d'une ambulance privée. Le juge de cassation a estimé ici que le deuxième motif avancé par le requérant était inexistant. Ainsi il estime comme l'exprime la formule qu'il emploie qu' « il lui appartient, d'une part de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures ».

- Du contrôle minimum au contrôle maximum

Le juge administratif contrôle la qualification juridique des faits : le règle de droit appliquée est-elle conforme aux faits ? Le juge peut ici moduler son appréciation, au vu de deux éléments en fonction du pouvoir dont est investi l'administration. S'il s'agit d'une compétence liée, le juge opère un contrôle normal; s'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, il opère un contrôle restreint. Il ne sanctionnera ici que l'erreur manifeste d'appréciation.

Mais quand on est en présence d'un sujet sensible ou d'une liberté fondamentale le juge pousse son contrôle au-delà de la normalité, il effectue un contrôle de proportionnalité notamment au vu de la nécessité de l'acte administratif. Ce sont généralement les juges européens qui poussent les juges nationaux à effectuer ce type de contrôle. C'est le cas dans le cadre de la police administrative, domaine sensible dans lequel sont en cause les libertés fondamentales : le juge va donc contrôler la nécessité de la mesure de police¹⁸⁸. L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt Benjamin¹⁸⁹, du 19 mai 1933.

¹⁸⁸ Voir Carine Dghaidi, *Le contrôle du juge administratif de la proportionnalité dans les décisions administratives*, Thèse, Université libanaise, 2015, p.33. 65. 178. Et s.

¹⁸⁹ La liberté de réunion était au centre de la question. La mission du juge administratif est donc ici de maintenir l'ordre public tout en respectant les libertés. Le juge administratif va jusqu'à imposer le contrôle de

- Le contrôle minimum

Le contrôle minimum correspond au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle correspond selon Guy Braibant à « une erreur évidente, évoquée par les parties et reconnue par le juge et qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé ». Le juge a recours à ce concept, pour pouvoir effectuer un contrôle de la qualification juridique des faits, même dans le cadre d'un contrôle restreint, voire minimum. Le juge suite à une erreur manifeste d'appréciation annulera la décision ou l'acte incriminé ainsi qu'en témoigne les arrêts Sté du lotissement de la plage de Pampelonne du 29 mars 1968 et Guyé du 6 novembre 1970, rendus tous deux par le Conseil d'État.

La justification de l'erreur manifeste d'appréciation est que le juge ne peut pas laisser passer de grandes erreurs, c'est pourquoi il a créé la théorie jurisprudentielle de l'erreur manifeste. Ce concept d'erreur manifeste d'appréciation est apparu en 1953 lors de l'arrêt Denizet. La formule jurisprudentielle est la suivante : « la décision que l'administration prend ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir ». Ce recours à l'erreur manifeste a permis au juge d'étendre son contrôle et cela dans de nombreux domaines.

Le juge administratif français a étendu son contrôle grâce au recours à l'erreur manifeste d'appréciation dans deux grands domaines qui sont le domaine de la fonction publique et celui de la police des étrangers. En matière de détermination des sanctions disciplinaires dans la fonction publique il y a eu une grande avancée : le premier arrêt rendu dans ce sens est l'arrêt Vinolay rendu le 26 juillet 1978 confirmée par Martin et Commune de Levallois-Perret le 8 juillet 1991 : il s'agissait en l'espèce d'un ouvrier qui avait été révoqué, pour avoir été l'auteur d'inscriptions injurieuses, pour la formation politique du maire. Le Conseil d'État a estimé que la décision de révoquer cet ouvrier était entachée d'erreur manifeste d'appréciation, au regard de la nature et du niveau hiérarchique des fonctions de l'intéressé. Le juge a également eu recours à cette notion d'erreur manifeste en matière de police des étrangers.

proportionnalité. Il considère que l'interdiction pure et simple est disproportionnée par rapport au trouble à l'ordre public.

L'arrêt Librairie Maspero rendu le 2 novembre 1973, témoigne de cette extension du contrôle du juge en matière de police des étrangers. Dans cet arrêt le juge a sanctionné l'erreur manifeste d'appréciation sur le caractère de menace d'ordre public. Mais le Conseil d'État est allé encore plus loin, dans un arrêt Association Ekin du 9 juillet 1997, qui concernait également la police des étrangers et dans lequel il a même contrôlé la qualification juridique des faits, poussé à cela par la jurisprudence des cours européennes¹⁹⁰.

- Le bilan coûts-avantages

Pour finir, le juge a en matière d'expropriation créé un nouvel outil, le bilan coûts-avantages pour mieux apprécier le choix de la décision, voir si celle-ci se justifie vraiment au regard des avantages qu'elle procure et des inconvénients qu'elle engendre. Le juge va ici jusqu'à contrôler l'opportunité de la décision, ce qu'il se refusait jusqu'alors de faire en respectant la formule de l'arrêt Camino de 1916 « Le Conseil d'État ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir ». Le Conseil d'État a inauguré l'emploi de cet outil dans l'arrêt Ville nouvelle Est qu'il a rendu le 28 mai 1971, en utilisant ce procédé coûts-avantages le juge va jusqu'à rechercher s'il était opportun ou non de prendre cette décision, il va regarder si la décision d'expropriation était d'utilité

¹⁹⁰ Voir X..., « Le juge administratif et le droit de l'Union européenne », (disponible sur le site du Conseil d'État français : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-le-droit-de-l-Union-europeenne>). On lit notamment que le droit de l'Union européenne (UE) influence désormais des secteurs de plus en plus diversifiés des législations des États membres, par exemple en matière de législation économique et monétaire, de droit bancaire, de droit d'asile et d'immigration. Les actes de droit dérivé, règlements et directives, couvrent de façon précise des champs très larges de notre droit. Par ses caractéristiques institutionnelles et par l'ampleur de sa production normative, l'Union européenne constitue, selon l'expression de la Cour justice de l'Union européenne (CJUE) un « ordre juridique » à part entière qui s'intègre aux ordres juridiques nationaux des États membres.

publique, si elle justifiait d'un intérêt général suffisant. Le bilan coûts-avantages sert de balance, si son résultat est négatif alors le juge va annuler la déclaration d'utilité publique.

- Le contrôle de proportionnalité

Dans quelle mesure l'administration en matière des Droits de l'Homme dispose d'un pouvoir discrétionnaire ? La question se pose car lorsque le Conseil d'État soumet certaines décisions administratives à un « contrôle maximum ». Ce contrôle consiste à vérifier si la décision est bien proportionnée aux motifs de faits retenus par l'administration. Ce contrôle a été inauguré dans le célèbre arrêt Benjamin, rendu le 19 mai 1933 par le Conseil d'État, le juge a dans cette affaire (dont l'objet était l'interdiction faite à M. Benjamin de donner des conférences), vérifié si les troubles (dont faisait état le maire de Nevers) que pouvait engendrer ces conférences étaient d'un degré de gravité si important qu'il justifiait l'interdiction de ces conférences. Dans cet arrêt le juge va pour la première fois procéder à un contrôle de proportionnalité de la décision prise par rapport aux motifs de faits retenus par l'administration. Le juge par ce contrôle entre dans le domaine du contrôle d'opportunité en principe réservé à l'administration.

À partir de 1991 en France, le juge administratif va modifier son contrôle pour se conformer à la jurisprudence européenne par les arrêts Belgacem et Babas. Il invoque pour ce revirement l'art. 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH)¹⁹¹, ce pour quoi la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) pratique un contrôle approfondi en général. Le juge administratif passe donc d'un contrôle minimal à un contrôle maximal¹⁹².

Le Conseil d'État français exerce un contrôle de proportionnalité, mais qui est moins poussé que celui du juge européen, car la mesure litigieuse de reconduite à la frontière n'est

¹⁹¹ V. par exemple CE, Assemblée, 19 avril 1991, Babas.

¹⁹² Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère (sous la dir.). *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles: Bruylant, 2014.

pas aussi préjudiciable qu'une interdiction de territoire. Le Conseil d'État exécute les conditions européennes, mais en poussant bien plus loin que le juge européen son contrôle.

B. L'œuvre des textes

Le juge administratif protège les droits et les libertés fondamentales, ce qui apparaît dans la force de ses décisions. Mais est-ce que ses décisions sont toujours applicables. Elles doivent l'être. Parfois cependant il y a des difficultés. Le principe est que le juge refuse d'adresser des ordres à l'Administration, principe atténué par le fait qu'il adresse des injonctions en vue d'appliquer une décision juridictionnelle. En France les pouvoirs du juge ont été enrichis par le législateur, notamment avec la loi du 16 juillet 1980, qui permet au juge de prononcer des astreintes à l'encontre des personnes publiques. Puis est venue la loi du 8 février 1995 pour octroyer au juge un pouvoir d'injonction uniquement pour appliquer une décision juridictionnelle, saisie en ce sens par l'administré.

Un arrêt de la CEDH du 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, précise que l'art. 6 de la CEDH admet le droit à l'exécution des décisions de justice, implicitement. Elle précise aussi que ce principe est important dans les rapports entre administrés et Administration, qui est un élément de l'État de droit et doit donc se soumettre aux règles de l'État de droit.

Ce qui n'a pas été réalisé en Irak encore car le juge ne peut adresser des injonctions à l'administration. Il est pour cette raison intéressant d'analyser maintenant les arrêts des tribunaux administratifs irakiens et leurs méthodes pour voir à quel point les Droits de l'Homme sont respectés dans leurs décisions.

CHAPITRE SECOND

L'EVOLUTION DE LA JUSTICE IRAKIENNE

Ce titre exposera des décisions de la justice administrative irakienne ayant un rapport étroit avec le droit à un procès équitable, comme celles relatives à l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions et celles relatives à la notion des droits acquis (Section 1) ; puis nous analyserons l'importante notion du droit de recours et des conditions de sa recevabilité ainsi que les droits de la défense, tout cela analysé au prisme du principe du droit à un procès équitable (Section 2).

SECTION 1. LA MOTIVATION DES DÉCISIONS ET LA NOTION DES DROITS ACQUIS

Non seulement l'administration doit motiver ses décisions mais l'analyse des arrêts irakiens (A) montre que le juge administratif reconnaît la notion de droits acquis (B).

A. L'OBLIGATION POUR L'ADMINISTRATION DE MOTIVER SES DECISIONS

Nous commençons par citer cette décision du juge irakien dans la région du Kurdistan à Sulaimanya où le Conseil d'État a annulé une décision prise par un grand fonctionnaire qui a dépassé les pouvoirs que lui procure sa fonction.

Il s'agit de l'arrêt d'Assemblée plénière de la Région du Kurdistan portant le Numéro de décision 82- Ass Pl/2013 en date du 3 septembre 2013.

Un premier recours est présenté devant le tribunal administratif de Erbil (sous numéro 148-647) contre la décision prise par le chef du service de police de la région Asayech qui a refusé de déférer l'un de ses hommes pour enquête afin de prendre les mesures et sanctions nécessaires; cet homme avait exécuté la décision de son supérieur tendant à emprisonner des personnes illégalement et proféré contre elles les pires insultes.

Le tribunal administratif avait rejeté cette demande mais le requérant a présenté un recours en cassation le 16/7/2013.

Alors le Conseil d'État irakien a trouvé que la décision de l'autorité administrative (le président de police du Kurdistan) de refuser de déférer l'officier fautif est une décision entachée d'illégalité. De plus cette décision manquait de motivation car ces décisions doivent être motivées conformément aux exigences du code de procédure pénal irakien de 2008, en vigueur dans la région du Kurdistan. Cette loi exige de l'administration qu'elle motive ses décisions: dans ce cas d'espèce il ne fallait pas que le tribunal se contente de dire que le fonctionnaire a agi dans le cadre de ses fonctions mais il devait demander plus de précisions sur les motivations exactes et précises qui ont motivé la décision de l'autorité administrative de ne pas déférer le fonctionnaire fautif au conseil disciplinaire (au tribunal).

Il ne suffit pas de dire que ce sont les exigences de la fonction, dit le juge irakien, et que ces décisions sont le corollaire de cette fonction. Les comportements de l'administration sont soumis à la loi dont le cadre a été dessiné par la constitution. L'administration ne doit pas sortir de ces limites (les limites dessinées par la loi) et la justice administrative est là pour sanctionner les excès; et puisque la décision attaquée aura enfreint la loi cela veut dire qu'elle a violé la loi dans le sens propre du terme et c'est pourquoi la Conseil d'État en tant que juge de cassation infirme la décision et la renvoie devant le tribunal pour correction¹⁹³. Ainsi a jugé le juge Chawan Mehieddine, Président du Conseil d'État de la région du Kurdistan.

Nous rendons compte ici afin d'approfondir la notion de l'obligation pour l'administration de motiver ces décisions d'un commentaire fait par Rémy Fontier sur un arrêt du Conseil d'État français¹⁹⁴. Nul besoin de signaler l'importance de cette question pour la promotion des droits de l'homme. En Irak et pendant longtemps il était de règle que l'administration refuse de motiver ses décisions, et toujours sous les prétextes de la sécurité publique ou le secret administratif ou le pouvoir discrétionnaire.

Il s'agit d'un pourvoi d'un centre hospitalier contre le jugement du tribunal administratif qui a annulé pour motivation insuffisante la décision de son directeur mettant fin au congé de longue durée d'un agent.

¹⁹³ القاضي شوان محي الدين رئيس مجلس شورى إقليم كردستان.

¹⁹⁴ Rémy Fontier, « Ambiguïtés et limites de l'obligation de motiver les décisions administratives relatives à la santé des agents », *AJFP* 2010. 37.

Cette décision apporte des compléments d'information sur l'obligation de motivation d'un refus de renouvellement d'un congé de longue durée à propos du cas d'un agent hospitalier. Souvent, pour les administrations, la difficulté est de pouvoir motiver alors même que le secret médical semble l'en empêcher ; le Conseil d'État juge que le refus doit être motivé puisque ce congé est un droit au cas où on est atteint d'une des cinq maladies visées par le statut général. Le rapporteur public, Mme Catherine de Salins, avait indiqué lors du prononcé de ses conclusions qu'aucune pièce du dossier ne permettait de connaître l'affection dont souffrait la requérante. Ainsi, elle estima ne pouvoir rien dire sur la légalité interne faute d'information médicale.

La nouveauté de cette décision « n'est cependant pas que l'administration doive motiver un acte sans pouvoir s'abriter derrière le prétexte que le secret médical l'en empêche. La question est celle de la façon dont la motivation doit être rédigée. Quel est le degré de la motivation ? »¹⁹⁵.

Jusqu'où peut et doit aller la motivation de l'administration? Certainement pas jusqu'à divulguer quoi que ce soit qui ressortit au secret médical. On le comprend puisque l'information médicale sera alors au dossier du fonctionnaire, visible des membres de l'administration ne faisant pas partie du corps médical¹⁹⁶.

Pour l'auteur le secret médical, secret professionnel, n'est pas opposable au malade lui-même. L'intéressé peut demander copie de son dossier directement sans passer par un médecin comme avant la loi française n° 2002-303 qui a créé cet article. Tout en se reconnaissant incompétente pour se prononcer sur les informations qui peuvent ou doivent être communiquées aux représentants du personnel qui siègent au sein des commissions de réforme, l'on estime qu'ils ne peuvent se voir communiquer des informations médicales sauf mandat exprès du fonctionnaire.

Un directeur d'hôpital ne peut évidemment communiquer au conseil d'administration des extraits d'un rapport d'expertise médicale sans engager la responsabilité de celui-ci¹⁹⁷. Mais

¹⁹⁵ Rémy Fontier, *loc. cit.*

¹⁹⁶ CAA Nancy, 22 sept. 2005, Communauté urbaine du Grand Nancy c/ Casanova, n° 01NC01262, *AJFP* 2006. 38.

¹⁹⁷ CAA Nancy, 30 mai 2002, Centre hospitalier général Maillot, n° 96NC03040, *AJFP* 2002-6. 44.

de façon assez surprenante le secret révélé par le requérant peut apparaître dans une décision de justice rendue publique. Ainsi le juge peut nommer très précisément l'affection dont est atteint un requérant¹⁹⁸. Le Conseil d'État juge qu'il ne lui appartient pas « de prendre connaissance par lui-même des documents médicaux qui lui ont été transmis sous enveloppe cachetée par le comité médical »¹⁹⁹.

Cet arrêt diffère dans son contenu et son enseignement de l'arrêt irakien mais notre but était d'approfondir la question de l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions et surtout savoir que la motivation des décisions pose parfois des problèmes délicats qui peuvent justifier le refus de l'administration de motiver ses décisions.

B. LA NOTION DE DROITS ACQUIS

1. Une prise en compte récente par la jurisprudence

Dans une autre décision irakienne du 13-6-2011, « Héritiers et autres... », rendue par le tribunal administratif irakien le juge administratif semble adopter un des droits essentiels des Droits de l'Homme qui est le devoir de respecter le principe du droit acquis.

L'affaire concerne l'enregistrement d'un terrain au nom des héritiers. Les requérants avancent que le tribunal avait déjà accordé un terrain numéro 499/7 dans la région de Chamriat, département « Ali al Gharbi », à M. « S.M.M », en tant que fonctionnaire ayant droit à cette propriété. Le problème est que le décès s'est produit avant que l'enregistrement ne soit complété. Le défendeur refuse d'enregistrer ce terrain au nom des héritiers arguant que l'enregistrement devait être complet. A vrai dire le refus de l'administration de procéder à l'enregistrement est illégal puisque la loi ne le permet pas expressément et puisque cette distribution est préétablie par la préfecture et ceci est considéré comme un droit acquis. C'est cela que les requérants ont défendu.

¹⁹⁸ CE, 3^e ss-sect., 27 oct. 2000, Touchard, n° 206730 et TA Limoges, 1^{re} ch. 31 mai 2007, Zapata c/ Min. de la défense, n° 0500138, *AJFP* 2007. 297. Cité *in* Rémy Fontier, *loc. cit.*

¹⁹⁹ CE, 11 juill. 1984, Gondret, req. n° 51231.

La décision du tribunal administratif est la suivante : tout d'abord le recours est reçu pour respect du délai. Ensuite sur le fond le tribunal a jugé que ce terrain a été accordé par l'administration par une note de la préfecture de « Misan » (commission de distribution des terrains) et le nom du défunt figure bel et bien sur le cahier officiel mais le titulaire de ce droit est mort le 30-3-2009. D'autre part la commune de « Ali al Gharbi » dit que la loi distingue entre les dispositions foncières qui doivent être faites et les droits acquis en vertu de jugements juridictionnels (alinéa 2 de l'article 3 du code foncier irakien). Il est vrai que la disposition de la loi prescrit que le transfert de propriété ne se fait qu'après enregistrement au registre foncier. Mais le tribunal précise que la loi exige l'enregistrement pour ouvrir le droit de disposer du terrain mais ne touche pas aux droits acquis car en vertu de la constitution irakienne dans son article 30 : « l'État garantit aux individus et familles et surtout les enfants et la femme la sécurité sociale et la santé ainsi que les conditions primordiales pour mener une vie en dignité.. » et donc obtenir un logement décent et si l'on prive les héritiers du fonctionnaire défunt de ces droits l'État irakien aura enfreint son devoir élémentaire pour assurer aux gens une vie décente qui les protège dans leur vieillesse et leur maladie.

Le tribunal décide enfin que la privation des héritiers de ce droit acquis n'est pas légale et que l'administration doit procéder à l'enregistrement de cette propriété au nom des héritiers requérants : une décision adoptée en vertu des articles 156, 161 et 166 du code de procédure civile de 1969 et l'article 63 du code de la profession d'avocat. Cette décision est susceptible de cassation devant le Haut Tribunal Fédéral²⁰⁰.

2. Une signification à préciser

Pour Bertrand Seiller, « la notion de droits acquis et, plus encore, la catégorie des actes créateurs de droits susceptibles d'être acquis, échappe à toute définition conceptuelle²⁰¹. Malgré l'importance des études qui lui ont été consacrées et son usage ancien en jurisprudence, nul ne sait ce qui vaut à un acte de créer de tels droits. La jurisprudence

²⁰⁰ Voir dans l'annexe cette décision numéro 1.

²⁰¹ Bertrand Seiller, *Régime de l'acte administratif*, Dalloz, octobre 2015-Dalloz ; *Répertoire du contentieux administratif*, Octobre 2015, n° 473.

française a trouvé un certain équilibre: l'arrêt de 1922, Dame Cachet²⁰². Mais cet arrêt a été profondément remis en cause ces dernières années. Les droits créés par les actes administratifs créateurs de droits ne sont plus nécessairement acquis, c'est-à-dire caractérisés par leur intangibilité.

Nous profitons de ce principe posé par le Conseil d'État irakien pour développer un peu la question des droits acquis en se basant sur des écrits français.

Pour M. Seiller encore certains actes donnent naissance à des droits réellement intangibles à l'expiration d'un bref délai. D'autres garantissent seulement contre une remise en cause de leurs effets passés. C'est pourquoi l'auteur recommande l'usage de l'expression «droits susceptibles d'être acquis».

Dans l'arrêt du Conseil d'État irakien c'est le juge qui a jugé que ce droit fait partie des droits acquis.

Comme le dit encore Monsieur Seiller les actes créateurs de droits susceptibles d'être acquis présentent un caractère individuel comme dans le cas de l'affaire irakienne²⁰³.

Pour approfondir encore cette question nous nous permettons de citer ce développement dans l'article de M. Seiller²⁰⁴: pour l'auteur la jurisprudence est particulièrement claire et ferme au sujet des actes règlementaires: nul n'a droit au maintien d'une réglementation²⁰⁵. Ils ne font donc naître aucun droit acquis.

C'est la même règle qui prévaut à propos des décisions d'espèce : ces actes ne font naître aucun droit susceptible d'être acquis²⁰⁶.

²⁰² CE, 3 novembre 1922, *RD publ.*, 1922. 552, concl. Rivet ; *S.* 1925. 3. 9, note Hauriou.

²⁰³ L'auteur cite comme références d'appui: Pour les droits nés d'un contrat, comp. CE, Sect., 31 déc. 2008, req. no 283256, Cavallo, *Rec. CE*, p. 481, concl. Glaser, ; 21 nov. 2012, Région Languedoc-Roussillon, *JCP A* 2013, n° 2043, concl. Crépey ; 4 février 2015, Centre hospitalier de Hyères, req. no 367724, *AJCT* 2015. 354, obs. Grimaud.

²⁰⁴ Bertrand Seiller, *op. cit.*

²⁰⁵ CE 25 juin 1954, Synd. national de la meunerie à seigle, *Rec. CE*, p. 379, ; sect., 27 janv. 1961, Vannier, *AJDA* 1961. 74, chron. Galabert et Gentot ; 12 nov. 2012, SCM Scanner de l'Est lyonnais, req. no 336118.

²⁰⁶ Classement d'un site (CE 22 mars 1999, SA Dramont Aménagement, req. no 197589, *Rec. CE*, p. 76), découpage électoral (CE 30 nov. 1990, Assoc. Les Verts, *AJDA* 1991. 114, chron. Honorat et Schwartz), déclaration

La question des droits acquis touche directement la question des Droits de l'Homme parce qu'elle pose la question de la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité? C'est « le difficile dilemme du juge administratif »²⁰⁷.

Madame Boissard dit que dans un environnement marqué par la multiplication des règles de droit et par l'encadrement croissant, par les autorités publiques, nationales ou communautaires, des activités privées, la sécurité juridique²⁰⁸ (...) jouit depuis quelques années d'un regain d'intérêt en France, comme en témoigne le grand nombre d'articles, de travaux de recherche et d'ouvrages dont elle fait l'objet.

Pour certains le juge administratif, chargé de contrôler l'activité des autorités administratives, doit ériger le concept de droit acquis au rang de principe général du droit, exactement comme l'a fait le juge constitutionnel allemand ou encore le juge communautaire²⁰⁹.

Jusqu'à présent, dit Madame Boissard²¹⁰ « le juge administratif s'est borné à faire application du principe de sécurité juridique, et de son corollaire, la protection de la confiance légitime »²¹¹, dans l'ordre communautaire et non dans l'ordre interne. Cela ne signifie pas, pour autant, que la notion de sécurité juridique, inhérente à l'idée même de droit, soit absente de la jurisprudence administrative²¹². Mais elle n'a qu'une valeur relative, surtout en Irak : sa

d'utilité publique (CE, Ass., 10 mai 1968, Cne de Broves, *AJDA* 1968. 455, chron. Massot et Dewost) ; Ass., 29 avr. 1994, Association Unimate 65, *AJDA* 1994. 367, chron. Maugué et Touvet.

²⁰⁷ Sophie Boissard- *Cahiers du Conseil constitutionnel* (Dossier : Le principe de sécurité juridique) décembre 2001, n° 11.

²⁰⁸ A titre indicatif, voir l'ouvrage de R. Odent, *Cours de contentieux administratif*, tome III, p. 1110, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1979.

²⁰⁹ Cf. notamment M. Heers, « La sécurité juridique en droit français: vers une consécration du principe de confiance légitime? », *RFD adm.* 1995.963.

²¹⁰ Sophie BOISSARD, *loc. cit.*

²¹¹ Dans notre arrêt irakien, il s'agit justement de la question de confiance légitime, ce qui a sauvé la situation des héritiers.

²¹² Voir Conseil d'État, *Rapport public 1991 sur la sécurité juridique*, EDCE-La Documentation française, 1992.

limite est que le juge doit veiller au respect du principe de légalité et de permettre à l'administration d'adapter son action à l'environnement social ou économique.

SECTION 2. DROIT AU RECOURS, DROITS DE LA DÉFENSE ET DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

Le droit de recours mais aussi le délai raisonnable, en rapport direct avec les exigences du droit à un procès équitable, sont deux éléments importants dans le cheminement de la procédure (A) et, même si l'institution de Commissaire du gouvernement n'existe pas en Irak, il fallait exposer le rôle du Commissaire de gouvernement dans le respect des règles de la procédure contradictoire (B).

A. Le droit de recours et le délai raisonnable : deux éléments essentiels du droit à un procès équitable

1. Le droit au recours et droit à un procès équitable

a) Le droit au recours en doctrine

Au sujet du de recours nous résumons le travail de M. Jean-Paul Costa dans un article intitulé « Convention européenne des Droits de l'Homme et contentieux administratif »²¹³. L'auteur estime que l'article 13 de la Convention qui stipule que : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Cette disposition « n'est pas d'une clarté limpide, et a souvent été considéré par les commentateurs comme faisant double emploi avec l'article 6, § 1er, même si l'« instance nationale » peut être regardée comme une notion plus large que celle de « tribunal » au sens de l'article 6, § 1²¹⁴. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme précise qu'il suffit d'alléguer

²¹³ Jean-Paul Costa, *Convention européenne des Droits de l'Homme et contentieux administratif*, octobre 2014.

²¹⁴ V. en ce sens, par ex., CEDH 25 mars 1983, *Silver et autres c/ Royaume-Uni*, Rec. série A, no 61, § 113.

une violation des droits et libertés reconnus par la Convention pour avoir, en vertu de l'article 13, droit à un recours effectif devant une instance nationale.

L'auteur dit aussi que le droit à un recours effectif tel qu'il est garanti par l'article 13 de la Convention comporte un lien logique avec la condition de recevabilité des requêtes individuelles (et dans une certaine mesure interétatiques) devant la Cour, posée à l'article 35, § 1er, qui tient à l'épuisement des voies de recours internes (« La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus »).

Dans l'affaire de Grande Chambre Hasan et Chaush c/ Bulgarie (arrêt du 26 oct. 2000, la Cour a jugé que l'article 13 était applicable en matière d'ingérence des autorités étatiques dans l'organisation du culte musulman. Jean-Paul Costa cite aussi l'affaire Valsamis c/ Grèce, qui est intéressante en ce qu'elle renvoie à la notion de mesures d'ordre intérieur, appliquée par la jurisprudence irakienne. La requérante, élève dans un lycée, avait subi la sanction du renvoi de l'établissement pour une journée pour avoir refusé, en raison de ses convictions religieuses, de s'associer à un défilé scolaire commémoratif d'une guerre. Les requérants, cette jeune fille et ses parents, ont entre autres allégué l'absence d'un recours effectif, en Grèce, contre cette mesure. La Cour a déclaré l'article 13 applicable et a jugé qu'il avait été violé. Peut-être est-ce dans la perspective d'une telle jurisprudence européenne que le Conseil d'État, à l'égard des mesures d'ordre intérieur - dans les forces armées et dans les établissements pénitentiaires a opéré l'important revirement de jurisprudence constitué par les arrêts du 17 février 1995 Hardouin et Marie²¹⁵. Par ces deux décisions, « le Conseil a décidé de soumettre à son contrôle juridictionnel une sanction de mise aux arrêts prononcée contre un militaire, et une sanction de « mise en cellule de punition » infligée à un détenu »²¹⁶. Il faut préciser que le Conseil d'État ne s'est pas référé au droit à un procès équitable, c'est-à-dire ni à l'article 6 de la Convention, ni à l'article 13²¹⁷.

²¹⁵ CE, Ass., 17 février 1995, *Rec. CE*, p. 82 et 85, concl. Frydman.

²¹⁶ Jean-Paul Costa, *Convention européenne des Droits de l'Homme et contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 122.

²¹⁷ Les deux décisions en question sont susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir : la première, « tant par ses effets directs sur la liberté d'aller et de venir du militaire, en dehors du service, que par ses conséquences sur l'avancement ou sur le renouvellement des contrats

L'auteur pose le problème des immunités juridictionnelles. Peut-il y avoir « des immunités juridictionnelles qui dérogent au droit d'accès aux tribunaux, sans enfreindre donc l'article 6, § 1^{er} » ? « Selon la Cour européenne des droits de l'homme, de telles immunités, évidemment exceptionnelles, sont admissibles. Ces immunités concernent surtout, selon le droit européen des droits de l'homme, les États et les organisations internationales »²¹⁸.

Enfin, un dernier point que nous relevons de cet article de Jean-Paul Costa au sujet du droit de recours. Pour l'auteur l'impossibilité pour les justiciables « ordinaires » d'exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, que ce soit devant le Conseil constitutionnel lui-même ou devant les juridictions administratives ou judiciaires, ne nous paraît pas poser de problèmes par rapport à l'exigence d'un droit à un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention²¹⁹. La Commission européenne des Droits de l'Homme estime que ni cet article, ni d'ailleurs l'article 6, § 1er, ne garantissait un droit à un recours constitutionnel²²⁰.

b) Le droit de recours en droit irakien

d'engagement » ; la seconde, « en raison de la nature et la gravité de cette mesure ».

²¹⁸ Jean-Paul Costa, *Convention européenne des Droits de l'Homme et contentieux administratif. op. cit.* Dans l'affaire Waite et Kennedy c/ Allemagne (18 févr. 1999, *Rec.* 1999-I), ainsi que Beer et Regan c/ Allemagne (arrêt du même jour, non publié), la Grande Chambre de la Cour a conclu à la non-violation de l'article 6, § 1 alors que les tribunaux allemands avaient entériné l'immunité de juridiction de l'Agence spatiale européenne (immunité qui vise un but légitime). Elle a considéré que les intéressés avaient d'autres voies de droits qui s'offraient à eux et que, dans ces conditions, les restrictions de l'accès aux juridictions allemandes pour régler leur différend avec l'Agence n'avaient pas porté atteinte à la substance même de leur droit à un tribunal ou n'avaient pas été disproportionnées.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ V. par ex. la décision d'irrecevabilité du 3 mai 1983, Altun c/ Allemagne, *DR* no 36, p. 309, ou plus récemment, 6 avr. 1995, Fédér. grecque des commissionnaires en douane, Gialouris et autres c/ Grèce, *DR* no 81, p. 123). La Cour a la même position (par ex. CEDH 25 avr. 1996, Gustafsson c/ Suède, *Rec.* 1996-II, § 70.

Le droit irakien adopte la notion française sur le recours pour excès de pouvoir. Ce recours est un recours contentieux tendant à l'annulation d'une décision administrative et se base sur la violation par cette décision d'une règle de droit²²¹. Il est ouvert même sans texte et a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité. Le recours est fait pour demander au juge administratif (tribunal administratif d'annuler un acte édicté par une personne morale de droit public).

La jurisprudence administrative irakienne se réfère souvent à l'arrêt *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte* qui a fait naître un principe général du droit selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet, même sans texte, d'un recours pour excès de pouvoir²²². Dans un arrêt du 7-7-2015223 le requérant présente une demande d'annulation de la décision de renvoi le concernant. Après un recours administratif gracieux qui n'a pas abouti il a saisi le tribunal de la fonction publique qui a maintenu la sanction de révocation avec les saisi le Conseil d'État (haut tribunal administratif) qui a annulé cette sanction puisqu'il a constaté une violation des règles relatives aux sanctions disciplinaires car la sanction doit être prise par le ministre de la fonction publique et non par le directeur général de ce ministère. C'est une bonne décision qui touche le contenu du principe du procès équitable. Le procès équitable c'est aussi l'application exacte des textes juridiques. Surtout que le haut tribunal utilise le vocable de formalité juridique : « même ce n'est qu'une formalité il a fallu que le ministre prenne cette décision et non un mandataire »²²⁴.

Mais un recours pour excès de pouvoir ne serait pas recevable, par exemple, à l'encontre d'une disposition législative qui aurait une valeur législative. Toutefois tant que la mesure n'est pas encore une loi elle est susceptible d'être attaquée.

La question des Droits de l'Homme et du droit à un procès équitable se pose surtout pour les mesures d'ordre intérieur. Plus le juge rétrécit la surface des mesures d'ordre intérieur et plus sera respecté le droit à un procès équitable. C'est quoi la mesure d'ordre intérieur : Une mesure interne est en droit administratif un acte administratif unilatéral adopté par un chef de

²²¹ Fahd and alkarin abou atkm, *La juridiction administrative entre la théorie et l'application*, Ed. dar al thaqafa, le Caire, 2005, p. 244.

²²² CE, 17 février 1950, *Rec. Lebon*, p. 110.

²²³ *Recueil administratif* (al qada al Idari), 2013-2017.

²²⁴ *Idem*.

département à l'attention des agents de ce service ou éventuellement de ses utilisateurs. Bien qu'ayant une certaine normativité, ils ne sont pas reconnus par le juge administratif comme des décisions exécutoires susceptibles de recours.

Cette catégorie est apparue dans la jurisprudence pour des raisons pratiques (*de minimis non curat praetor*).

Traditionnellement, le juge a identifié des critères mais fait une évaluation au cas par cas qui conduit à l'établissement de domaines privilégiés qu'on appelle le champ d'élection des critères internes. Il y en a trois: les effets sont limités, ces actes n'affectent pas le statut juridique des destinataires, et il n'y a pas de véritables implications juridiques²²⁵.

Ces actes ont un caractère purement discrétionnaire, ce qui veut dire que leur contenu est laissé à la discrétion du chef de département. Et même si le recours contre ces mesures d'ordre interne est accepté le juge trouverait difficilement les règles qu'on leur appliquer.

Une illustration des règles applicables en droit irakien est donnée par la décision No./2014226.

Le demandeur présente une requête devant le tribunal administratif, alléguant que le Conseil des Ministres par sa décision n° (30) de 2005 accorde des indemnités aux sous-officiers de l'armée irakienne. Mais la requête du demandeur a été rejetée parce que cette décision n'est qu'une recommandation et pas une décision exécutoire. Or elle a été appliquée et d'autres sous-officiers en ont profité.

Ce qui nous intéresse dans cette décision c'est de dire que le droit à un procès équitable n'a pas été respecté parce qu'il s'agit d'une véritable décision cachée sous l'appellation de recommandation.

Les auteurs irakiens de droit administratif adoptent les catégories françaises concernant la définition de la décision exécutoire. « Il existe des mesures d'ordre intérieur comme les ordres et directives que donnent les supérieurs hiérarchiques à leurs subordonnés, ainsi que les mesures d'ordre intérieur qui s'adressent au public. Ces mesures d'ordre intérieur ne sont pas

²²⁵ Zakarya Mahmoud Reslan, *L'action en annulation devant le Conseil d'État*, Ed. Aboulmajd lil tiba3a, 2016, p. 72.

²²⁶ Nous exposons juste un bref résumé de cette décision.

des décisions exécutoires qu'on peut attaquer pour excès de pouvoir²²⁷. Autres exemples: le changement de classe de travaux dirigés d'un étudiant²²⁸. Mais le Conseil d'État français a introduit un changement radical à cet égard, puisqu'il ne considère plus comme mesures d'ordre intérieur certaines mesures prises par les administrations d'écoles mais des décisions pures et simples susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Cette orientation a vu le jour lorsque certaines écoles ont pris certaines mesures interdisant à des étudiantes d'avoir des tenues vestimentaires à caractère religieux.

On peut noter que la notion des « Droits de l'Homme » a fait changer les choses: certaines mesures qui étaient considérées comme des mesures d'ordre intérieur ne le sont plus: par exemple la mesure que prenait les administrations des prisons pour isoler le prisonnier dans un lieu non hygiénique. Au contraire, le Conseil d'État n'a pas trouvé dans le refus d'offrir un cadeau au fils de l'un des fonctionnaires à Noël une mesure susceptible de recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

Les gens de doctrine et les juges ont essayé en vain de trouver des critères constants qui distinguent la mesure réglementaire de la mesure non réglementaire. Il faudrait adopter pourtant certains critères, même s'ils ont besoin eux-mêmes de sous-critères pour une meilleure maîtrise de la question: l'on propose d'abord le critère adopté par les auteurs irakiens est l'effet interne de la mesure prise; c'est-à-dire que la mesure interne est celle qui ne porte pas des effets qui touchent la zone extérieure à l'administration qui l'a prise. Il reste à déterminer ce qui touche ou ne touche pas l'extérieur, et ce que veut dire l'atteinte à l'extérieur. Le renvoi d'un élève de l'école est-ce une mesure intérieure? Est-ce que la sanction infligée à un militaire est une mesure intérieure ou bien ce n'est plus une mesure intérieure dans la mesure où l'effet moral (et psychologique) de la mesure a certainement des répercussions sur la famille et l'environnement du militaire.

²²⁷ Exemple : Haut Tribunal administratif, arrêt du 12/ 7/1999, Said al Charabati c/ Etat Irakien, *Recueil* 2002,p. 554: « les conditions juridiques de la mutation sortent du cadre des décisions exécutoires susceptibles de recours ».

²²⁸ Tribunal administratif de Paris, 9 mars 1966, Bricq, *Receuil Rec. CE*, p.723.

Monsieur Abi Faahd propose un autre critère: que la mesure « n'ait aucun effet sur la situation juridique des particuliers qui sont soumis à cette mesure »²²⁹. Autre critère: n'est pas une mesure d'ordre intérieur celle qui est à caractère fort discrétionnaire, c'est-à-dire celle dont on ne lui trouve aucune source législative ou réglementaire²³⁰.

2. Délai raisonnable et droit à un procès équitable

En droit irakien, les textes qui prévoient l'obligation pour la justice de respecter des délais de rigueur sont rares et sûrement peu respectés. Et il n'y a à notre connaissance aucune requête présentée pour réclamer indemnisation pour retard du prononcé d'un jugement. Encore une fois nous revenons au droit français pour tirer les enseignements actuels. En effet, l'ère de l'irresponsabilité du pouvoir public résultant de la justice administrative, au moins en ce qui concerne « l'exercice de la fonction juridictionnelle », est révolue depuis longtemps. L'arrêt Magiera²³¹ prend une importance particulière. C'est l'arrêt Darmont du 29 décembre 1978 qui a reconnu pour la première fois que « en vertu des principes généraux de la responsabilité des pouvoirs publics, une faute lourde dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par un tribunal administratif est susceptible de donner droit à une indemnisation ».

L'administration a causé des fissures dans les fondations de la maison de M. Magiera. Il présente une requête devant le tribunal administratif de Versailles pour demander réparation et ce n'est que 7 ans plus tard que le tribunal a condamné l'État et la société publique à lui verser 58 698,30 F, ainsi que les intérêts. M. Magiera estime avoir subi du fait d'une durée excessive de la procédure un dommage pécuniaire²³².

Il n'y a pas de respect du droit au procès équitable si les décisions de justice sont prises avec un retard excessif. Le Conseil d'État a souhaité tempérer la jurisprudence Darmont en permettant à l'État d'être responsable d'une faute simple en cas de retard de la justice

²²⁹ Abifaahd Bachir, *La jurisprudence administrative irakienne*, dar al nahda al arabya, 2006, p. 223.

²³⁰ Voir annexe cette décision numéro 2.

²³¹ CE, Magiera du 28 juin 2002, req. n° 239575.

²³² Voir un article sur l'arrêt Magiera sur le lien : <http://jus-tunsi.e-monsie.com/pages/jus-tunsi/arret-magiera-la-celerite-de-la-justice.html>.

administrative mais en même temps le Conseil a voulu faire cesser les réactions négatives continues de la Cour européenne des droits de l'homme, lui permettant d'inférer qu'il existe des recours effectifs dans les procédures internes françaises et que ce sont donc les juridictions administratives françaises qui sont compétentes en cas de litige²³³.

Le jugement en l'espèce constitue une grande contribution au droit de la responsabilité du juge administratif et le Conseil d'État semble suivre complètement le mode de réflexion de la Cour administrative d'appel qui suivait parfaitement celui de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'arrêt Magiera permet de créer un véritable recours effectif pour tous les justiciables en combinant les articles 6 (1) et 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

On ne peut pas négliger le rôle joué par la Cour européenne des Droits de l'Homme qui a condamné plusieurs fois la France en raison d'un retard excessif des procédures devant les juridictions administratives. Et sachons que 30% des requêtes déposées devant la Cour européenne des Droits de l'Homme concernent, semble-t-il, le respect de l'exigence de célérité.

Face à cet afflux, la Cour de Strasbourg tenta d'instituer un moyen de déférer la compétence du jugement aux juridictions nationales.

Par cette décision, la France semble avoir souhaité s'approprier ce domaine de compétence et a suivi les recommandations de la CEDH depuis son arrêt Kudla c/ Pologne du 26 octobre 2000.

²³³ Le commissaire du gouvernement Rougevin-Baville a indiqué dans ses conclusions que ces hypothèses n'étaient pas théoriques et a cité quatre catégories:

- les décisions juridictionnelles annulées ou réformées par la suite à la suite d'un recours ;
- une décision judiciaire sans l'autorité de la chose jugée (ordonnance de référé, sursis d'exécution) ;
- un acte qui est inséré dans la procédure avant ou après le jugement mais qui n'est pas détachable ;
- un acte simple, ou une abstention de la juridiction, comme un retard excessif du jugement.

C'est dans l'affaire Kudla c/ Pologne que, pour la première fois, la Cour européenne des Droits de l'Homme a sanctionné la violation du délai raisonnable en combinant l'article 6 § 1 de la Convention et l'article 13 sur le droit à un recours effectif.

Au sujet du droit à un procès équitable, la Cour européenne des Droits de l'Homme renforce la lutte contre le délai excessif de jugement. Le juge administratif engage la responsabilité de l'État pour faute simple afin de réparer le dommage résultant d'un retard déraisonnable. Le juge judiciaire n'assume cette responsabilité que pour faute lourde. Pour Joël Andriantsimbazovina, la rapidité du procès reste un rêve difficile à atteindre, de sorte que le déni de justice, déjà analysé, disséqué, systématisé et dénoncé par le doyen Favoreu dans sa thèse, attend toujours, hélas! le plaideur »²³⁴.

L'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme consacre le droit à un procès dans un délai raisonnable. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de Nice garantit le droit à un procès équitable²³⁵. Les constitutions des États européens garantissent le droit au juge²³⁶. Et il y a eu de nouvelles procédures qui ont amélioré en Europe le droit à un procès équitable comme l'utilisation de juges uniques qui a été grandement facilitée ainsi que les améliorations dans le domaine de la juridiction administrative pour éviter le déni de justice²³⁷.

²³⁴ Joël Andriantsimbazovina, « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice, De l'arrêt Kudla de /la Cour européenne des Droits de l'Homme à l'arrêt Magiera du Conseil d'État. Le trésor et la perle ou le filet ? », *RFDA* 2003 p.85.V. aussi L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964.

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998.

²³⁷ L. Favoreu, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Gouverner, administrer, juger : Liber amicorum Jean WALINE*, Paris, Dalloz, 2002, p. 513 ; v. aussi G. Cohen-Jonathan, « Le droit au juge », *idem*, p. 471.

L'auteur Joël Andriantsimbazovina explique que l'arrêt Kudla renouvelle l'intérêt pour la lutte contre le délai déraisonnable du procès. Il contribue à la réflexion autour de la célérité et de l'efficacité de la justice²³⁸.

Beaucoup de pays ont amendé leurs constitutions pour un meilleur respect du délai raisonnable²³⁹.

En France, s'il n'y a pas eu d'amendement constitutionnel les juridictions ont su lutter contre le délai excessif du procès en se situant sur le terrain de la responsabilité de l'État à raison du fonctionnement défectueux de la justice²⁴⁰.

La consécration de la lutte contre le délai abusif du procès a pu apparaître comme un agissement égoïste de la Cour européenne des Droits de l'Homme de désencombrer ses propres affaires prétoire plutôt que trouver des solutions aux justiciables. La Cour est explicite : Elle « estime aujourd'hui que le temps est venu de revoir sa jurisprudence, eu égard à l'introduction devant elle d'un nombre toujours plus important de requêtes dans lesquelles se trouve exclusivement ou principalement allégué un manquement à l'obligation d'entendre les causes dans un délai raisonnable, au sens de l'article 6, paragraphe 1 ».

Dans l'affaire Kudla, le requérant a été accusé de fraude et de faux et a été placé en détention provisoire et condamné. Devant le tribunal, le requérant invoquait plusieurs articles de la convention: article 3, article 6 et article 13. En ce qui concerne l'article 6 que nous avons expliqué auparavant dans notre thèse, le tribunal admettait volontiers la violation de

²³⁸ Voir à ce sujet S. Bouisson, *Le délai raisonnable du procès dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, Aix-Marseille III, 1er déc. 2001.

²³⁹ L'Italie a révisé sa Constitution pour y intégrer le droit au délai raisonnable du procès ; par la loi Pinto du 24 avril 2001, elle a instauré aussi une procédure spécifique permettant de déposer une demande de satisfaction équitable en cas de dépassement du délai raisonnable du procès.

²⁴⁰ Pour les juridictions judiciaires, V. S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, *Droit processuel, Droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001, p. 537, n° 432 ; S. Guinchard, *Méga nouveau code de procédure civile*, Dalloz, 2001, commentaire de l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, spéc. p. 1301, n° 014.

Voir aussi : F. Sarda, *Les responsabilités des juridictions*, Paris, PUF, Que-sais-je ?, n° 3503, 1999, p. 103 et 104, citant le président Odent et le professeur Gohin.

cette disposition. Reste alors la question de la violation de l'article 13 qui nous intéressera plus particulièrement²⁴¹.

Ainsi, dans l'affaire Kudla jugée par la Grande Chambre de la Cour européenne des Droits de l'Homme le 26 octobre 2000, le requérant soutenait qu'il n'existait pas de recours effectif permettant de soulever la question de la durée de la procédure devant une autorité nationale. procédure excessive. Selon le requérant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention, qui dispose: « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés a le droit de faire appel devant une autorité nationale, même si la violation est commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions ». Le requérant soutient que l'article 13 doit être interprété comme exigeant un recours effectif dans un tel cas, affirmant que, contrairement aux exigences de l'article 13, il n'avait pas eu recours lui permettant de critiquer la durée de la procédure engagée contre lui.

La question posée devant la Cour était de savoir si elle pouvait constater une violation de l'article 13 lorsqu'elle avait déjà constaté que les dispositions de l'article 6 -1 n'avaient pas été respectées.

La Cour ne suit pas le gouvernement et convient avec le requérant que « l'interprétation correcte de l'article 13 est que cette disposition garantit un recours effectif devant une autorité nationale pour se plaindre d'une violation de l'obligation » (V. l'arrêt Magiera en Annexe).

B. L'indépendance des juges et le respect du principe de la procédure contradictoire

1. L'indépendance des juges

Dans l'arrêt Kress, la CEDH a relevé que la requête soulève des problèmes analogues à ceux examinés par la Cour dans plusieurs affaires concernant le rôle de l'avocat général ou du

²⁴¹ Voir CEDH, gr. ch., arrêt Kudla c/ Pologne, 26 oct. 2000.

procureur général près la Cour de cassation ou de cassation²⁴² ou la Cour suprême en Belgique, au Portugal, aux Pays-Bas²⁴³. Dans toutes ces affaires, la Cour a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de la non-divulgence des conclusions du procureur général ou de l'avocat général ou du rapport du conseiller juridique, et de l'impossibilité de y répondre. La Cour rappelle en outre que, dans son arrêt *Borgers*, qui concernait le rôle de l'avocat général devant la Cour de cassation en matière pénale, elle a jugé que l'article 6 § 1 de la Convention n'avait pas été respecté, en s'appuyant principalement sur la participation de l'avocat général dans les délibérations de la Cour de cassation, qui a violé le principe de l'égalité des armes (voir le § 28 de l'arrêt).

Par la suite, la circonstance aggravante de participation aux délibérations du procureur général ou de l'avocat général n'a été retenue que dans les affaires *Vermeulen et Lobo Machado*, où elle avait été soulevée par les requérants. Dans tous les autres cas, la Cour a souligné la nécessité de respecter le droit à une procédure contradictoire, notant que cela implique le droit des parties à un procès de se familiariser avec tout document ou juge, même s'il est indépendant comme le commissaire du gouvernement.

Le gouvernement français fait valoir que l'institution du commissaire du gouvernement dans le contentieux administratif français diffère des autres institutions en ce qu'il n'y a pas de distinction entre le siège et le parquet dans les juridictions administratives.

La Cour admet que, par rapport aux juridictions du pouvoir judiciaire, la juridiction administrative française présente un certain nombre de spécificités, expliquées par des raisons historiques.

Cependant, la Cour a déclaré que la seule circonstance selon laquelle le tribunal administratif, et en particulier le commissaire du gouvernement, existe depuis plus d'un siècle et que, selon le gouvernement, les travaux sont à la satisfaction de tous, ne peut justifier une violation des règles présentes du droit européen. La Cour rappelle à cet égard que la Convention européenne est un moyen qui doit être interprété à la lumière des conditions de

²⁴² CEDH, 7 juin 2001, *Kress*, *AJDA* 2001. 675, n° 39594/98.

²⁴³ Arrêt *Borgers c/ Belgique* du 30 octobre 1991, série A, n° 214-B, *Vermeulen c/ Belgique et Lobo Machado c/ Portugal* du 20 février 1996, Recueil 1996 -I, *Van Orshoven c/ Belgique*, 25 juin 1997, *Rec.* 1997-III, et les deux arrêts *JJ et KDB c/ Pays-Bas*, 27 mars 1998, *Rec.* 1998-II, ainsi que *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/* du 31 mars 1998, *ibid.*

vie et des notions actuelles dans les États démocratiques. La Cour estime que l'indépendance du commissaire du gouvernement et le fait qu'il ne soit soumis à aucune hiérarchie, ce qui n'est pas contesté, ne sont pas en eux-mêmes suffisants pour affirmer que la non-divulgence de ses conclusions aux parties et l'impossibilité de répondre pour eux ne risqueraient pas de saper les exigences d'un procès équitable.

Encore une fois nous disons que tous ces exemples appuient dans notre perspective l'importance du respect des règles des droits de la défense et du contradictoire en Irak et c'est un grand enseignement pour nous en Irak de voir que même la France qui est pour nous un idéal dans l'exercice de la démocratie juridique a des lacunes par rapport à la cour européenne des droits de l'homme.

La procédure contradictoire ne concerne pas uniquement l'instruction. Elle fonctionne en amont, au cours de la phase administrative (droit de la défense) et en aval, au cours de la phase de jugement (convocation et audition des parties à l'audience et communication d'une éventuelle note en délibéré). Pour Victor Haim « C'est là un principe commun aux juridictions administratives et judiciaires »²⁴⁴. Selon une jurisprudence constante de la Cour EDH, c'est la condition *sine qua non* du procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales²⁴⁵.

La règle posée par l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales en vertu de laquelle toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, implique la communication à chacune des parties de l'ensemble des pièces du dossier, ainsi que, le cas échéant, des moyens relevés d'office²⁴⁶.

C'est l'obligation pour le juge de demander aux parties ce qu'ils ont à ajouter qui fait la grandeur de la procédure contradictoire et que son exigence soit une exigence de droits de

²⁴⁴ Victor Haim, « La procédure contradictoire », *Répertoire du contentieux administratif*, septembre 2015, p. 31 et s.

²⁴⁵ CEDH, 4 juin 2013, F. Marc-Antoine c/ France, req. no 54984/0, § 30 ; *AJDA* 2013. 1580, note Platon.

²⁴⁶ CE 8 févr. 1999, Mme Andas, req. no 164175.

l'homme. Le principe du contradictoire exige qu'aucun document ne soit soumis au juge et utilisé par lui sans que les parties aient été mises à même d'en prendre connaissance²⁴⁷.

Les requêtes introductives d'instance, les mémoires en défense et les répliques devaient être communiqués aux parties. Ces dispositions de la loi française avaient été incorporées dans le Code des tribunaux administratifs sous les articles R. 85, R. 105 et R. 110. Mais, cette disposition ne pouvait produire «son entier effet et donner à la procédure un caractère pleinement contradictoire» que « si chaque partie était avisée par le tribunal administratif des différentes productions versées au dossier ».

En Irak, l'indépendance de la magistrature est un sujet qui fait couler beaucoup d'encre²⁴⁸. Le souci pour les auteurs irakiens est d'empêcher l'intervention du pouvoir législatif et exécutif dans la magistrature et dans les affaires de la justice. L'indépendance du juge est un moyen de parvenir à la justice et non une fin en soi.

Selon l'auteur Abd el Wahab, « L'indépendance du pouvoir judiciaire ne vise qu'à fournir des garanties importantes pour assurer une plus grande indépendance du juge dans les systèmes juridiques qui considèrent le pouvoir judiciaire comme une autorité indépendante ».

L'auteur critique le manque de garanties des juges irakiens face aux sanctions disciplinaires qui sont toutes entre les mains du président du Conseil judiciaire suprême. Il y a beaucoup de discrétion dans les décisions disciplinaires. Il faudrait adopter une nouvelle réglementation qui déterminent les sanctions et les fautes commises correspondantes ainsi qu'il faut réorganiser la formation des comités de discipline selon les règles de la transparence. La loi doit adopter une définition claire des actes qui peuvent être poursuivis et empêche les poursuites anarchiques sans fondement, ce qui contredit tout à fait indirectement le droit à un procès équitable. Celui-ci ne peut être respecté si le juge a le sentiment de ne pas être indépendant. Son travail sera faussé.

²⁴⁷ CE 4 juin 1920, Gleize, *DP* 1920. 3. 33 ; 22 déc. 1922, Bizet, *Rec. CE*, p. 987 ; 3 août 1923, Gaubert-Augé, *Rec. CE*, p. 650 ; sect., 2 juin 1944, Sté des établissements Leprieur, *Rec. CE*, p. 161 ; sect., 19 oct. 1962, Demonchaux, *AJDA* 1963. 44.

²⁴⁸ Abd el Wahab al Azraq, « Est-ce que la magistrature est une autorité indépendante ? », *Revue de Al Adala, Emitati*, n° 11, 3 juillet 1985.

De même, pour assurer un procès équitable il faut des juges honnêtes, impartiaux et objectifs²⁴⁹. Cela suppose des juges compétents, courageux et neutres. L'auteur Rahim Akili propose l'élaboration d'une loi qui remplacerait la loi de l'organisation judiciaire dominante actuellement²⁵⁰.

L'auteur insiste sur la nécessité de choisir des juges en fonction de leurs compétences et non en fonction de leur appartenance à une confession irakienne.

En conclusion les auteurs irakiens²⁵¹ conviennent en général que l'indépendance de la magistrature veut dire que le juge ne doit entendre que la voix de la loi, des preuves matérielles, des dires des parties au procès, et la voix de sa propre conscience.

En deuxième lieu, pour avoir un véritable procès équitable il faudrait que le juge soit indépendant à l'égard de ses propres confrères et ne pas subir leur influence pour des raisons qui ont rapport avec le recrutement, l'avancement, les récompenses pécuniaires.

2. La procédure contradictoire

a) Le principe du contradictoire

Sur la procédure contradictoire, Bruno Genevois constate que « le Conseil d'État a très tôt fait application du principe du caractère contradictoire de la procédure »^{252 253}. Pour le juge administratif français, il s'agit d'un principe général du droit²⁵⁴. Le rapport est évident avec les droits de l'homme, puisque le respect du principe de la procédure contradictoire tend à ce que le procès se déroule de manière juste et égalitaire.

²⁴⁹ Rahim Hasan Akili. *L'indépendance de la magistrature* (Blog du juge Rahim Hasan Akili <http://rahimaqeeli.blogspot.com>).

²⁵⁰ Ramzi Seif, *Le droit procédural*, Université de Damas, Faculté de droit, ED. Maqhawi, p. 26.

²⁵¹ Notamment Rahim Alalii. *L'indépendance de la magistrature*, *op. cit.*, p. 26.

²⁵² Bruno Genevois, « Principes généraux du droit », *Dalloz, Répertoire du contentieux administratif*, octobre 2014, note 986.

²⁵³ CE, 1er avr. 1869, Berneau, *Rec. CE*, p. 288, sol. impl. ; 20 juin 1913, Téry, *Rec. CE*, p. 736, concl. Corneille ; 10 août 1918, Villès, *Rec. CE*, p. 848, concl. Berget). Références citées in Bruno Genevois, *loc. cit.*

²⁵⁴ CE, Sect., 12 mai 1961, Sté La Huta, *Rec. CE*, p. 313.

Le Conseil d'État a ainsi censuré des dispositions qui, devant la juridiction de l'expropriation où le commissaire du Gouvernement est partie à l'instance, ne permettaient pas aux autres parties de prendre connaissance de ses conclusions avant l'audience et de préparer utilement leur réplique²⁵⁵.

Il est important de signaler le rôle que joue la Cour européenne des Droits de l'Homme qui s'appuie sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans l'application rigoureuse de ce principe²⁵⁶.

Nous sommes partis de cet arrêt du Conseil d'État irakien où il applique le principe du contradictoire (permettre aux parties de dire leurs allégations avant toute plaidoirie) pour évoquer les différents points essentiels relatifs au principe du contradictoire et mettre en relief leur rapport avec les droits de l'homme. Bruno Genevois cite aussi L'exigence d'impartialité qui s'impose à toute autorité administrative²⁵⁷.

En effet l'exigence d'impartialité doit s'imposer à toute autorité administrative surtout quand il s'agit de l'exercice des fonctions juridictionnelles²⁵⁸.

Principe général du droit au regard du droit interne, l'impartialité d'une juridiction est un principe constitutionnel rattaché par le Conseil constitutionnel français à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme²⁵⁹. Il est garanti également par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales. À ce titre, il vise tout organisme considéré comme un «tribunal» au sens de ce dernier texte, même s'il ne s'agit pas d'une juridiction au regard du droit interne comme les nombreux organismes à caractère juridictionnel en Irak.

²⁵⁵ CE, Ass., 13 déc. 1968, Assoc. syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne, *Rec. CE*, p. 645. Référence citée in Bruno Genevois, *loc. cit.*

²⁵⁶ CEDH, 24 avr. 2003, Yvon c/ France, AJDA 2004. 1441, chron. R. Hostiou).

²⁵⁷ Bruno Genevois, *Principes généraux du droit, loc. cit.*, n° 991.

²⁵⁸ CE, Sect., 21 oct. 1966, Sté française des mines de Sentein, AJDA 1966. 609, chron. Lecat et Massot; 30 nov. 1994, Pinto, *Rec. CE*, Table, p. 763; 30 nov. 1994, Étude Ravalement Constructions, *Rec. CE*, Table, p. 764; 6 mars 1998, Ravet, *Rec. CE*, Table, p. 1107.

²⁵⁹ CC 466 DC du 20 févr. 2003, *Rec. Cons. const.*, p. 156, cons. n° 23.

Un autre point sur l'impartialité des juridictions spécialisées : en vertu des principes généraux applicables à la fonction de juger, toute personne appelée à siéger dans une juridiction doit se prononcer en toute indépendance et sans recevoir quelque instruction de la part de quelque autorité que ce soit. La présence de fonctionnaires parmi les membres d'une juridiction ne peut, par elle-même, être de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de celle-ci. Il peut toutefois en aller différemment lorsque, sans que des garanties appropriées assurent son indépendance, un fonctionnaire est appelé à siéger dans une juridiction en raison de ses fonctions²⁶⁰.

Il y a en Irak un contentieux électoral important. La question de l'impartialité est posée devant les tribunaux. Notons ce point signalé encore par Bruno Genevois : le grief tiré de l'impartialité est écarté dans des hypothèses où le rôle du rapporteur est indûment mis en cause, en l'absence de pré-jugement ou lorsque le conflit d'intérêts allégué n'est pas justifié. Si les pouvoirs d'investigation du rapporteur d'une chambre régionale des comptes l'empêchent de participer à la formation de jugement le rapporteur de la Cour des comptes statuant en appel, qui n'a exercé aucun pouvoir d'investigation peut participer au délibéré²⁶¹.

Le secret du délibéré s'oppose à ce qu'un commissaire du Gouvernement qui a exposé publiquement son sentiment dans une procédure avant-dire-droit siège ultérieurement lors du jugement définitif²⁶².

M. Bruno Genevois note enfin qu'un jugement de tribunal administratif dont le contenu a été divulgué avant sa date de lecture doit être annulé lorsqu'il apparaît que cette publicité prématurée résulte de la violation du secret du délibéré²⁶³.

Si nous développons ces notions en se basant sur la jurisprudence française écrites par de grands auteurs français comme Bruno Genevois c'est, nous le disons encore une fois, pour

²⁶⁰ Pour l'application de ces principes aux commissions départementales des travailleurs handicapés, CE, Sect., 6 déc. 2002, req. n° 221319, Aïn-Lhout, *Rec. CE*, p. 430.

²⁶¹ CE, Ass., 6 avr. 2001, SA entreprise Razel frères, req. n° 206764.

²⁶² CE, Sect., 21 oct. 1966, Sté française des mines de Sentein, *Rec. CE*, p. 564 ; Sect., 6 févr. 1970, Entreprise de transports et de distribution d'électricité, *AJDA* 1970. 226, chron. D. Labetoulle et R. Denoix de Saint Marc.

²⁶³ CE, 30 déc. 1996, Élect. municipales de Chantilly, *LPA* 14 mars 1997, concl. Mme Maugüé.

rendre notre travail plus intéressant pour le lecteur irakien, vu que la jurisprudence française représente la toile de fond essentielle pour le droit irakien.

b) Le respect du contradictoire

Dans une décision du 29-4-2015, le Conseil d'État du Kurdistan casse la décision du tribunal de la fonction publique (ou conseil disciplinaire) en exigeant le respect de la procédure contradictoire²⁶⁴. Dans les faits le requérant S. A. K présente une requête en 2015 tendant à l'annulation de la décision du ministre de la santé qui avait annulé la bourse d'étude (au Caire) allouée au requérant. Ce changement lui faciliterait l'obtention de la liberté d'accès au service de sécurité. Ne voulant pas lui donner satisfaction le ministre annula carrément la bourse le 1^{er} juin 2014 et exigea le remboursement de toutes les sommes obtenues.

Or, le Conseil d'État en tant que juge de cassation a trouvé que la décision, objet du pourvoi en cassation est une décision illégale entachée de beaucoup d'erreurs de procédure fondamentales et ayant une influence sur la régularité de la décision puisque le tribunal avait rendu sa décision avant toute plaidoirie et sans préciser si la séance est publique ou à huis clos, en présence des parties ou en leur absence ; étant donné que ces conditions font partie des conditions substantielles et des règles contentieuses qui sont d'ordre public dont le non-respect amène à l'annulation des jugements et décisions administratives non respectueuses de ces règles, le Conseil d'état infirme la décision et renvoie l'affaire au tribunal pour faire ce qui est nécessaire²⁶⁵.

Dans cet arrêt irakien²⁶⁶, il s'agit plus de Droits de l'Homme que de droit à un procès équitable : dans les universités en Irak on demande aux professeurs d'inscrire leurs appartenances politiques. Le requérant ne l'a pas fait. Le président de l'université a pris une sanction, une réprimande. Le requérant a présenté une requête pour contester cette sanction et le tribunal de premier degré a annulé la sanction. Mais l'université a porté en cassation cette

²⁶⁴ Voir Luc Briand, « Le principe du contradictoire et l'avis du ministère public sur les QPC », *La Gazette du Palais*, 20 et 21 juin 2014, n° 171-172, p. 12-13.

²⁶⁵ Voir en annexe la décision numéro 3.

²⁶⁶ Tribunal de la fonction publique, Th. D. contre Président de l'Université, Cassation, 653/2015, Recueil arrêts du Conseil d'État.

décision et le Conseil d'État a infirmé la décision du tribunal considérant que le requérant méritait bel et bien cette sanction.

Cet arrêt pose la question des Droits de l'Homme puisque la règle en elle-même selon laquelle il faut enregistrer l'appartenance politique est contraire aux principes internationaux de base que l'Irak adopte et qui l'engage (liberté de conscience, liberté d'expression, etc..).

Que peut faire le juge administratif irakien devant un texte clair et répressif ? A notre avis il peut faire beaucoup de choses et en particulier refuser d'appliquer les lois qu'il considère comme non conformes aux textes internationaux. Mais le juge irakien n'a pas encore vraiment franchi ce pas²⁶⁷.

Quant au droit à un procès équitable nous constatons qu'il a été respecté dans cet arrêt car les requêtes dans tous les degrés de juridiction ont été acceptées et le délai du jugement était tout à fait raisonnable.

De même, dans une décision du 1-6-2014, l'administration financière du Kurdistan avait décidé que le requérant Mohamad Mahmoud Ibrahim doit payer 500 000 dinars comme pension pour les enfants de la créancière mais M. Mahmoud s'est opposé à cette décision par voie administrative au départ puis par la voie juridictionnelle par la suite. Le tribunal administratif l'a débouté et a maintenu la décision. Il a porté l'affaire en cassation. Le Conseil d'État a jugé que cette décision est illégale et irrégulière car le tribunal a commis des erreurs de procédure impardonnables, ce qui fait que les séances des procès avaient perdu leur régularité. En effet la séance avait débuté sans que le tribunal demande au requérant s'il avait quelque chose à ajouter ni au défenseur, ce qui contredit l'article 60 du code de procédure civile de 1969 alors que le droit de la défense entre les parties au procès est un droit fondamental et il n'y a pas de justice sans le respect de ce droit ; de même le tribunal irakien a enfreint l'article 156 du code de procédure civile parce qu'il a rendu sa décision avant d'entendre les parties et sans remettre les conclusions aux parties et de plus il faudrait s'assurer du mandat accordé par le fonctionnaire (dont la décision est objet du recours pour excès de pouvoir) : a-t-il le droit de mandater quelqu'un pour le représenter au tribunal ; Le Conseil d'État irakien pense qu'il faut rejeter ce mandat surtout que les règles relatives au déroulement des procès sont d'ordre public et les tribunaux peuvent relever ces questions

²⁶⁷ C'est l'exigence de l'arrêt français *Nicolo* (cité *supra*).

d'office. C'est pourquoi le Conseil d'État décide que les mesures prises par le tribunal ainsi que le jugement sont nuls pour violation de la loi. Le Conseil d'État casse cette décision et décide de la renvoyer devant le tribunal pour juger en prenant compte de cette décision²⁶⁸.

²⁶⁸ Voir en annexe cette décision numéro 4.

TITRE SECOND

LE JUGE ADMINISTRATIF IRAKIEN FACE AUX CONTENTIEUX SPECIALISES

Ce titre est consacré à la notion de police administrative. C'est une notion essentielle en droit administratif français. Nous étudions en parallèle cette notion en Irak. C'est l'ordre matériel qui est visé, pas les consciences, les mœurs, les idées. A moins que nous vivions en dictature. Beaucoup d'enseignement pour le juge administratif irakien. Le spectacle de l'humoriste Dieudonné représente une limite. Nous nous arrêterons devant des éléments relatifs à l'application de la notion de police administrative en Irak (Chapitre 1). Puis nous nous arrêterons sur la police de l'environnement en raison de son importance pour faire face aux défis climatiques (Section 2).

CHAPITRE PREMIER

LA POLICE ADMINISTRATIVE : UNE NOTION ESSENTIELLE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET IRAKIEN

La police administrative, c'est l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des personnes privées le minimum de discipline exigée par la vie en commun. Il faut définir cette notion difficile de l'ordre public et déterminer les compétences. Puis exposer le comportement du juge irakien devant les États d'urgence. Non sans approfondir cette notion en se basant sur des analyses académiques françaises profondes (v. l'analyse du Professeur Vincent Tchen). Les compétences communautaires en matière de police administrative sont à introduire aussi car dans le traité communautaire, la police administrative relève de la compétence des États membres. Les États peuvent en effet apporter des limites aux libertés du marché commun au nom de l'ordre public *lato sensu* (Section 1). La question de l'éloignement des étrangers occupe en Irak le centre des débats avant et après la guerre. Nous avons trouvé qu'il est important de l'aborder. Mondialisation oblige, ce problème a suscité l'adoption de textes législatifs et réglementaires pour organiser l'entrée et la sortie des étrangers dans tous les pays. Un obstacle majeur : le principe de la souveraineté reste très solide. Quels sont les critères adoptés et de quels moyens de défense bénéficie l'éloigné pour que le procès soit équitable ? En Irak et malgré l'attitude acceptable de la loi irakienne en matière d'éloignement des étrangers celle loi reste assez dure. Tout ce que demandent les associations c'est que l'État irakien applique les textes. Nous abordons quelques décisions prises par le tribunal du Kurdistan (Section 2).

SECTION 1. LA NOTION CONTEMPORAINE DE POLICE ADMINISTRATIVE EN FRANCE ET EN IRAK

Quel est l'objet, le régime et la manière d'application par le juge administratif irakien (A) et quel impact a la consécration de la valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement par le juge administratif français puis sur le juge irakien (B) ? C'est ce que nous allons voir.

A. L'objet et le régime juridique du pouvoir de la police administrative en droit français

1. L'objet de la police administrative

a) La notion de police administrative

La police administrative est l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des personnes privées le minimum de discipline exigée par la vie en commun. Autrement dit la police nous renvoie à l'idée qu'il ne peut pas y avoir de vie sociale sans un minimum d'ordre. Dans une démocratie libérale, dans un État de droit moderne, le postulat est la liberté des membres qui le composent, mais il n'y a pas de liberté sans un minimum d'ordre. Le tout est donc de trouver un juste équilibre entre le libre exercice des initiatives privées et le respect de ce minimum de discipline de vie en société. Il faut essayer de concilier en permanence l'exercice des libertés constitutionnellement garanties avec la prévention d'un certain nombre de risques de troubles à l'ordre. Même dans une démocratie libérale la tentation des gouvernants peut être de faire primer l'ordre sur la liberté, la sécurité sur la liberté.

i) Une notion ancienne

M. le professeur Vincent Tchen donne une définition claire et approfondie de la police administrative²⁶⁹: « Le procédé de police administrative est intimement lié au développement de l'appareil administratif. Il prospère sous la IIIe République conjointement au régime répressif des libertés publiques qui consiste à laisser "le citoyen libre d'agir selon ses propres désirs, quitte à l'obliger à subir les conséquences de ses actes s'ils s'avèrent contraires au droit"²⁷⁰.

²⁶⁹ Vincent Tchen, « La notion de police administrative », *Jurisclasseur Droit administratif*, 1er avril 2016.

²⁷⁰ J. Robert, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 2009, p. 112.

Pour M. Tchen, « le procédé est historiquement balisé par des lois qui fondent plus qu'elles n'organisent dans le détail un cadre de police administrative spéciale dans leur objet »²⁷¹.

C'est une notion permanente: « Sans négliger l'impact des pouvoirs de police spéciale qui ont émergé ces dernières années, la notion de police administrative n'a pas été traversée après 1945 par des changements radicaux »²⁷². Il n'y a pas eu remise en cause de cette théorie sous la cinquième République: le juge administratif l'a confirmée. Pour M. Tchen, cette notion présente aujourd'hui les mêmes traits caractéristiques qui ont émergé à la fin du XIXe siècle : un objet (l'ordre public) ; une finalité (la sauvegarde préventive de cet ordre) ; un régime porté vers la conciliation des exigences de l'ordre public et des droits individuels.

Enfin, transmettons encore ce qu'expose M. Tchen sur la question de la spécificité des missions de police administrative. Pour l'auteur, certains juristes ont relativisé la spécificité des missions de police administrative au nom d'une conception de l'autorité réduite à sa dimension de puissance publique. Ainsi, pour Maurice Hauriou le pouvoir administratif est, dans son ensemble, "un pouvoir de police centralisé dérivant du pouvoir exécutif (...). Tous les moyens de gouvernement autres que la justice répressive sont des moyens de police"²⁷³. Dans le même sens, M. Tchen cite Charles Eisenmann qui soutient que « la police administrative est l'ensemble des activités normatrices, répressives et matérielles accomplies par les autorités administratives, soit en vue d'assurer le bon ordre dans la collectivité ou à l'intérieur des services publics, soit en vue de protéger l'intégrité matérielle du domaine public »²⁷⁴.

M. Tchen achève sa définition en disant que cette présentation a été critiquée par le professeur Jacques Moreau au motif que « la police administrative est une des modalités du

²⁷¹ Vincent Tchen, « La notion de police administrative », *op. cit.*, n° 34. Peuvent être citées selon lui les lois du 5 avril 1884 (police de la circulation), du 30 juin 1881 (police des réunions), du 29 juillet 1881 (police de la presse), du 1er juillet 1901 (police des associations) ou bien encore du 9 décembre 1905 (police des cultes).

²⁷² *Idem.*

²⁷³ *Droit administratif*, Sirey, 12e éd., 1933, p. 7 et 313.

²⁷⁴ Préface à l'ouvrage de D. Papanicalaïdis, *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, Athènes, Thèse, 1960, p. 16.

pouvoir administratif et non l'inverse »²⁷⁵. Nul ne peut contester, dit-il, que l'intérêt général ne se réduit pas au but de police administrative. « Pour autant, si cet intérêt général peut être réalisé par d'autres formes d'action publique, la notion de police administrative ne saurait être banalisée. Ce risque existe en assimilant cette dernière à une forme de service public qui ne se singulariserait que par un but d'ordre public compris comme l'expression de l'intérêt général (R. Chapus). Exercer la police administrative, c'est assurer un service public : celui du maintien de l'ordre public »²⁷⁶.

ii) Une notion renouvelée

La notion française de police administrative n'est plus ce qu'elle est. Patrick Frydman, Conseiller d'Etat, le dit dans un article « Le juge administratif et la police : anniversaire de trois "grands arrêts" : Couitéas, Benjamin et Maspero »²⁷⁷.

L'auteur dit que ces trois arrêts paraissent rétrospectivement très influencés par les circonstances particulières des affaires qui en ont été à l'origine. Elles sont marquées par ce que le président Cassin et le professeur Waline appelaient «les réalités administratives du moment ».

À l'époque, dit l'auteur, il fallait réunir l'Assemblée du contentieux pour soumettre une mesure de «haute police», comme l'interdiction d'une publication de provenance étrangère, au principe d'un contrôle restreint du juge. Et encore, l'Assemblée du contentieux n'est-elle pas allée jusqu'à reconnaître, comme le lui proposait le commissaire du gouvernement, l'existence, en l'espèce, d'une erreur manifeste d'appréciation commise par le ministre de l'intérieur.

Moins de trente ans plus tard, en dépit du contrôle du juge, pourtant entre-temps renforcé, c'est l'existence même d'une police des publications étrangères qui a été remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme: une telle ingérence ne pouvait plus être regardée

²⁷⁵ V. *Jurisclasseur Administratif*, Fasc. 200.

²⁷⁶ B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, Champs université, 2005, p. 67 : « la protection de l'ordre public (...) constitue un service public en tant qu'activité d'intérêt général maîtrisée par une personne publique ».

²⁷⁷ *RFDA*, 2013, p. 1001.

comme «nécessaire dans une société démocratique». Le juge administratif n'a pu dès lors que constater la péremption pure et simple d'un régime sur lequel il n'avait plus guère de prise²⁷⁸.

b) La notion d'ordre public

L'ordre public est une expression qui n'est pas propre au droit administratif car on la trouve notamment employée en droit privé. Les codes civil français et irakien enseignent qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public.

i) Les composantes élémentaires

Les composantes élémentaires de l'ordre public sont très importantes à déterminer puisque la notion d'ordre public va être l'objet, le but, mais aussi la limite de l'action de l'administration. Toute mesure de police qui ne serait pas fondée sur ce but d'ordre public sera frappée d'illégalité.

Il n'existe pas de définition législative de l'ordre public, mais il y a un texte français qui remonte à la loi du 5 avril 1884, loi relative aux communes, et qui contenait un article relatif à la police municipale. Cette définition limitée à la police municipale était une assez bonne définition et par analogie on l'étend à la police administrative en général. Aujourd'hui, on retrouve cette disposition codifiée à l'article L 2212-2 du Code général des collectivités locales. Cet article fait référence à trois composantes de l'ordre public : la tranquillité, la sécurité et la salubrité publique. Et donc par analogie nous avons ici les 3 composantes de la notion d'ordre public. On peut donc dire que toute mesure administrative de police sera, en principe, illégale si elle n'est pas justifiée par l'une de ces trois composantes de base.

À quoi ces composantes font-elles allusion ? À la tranquillité publique se rattache le maintien de l'ordre dans les lieux publics. C'est donc à la tranquillité que se rattache la lutte contre les nuisances sonores par exemple.

À la sécurité publique, on va rattacher les secours à apporter en cas d'accident, en cas de catastrophe ou de fléaux naturels²⁷⁹. À la salubrité publique, on rattache la préservation de

²⁷⁸ *Idem.*

l'hygiène publique: contrôle de la qualité de l'eau, contrôle de la qualité des denrées alimentaires.

Cet ordre devrait être matériel en ce qu'il vise à prévenir des troubles physiques, des dommages aux biens et aux personnes. Il n'est pas spirituel, intellectuel. Il n'a pas pour objet de s'immiscer dans les consciences. Il ne doit pas y avoir une police des consciences, des mœurs, des idées. C'est toujours dans les dictatures, les régimes autoritaires qu'on retrouve des polices des consciences. Cette conception objective est la conception française. En Irak il existe bien une police des mœurs qui peut plus ou moins s'immiscer dans les consciences, surtout dans les zones où des groupes islamiques ont fait régner l'ordre.

Enfin, il est important de signaler que la notion d'ordre public est relative. En matière de police administrative, tout est affaire de circonstances, de temps et de lieu. Autrement dit les exigences de l'ordre public ne sont pas abstraites, absolues. Les exigences de la tranquillité publique ne sont pas les mêmes le jour et la nuit. Donc une mesure de police administrative ne s'apprécie pas de la même manière selon qu'elle porte sur la journée ou la nuit. Les normes de sécurité ne sont pas les mêmes entre une petite métropole et une grande. En temps de guerre à Falloja en Irak ou en temps de paix à Bagdad.

ii) Les composantes complémentaires

La complexité des sociétés dans lesquelles nous vivons aboutit à remettre en cause cette trilogie classique de la police administrative. Cette remise en cause se constate à deux niveaux: l'un est classique l'autre est plus récent.

- La moralité

²⁷⁹ En matière de police administrative les autorités publiques ont un devoir d'impartialité, y compris dans le domaine procédural. On voit le lien avec le droit à un procès équitable.

En principe, dans une démocratie libérale, la police administrative n'a pas à se faire le censeur d'un ordre moral. Pour autant chacun sait bien que même dans les démocraties libérales on ne peut totalement évacuer les questions des rapports entre le droit et la morale. Le Conseil d'État adopte une position de compromis. Le Conseil d'État estime que la morale n'est pas, en soit, une composante de l'ordre public, mais l'autorité administrative confrontée à une situation de désordre peut légalement prendre en compte des éléments de moralité au nom de cette idée qu'on ne peut jamais totalement séparer le droit et la morale. Mais il y a une condition: il faut que ces éléments de moralité se rattachent à l'une des trois composantes classiques de l'ordre public et la prise en compte d'éléments de moralité ne sera également légale que si l'administration justifie de circonstances locales particulières.

C'est ce qui explique l'arrêt Société « Les films Lutétia » du 18 décembre 1959. Cet arrêt renvoie à l'hypothèse classique où un maire dans sa commune interdit la projection d'un film parce qu'il le juge contraire à la moralité alors que ce film a reçu son visa d'exploitation. Le Conseil d'État dans cet arrêt dit qu'il y a eu trouble de l'ordre public (manifestation de personnes qui s'opposent à la projection du film). Le Conseil dit aussi que l'interdiction par les autorités ne sera légale que parce qu'il y a des circonstances locales particulières. L'ordre public est donc relatif. Il faut regarder les circonstances particulières.

Le principe qui va le plus faire couler l'encre est le principe de la moralité publique en tant que corrélation de la notion d'ordre public.

L'évolution du critère d'ordre public a donc poussé les agents de police administrative à se prévaloir de la moralité en tant qu'arme de défense de l'ordre public lui-même. Il s'agit dès lors de voir si la moralité doit-elle être considérée comme un corolaire de l'ordre public ou comme un fondement supplémentaire à rajouter à cet ordre ?

Il est indéniable que la moralité doit être intégrée à l'ordre public du fait qu'elle va permettre aux agents de police administrative de se prévaloir de sa violation pour assurer leur mission de prévention.

La moralité permet la sauvegarde non seulement de la tranquillité mais aussi de la sécurité, voire même indirectement de la salubrité publique comme nous le verrons.

Selon le professeur René Chapus « en l'état du droit il n'est pas douteux que la moralité publique est une composante de la notion d'ordre public ».

Dans l'arrêt du Conseil d'État de 1960, Jauffret, le juge administratif reconnaît à l'autorité de police le pouvoir de prescrire la fermeture de « lieux de débauche portant atteinte à la moralité publique et générateur de troubles à l'ordre public ».

En outre, dès la fin de la 1^{ère} Guerre Mondiale, au début des années 1920, le maire de Châlons-sur-Marne avait prononcé l'interdiction des combats de boxe comme « contraires à l'hygiène morale », étant jugé « du caractère brutal et parfois sauvage » de ces combats.

Pour finir, le commissaire au gouvernement Frydman a lui-même reconnu que « selon la jurisprudence, la moralité publique est la quatrième composante de la notion d'ordre public » et « que le respect de la dignité humaine constitue lui-même l'une des composantes essentielles de la moralité publique ». Mais d'autres auteurs considèrent que la moralité n'est que le corollaire de l'une des trois composantes de la police administrative et que le principe du respect de la dignité de la personne humaine serait la quatrième composante indépendante de l'ordre public²⁸⁰.

On peut conclure de ce qui précède que bien que le principe de moralité soit intégré à l'ordre public, il n'en constitue pas moins une composante non ordinaire et non autonome ne lui permettant pas dans l'état actuel de la jurisprudence d'accéder au rang de fondement de l'ordre public tel quel.

Enfin, nous nous pencherons sur les problèmes d'ordre légal auxquels peuvent se heurter les mesures de police administrative concernant la sauvegarde de la moralité.

- La dignité de la personne humaine

La dignité de la personne humaine, l'universalisme des Droits de l'Homme et les valeurs humanistes ont conduit à la promotion d'un droit de l'homme en particulier: le respect de la dignité de la personne humaine. Ce droit est protégé par l'ensemble des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel français a pu affirmer que le respect de la dignité humaine est un droit de valeur constitutionnelle.

²⁸⁰ Georges Saad, *Le droit administratif général et le contentieux administratif*, Tome 1, Ed. Al Halabi, Beyrouth, p. 182.

Certains juristes ont affirmé depuis longtemps que la dignité humaine entre dans les éléments qui doivent être protégés et donc entre dans l'ordre public. Le Conseil d'État leur a finalement donné raison en 1995 dans l'arrêt Morsang-sur-Orge (reproduit en Annexe).

L'affaire renvoie à une époque où une pratique s'était développée dans certaines boîtes de nuit et discothèques de lancer un nain entre clients pour s'amuser. Certaines associations, certains maires souhaitaient interdire cela, mais sur quel fondement ? Il n'y en avait pas, car ce jeu ne touche ni la sécurité, ni la salubrité, ni la tranquillité. Alors pour répondre à ce problème concret, le Conseil d'État va accepter d'ajouter à la trilogie classique une quatrième composante: le respect de la dignité de la personne humaine²⁸¹. Décision qui a été à la fois bien accueillie, mais aussi controversée. Il y a un risque pour l'administration d'invoquer de manière excessive la dignité humaine pour fonder ses décisions de police.

En 2014, le Conseil d'État a eu à se prononcer sur une autre affaire: le spectacle de l'humoriste Dieudonné qui a donné lieu à une ordonnance en référé²⁸². Le Conseil d'État a jugé légale la décision d'un préfet d'interdire la tenue d'un spectacle de Dieudonné²⁸³.

- Les composantes issues du droit de l'UE

Olivier Dubos estime que « dans le traité communautaire, la police administrative relève de la compétence des États membres. Les États peuvent en effet apporter des limites aux libertés du marché commun au nom de l'ordre public lato sensu. Ces limitations sont toutefois encadrées par le droit communautaire lui-même et spécialement par la jurisprudence de la Cour de justice qui est seule compétente pour en apprécier la portée, car il ne saurait s'agir en aucune manière d'une "compétence exclusive" des États »²⁸⁴.

²⁸¹ CE, Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, *préc.*

²⁸² CE, Ordonnance, 9 janvier 2014, Dieudonné, req. n° 374508.

²⁸³ L'ordonnance précitée annule une ordonnance de référé-liberté du tribunal administratif de Nantes (TA Nantes, 9 janvier 2014, n° 1400110), qui avait suspendu les effets d'un arrêté d'interdiction du spectacle de Dieudonné qui devait se tenir le soir même au Zénith de Nantes, ce qui a pour conséquence d'interdire effectivement ledit spectacle.

²⁸⁴ Olivier Dubos, « Droit administratif et droit communautaire », *Jurisclasseur administratif*, Fasc 24, 1^{er} juillet 2015. V. CJCE, 12 juill.

Il est important pour étudier l'impact du niveau européen en matière de police administrative car le même problème va se poser bientôt et se pose déjà au niveau des décisions de la ligue arabe. En effet le développement des compétences communautaires européennes, spécialement depuis les révisions opérées par les Traités de Maastricht et d'Amsterdam a fait qu'on a assisté à une communautarisation des polices spéciales. Et certains organes communautaires (la Commission et les agences) assument désormais de véritables pouvoirs de police. D'abord le droit originaire permet aux États de déroger aux quatre grandes libertés du marché commun au nom de l'ordre public (art. 30 CE, pour la libre circulation des marchandises ; art. 39, paragraphe 3 CE, pour la libre circulation des travailleurs ; art. 46, paragraphe 1 CE, pour la liberté d'établissement ; art. 55 par renvoi à l'art. 46, paragraphe 1 CE, pour la libre prestation des services ; art. 58, paragraphe 1, b) CE, pour la libre circulation des capitaux). Ces réserves d'ordre public, dit M. Dubos, correspondent au champ traditionnel de la police générale, mais également vont au-delà.

Dans les textes européens on retrouve les composantes traditionnelles de l'ordre public au sens de la police générale telles qu'elles sont notamment énumérées à l'article L. 2212-2 du Code général français des collectivités territoriales.

L'article 28 CE élargit la zone puisqu'il vise les « raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ». On retrouve donc l'ordre public de la police générale, mais certains éléments relèvent des polices spéciales, comme en témoignent les hypothèses dans lesquelles le Conseil d'État a eu à contrôler ces dérogations²⁸⁵.

1979, aff. 153/78, Comm. CE c/ Rép. fédérale d'Allemagne : *Rec.*, 1979, p. 2555, spécialement n° 5.

²⁸⁵ Contrôle des investissements étrangers, CE, 8 déc. 2000, Assoc. Église scientologie Paris, *Europe* 2001, comm. 101, P. Cassia. – financement des partis politiques ; 8 déc. 2000, Parti nationaliste basque, *AJDA* 2001, p. 769, concl. Maugué ; 15 déc. 2000, Union générale synd. grossistes marché d'intérêt national Paris-Rungis, *RFD adm.* 2001, p. 884-894, concl. Bergeal.

M. Dubos explique que les notions de moralité publique, de sécurité publique ou de santé publique ont un contenu globalement comparable à celui que leur donne le droit administratif. Il en va de même de la notion d'« ordre public » qui a donné lieu à une jurisprudence plus abondante de la Cour de justice. Comme la jurisprudence du Conseil d'État, la jurisprudence communautaire dépasse les frontières de l'ordre public « matériel et extérieur » d'Hauriou puisqu'elle inclut la protection de la dignité de la personne humaine qui est un principe général du droit communautaire²⁸⁶. Mais la Cour de justice ne souhaite pas étendre encore la notion d'ordre public²⁸⁷.

Malgré des opinions contraires on peut affirmer que le droit administratif français a subi des changements radicaux, du moins au niveau de l'application des règles, grâce à l'influence de l'Union européenne.

2. Le régime juridique de la police administrative

a) Pouvoir et devoir

La police administrative, c'est en principe un pouvoir donc c'est une faculté pour l'administration. Mais il faut reconnaître qu'il y a des cas où le pouvoir de police doit être exercé. L'autorité administrative a le devoir d'agir. Par conséquent, son inaction, sa carence seront constitutives d'une illégalité et cette illégalité sera constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Administration.

Dans quelles conditions peut-on reprocher à l'autorité administrative de ne pas avoir agi, de ne pas avoir mis en œuvre son pouvoir ? On peut reprocher à l'administration son inaction selon l'enseignement de l'arrêt Doublet dans trois cas si :

²⁸⁶ CJCE, 14 oct. 2004, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Aff. C-36/02, *Rec.*, 2004, I, p. 9609.

²⁸⁷ En sont ainsi exclues la protection des consommateurs (CJCE, 6 nov. 1984, aff. 177/83, Th. Kohl KG c/ Ringelhan & Rennett SA et Ringelhan Einrichtungs GmbH, *Rec.*, 1984, p. 3651) ou la sauvegarde du pluralisme de la presse (CJCE, 6 déc. 1992, Comm. CE c/ Royaume de Belgique, Aff. C-211/91, i 1993, p. 429, M.-C. Boutard-Labarde.

- La mesure sollicitée est indispensable.
- Pour faire cesser un péril grave.
- La situation est particulièrement dangereuse pour l'ordre public²⁸⁸.

b) Interdiction et autorisation préalables

Fondamentalement l'action de police se réalise au moyen soit d'interdictions soit d'autorisations préalables. On dit parfois que l'administration fonctionne sur le modèle d'un système répressif ou d'un système préventif : interdiction ou autorisation préalable. L'interdiction est plus respectueuse de la liberté que l'autorisation préalable.

Dans un État de droit moderne qui a une vision bien limitée de son administration en matière de police la mesure à privilégier est la mesure d'interdiction. Pourquoi? Parce qu'en matière d'interdiction les règles sont connues à l'avance, les textes énoncent ce qui est interdit et donc le citoyen en déduit que tout ce qui n'est pas interdit est permis.

L'autorisation préalable permet à l'administration de surveiller et d'orienter les comportements humains. Avec un système d'autorisation préalable, on ne peut agir qu'après avoir demandé l'autorisation à l'administration et pour demander la permission il faut présenter l'objet de notre demande. Donc l'administration peut avoir déjà un droit de regard, de surveillance sur ce qu'on va faire²⁸⁹.

Le contrôle du juge administratif vise alors à s'assurer que les mesures de police administrative sont légales. Il pourra sanctionner celles qui seraient illégales. Ce contrôle juridictionnel mobilise l'ensemble des juridictions. Le juge judiciaire civil peut, le cas échéant,

²⁸⁸ CE, 23 octobre 1959, Doublet, req. n° 40922 : demande au maire de Saint-Jean-De-Mont « d'user de ses pouvoirs de police pour interdire l'usage du terrain de camping de la rue des sports, en raison des très graves inconvénients que le rassemblement de campeurs au voisinage immédiat d'une partie de l'agglomération lui paraissait présenter pour l'hygiène et la sécurité des habitants ».

²⁸⁹ Il ne faut pas confondre le système de déclaration préalable et le système d'autorisation préalable. Dans les déclarations préalables comme pour les associations on informe juste l'administration, sans besoin de son autorisation. Celle-ci peut toutefois s'opposer par la suite à la demande dans le respect des textes.

être saisi, notamment dans l'hypothèse où la mesure de police serait constitutive d'une voie de fait. La singularité des règlements en matière de police administrative est qu'ils sont souvent assortis de la menace de sanctions pénales. Par conséquent le non-respect de ces règlements peut donner lieu à un contentieux pénal.

La décision de police administrative est un acte administratif, son contenu, son objet, ses effets, tous sont de nature à en faire un acte unilatéral traduisant la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique. Le juge administratif contrôle la légalité des mesures exactement de la même manière qu'il contrôle la légalité de n'importe quel acte administratif. Ainsi, une mesure de police administrative pourra être illégale si elle a été édictée par une autorité incompétente. Une mesure de police administrative peut également être illégale en ce qu'elle a méconnu des règles formelles et procédurales.

Sur le fond les décisions de police peuvent également être illégales si elles reposent sur des faits matériellement inexacts. Enfin ces décisions peuvent être illégales pour violation de n'importe quelle règle de droit en vertu du principe de légalité. Par exemple le maire, dans la réglementation de l'affichage publicitaire sur le territoire de sa commune, devra respecter les règles de concurrence²⁹⁰.

Comme on l'a vu, les actes administratifs en matière de police administrative sont soumis à un contrôle de légalité un peu particulier. Un contrôle de légalité un peu plus approfondi que celui applicable aux autres actes administratifs puisque ces mesures portent le plus souvent sur les libertés publiques et les droits fondamentaux des citoyens. Or, nous vivons dans un État de droit, dans une démocratie libérale qui pose comme postulat que le principe c'est la liberté et l'interdiction, la restriction c'est l'exception. Toute exception étant d'interprétation stricte. C'est pourquoi très tôt (dès le début du XXe siècle) le Conseil d'État va mettre en œuvre un contrôle de légalité beaucoup plus rigoureux sur les actes administratifs en matière de police administrative. Il l'est parce que le juge ne se contente pas de vérifier qu'un acte de police administrative est fondé sur un motif de trouble à l'ordre public. Le juge va vérifier de manière plus rigoureuse que la mesure était bien nécessaire, que la mesure prise était la plus adéquate et enfin que la mesure prise était bien proportionnée. Contrôle de légalité qui inclut

²⁹⁰ CE, Sect., avis, 22 novembre 2000, arrêt société L et P publicité, req. 223645.

un contrôle de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité. Ce contrôle a été mis en place à l'occasion d'un arrêt célèbre « Benjamin »²⁹¹ que nous allons analyser et exposer dans notre partie consacrée à la question de contrôle de la proportionnalité. Ainsi le juge administratif peut jouer un rôle essentiel dans la protection des Droits de l'Homme et le juge français a toujours donné des leçons d'humanisme en séparant l'esprit nationalité et l'esprit droit de l'homme. Il l'a fait avec la crise du burkini que nous avons évoqué et il l'a fait de la crise des migrants en France suite à la guerre en Syrie. En effet très respectueuse des composantes de la police administrative et notamment de l'hygiène et de la sécurité fut la position du Conseil d'État français lors de la crise de ce qu'on a appelé « La jungle de Calais », en novembre 2015.

L'État français a été condamné par le Conseil d'État à rendre les conditions de vie plus dignes dans la « jungle » de Calais (Pas-de-Calais).

En décidant que la « jungle » de Calais doit avoir plus de points d'eau et de toilettes, qu'un dispositif de collectes d'ordures doit exister le juge des référés a rendu un jugement qui fait du juge administratif un juge protecteur des droits de l'homme.

B. Éléments sur la notion de police administrative en Irak

1. Les dispositions textuelles

Le droit administratif irakien adopte la notion française de police administrative. Les limites posées par le législateur essaient d'équilibrer entre les droits des citoyens et leurs libertés fondamentales d'une part et les droits de la communauté d'autre part²⁹². La constitution irakienne évoque les valeurs constitutionnelles qui protègent l'intérêt général notamment en citant les devoirs de l'État dans la protection du pays et des gens (article 25) et en particulier dans le chapitre premier et deuxième de la première partie de la constitution irakienne de 2005.

²⁹¹ CE, Ass., 19 mai 1933, Benjamin, *loc. cit.*

²⁹² Nabil Abdelrahman Nasereddine, *Les Garanties des Droits de l'Homme et leur protection*, Ed. Al Maktab al Jamii al Hadith, Alexandrie, 2006, p. 155.

Le rôle du législateur est donc de trouver cet équilibre entre les intérêts des gens et de l'État: l'article 38 de la constitution irakienne actuelle évoque un des droits importants à savoir le droit d'exprimer son opinion mais en posant des limites: « l'État garantit la liberté de presse, d'impression, de publicité et d'information (...) à la condition que cela n'enfreigne l'ordre public et la moralité... ».

La loi irakienne protège les droits et libertés des citoyens. La constitution affirme dans son article 5 que « la souveraineté appartient à la loi et le peuple est la source du pouvoir et sa légalité ». Cela veut dire aussi que la règle inférieure doit respecter la règle supérieure et elle ne doit pas la contredire ni dans la forme ni dans le fond²⁹³.

En Irak les actes de gouvernement représentent une occasion pour le juge administratif de faire progresser le champ d'application des Droits de l'Homme et de rendre l'activité réglementaire de l'État plus respectueuse des droits de l'homme. Normalement, la catégorie des actes de gouvernement est hors du champ de compétence du juge²⁹⁴. Mais actuellement le champ de ces principes se rétrécit de plus en plus²⁹⁵. Pour élargir le contrôle sur les actes de l'administration, la jurisprudence irakienne a refusé de juger comme actes de gouvernement des décisions qui par le passé l'étaient bel et bien²⁹⁶. Les actes de gouvernement, qui à l'origine comprenaient toutes les décisions ayant un caractère politique, ne concernent plus actuellement que les actes intéressant les relations du gouvernement avec le parlement et ceux concernant les relations internationales. Citons aussi la non-exécution d'une décision de

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ Cette théorie est d'inspiration française que le juge irakien et arabe a transposé depuis longtemps. V. sur ce sujet la réédition de l'ouvrage de Paul Duez, *Les Actes de gouvernement* (1935), Ed. Dalloz, 2006.

²⁹⁵ Depuis longtemps le juge français assimile à des actes faisant griefs les décrets d'extradition.

qui sont devenus susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, Ass., 28 mai 1937, Decerf, *Rec. CE*, p. 534 ; Ass., 30 mai 1952, Dame Kirkwood, req. n° 16690). Le contrôle du Conseil d'État français sur ce type d'actes n'a cessé de s'accroître.

²⁹⁶ De même, pour le juge français ne sont plus des actes de gouvernement : l'acte du gouvernement français de faire une demande d'extradition à un État étranger : CE, Sect., 21 juillet 1972, Legros, *Rec. CE*, p. 554 ; ainsi que le rejet d'une demande d'extradition présentée par un État étranger : CE, Ass., 15 octobre 1993, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong, req. n° 142578.

justice, les actes intervenant dans le cadre des relations internationales mais qui s'en détachent, les actes de suspension des imprimés ne sont plus considérés comme des actes de gouvernement²⁹⁷. Or, on sait que plus le champ des actes de gouvernement est étroit plus le contrôle du juge administratif est important²⁹⁸. On sait aussi que des actes de police administrative bien répressifs peuvent se cacher derrière la notion d'actes de gouvernement. La pire chose en démocratie et pour les Droits de l'Homme c'est d'empêcher les gens de présenter des recours pour excès de pouvoir. Or les actes de gouvernement sont la belle occasion.

Définissons brièvement la notion des actes de gouvernement: Les actes de gouvernement sont des actes pris par le pouvoir exécutif et qui échappent à tout recours devant quelque juridiction que ce soit. L'immunité juridictionnelle de ces actes est totale : elle concerne à la fois le contentieux de la légalité et celui de la responsabilité. La théorie des actes de gouvernement ne repose sur aucun texte ; elle a un rapport avec la jurisprudence du Conseil d'État. Les auteurs considèrent généralement cette théorie comme une exception, allant en sens interdit : c'est le dernier vestige de la raison d'État²⁹⁹.

Notons que le juge constitutionnel joue un rôle important dans le respect des Droits de l'Homme lorsqu'il invalide des lois qui venaient édicter des actes de gouvernement. Ainsi le juge constitutionnel égyptien dans une décision de 1963 a invalidé une loi qui venait amender l'article 12 de la loi relative au Conseil d'État pour décider que les décisions du président de la République de révocation de fonctionnaires sont des actes de gouvernement insusceptibles de tout recours³⁰⁰. La Cour égyptienne a estimé que l'application de la théorie des actes de

²⁹⁷ Le législateur irakien a adopté des lois interdisant au juge administratif de connaître des actes de gouvernement, notamment les décrets que prend le président de la République: Voir Abdelrahman Nacer, *Les garanties des Droits de l'Homme et leur protection*, almaktab لمكتب الجامعي الحديث , Alexandria, 2006, p. 155.

²⁹⁸ Voir Georges Saad, *Le droit administratif général et le contentieux administratif*, tome 1, Ed. Al Halabi, Beyrouth, p. 89 et s.

²⁹⁹ Fawzat Farhat, *Le droit administratif général*, Publ. Université libanaise, 2012, p. 224.

³⁰⁰ Voir Ali Hady Atia al Hilaliعلي هادي عطية الهلالي , les tendances de la Cour fédérale suprême, Ed. Zain al Houquouqia, Beyrouth, 2011, p, 78.

gouvernement priverait une catégorie de citoyens du droit d'ester en justice et enfreindrait le principe de l'égalité des citoyens devant la loi (en voici la traduction en arabe)³⁰¹.

Ce même principe est énoncé dans une décision du tribunal administratif du Kurdistan qui décide que le recours pour excès de pouvoir est un droit inaliénable des droits de l'homme³⁰².

Au sujet de la liberté personnelle le Conseil d'État égyptien a refusé d'appliquer une loi jugée inconstitutionnelle et contre les Droits de l'Homme qui permettait au président de la République d'emprisonner une personne sans devoir présenter la motivation. Cette décision a été prise par le président de la République égyptienne le 7 septembre 1965 et la loi qui le permettait est la loi numéro 119 de 1964 relative à des mesures concernant la sécurité de l'État. Il faut noter qu'en Égypte et depuis fort longtemps l'exception d'inconstitutionnalité existe et le juge administratif peut refuser d'appliquer la loi qu'il juge inconstitutionnelle comme il l'a fait dans cette décision, alors même qu'en France la question prioritaire de constitutionnalité ne date que depuis 2008.

³⁰¹ أن تطبيق نظرية الأعمال الحكومية هنا إنما يؤدي الى حرمان طائفة من حق التقاضي ويخل بمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القضاء.

³⁰² Décision Ass. Plénière, n° 103, 1-6-2014.

2. Les solutions jurisprudentielles

a) La reprise du triptyque français

Le juge irakien adopte la trilogie de police administrative. Puisque les mesures de police administrative atteignent les libertés publiques elles doivent être soumises à un contrôle efficace de la juridiction administrative et l'administration en matière de police administrative ne bénéficie pas de pouvoir discrétionnaire puisque l'affaire concerne les libertés et les droits fondamentaux³⁰³. Alors le juge administratif examine la mesure prise par l'administration et s'assure de l'existence des motifs et du contexte réel qui a amené l'administration à prendre cette décision afin de sauvegarder l'ordre public.

« La police administrative est une des manifestations générales de l'activité de l'administration, basée sur la protection de l'ordre public et de la société, ce qui permet à l'état d'imposer aux gens plusieurs formes de restrictions. Cette situation a poussé le juge administratif à assurer un respect encore plus grand que celui du juge judiciaire pour les droits des citoyens »³⁰⁴.

Le juge administratif irakien adopte la trilogie française comme composante de la police administrative: Il l'a fait par exemple dans une décision du Conseil d'État de la Région du Kurdistan: « l'État est en droit de prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver l'ordre public dans ses trois composantes: la sécurité, la tranquillité et l'hygiène »³⁰⁵.

Il en est de même dans la décision du Conseil d'État irakien du 29 mai 2008 où il énonce: « une des missions du juge administratif est de prendre en compte les côtés humains,

³⁰³ Hussein Othman Mohamad Othman, *Les fondements du droit administratif*, ED. al Halabi, Beyrouth, 2010, p. 238.

³⁰⁴ Khaled al Said mohammad Hammad, *Les limites du contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية 2^{ème} édition, Ed. Dar al Nahda al Arabya, Le Caire, 2013, p. 665.

³⁰⁵ Décision du 18-6-2013, numéro 69, *Archives du tribunal administratif*, Erbil.

économiques, sociaux et sécuritaires des gens sans qu'il y ait atteinte au sens du texte et de la loi »³⁰⁶.

Dans une décision du Conseil d'État du Kurdistan, le juge réaffirme son adoption de la notion de trilogie de police administrative³⁰⁷. Les requérants du village « Beh laka » avaient présenté leurs demandes pour revenir dans leurs villages conformément à un contrat agricole qui leur permettait de revenir s'installer dans leur village mais leur demande a été refusée par le préfet qui a même ordonné leur arrestation. Ils avaient présenté au départ un recours gracieux qui avait été refusé. Alors le tribunal administratif a décidé d'annuler la décision du préfet puisque les requérants sont en droit de regagner leurs villages, terre de leurs ancêtres. Cependant le préfet a présenté un pourvoi en cassation. Le Conseil d'État après avoir étudié l'affaire en droit a décidé d'infirmer la décision du tribunal puisque « l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application des mesures de police administrative car il est du devoir de l'administration de sauvegarder la salubrité, la sécurité et la tranquillité des citoyens et vu le contexte les requérants ne peuvent regagner leurs villages en ce moment »³⁰⁸.

b) L'adaptation du droit français

i) En matière religieuse

Il reste à faire en Irak au sujet du respect de la liberté de conscience et des libertés religieuses. Certains nouveaux arrêts européens peuvent aider le juge irakien pour que ses décisions soient conformes aux exigences des droits de l'homme. Surtout que les autorités irakiennes font de la discrimination contre les minorités religieuses en Irak comme les chrétiens. Durant le travail, les entreprises irakiennes n'ont aucune difficulté à respecter le culte musulman. Est-ce normal? Certains répondent par la positive car la majorité écrasante

³⁰⁶ Décision du 29-5-2008, *Publications du tribunal de la justice administrative* منشورات محكمة القضاء الإداري, 2009 (ordre chronologique). Voir aussi: Décision du tribunal administratif, numéro 129, *Arrêts et avis du Conseil d'État*, p. 436.

³⁰⁷ Conseil d'État, numéro 69, 18-6-2013, Ass. Plénière, *Recueil du Conseil d'État du Kurdistan*.

³⁰⁸ *Idem*.

des irakiens sont musulmans et l'islam est la religion de l'État. On ne voit pas la même tolérance envers les chrétiens. Mais en matière de respect de la liberté de conscience on ne doit pas admettre les poses de prière durant le travail. La liberté de conscience ne doit pas se transformer en une liberté de pratiques religieuses partout et tout le temps. Même la Cour de justice de l'Union Européenne recule (récemment) au niveau du respect de la liberté de conscience en faveur de la laïcité.

Il s'agit d'une toile de fond que nous soutenons à savoir la position laïque de la Cour. Nous espérons que le juge administratif irakien adoptera des positions aussi laïques dans un pays meurtri par dissensions religieuses.

ii) En matière d'État d'urgence

L'état d'urgence en Irak offre l'occasion aux autorités de prendre des décisions répressives ne respectant pas les Droits de l'Homme et par là même l'occasion pour le juge administratif de protéger les intérêts des citoyens.

L'article 3 de la loi irakienne relative à la déclaration de l'état d'urgence autorise le chef du gouvernement à décréter des mesures restrictives des libertés des citoyens dans leur circulation, réunion, manifestations, port d'arme, liberté de la presse, etc³⁰⁹.

Durant l'état d'urgence les autorités peuvent aussi inspecter les colis postaux, les communications et imposer des mesures restrictives sur les associations, sociétés commerciales, magasins, syndicats, etc³¹⁰.

L'article 4 de cette loi énonce des pouvoirs en 12 alinéas :

1. Droit de réquisition qui portent sur les personnes et les biens: limitation du droit de propriété et atteinte aux libertés de la personne physique.

³⁰⁹ Voir la loi irakienne sur l'état d'urgence numéro 1 de 2004. L'application de cette loi a été suspendue en 2008 après le rétablissement de la situation sécuritaire. Avec la nouvelle constitution de 2005 l'état d'urgence est décrété par le parlement (article 61) et le délai pour la validation est de 30 jours renouvelable. Dans la région du Kurdistan la déclaration de l'état d'urgence est de la compétence du chef de la Région.

³¹⁰ JO N°65, 14.8.1907, pp. 1260-1262.

2. Inspection des domiciles de jour et de nuit
3. Recherche des armements et des munitions (perquisitions).
4. L'autorité militaire peut décider l'imposition d'amendes collectives.
5. Elle peut décider également l'éloignement des suspects.
6. Possibilité d'instituer des "zones de défense et des zones de sûreté" dans lesquelles le séjour est soumis à un règlement spécial.
7. L'assignation à résidence des personnes qui, par leurs activités, constituent une menace pour la sécurité publique.
8. Interdiction des réunions contraires à l'ordre public.
9. Droit d'ordonner, provisoirement, la fermeture des salles de spectacles et tous les autres lieux de rassemblement.
10. Instauration du couvre-feu.
11. Interdiction des publications contraires à l'ordre public (qui comportent une menace) et l'autorité militaire peut instituer une censure sur tous les moyens d'expression.
12. Application des règlements militaires relatifs aux opérations de guerre lors des transports des troupes et l'utilisation des armes et matériels.

En outre en état d'urgence les autorités peuvent demander l'aide des forces des Nations-Unies conformément à la Résolution 1546 de 2004³¹¹.

Malgré ces larges compétences la juridiction administrative garde son importance puisque le juge administratif peut annuler les décisions que prend l'autorité politique³¹². Précisons que le juge administratif bénéficie de larges pouvoirs parce qu'il s'appuie non seulement sur les dispositions de l'état d'urgence, mais aussi sur la théorie "des circonstances exceptionnelles qui est une notion plus large que l'état d'urgence car ce texte est précis et limitatif »³¹³.

En France la position du Conseil d'État français fut favorable aux libertés publiques lorsqu'il a refusé dans sa réponse à un avis demandé la prorogation des mesures exceptionnelles restrictives des libertés après l'expiration de l'état d'urgence et a demandé au

³¹¹ Voir Mohamad Said Majzoub, *La théorie générale des droits de l'homme*, Almouassasa al haditha, Liban (pas d'année de publication), p. 196 et s.

³¹² Fawzat Farhat, *Le droit administratif général*, Bibliothèque Université libanaise, p. 78.

³¹³ *Idem*.

gouvernement de proroger l'état d'urgence. Nous parlons ici de l'état d'urgence qu'a décrété l'État français suite aux attentats du 13 novembre 2015. Citons une partie de cet avis: « L'objectif poursuivi pourrait être plus simplement atteint par l'adoption d'une loi prorogeant une nouvelle fois l'état d'urgence, tout en adaptant les mesures susceptibles d'être prises à ce qui est exigé par les circonstances »³¹⁴.

SECTION 2. LA POLICE DE L'ÉLOIGNEMENT DES ÉTRANGERS

La question de l'éloignement des étrangers sera étudiée dans cette dernière section. Le rapport est étroit bien entendu avec les Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable. Il existe une ambivalence intrinsèque à l'expression : le droit des étrangers désigne à la fois les normes juridiques régissant l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire national, mais aussi les droits et les libertés des étrangers face à l'Administration. Et en Irak malgré le fait que le recours pour excès de pouvoir est garanti par la constitution et les lois il y a des lacunes graves au niveau de l'application et de l'effectivité (A) ; puis nous exposerons le contrôle de proportionnalité en matière de police administrative et sans doute ne pourra-t-on pas ne pas s'arrêter devant l'arrêt Benjamin dont exposons la version originale. Cette conférence que Monsieur Benjamin devait tenir est devenue tout une histoire en droit administratif. Signalons que dans beaucoup d'arrêtés irakiens il est signalé comme une référence essentielle. Il sera question aussi de la décision du Conseil constitutionnel français du 13 août 1993 « Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France » affirmant « qu'aucun principe non plus, qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national (B).

A. Étude comparée du droit français et irakien applicable à l'éloignement des étrangers

³¹⁴ *Le Monde* 12 décembre 2015.

Une des questions importantes qui sont posées actuellement est la question de l'éloignement des étrangers (ou de reconduite à la frontière). Avec la mondialisation et l'ouverture des frontières et l'accroissement des relations de toutes sortes entre les pays du monde on a dû adopter des textes législatifs et réglementaires pour organiser l'entrée et la sortie des étrangers afin attirer les investisseurs et les travailleurs.

Mais malgré tout le progrès réalisé sur le plan des relations internationales le principe de la souveraineté reste très solide, ce qui restreint la liberté de circulation entre les pays. Cela nous oblige à reposer la question de l'équilibre entre la souveraineté de l'État et les exigences de la solidarité internationale dans le but de trouver une formule qui garantit la stabilité de l'État tout en s'intégrant dans les changements et évolutions au niveau international³¹⁵.

Le juge administratif joue un rôle important dans ce domaine. Principal juge de l'immigration en droit interne, son contrôle s'exerce dans le cadre du contentieux des actes de police administrative en prévention des atteintes à l'ordre public.

Le droit des étrangers se définit par une ambivalence intrinsèque à l'expression : le droit des étrangers désigne à la fois les normes juridiques régissant l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire national, mais aussi les droits et les libertés des étrangers face à l'Administration. Comme le souligne Vincent Tchen, en France « depuis la IIIe République, le droit des étrangers prend la forme presque exclusive d'une police administrative spéciale qui ambitionne de sauvegarder l'ordre public par un contrôle de l'accès au territoire national et un encadrement du séjour des ressortissants étrangers»³¹⁶.

Quels sont les problèmes posés par l'éloignement des étrangers en droit français (1) et irakien ? (2).

1. Le droit français applicable

a) Les sources du droit des étrangers

³¹⁵ Bachir Mogamad Taher Omar, *L'éloignement des étrangers à la lumière des exigences des droits de l'homme*, Mémoire Master, Université Dohok-Kurdistan, 2014, p. 42.

³¹⁶ Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, Ellipses, 2011.

Il n'existe pas de « droit des étrangers » en France à proprement parler avant la III^e République, c'est-à-dire avant la révolution industrielle qui engendre la nécessité de l'intervention de l'État : la loi du 9 août 1893 institue le registre d'immatriculation des étrangers, ancêtre des titres de séjour actuels. En 1924, les organisations patronales, avec l'accord du gouvernement, créent la société générale de l'immigration (SGI) qui assure le recrutement des travailleurs étrangers et la loi du 11 août 1926 met en place une réglementation du travail des étrangers. La crise économique des années trente entraîne un premier reflux : la loi du 10 août 1932 limite l'emploi des étrangers en France et la période de vichy sera marquée par une réglementation fondée sur la discrimination et l'exclusion.

Avec la loi du 26 février 1992 (modifiant l'ordonnance de 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers) la reconduite a changé de nature puisqu'elle peut désormais intervenir lorsqu'un étranger a fait l'objet d'une mesure de signalement au système d'information Schengen, tendance qui sera renforcée par la loi du 24 août 1993 et les récentes lois « Sarkozy » (2003-2006) relatives à la maîtrise de l'immigration qui étendent considérablement l'applicabilité de la reconduite à des hypothèses de menace à l'ordre public. Ainsi la reconduite à la frontière doit être entendue comme une mesure de police administrative qui vise à éloigner du territoire français un étranger qui y est entré ou qui s'est maintenu dans des conditions irrégulières au regard de la législation sur l'entrée et le séjour.

Désormais, le droit des étrangers comporte différentes sources normatives : les constitutions, les conventions internationales et en Europe surtout la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950, ainsi que les lois et les règlements de l'ordre juridique interne. Dans le but de rationaliser ce droit face à ses sources multiples, le droit des étrangers en France a fait l'objet d'une codification par l'entrée en vigueur du CESEDA le 1^{er} mars 2005, instauré par l'ordonnance du 24 novembre 2004.

Il en ressort que le préfet ne peut ordonner l'éloignement du territoire d'un étranger que si celui-ci se trouve dans l'un des cas de reconduite légalement prévus. Toutefois, si la reconduite à la frontière intervient à titre principal pour « sanctionner l'irrégularité de l'entrée ou du séjour de l'étranger en France, la loi du 24 août 1993 et ultérieurement les lois Sarkozy ont ajouté des hypothèses nouvelles tenant à la menace contre l'ordre public. L'article 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers prévoit huit cas dans lesquels un étranger peut faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière.

En revanche, certaines personnes ne peuvent faire l'objet de mesures de reconduite à la frontière, Citons quelques cas:

1° l'étranger mineur de dix-huit ans ;

2° l'étranger qui justifie par tous moyens sa résidence habituelle en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans ;

3° l'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans, sauf s'il a été, pendant toute cette période, titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » ;

Dans tous les cas l'étranger qui fait l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière peut demander l'annulation devant le tribunal administratif.

b) Le contentieux du droit des étrangers devant le juge administratif

Selon Xavier Vandendriessche, le juge administratif « est directement placé au cœur des paradoxes et des ambiguïtés du droit des étrangers »³¹⁷. Cette tension interne au rôle du juge administratif national dans le droit des étrangers s'explique par le statut particulier de l'étranger en droit public français mais aussi en Irak et dans tous les pays pourvu que le système accepte l'entrée et le séjour des étrangers.

La décision du Conseil constitutionnel français du 13 août 1993 «Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France» stipule «qu'aucun principe non plus, qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques »³¹⁸.

³¹⁷ Xavier Vandendriessche, *Le droit des étrangers*, Dalloz, 2012.

³¹⁸ Site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1993/93-325-dc/decision-n-93-325-dc-du-13-aout-1993.10495.html>.

Le juge administratif national occupe donc une place centrale dans le droit des étrangers : celui-ci veille à la fois à l'effectivité du principe de légalité par son contrôle des actes de l'Administration, au maintien de l'ordre public avec la nécessité d'appliquer ce droit et son caractère répressif, tout en garantissant les droits et libertés des étrangers.

Pour certains auteurs les décisions de l'éloignement des étrangers devraient être des actes de gouvernement insusceptibles de recours pour excès de pouvoir. Mais pour d'autres ces décisions tout simplement sont des décisions administratives en vue de sauvegarder l'ordre public même lorsque ces décisions se basent sur des décisions juridictionnelles. L'administration reste soumise au contrôle du juge lorsqu'elle prend des décisions d'éloignement d'étrangers.

En ce qui concerne les conditions de recevabilité, il convient de distinguer les conditions relatives à la décision attaquée, les conditions relatives au requérant et les conditions relatives à la requête.

Les requêtes dirigées contre les arrêtés de reconduite à la frontière peuvent être présentées sans ministère d'avocat (CJA, art. r. 776-5). Le même article prévoit que l'étranger peut, dès le dépôt de sa requête, demander qu'un avocat soit désigné d'office. Le président du tribunal administratif en informe aussitôt le bâtonnier de l'ordre des avocats près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel se tiendra l'audience.

L'état est représenté en défense par le préfet qui a pris l'arrêté attaqué (CJA, art. r. 776-8). Le même article dispose que dès le dépôt de la requête, le président du tribunal administratif lui transmet la copie de celle-ci et les pièces qui y sont jointes.

Concernant l'intérêt à agir : seul l'étranger qui fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière justifie d'un intérêt direct lui donnant qualité pour en demander l'annulation au juge. Ainsi, la requête présentée par la concubine d'un étranger frappé d'un arrêté de reconduite est irrecevable. Il en va de même pour le conjoint de l'étranger.

2. Le droit irakien applicable aux éloignés

En Irak le recours pour excès de pouvoir est garanti par la constitution et les lois³¹⁹ et ce droit est garanti par les conventions internationales. Un rapport étroit existe entre ce droit et le principe de l'indépendance de la magistrature adopté par les Nations-Unies en 1985 et l'obligation pour les juridictions de juger les affaires sous peine de commettre le déni de justice.

Dans le domaine de l'éloignement des étrangers le droit de recours est une garantie importante pour l'étranger, ce qui assure qu'en Irak l'acte d'éloignement est un acte administratif et non un acte de gouvernement³²⁰.

Ainsi donc l'étranger contre lequel une décision d'éloignement a été prise peut présenter un recours pour annuler cette décision qu'il considère comme illégale³²¹.

En Europe sont nombreuses les associations qui défendent les étrangers, objet de décisions d'éloignement. Ces associations offrent leurs aides sur leur sites électroniques³²².

Malgré l'attitude acceptable de la loi irakienne en matière d'éloignement des étrangers celle loi reste assez dure. Et beaucoup d'associations luttent pour que l'administration applique au moins les textes. Nous nous contentons ici de citer quelques articles de la loi irakienne sur l'éloignement des étrangers:

Article 14 : Les préfets des régions limitrophes des frontières et les directeurs généraux dans les autres régions peuvent ordonner l'éloignement de tout étranger entré dans le pays de manière illégale³²³.

³¹⁹ L'article 19 de la Constitution d'Irak dispose que le droit de recours est garanti pour tous et la clause 6 de cet article énonce que tout individu a le droit de recevoir un traitement équitable devant les procès.

³²⁰ Voir Arrêt du tribunal de la juridiction administrative (ou haut tribunal administratif), du 8-4-1952, Ed. TJA, p. 807. Cité par Housammedine Fathi Nasef, *La situation des étrangers*, Dar al Nahda al Arabya, 2010, p. 148.

³²¹ Voir Younes Bani Younes, *La situation juridique des étrangers en Jordanie*, compte d'auteur, p. 172-173.

³²² Nous lisons ceci sur le site d'une de ces associations :

³²³ Traduction de cet article en arabe :

لمحافظي المحافظات المجاورة للحدود وللمدير العام في المحافظات الاخرى، ان يأمروا باخراج اي اجنبي يدخل اراضي جمهورية العراق بصورة غير مشروعة.

Article 16 : En cas d'impossibilité d'éloigner un étranger ou lorsqu'il est apatride le ministre peut limiter sa résidence jusqu'à la possibilité de son éloignement du territoire irakien.

Article 17 : Lorsqu'il s'avère impossible d'éloigner l'étranger de l'Irak et lorsque cette personne présente un certain danger le ministre peut ordonner son emprisonnement de manière temporaire jusqu'à ce qu'il devienne possible de l'éloigner.

Article 18 : La décision d'éloignement peut englober les membres de la famille de la personne éloignée dont il s'occupe de leur entretien et dans ce cas il faut les citer dans la décision.

Article 19 : Le ministre peut décider l'éloignement de l'étranger contre qui un jugement a été prononcé et qui conseille son éloignement.

Article 20 : L'étranger qui était objet d'éloignement du territoire irakien ne peut plus y retourner sauf décision du ministre et une fois toutes les conditions prévues par la loi sont réunies.

En Irak sont nombreux les auteurs qui estiment que les décisions d'éloignement des étrangers sont des actes de gouvernement³²⁴. Nous pensons que ces décisions doivent être considérées comme de simples actes administratifs pour les raisons suivantes :

Le législateur irakien dans les articles 5 et 7 du statut du Conseil d'État a déterminé nommément les actes de gouvernement et certains actes pris par le président de la République mais la décision de l'éloignement ne figure pas parmi ces actes nommés limitativement³²⁵.

Nous ne trouvons pas dans la loi irakienne un mode déterminé de recours contre les décisions d'éloignement et c'est pourquoi il faut appliquer la règle juridique selon laquelle « l'absolu s'applique dans l'absolu³²⁶ » المطلق يجري على إطلاقه ce qui veut dire que les décisions d'éloignement doivent recevoir les recours pour excès de pouvoir.

³²⁴ Fouad abd Elmenem Riad, *De la nationalité et des places des étrangers* الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب, ED. Dar al Nahda Alarabya, 1984, p. 357.

³²⁵ Voir les articles 11 et 15 de la loi irakienne sur le séjour des étrangers.

³²⁶ Adage juridique irakienne que nous traduisons littéralement.

Mais il y a certains systèmes juridiques qui ont suivi un autre chemin parce qu'ils ont estimé que les décisions d'éloignement sont obligatoires et donc ne doivent pas recevoir des recours pour excès de pouvoir, surtout quand elles sont prises suite à des condamnations pénales : c'est le choix du code pénal des Émirats arabes unis³²⁷.

B. Étude comparée du contrôle de proportionnalité opéré en matière de police des étrangers

L'arrêt Benjamin est en soi une forteresse : l'administration ne doit prendre que des mesures proportionnées surtout en matière des libertés fondamentales (A) et on a déjà signalé que le juge irakien s'y réfère et parfois, nous le dirons ici, de manière anarchique, à savoir qu'il verse parfois dans la surenchère (B).

1. Le contrôle de proportionnalité opéré par le juge administratif français

a) L'état de la jurisprudence

i) L'arrêt fondateur : l'arrêt Benjamin

Il est impossible de commencer une étude de la proportionnalité en droit administratif même irakien sans débiter par l'arrêt français Benjamin, déjà signalé dans le deuxième chapitre de notre thèse. Rappel des faits : René Benjamin devait donner une conférence à Nevers mais le personnel de l'enseignement laïc convia à une contre-manifestation en raison des invités conviés. À la suite de cette campagne, le maire prit un arrêté interdisant la conférence, car elle était de nature à troubler l'ordre public³²⁸.

M. Benjamin déféra au Conseil d'État l'arrêté en invoquant à la fois la violation de la liberté de réunion garantie par les lois de 1881 et de 1907 et l'excès de pouvoir. Cet arrêt a

³²⁷ Voir l'article 1-121 de la loi Emirati sur l'éloignement des étrangers.

³²⁸ Voir un ouvrage général sur la question de proportionnalité : Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative française*, Thèse Aix-Marseille 1990.

contribué à faire évoluer le droit administratif et tout l'intérêt réside dans la nécessité pour l'administration de concilier deux libertés fondamentales toutes deux garanties mais qui se révèlent ici contradictoires: la liberté de réunion et le maintien de l'ordre public qui lui incombe.

Il en est ressorti que l'ordre public n'est pas un motif justifiant la négation ou la limitation abusive des libertés publiques essentielles, en plus du fait que la liberté de réunion est l'une des libertés les mieux garanties³²⁹.

Cet arrêt a mis en exergue un nouveau principe de contrôle, celui de la proportionnalité, qui n'a plus besoin d'être prouvé aujourd'hui puisqu'il a été repris ultérieurement dans de nombreuses affaires. Le juge mesure d'abord l'ampleur de l'atteinte à l'ordre public susceptible d'être portée par le fait en cause qui justifie une mesure de police. La plupart du temps, la menace est bien réelle et ce n'est pas là l'enjeu essentiel.

ii) Les évolutions ultérieures

- La prise en compte des circonstances de fait

Le Conseil d'État français a fait preuve du même libéralisme dans des cas relativement voisins, comme l'arrêt Bujadoux de 1937 qui prend en compte dans son évaluation le climat politique de l'époque.

Le principe de proportionnalité existe indirectement dans des arrêts sur les circonstances exceptionnelles³³⁰. Le juge administratif effectue son contrôle en tenant compte des circonstances de l'espèce, du rapport des forces en présence et du climat politique du moment.

Ce qui a trait à la liberté de réunion en premier lieu s'est par la suite étendu à la liberté de presse³³¹: le Conseil d'État admet que l'interdiction de la vente du journal aurait pu être justifiée dans les endroits où elle était de nature à aggraver le désordre. Il faut noter qu'à partir

³²⁹ Les Libertés publiques sont placées dans le bloc de constitutionnalité depuis 1971 (v. CC 44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, *Recueil CC*, p. 29).

³³⁰ CE, 28 juin 1918, Heyries, *Rec. CE*, p. 651 et CE, 28 février 1919 Dame Dol et Laurent, *Rec. CE*, p. 208.

³³¹ CE, 8 avril 1935, Action Française, *Rec. CE*, p. 1226.

des années 50, le Conseil d'État français inclut dans la notion d'ordre public le critère de moralité comme nous allons le voir plus tard.

De même, un contrôle de proportionnalité a pu être effectué par rapport à la liberté du commerce et de l'industrie³³².

Avec l'arrêt Maspero en 1973 le Conseil d'État a généralisé le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation pour encadrer le pouvoir de l'Administration. Ensuite, l'arrêt Ekin en 1997 étend réellement le pouvoir du juge en procédant à un contrôle entier. Il va mesurer la proportionnalité en ce qui concerne la diffusion d'un ouvrage intitulé *Le pays basque en guerre*)³³³.

Avec les lois françaises du 2 mars 1982 et du 30 juin 2000 il y a eu une réelle garantie de la protection des libertés. On applique en France désormais le principe du contradictoire avant d'édicter toute mesure restrictive à la liberté d'expression et cela a été élargi à la dissolution d'associations et les écrits de provenance étrangère³³⁴.

La loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, permet au juge d'ordonner le sursis à l'exécution de l'acte d'une autorité locale qui "est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle" dans les 48h qui suivent la saisine du préfet.

³³² CE, Ass, 22 juin 1951, Daudignac, *Rec. CE*, p. 362 : interdiction de photographier les passants sur la voie publique au motif que cela était contraire à la liberté d'aller et venir des passants. Il est seulement possible d'interdire la photographie des passants lorsque cela se fait contre leur volonté.

³³³ Consulter le dossier : « Le juge et les libertés publiques », *RFDA* novembre-décembre 2003, p. 1074-1084.

³³⁴ L'un des principaux reproches faits au contrôle du juge était la lenteur des délais de jugements. Pour l'affaire Benjamin, le jugement a été rendu 3 ans après l'interdiction et l'indemnité est survenue 5 ans après. Seule une décision du juge ordonnant le sursis à l'exécution de la décision attaquée est en mesure de renforcer efficacement le contrôle de la légalité. Et c'est un bon enseignement pour l'Irak qui doit justement améliorer sa justice en référé.

Enfin, ce contrôle de proportionnalité a également été transposé en 1980³³⁵ en ce qui concerne l'examen de la légalité du règlement intérieur d'une entreprise. Le Conseil d'État a ainsi recherché si l'atteinte apportée à la liberté des salariés de l'entreprise était justifiée au regard des finalités légitimes d'un règlement intérieur en faisant un raisonnement proche de celui adopté dans l'arrêt Benjamin, en posant le principe que le "règlement intérieur ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne sont pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

Le Conseil d'État a rappelé à l'administration que son pouvoir n'était pas discrétionnaire en posant les règles jurisprudentielles qui définissent les exigences de la légalité. Le juge administratif contribue par ce biais à la protection nécessaire des droits de l'homme.

La question de proportionnalité est en rapport direct avec celle du pouvoir discrétionnaire. Citons encore la jurisprudence française pour dire que l'évolution récente nous montre que le juge administratif français fait appel de plus en plus au contrôle de proportionnalité. Ainsi Anaïs Planchard estime que Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons³³⁶ :

Le Conseil d'État a rendu le premier juin 2015 une décision très brève, mais non moins particulièrement attendue par les défenseurs des droits des prisonniers. La haute juridiction administrative a été saisie par un détenu de la maison centrale de Clairvaux, placé en cellule disciplinaire pendant vingt-cinq jours après son passage en comité de discipline. Comme stipulé par les textes, celui-ci avait contesté cette sanction devant la Direction interrégionale des services pénitentiaires de Dijon et a saisi le tribunal administratif qui avait rejeté son recours. En appel, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé ce jugement pour irrégularité mais a néanmoins rejeté la demande du requérant. Mais c'est en cassation que le Conseil d'État annule la sanction après avoir estimé qu'il y a une disproportion entre la mesure et le fait à l'origine de la sanction.

³³⁵ CE, Sect., 1^{er} février 1980, *Ministre du travail c/ société « peintures corona »*, req. n° 06361.

³³⁶ Anaïs Planchard, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons », *La Revue des droits de l'homme*, juillet, 2015.

- La constitutionnalisation du principe de proportionnalité ?

Depuis l'arrêt Benjamin le contrôle de proportionnalité a eu une grande postérité, et certains se sont demandé si l'on pouvait légitimement se demander, au regard de son utilisation quasi-systématique par le Conseil constitutionnel, si la proportionnalité constitue désormais un principe « à valeur constitutionnelle ».

Selon le « Vocabulaire juridique » de Cornu, la proportionnalité, outre la définition courante, permet, en matière contentieuse, d'observer une juste mesure dans un conflit de règles de même valeur. Il s'agit de mettre en balance « concrètement les conséquences qui découleraient de l'application de chacune des règles, afin de faire prévaloir en l'espèce, la règle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence. » Ce principe se retrouve quasiment partout dans les ordres juridiques européens, et en ce sens, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de Justice des Communautés Européennes l'ont repris dans le cadre des litiges présentés devant eux.

Cette utilisation généralisée, tant en Europe que dans l'ordre interne français, démontre l'importance du rôle que joue désormais la proportionnalité dans les contentieux.

Il faut rappeler que le contrôle de proportionnalité a d'abord été précédé d'une idée de proportionnalité lato sensu que l'on peut retrouver notamment dans le principe de proportionnalité des délits et peines, principe directeur pour le législateur en matière répressive, et dont on peut trouver le fondement dans l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789³³⁷. L'idée de proportionnalité rejoint en ce sens l'idée de droits fondamentaux : très globalement, il s'agit de concilier la politique, la puissance étatique³³⁸, l'intérêt général, avec les droits fondamentaux de chacun.

337 « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

338 « L'arbitraire » diraient les défenseurs d'une société civile plus forte ».

Le contrôle de proportionnalité n'est pas tout récent. Le juge constitutionnel, l'appliquant d'abord plus timidement que le juge administratif en a fait une application de plus en plus poussée³³⁹.

Ce contrôle en trois étapes se décomposent ainsi:

Un contrôle d'adéquation, ou d'aptitude, par lequel il recherche si la mesure est appropriée.

Un contrôle de la nécessité, par lequel il recherche si le contrôle n'excède pas ce qu'exige la réalisation du but poursuivi.

Enfin un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*.

En 1971, le Conseil Constitutionnel consacre, dans sa décision « Liberté d'association », un bloc de constitutionnalité sur lequel il base sa jurisprudence. Ce bloc comprend différentes composantes relatives aux libertés fondamentales et parmi elles, il y a la catégorie des principes de « valeur constitutionnelle », qui se distingue des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et des principes qui ont une base textuelle expresse. Au sein de cette catégorie se trouve notamment la liberté d'aller et venir et le droit du citoyen à la continuité du service public. Cela signifie que l'absence même de textes n'interdit pas que le Conseil Constitutionnel consacre le principe de proportionnalité.

Dans un arrêt de 2007³⁴⁰, le Conseil constitutionnel juge que « le législateur a adopté une mesure propre à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le droit à une vie familiale normale, le respect de la vie privée de l'enfant et du père et la sauvegarde de l'ordre public, qui inclut la lutte contre la fraude ». Dans le même sens, il juge

339 CC 562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *Rec. CC*, p. 89. Le juge constitutionnel français effectue des contrôles généralement moins poussés que les juges espagnols et allemands, très fermes sur les limitations des droits fondamentaux (pour des raisons historiques). Cela a été démontré dans Bousta (R.), « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *Revue internationale de droit comparé*, n°4, 2007, P. 859. De surcroît, le juge français ne semble pas encore prêt à appliquer ce contrôle en trois étapes pour toutes ses décisions relatives aux droits fondamentaux: Goesel-Le Bihan (V.). « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *in Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007.

³⁴⁰ CC 557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *Rec. CC*, p. 360.

dans un arrêt de 2006³⁴¹ que l'atteinte au droit à mener une vie familiale normale n'est pas disproportionnée au regard de la sauvegarde de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle. Cependant, à la différence de l'arrêt de 2007, le juge ne relève pas ce qu'inclut l'ordre public et ce qui intéresserait l'espèce.

Le contrôle de proportionnalité opéré par le Conseil Constitutionnel est généralement restreint et argumenté de manière concise. Le Conseil constitutionnel français n'explique pas comment il a effectué ce contrôle et comment il a jugé qu'il n'y avait pas « d'atteinte manifestement disproportionnée »³⁴². Est-ce que cela veut dire qu'il n'y a pas encore de constitutionnalité du principe de proportionnalité ?

Ainsi, selon le Professeur E. Picard : « par une postulation du droit fondamental, les pouvoirs et les autorités publiques ne pourraient limiter les droits et libertés au-delà de ce qui paraît nécessaire à leur sauvegarde : s'il peut donc y avoir des restrictions excessives par rapport à ce qu'exige l'ordre public, c'est que l'ordre public articulé aux droits fondamentaux engendre un principe de proportionnalité. Et ce principe est de droit fondamental, en cela qu'il n'est pas nécessaire, pour le fonder de le trouver dans un texte constitutionnel ou dans un texte législatif : il s'impose lui aussi compte tenu du sens de ces droits et du sens de leurs exigences, dont la portée fondamentale doit prévaloir avec ou sans texte : dans un tel contexte, la proportionnalité est-elle aussi une donnée de la raison fondamentale³⁴³. » Comme nous l'avons déjà dit c'est aussi une affaire de contexte de lieu et de temps : une attaque folle et sauvage comme celle de Nice du 14 juillet 2016 va durcir le contrôle sur les gens et justifier des mesures répressives.

Alors qu'avec la réforme constitutionnelle de 2008, et la loi organique de 2009 qui fixe les modalités de la question de constitutionnalité que pourront poser les justiciables, on a pu

³⁴¹ *Idem.*

³⁴² M. Morange explique que « la question à laquelle le Conseil constitutionnel n'a jamais répondu est la suivante : en quoi un contrôle d'identité permet-il de prévenir une atteinte à l'ordre public ? ». « Les vérifications d'identité », *AJDA*, 20 janvier 1981, n°6, p. 288.

³⁴³ E. PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M. REDOR, « L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? », *Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 17 et notam. p. 49.

penser légitimement que le Conseil constitutionnel va aller dans le sens d'un contrôle plus dur de l'administration ce qui aurait pu amener à la consécration de la valeur constitutionnelle du principe de proportionnalité.

b) L'adage « la liberté est la règle, la restriction de police, l'exception »

Il faut garder à l'esprit une certaine philosophie énoncée dans la formule du commissaire du gouvernement Corneille dans l'affaire Baldy en 1907 puis souvent reprise par la suite : « la liberté est la règle, la restriction de police, l'exception » et qui est invoqué souvent par le juge administratif irakien.

De quoi s'agit-il dans cet arrêt ?

Le jugement Baldy est un fameux jugement rendu par le Conseil d'État français le 10 août 1917. Ce jugement est célèbre tant en droit administratif qu'en matière des libertés publiques car il énonce le principe selon lequel la liberté est le principe, et mesure de police est l'exception.

Le 6 juillet 1915, le préfet de l'Hérault prend un arrêté réglementaire interdisant "l'exposition et la vente de drapeaux et insignes aux couleurs nationales de tout emblème", exécutant ainsi l'ordre du ministre de l'Intérieur. Il s'agit donc d'un acte administratif unilatéral destiné à régir le comportement d'une ou de plusieurs personnes désignées de manière abstraite ou non explicitement.

Sieur Baldy présente un recours contentieux pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif qui a rejeté sa demande. Il en appelle donc au Conseil d'État. Dans son arrêt du 17 août 1917, le Conseil d'État se prononce donc sur la question de la légalité de l'arrêté rendu par le préfet de l'Hérault sur ordre du ministre de l'Intérieur.

Il faut savoir que tous les moyens invoqués par monsieur Baldy contre l'ordre du préfet d'Hérault sont successivement rejetés, mais il y en a un qui le Conseil d'État retient : le décret édicte une interdiction générale et absolue, la plus haute restriction aux libertés, et pour le Conseil d'État c'est illégal.

Les mesures de police étant l'exception au principe de liberté, elles doivent être limitées. Cette limitation peut recouvrir plusieurs aspects: elles peuvent être limitées par leur champ

d'application, elles peuvent être limitées dans le temps ou dans l'espace. Pour être légal, le décret aurait dû avoir un champ d'application spéciale et exceptionnelle.

Pour justifier, par exemple, une intervention préventive, il faut que la menace à l'ordre public soit exceptionnellement grave. Ainsi, le maire aurait pu faire intervenir d'autres moyens moins répressifs pour préserver l'ordre public qui auraient permis la tenue de la conférence.

2. Le contrôle de proportionnalité du juge irakien

Beaucoup d'auteurs irakiens ont analysé cette situation, savoir dans quelle mesure le juge administratif peut contrôler les dépassements de l'administration de son pouvoir. Pour Toaima al Jaraf³⁴⁴ le juge supervise les décisions de l'administration en ce qui concerne les motifs et le but qu'elle vise à prendre.

Par conséquent, la circonstance exceptionnelle, quelle que soit la nature de la guerre ou des catastrophes naturelles, ne rend absolument pas l'administration capable de prendre toute décision. Elle est toujours soumise au contrôle du juge, même dans les circonstances exceptionnelles, alors comment serait-il en temps de calme où toute interdiction générale et absolue est bannie³⁴⁵.

Si les tribunaux administratifs irakiens ont eu la possibilité de déterminer les paramètres de la théorie des circonstances exceptionnelles et du contrôle du juge et s'ils pas eu le temps encore de juger des cas comme dans l'affaire Baldy nous savons que cela va arriver puisque la société irakienne évolue très vite et puisque le droit irakien est très influencé par le droit français.

- a) L'audace du juge irakien
 - i) Le contrôle des motifs, un contrôle de proportionnalité déguisé

³⁴⁴ Toaima al jaraf, al qadaa al idari, dar al nahda, Bagdad, 2009, p. 212.

³⁴⁵ Voir à ce sujet: Mahmoius Mohamad Hafez, al qada al idari fil qanoun al masri, dar al nahda al arabye, tome 1, 1993, p. 14.

« Le juge administratif irakien en matière de police administrative apprécie les motifs évoqués par l'administration et la proportionnalité entre sa décision et les faits³⁴⁶. Dans le vocabulaire des tribunaux administratifs irakiens il y a, nous le pensons, une confusion entre opportunité et proportionnalité, selon M. Yacoub³⁴⁷.

Les tribunaux irakiens imposent leur contrôle de la proportionnalité surtout dans le domaine des libertés publiques entre la dureté de la décision prise et les faits matériels qui ont poussé l'administration à prendre cette décision³⁴⁸. Les juristes irakiens considèrent que le juge administratif préfère parler de contrôle sur les motifs du recours et non de proportionnalité même si au fond il contrôle la proportionnalité alors que le juge constitutionnel irakien évoque volontiers la proportionnalité³⁴⁹.

Nous avons vu dans notre exposé de certains arrêts irakiens que le juge administratif irakien rend de plus en plus de décisions courageuses respectueuses des Droits de l'Homme ou plutôt de certains Droits de l'Homme. Il est loin d'arriver au courage et à l'objectivité du juge administratif français. Prenons l'exemple de l'affaire « Burkini » : Un arrêté pris par la ville de Cannes a été validé par un tribunal administratif mais le Conseil contre l'islamophobie en France (CCIF) a déposé un recours devant le Conseil d'État. La plus haute juridiction administrative est donc appelée à se prononcer en urgence. Pour le CCIF, l'arrêté « porte préjudice aux libertés individuelles » et est « discriminatoire, puisqu'il vise spécifiquement les femmes musulmanes, les désignant pour cibles et les amalgamant avec des groupes terroristes, sous couvert d'une laïcité dévoyée ». Plusieurs associations, comme la Ligue des Droits de l'Homme ou encore SOS Racisme, dénoncent également cette interdiction (Yahoo.fr, 17-8-2016).

³⁴⁶ Yacoub Yousef al Hamadi, *La justice et le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, ED. Manchat al Maaref منشأة المعارف . Alexandrie, 2012, p. 438.

³⁴⁷ *Idem.*

³⁴⁸ Abdel Ghani Basiouni Abdallah, *La juridiction administrative*, ED. Dar al Nahda al Arabya, 2011, p. 67. Cité in Yacoub Yacoub al Hamadi, *Idem.*

³⁴⁹ Mokhles Mahmoud Husein, *Le conseil constitutionnel irakien : naissance, fonctionnement. Contrôle*, Thèse, Université Saint Joseph, 2016, p. 198.

Voir aussi pour une vue générale : Isam Said Abd Ahmad, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois : Étude comparée*, Al MOUassasa al Haditha lilkotob, Le Caire, 2013.

En effet, le Conseil d'État a suspendu l'arrêté interdisant les tenues religieuses à la plage considérées comme manifestant une appartenance religieuse. Cette décision a été saluée par les associations ayant déposé le recours mais aussi par les représentants du culte musulman. Cette décision prouve l'objectivité de la justice française qui malgré le contexte difficile que vit la France suite aux attaques commises par des gens bornés et ignorants se réclamant de l'islam, cette justice continue à être attachée aux valeurs de la Révolution française et des Droits de l'Homme qui ont fait la célébrité et l'honneur de la France. Le juge irakien est très influencé par le juge français et nous espérons qu'il continuera dans ce chemin³⁵⁰.

Nous croyons donc que le juge administratif irakien exerce souvent le contrôle de proportionnalité mais en évoquant d'autres notions comme le contrôle des motifs ou le contrôle sur la qualification juridique. Et il le fait surtout dans les décisions individuelles de police administrative et dans le domaine des sanctions disciplinaires. Dans une décision du 18 novembre 1996, le juge décide l'annulation de la décision tendant à confisquer le véhicule puisque cette décision n'était pas adéquate³⁵¹. En Irak et même avant la naissance de la juridiction administrative les juges exerçaient leur contrôle sur la proportionnalité en matière disciplinaire³⁵². C'est le contrôle de proportionnalité en matière de police administrative sans le dire.

Dans une autre décision³⁵³ le tribunal administratif irakien dit qu'il est apparu que le préfet de Ninawa a exercé ses compétences qui lui sont accordées par « le ministre de l'Intérieur en application de la décision prise par le conseil de la Révolution numéro 27 de 1992 car sa

³⁵⁰ Ces propos sont inspirés de l'article paru dans *Le Monde* du 26-08-2016.

³⁵¹ En arabe, il utilise l'expression كان في غير محله. Ce qui signifie littéralement qu'en prenant sa décision l'autorité s'est égarée, n'est pas restée à sa place.

³⁵² Mohamad Refaat, *Le droit administratif, la juridiction de l'annulation*, Ed. Al Halabi, Beyrouth, 2005, p. 98 et s.

³⁵³ Tribunal administratif, numéro 32, du 20-11-1993 cité in Zana Jalal Said, *L'équilibre entre la police administrative et les libertés publiques face aux décisions restrictives des libertés publiques*, Mémoire de Master 2, Faculté du droit et des sciences politiques, Université Slaymánya, 2000, p. 95-96.

décision de confisquer les cigarettes trafiquées était bien proportionnée aux faits et aux dangers qui allaient résulter et c'est l'un des effets naturels de l'embargo contre l'Irak »³⁵⁴.

Nous espérons que le juge administratif irakien puisse répandre son contrôle à toutes les décisions réglementaires conformément à l'article 7 du statut du Conseil d'État irakien numéro 65 de 1979, amendé par la loi numéro 106 de 1989 qui soumet au contrôle du juge administratif les activités de l'administration mais aussi conformément à notre constitution de 2005 qui interdit que les décisions administratives puissent échapper au contrôle du juge administratif.

On peut dire que le contrôle de la proportionnalité est appliqué dans la jurisprudence égyptienne et libanaise mais seulement dans quelques décisions relatives aux libertés publiques et aux Droits de l'Homme et surtout en matière disciplinaire³⁵⁵.

Le Conseil d'État égyptien trouve que le contrôle des faits matériels et de la qualification juridique des faits n'est pas suffisant pour faire face aux décisions de police administrative restrictives des libertés publiques comme par exemple les « décisions d'arrestation administrative ou celles qui restreignent les libertés pour tout ce qui concerne la trilogie de la police administrative à savoir la sécurité, la tranquillité et l'hygiène »³⁵⁶. Ainsi « le juge égyptien exerce le contrôle qu'on appelle en France contrôle maximum lorsqu'il sent que les libertés publiques sont menacées³⁵⁷. Le juge égyptien s'est accordé « le pouvoir de juger la proportionnalité entre la sanction infligée et le fait générateur »³⁵⁸.

ii) Le problème de frontière entre contrôle de proportionnalité et contrôle d'opportunité

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ Voir par exemple l'arrêt « Mohamad Obeid, Conseil d'État libanais, du 7 mai 2002, *Revue al Hayat al Nyabya* (la vie parlementaire, éditée par le parlement libanais), numéro septembre 2002, p. 83, commentaire Georges Saad (sur la mise à disposition des fonctionnaires).

³⁵⁶ Abdalla Abd al Ghani Basiouni, *La justice administrative libanaise (droit comparé)*, Ed. al Halabi. Beyrouth, p. 511.

³⁵⁷ Fouad al Attar, *Le contrôle de la juridiction administrative pour les actes de l'administration*, Ed. Dar al Fikr al Arabi, Le Caire, 1998, p. 211.

³⁵⁸ *Idem.*

Le contrôle du juge administratif en matière de police administrative est devenu pour certains auteurs un contrôle d'opportunité mais seulement dans le domaine de police administrative. Et le contrôle d'opportunité est exercé sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration qui est essentiellement la liberté d'appréciation laissée à l'administration par la loi et le règlement quant à la détermination du contenu de l'objet de l'acte. L'administrateur peut ainsi librement décider qu'il doit agir ou s'abstenir, à quel moment il doit agir, comment il doit agir, et quel contenu il va donner à son acte.

- La distinction entre pouvoir arbitraire et discrétionnaire

L'auteur Khaled Hammad dit que le pouvoir discrétionnaire est une signature en blanc accordée à l'administration pour qu'elle remplisse le vide législatif³⁵⁹. André de Laubadaire explique cela en disant que le manquement législatif ne donne pas automatiquement à l'administration un pouvoir discrétionnaire mais c'est comme si le législateur disait à l'administration qu'elle peut agir comme elle l'entend³⁶⁰.

Le juriste libanais Yousef Saadalla al Khoury considère que « s'il est normal de ne pas laisser l'administration agir avec une grande liberté il n'est pas possible au contraire d'en faire un simple agent qui exécute les décisions dessinées à l'avance »³⁶¹.

A vrai dire le contrôle de proportionnalité est venu compléter le contrôle de la qualification des faits dont on a parlé précédemment avec l'arrêt « Beauvau ».

Il faut signaler que le juge administratif irakien étend son contrôle au-delà du contrôle ordinaire comme cela se fait au Liban et en Égypte puisqu'il se permet d'adresser des ordres à l'administration et il y a ainsi une immixtion dans les affaires de l'administration. Il se permet par exemple dans une décision de décider combien de grades le fonctionnaire doit perdre : « Il

³⁵⁹ Khaled alsaid Mohamad Hammad, *Les limites du contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Etude comparative*, Ed. Dal al Nahda al Arabya, 2ème édition, Le Caire, 2012, p. 37.

³⁶¹ C'est notre traduction vers le français de ce texte cité par André de Laubadaire et traduit en arabe par l'auteur Khaled Hammad, *Idem*. En effet nous n'avons pas pu trouver l'ouvrage de Laubadaire pour cette édition. Et l'ouvrage cité par l'auteur est : Laubadère de André, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 1992, p. 213.

est apparu que la sanction infligée n'est pas proportionnée à la faute commise, que les attestations n'ont pas été falsifiées et qu'il n'y a pas eu pots de vin. Ainsi nous estimons que le fonctionnaire doit perdre seulement un seul grade³⁶². Dans une autre décision le juge irakien décide que « la sanction de révocation était disproportionnée par rapport au fait commis »³⁶³.

Il est clair que c'est un travail très dur pour le juge administratif qui doit d'abord connaître de manière précise les faits matériels, puis aller vers une analyse de la qualification juridique des faits, ce qui exige de connaître le domaine particulier (médecine, enseignement, fonctions publiques diverses, sport, etc). Le juge irakien ne va vers l'analyse de la proportionnalité que lorsque le sujet concerne les mesures de police relatives aux libertés publiques, surtout que cette question concerne les « critères de lieu et de temps et donc c'est un changement perpétuel »³⁶⁴.

Souvent en Irak des éléments exceptionnels entrent en jeu comme la guerre, explosions, forte pluie qui cause beaucoup de dégradations. Il faut avouer que surtout dans le monde arabe le juge administratif regarde du côté de la situation économique de l'État et de ses difficultés. Dans le cas des circonstances exceptionnelles, le Conseil d'État français va jusqu'à faire jouer la responsabilité de la société sans faute sur le fondement du risque ou de la rupture d'égalité devant les charges publiques³⁶⁵, même si les victimes d'attaque terroriste peuvent désormais être indemnisées par un fonds spécifique : le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme (FGTI) qui est entièrement financé par les cotisations des assurés.

Bref, le juge irakien doit user de toutes sortes d'analyses pour arriver à ses fins. Il cherche à tirer profit de ce que lui offre les mécanismes de l'interprétation juridique en islam, qui est

³⁶² Décision du Conseil d'État, numéro 82 du 26-4-2012, *Les décisions du Conseil d'État de 2012*, p. 239.

³⁶³ Conseil d'État, numéro 126, *Conseil disciplinaire, Cassation*, 2010, p. 369.

³⁶⁴ Voir la recherche du docteur Said al Fechtali, Librairie de l'université de Fes, Maroc, 2011, p. 88.

³⁶⁵ Voir le rapport annuel du Conseil d'Etat de 2015.

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2014-Le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>

une science propre et dont l'occident s'est beaucoup inspiré, ce qui mérite de lui consacrer quelques mots.

- Le devoir fait au juge de combler les vides juridiques

Le droit musulman est un système de devoirs comprenant des obligations rituelles, morales et légales soumises à l'autorité du même impératif religieux »³⁶⁶. Selon Louis Massignon, « le Coran est essentiellement le code révélé d'un État supranational ». Le contenu juridique du Coran est insuffisant pour régler toutes les questions de droit. L'exégèse musulmane du Coran est devenue nécessaire à cause du manque de clarté de l'écrit religieux.

Le type et la méthode de « tafsir » créeront plusieurs écoles de droit ou rites.

Voici très brièvement les principales règles d'interprétation de la loi en Islam: il y a d'abord l'analogie ou « al quias » القياس. Si une règle est connue concernant un élément particulier, on peut la refuser pour un élément similaire. Les écoles sunnites utilisent plus ou moins la méthode du raisonnement par analogie :

Diverses règles régissent l'utilisation de l'analogie. Comme toute règle de droit est instituée pour le bien commun (maslaha – l'intérêt public), si l'interprétation analogique conduit à une solution contraire à l'équité, le *mujtahid* (lire le jurisconsulte) peut l'emporter, selon le rite hanafite, : on parle d'*istihsân* "préférence légale »³⁶⁷. Il y a aussi le consensus (la règle dont on suppose qu'elle gagne l'approbation de toute la communauté (comme le jugement de bon père de famille en droit français). Nous avons aussi l'opinion personnelle ou *istihsân* (approbation), chez les hanafites, ou encore l'*istislâh*, qui veut dire la prise en considération de l'intérêt général chez les malikites et beaucoup d'autres méthodes ou règles dérivées.

Nous voulions simplement dire que le juge administratif irakien tire profit de cette toile de fond forgée par sa culture philosophique et juridique islamique et va prendre ses décisions dans le cadre de la proportionnalité entre les décisions administratives et les faits générateurs

³⁶⁶ Voir Louis Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1953, p. 12.

³⁶⁷ François-Paul Blanc, *Le droit musulman*, Dalloz, 2^e édition, 2007, p. 27-28.

de ces décisions, non sans oublier l'influence énorme grandissante de la jurisprudence administrative française. De plus en plus les tribunaux administratifs irakiens développent en effet des interprétations protectrices des droits fondamentaux en intervenant sur la qualification des faits. Ils retiennent des analyses tout à fait favorables à l'exercice des droits fondamentaux, par exemple en matière de police administrative, comme nous allons le voir dans le chapitre concernant cette question. Le juge irakien est soumis à la loi mais il essaie de renforcer son contrôle y compris dans le domaine de la légalité interne.

CHAPITRE SECOND

LE JUGE ADMINISTRATIF IRAKIEN ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

L'environnement est un critère essentiel de contrôle du juge (A) et dans quelle la consécration de la valeur constitutionnelle de la Charte a un impact sur le juge administratif français et irakien (B).

A. L'environnement comme critère essentiel de contrôle du juge administratif contemporain

Nous allons exposer dans ce paragraphe la position du juge administratif irakien sur un sujet délicat et nouveau qui est celui de l'environnement. En Irak et malgré la guerre un progrès se fait à ce niveau. L'environnement est devenu un des sujets importants dans le domaine des Droits de l'Homme où il est demandé au juge irakien de respecter les textes internationaux auxquels l'Irak a adhéré³⁶⁸.

L'homme a arraché le droit de vivre dans un environnement sain et tous les espoirs sont portés sur le juge administratif. Imposer aux gens de payer des taxes-sanctions est considéré comme le meilleur moyen d'obliger les gens à protéger l'environnement. Surtout que le juge irakien est un juge qui crée le droit, un juge jurisprudentiel, assez libre, héritage du juge français (dans la lignée d'ailleurs de la célèbre décision américaine *Marbury-Madison*³⁶⁹).

1. La Charte de l'environnement du droit français

³⁶⁸ Voir Mohamad al Asali, *Le rôle de la politique d'imposition dans la limitation de la pollution environnementale*, Thèse de doctorat, Université libanaise, 2014, p. 23 : أنظر محمد العسلي، دور السياسة الضريبية في الحد من التلوث البيئي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، 2014، ص 23.

³⁶⁹ Du 24 février 1803 dans laquelle la cour suprême américaine a décidé que les tribunaux sont habilités à contrôler la constitutionnalité des lois.

Il convient d'exposer brièvement la Charte française de l'environnement qui a pris place dans la constitution française depuis 2005.

Cette charte a été intégrée dans la Constitution française par la révision constitutionnelle du 1er mars 2005, placée aux côtés de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et du préambule de la Constitution de 1946. La Charte de l'environnement de 2004 a introduit des principes importants dans la Constitution que devront respecter les lois votées par le Parlement.

a) Le contenu de la Charte

Retient d'abord l'attention le principe de précaution d'après lequel : «les autorités publiques veillent par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage » (art. 5). Ainsi, lorsqu'un dommage est susceptible d'affecter l'environnement, les autorités publiques doivent désormais mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques et adopter des mesures provisoires pour éviter la réalisation de ce dommage. L'intégration de ce principe dans la Constitution française a suscité un vif débat³⁷⁰. Certains scientifiques (ex : l'Académie des sciences) craignaient qu'elle ne constitue un frein à l'innovation. Pour d'autres, au contraire, son intégration constituait un encouragement à la recherche pour favoriser la prévention et le traitement des risques environnementaux.

La Charte consacre ensuite une nouvelle série de droits constitutionnels, concernant le "droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé" (art.1). Ils s'ajoutent aux droits civils et politiques et aux droits économiques et sociaux. Toute personne a donc le droit d'atteindre les informations sur l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant des conséquences sur

³⁷⁰ Ces notions sont empruntées à un article en ligne sur le site français « vie publique » :<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/veme-republique/heritages/quels-sont-principes-droits-devoirs-consacres-par-charte-environnement-2004.html>. Visite 6-5-2016.

l'environnement (art. 7). L'article 7 de la Charte de l'environnement prévoit précisément que « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Le droit de participation énoncé dans l'article 7 de la Charte est né avec la déclaration de Rio de 1992 et est présent dans de nombreux textes internationaux.

Ces droits sont liés à des devoirs. Ainsi, chacun doit participer à la préservation et à l'amélioration de l'environnement (art. 2), prévenir ou limiter les conséquences des atteintes qu'il peut porter à l'environnement (art. 3), et contribuer à leur réparation (art. 4).

Par ailleurs, la Charte consacre également le développement durable comme objectif des politiques publiques, l'environnement étant désormais reconnu « comme le patrimoine commun de tous les êtres humains »³⁷¹.

Cela montre l'importance considérable de la question de l'environnement. Sinon elle n'aurait pas pris place dans la constitution française.

b) La valeur constitutionnelle de la Charte

L'ordonnance du juge des référés du Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne rendue le 29 avril 2005 avait amorcée la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement en considérant qu'en reconnaissant dans un texte « adossé » à la Constitution le droit de chacun de « vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé », le législateur avait nécessairement entendu ériger le droit à l'environnement comme une nouvelle liberté fondamentale à valeur constitutionnelle. Cependant, c'est l'arrêt du Conseil d'État du 3 octobre 2008 qui a en définitive reconnu la valeur constitutionnelle de toutes les dispositions du Préambule de la Constitution, qui fait référence à la Charte de l'environnement. En reconnaissant la valeur constitutionnelle de « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement », le Conseil d'État s'inscrit directement dans la lignée de la décision du Conseil constitutionnel du 19 janvier 2008 sur la loi relative

³⁷¹ Texte composé de 10 articles, proposée à l'origine par Jacques Chirac.

aux organismes génétiquement modifiés (OGM). Dans l'arrêt dit « Commune d'Annecy », le Conseil d'État annule pour incompétence le décret du 1^{er} août 2006 qui organise la procédure de délimitation autour des lacs de montagnes, des champs d'application respectifs des dispositions particulières au littoral. Ainsi, le Conseil d'État annule pour la première fois un décret pour violation de la Charte de l'environnement. Il résulte en effet de l'article 7 de la Charte que seul le législateur est compétent pour préciser les « conditions et limites » du droit de participation du public. Le décret, en intervenant dans ce domaine, a donc empiété sur le domaine de la loi.

La Charte de l'environnement a eu pour effet de rapprocher les deux institutions que sont le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel dans leurs missions. En outre, elle a amené la constitutionnalisation de principes énoncés dans ses articles.

Si la mission traditionnelle du juge administratif est de veiller au respect par l'administration de l'intérêt général et des droits fondamentaux des citoyens, alors la question environnementale est au cœur de ses compétences. Ainsi, le contentieux dans le domaine environnemental tel que présent dans l'arrêt « Commune d'Annecy » se doit d'être présenté devant une juridiction administrative, et celle-ci se doit de conformer sa décision aux principes énoncés dans la Charte de l'environnement. Le Conseil d'État, la plus haute instance de juridiction administrative, a été amené à statuer sur un texte constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité relève traditionnellement de la mission du Conseil constitutionnel. L'arrêt Arrighi du Conseil d'État du 6 novembre 1936 établit que le juge administratif n'est pas compétent pour contrôler la constitutionnalité d'un texte. Son rôle est d'effectuer un contrôle de légalité, c'est la théorie de la loi-écran. Le juge administratif ne contrôle pas la constitutionnalité d'un acte réglementaire potentiellement inconstitutionnel, mais conforme à une loi et s'estime incompétent en la matière.

Ainsi, le Conseil d'État dans sa décision dans l'arrêt « Commune d'Annecy » du 3 octobre 2008 a annulé un décret d'application d'une loi pour incompétence. Le décret était en contradiction avec les principes constitutionnels de la Charte de l'environnement. Ce contrôle est normalement réservé au Conseil Constitutionnel. Aussi, dans sa fonction de règlement du contentieux administratif, le Conseil d'État a été amené à exercer un pouvoir de contrôle de constitutionnalité. La théorie des institutions jumelles : Conseil constitutionnel et Conseil d'État prend tout son sens alors.

La Cour administrative d'appel de Nantes a confirmé la condamnation de l'État pour la prolifération des algues vertes sur les côtes bretonnes en considérant que l'État a fait preuve d'une double « carence fautive », dans l'insuffisante application tant du droit communautaire que de la réglementation des installations classées aux exploitations agricoles d'élevages.

Si, il y a encore peu, l'on considérait que juger l'administration c'était faire du juge administratif une partie, mettant ainsi en doute son impartialité, la réalité est actuellement différente : les décisions favorables à la défense de l'environnement sont prononcées de plus en plus souvent.

Appliquant le principe de précaution de l'article 5 de la Charte de l'Environnement, le principe d'information du public issu du même texte, en tenant compte des risques, des coûts comparativement aux avantages, le juge administratif suspend et annule des décisions, des déclarations d'utilité publique, voire même des décrets pris par le pouvoir réglementaire.

Le Conseil d'État ne s'intéresse pas seulement à la protection environnementale humaine face aux risques de sécurité sanitaire et alimentaire comme le maïs, il va jusqu'à se préoccuper des risques internationaux en ce domaine en suspendant la décision d'exportation en Inde du porte-avions Clémenceau.

Enfin, par son pouvoir de contrôle de conventionalité et son statut de juge communautaire national, en ce qu'il met en œuvre les normes communautaires d'application directe parfois même au détriment de la législation nationale, le juge administratif dispose d'un pouvoir redoutable face aux actes pris par les pouvoirs et autorités publics français non respectueux de l'environnement.

En s'intégrant au bloc de constitutionnalité, la Charte de l'environnement a donné une valeur constitutionnelle à certains principes contenus dans ses articles.

2. Le droit irakien de l'environnement

Le rôle du juge administratif irakien est de trouver les solutions ou l'équilibre dans ce conflit permanent entre les besoins illimités des gens et les ressources limitées de la nature. C'est l'indice de la rareté qui détermine les prix et les gens vont consommer les produits à bas prix, ce qui augmente forcément la pollution, et c'est pourquoi beaucoup de pays ont adopté l'impôt environnemental.

Actuellement en Irak sont nombreuses les rencontres et conférences sur la nécessité de protection de l'environnement et certains ont même proposé de constituer un tribunal spécial pour les questions environnementales³⁷².

a) Les différentes sources

Il faut savoir d'abord que l'Irak a connu des lois et règlements qui visent la protection de l'environnement bien avant que l'environnement ne devienne le sujet moderne par excellence. Par exemple la loi sur les métaux de 1962, le régime de l'entretien des fleuves pour les protéger contre la pollution de 1967, et beaucoup d'autres lois et règlements. Puis n'oublions pas qu'une commission suprême pour l'environnement a été constituée au sein du ministère des communes en 1974 ainsi qu'une direction générale de l'environnement humain fut constituée en vertu d'une décision du conseil de la Révolution numéro 1258 du 19-11-1975.

A l'époque plus récente on a adopté la loi de protection et d'amélioration de l'environnement numéro 3 de 1997. On a aussi constitué plusieurs centres de recherches au sein des universités et administrations, mais l'on se demande devant toutes ces activités qu'est-ce que le législateur a pu faire pour encourager les activités économiques et pour que les gens respectent les lois. Revenons à notre sujet sur les impôts environnementaux pour dire que toutes ces activités et protections ont besoin d'un soutien en taxation pour assurer l'exécution des textes surtout que le législateur irakien a encouragé l'emploi de l'énergie renouvelable pour diminuer la pollution.

³⁷² Citons ce texte en anglais qui démontre que l'un des pays en voie de développement, la Costa Rica, a su avancer sur le chemin du respect de l'environnement :

No other country in the world has as many accomplished feats to protect its environment. In 15 years, Costa Rica has become a model for the planet, and even a laboratory of environmental innovations. Today Nearly a third of the territory is nature reserve... while the world average in other countries stagnated at around 3%. With one and a half million hectares of protected forest. The largest area in the world Costa Rica boasts of being one of the green lungs of the planet...

Source : Site de Radio Londres international, 2 juin 2015.

Les pertes dues aux dommages contre l'environnement en Irak sont immenses : l'emploi de l'uranium (600 millions de dollars), les pertes du secteur pétrolier (493 billions de dollars), en plus des pertes énormes dues aux trois guerres (1980- 1990- 2003)³⁷³. L'environnement a eu droit de cité en Irak surtout dans la constitution de 2005. Ainsi le juge administratif va pouvoir s'y appuyer en dehors des textes législatifs et réglementaires pour prendre ses décisions tendant à protéger l'environnement et notamment en infligeant des sanctions pécuniaires à ceux qui commettent les infractions. Plusieurs lois et règlements irakiens ont été adoptés qui visent à protéger l'environnement. Ce qui manque surtout ce sont de nouveaux textes qui sanctionnent en faisant payer les récalcitrants.

Nous allons exposer brièvement ces différents textes existants et proposer une sorte de projet de loi visant à améliorer la protection de l'environnement en Irak en tant qu'un des droits fondamentaux de l'homme. Comme toujours nous demandons le secours du droit français, c'est à quoi nous allons nous atteler maintenant.

Les droits reconnus par les textes ne doivent pas demeurer formels et doivent se concrétiser dans la vie quotidienne des citoyens. A ce titre, le juge administratif veille à une réelle protection de l'environnement. Il tient une place particulière au sein des institutions françaises. Il est juge de l'administration et conseil du gouvernement. Ce double rôle ne l'empêche nullement d'assumer sa mission générale de protection de l'environnement en censurant les actes non protecteurs de ce dernier.

Le juge administratif défend l'intérêt général. L'environnement, la nature, la planète est un bien commun que le droit public a vocation à protéger. En cela, le juge administratif, seul à appliquer ce droit exorbitant, joue un rôle de premier plan en droit de l'environnement. Ce droit s'est renforcé notamment avec le Code de l'Environnement et la Charte française de l'Environnement qui, intégré au bloc de constitutionnalité par la révision constitutionnelle de 2005, comme nous l'avons déjà dit devient une norme invocable devant le juge administratif.

Mais, c'est en tant que conseil qu'il assume aussi cette mission de protection de l'environnement. En effet en France et en Irak les conseillers d'Etat sont invités à prendre part aux décisions importantes en matière d'environnement. En France deux conseillers d'Etat font

³⁷³ Voir Salafa Tareq abdel Karim al Chaalan, *L'impact des conflits armés sur l'environnement en Irak selon le droit international*, Ed. dar al Dirasat al Jamiya, 2010, p. 355.

notamment partie des hautes personnalités participant au comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution chargé, par le Président de la République, de réfléchir aux problèmes posés par notre modernité. Il sera question donc de l'environnement. Et en prenant part à ces débats, le Conseil d'État aura l'occasion de promouvoir la protection de notre planète.

Cependant, le rôle principal du juge administratif est bien celui de juger ; et, conformément à sa mission générale de protection de l'environnement, il censure les décisions qui ne respectent pas ce principe.

b) La mise en place d'une fiscalité écologique

L'évolution en Irak au niveau du respect de l'environnement ne peut se faire sans une nouvelle fiscalité pénalisante. Cela renforcera le rôle du juge administratif. Et il y va de l'un des Droits de l'Homme les plus importants de nos jours. C'est ce qu'on appelle la fiscalité écologique. Elle a pour objectif de limiter les atteintes à l'environnement, en agissant soit de façon incitative pour modifier certains comportements, soit de façon pénalisante, pour compenser des nuisances. La fiscalité environnementale est la fiscalité qui pèse sur les produits ou les services qui ont un effet sur l'environnement. Les dispositions fiscales peuvent être des mesures positives qui ont alors des incidences sur les prix et sur le revenu des ménages, ou des mesures négatives qui ont alors pour conséquence une élévation du prix des produits et des services.

La fiscalité environnementale se définit par trois approches. En effet, toute mesure fiscale doit avoir pour but l'amélioration de l'environnement. Ce but est clairement inscrit dans la loi. Toute mesure fiscale doit se traduire par une incitation économique en faveur de l'amélioration de l'environnement³⁷⁴. Enfin, toute mesure fiscale doit porter sur un produit qui peut avoir un impact négatif sur l'environnement. Les mesures fiscales environnementales s'analysent selon : la nature fiscale de la mesure (il peut s'agir de taxes, de redevances, d'exonérations, de crédits d'impôts, d'aides directes, etc.) ; le niveau de recouvrement

³⁷⁴ Nous avons emprunté ce texte à un article sans nom d'auteur que nous avons résumé avec un peu de liberté. Voici le lien de cet : <http://www.minilex.fr/a/les-imp%C3%B4ts-li%C3%A9s-%C3%A0-l'environnement> (article visité le 8 février 2016).

(communal, départemental, régional, national) ; l'affectation (au budget de l'État, à des comptes spéciaux, à des organismes publics ou privés...).

Quant à l'impact de cette révolution en France dans notre pays l'Irak nous pensons que le système juridique irakien subira cette influence heureuse tôt ou tard au niveau de l'introduction d'une sorte de charte dans la constitution irakienne et au niveau de la constitutionnalisation des principes du droit de l'environnement. Surtout qu'en Irak le conseil constitutionnel produit un travail honorable depuis une dizaine d'années et ne cesse de demander qu'on renforce ses compétences.

En conclusion les juristes et les personnes politiques irakiens tirent le plus grand profit de l'expérience française. Il faut avouer que les irakiens adoptent avec courage parfois surprenante de nouveaux textes très évolués en matière d'environnement. Jeter un coup d'œil sur les innombrables conventions internationales signées par L'Irak le prouve. Rien n'exclut donc qu'on ait un jour dans notre constitution irakienne une Charte de l'environnement. Mais si en Irak et dans le monde arabe on s'empresse à adopter les textes rien n'assure qu'ils vont les appliquer. Toutefois le niveau textuel est important et nous espérons que dans notre thèse nous allons pouvoir formuler des propositions dans ce sens.

Dans notre thèse nous exposons plus ou moins intégralement certains arrêts de principe. Nous pensons qu'il est important pour le juriste irakien francophone de se familiariser avec le style et le raisonnement du juge français.

CONCLUSION ET LEÇONS

L'étude de la jurisprudence administrative irakienne que nous avons menée et si modeste soit elle nous permet de dresser quelques constats et de formuler des recommandations:

■ La Constitution respecte les conventions de la Ligue arabe et de l'ONU, ainsi que la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948³⁷⁵. Son Préambule, comme on l'a vu, la constitution irakienne reconnaît et protège les droits et libertés des individus.

■ Nombreux sont en conséquence les recours pour excès de pouvoir présentés en Irak devant le tribunal administratif irakien et le tribunal administratif du Kurdistan. Selon les dires de juges irakiens dans des entretiens qu'ils nous ont accordés « toutes les semaines il faut répondre à une centaine de recours pour excès de pouvoir, ce qui veut dire que malgré la guerre il y a une grande juridicisation du droit.

■ Malgré l'adoption du système de la dualité de juridiction la justice administrative en Irak reste faible à cause de la compétence modeste qui est accordée aux tribunaux administratifs (la loi supprime ou retire formellement certaines compétences comme pour les actes de gouvernement, les contrats administratifs, conflits avec les communes, etc..).

■ La relation est pourtant étroite entre les Droits de l'Homme et les règles de procédure. Nous avons analysé l'attitude du juge administratif irakien sur de multiples points relatifs à la procédure administrative. Plus les règles sont claires et plus les droits des citoyens sont respectés. Citons quelques-uns de ces points: la recevabilité des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux, l'intérêt à agir, les conditions fondamentales et non fondamentales, l'exécution des décisions administratives, les conditions du sursis à exécution, le rôle du rapporteur et du commissaire du gouvernement. Nous espérons que les tribunaux

³⁷⁵ Voir Pierre Gannagé, *Le Conseil constitutionnel libanais*, Publications du Cedroma, 2010.

administratifs irakiens facilitent la recevabilité des recours juridictionnels, en corrigeant les erreurs du passé puisque dans le passé les recours n'étaient acceptés que bien rarement, surtout que sur une longue période l'exercice du pouvoir était dictatorial (Saddam Husein)³⁷⁶.

■ Dans le domaine de la police administrative nous avons constaté la nécessité d'intervention de l'État pour rétrécir la possibilité pour les autorités administratives de police de prendre des mesures restrictives ou répressives des libertés et des droits fondamentaux. Nous avons insisté sur l'importance du contrôle de proportionnalité que doit opérer le juge administratif sur les décisions de police administrative.

■ Nous avons dit que la juridiction administrative irakienne va plus loin que les juridictions administratives égyptienne et libanaise en envoyant des injonctions à l'administration alors qu'aucun texte ne le permet. Cela contredit le principe de séparation entre la justice administrative et l'activité administrative, d'origine française et adopté par le juge administratif irakien.

■ Une évolution heureuse s'est produite lorsqu'en 2013 le législateur irakien a redonné au tribunal administratif la compétence de juger en cassation les décisions et jugements d'appel puisque jusqu'à cette date c'est le conseil constitutionnel qui avait, paradoxalement, cette compétence.

■ Si nous pouvons suggérer quelque chose nous conseillons d'élargir les compétences des tribunaux administratifs pour englober les contrats administratifs et rétrécir le domaine des actes de gouvernement qui échappent à sa compétence. Et c'est ainsi que le domaine de police administrative sera soumis pleinement au contrôle du juge administratif.

³⁷⁶ Exemple: admission de la requête lorsqu'elle est présentée sans le ministère d'un avocat, même si celle-ci intervient durant la procédure.

■ L'adoption par l'Irak du système de double juridiction depuis 1989, date de la naissance de la justice administrative en Irak, est une évolution que nous saluons mais cette justice administrative n'a pas encore obtenu ce qui lui permettrait de remplir sa mission pleinement. En effet une certaine réforme est indispensable: il faut établir une justice par degrés, c'est-à-dire créer plusieurs tribunaux administratifs de premier degré et dans toutes les régions; recruter des juges administratifs ayant une formation juridique en droit administratif alors que actuellement la plupart des juges administratifs proviennent du domaine judiciaire et civil; il faudrait élargir les compétences du juge administratif pour qu'il puisse assurer la défense des particuliers face à l'arbitraire de l'administration en réduisant au maximum les lois d'exception et en faisant revenir dans le champ juridictionnel administratif des compétences originellement administratives comme celle relative aux contrats administratifs.

Pour terminer, je ne peux qu'espérer avoir analysé mon sujet sur « le juge administratif irakien, les Droits de l'Homme et le droit à un procès équitable » d'une manière acceptable, en étant certain que mon travail souffre de manquements surtout que le français n'est que ma troisième langue et nous ne disposons pas en Irak du matériel académique et pédagogique qui existe en France. Néanmoins je suis satisfait du fait que j'ai pu, à travers les analyses que j'ai faites des arrêts irakiens rendus par le juge administratif, donner une idée sur le comportement du juge irakien et sur son attitude d'imitation du juge français. En effet ce dernier exerce toujours en Irak une influence inégalable. Les moyens électroniques ont accéléré cette influence car les arrêts du Conseil d'État français peuvent être lus le jour même (Lebon en ligne). Sans oublier les revues de droit administratif français en ligne et Dalloz

D'autre part j'espère que par ce travail j'ai pu rendre compte du rapport entre Droits de l'Homme et travail du juge administratif et dans plusieurs endroits au regard du droit à un procès équitable. Le juge administratif devient de nos jours le protecteur par excellence des Droits de l'Homme et pour la France le protecteur des valeurs de la grandiose Révolution française (liberté, fraternité, égalité).

Nous avons exposé certains arrêts irakiens où le juge administratif irakien rend de plus en plus de décisions courageuses respectueuses des Droits de l'Homme ou plutôt de certains droits de l'homme. Mais le juge français reste dans les premiers rangs : n'est-ce pas lui qui, malgré le terrorisme des islamistes fous et ignorants qui a pris une position courageuse par excellence dans l'affaire du « Burkini » : l'arrêté du maire « porte préjudice aux libertés

individuelles » et est « discriminatoire, puisqu'il vise spécifiquement les femmes musulmanes, les désignant pour cibles et les amalgamant avec des groupes terroristes, sous couvert d'une laïcité dévoyée ».

Voici une position qui applique les règles du droit administratif et les principes juridiques sacrés. Le juge ne fait qu'appliquer la loi. Mais il fallait du courage surtout après les actes fous qui ont ensanglanté la France. Mais cette France, que ce soit à Nice ou à Paris, reste elle-même : la Reine des reines en matière du respect des Droits de l'Homme et du respect des lois et des règles jurisprudentielles.

Dans quelle mesure le juge irakien après cette longue guerre restera fidèle à son rôle premier, celui de l'application des lois ? L'avenir le dira. La position officielle vis-à-vis du Kurdistan n'est pas prometteuse. Deux poids deux mesures. Pourquoi ? Le Kurdistan a le droit de vivre en paix et en toute autonomie, comme le dit la constitution. Le juge, judiciaire comme administratif, a un grand rôle à jouer pour appliquer les Droits de l'Homme et rendre l'Irak plus conforme à ses propres engagements .

Les recommandations que nous proposons sont au compte des autorités irakiennes. Ce sont elles qui doivent les prendre en charge. Il faudrait bien sûr augmenter le nombre des juges administratifs et faciliter l'accès des requérants. Il faudrait aussi renforcer en Irak les pouvoirs et les compétences des tribunaux administratifs : suppression ou retrait formel de certaines compétences comme pour les actes de gouvernement, les contrats administratifs, etc.

En un mot, la justice irakienne doit appliquer le principe du procès équitable, ce principe qui se développe de manière étonnante. Le peuple irakien et kurde mérite d'avoir une justice qui applique les conventions internationales signées par l'Irak, et en premier lieu la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le pacte international pour les droits civils et politiques.

Il est heureux que la juridiction administrative irakienne, contrairement aux juridictions administratives égyptienne et libanaise puisse envoyer des injonctions à l'administration, en dehors de tout texte. On a déjà signalé que cela contredit le principe de séparation entre la justice administrative et l'activité administrative, d'origine française et adopté par le juge administratif irakien. Une autre évolution positive a consisté dans la loi irakienne de 2013 à accorder à la Cour administrative la compétence de juger en cassation les décisions et jugements d'appel puisque jusqu'à cette date c'est le conseil constitutionnel qui avait, paradoxalement, cette compétence.

Dans la conclusion de notre conclusion nous terminerons encore par l'influence du juge français sur le droit irakien et sur la justice administrative en particulier. Dans la vie il faut être reconnaissant. Le juge administratif de par le monde ne peut que reconnaître les grandes réalisations françaises fondamentales qui ont révolutionné le droit administratif surtout que la plupart de ces règles vont dans le sens du respect des droits de l'homme.

Ma thèse sera traduite en arabe même si une bonne partie a déjà été traduite de l'arabe en français. Cela veut dire que les juristes non francophones vont s'ouvrir au droit français et connaître les règles du droit administratif français et les apports du juge anciens comme nouveaux.

Nous avons déjà analysé des arrêts irakiens prometteurs. Ils mettent en relief le potentiel du juge administratif irakien qui peut faire des avancées énormes sur le chemin du respect des droits et des libertés de ce peuple (irakien et kurde) qui souffre de longues de guerres interminables.

Nous sentons ainsi que la volonté existe pour que le juge irakien continue dans ce chemin de lutte pour la protection des droits et des libertés des citoyens pour l'application des Droits de l'Homme et amener l'Irak dans le club des pays respectueux des droits de l'homme. Les guerres sont une bonne école. Nous sommes pleins d'espoir que le juge irakien a tiré profit de cette guerre mais pour y mettre fin par le moyen de la bonne application des lois et par le bon respect des droits de l'homme.

BIBLIOGRAPHIE

- ABD EL GHANI Basiouni, La juridiction administrative, Ed. Dar al Nahda al Arabya, 2011.
- ABD EL GHANI Basiouni, La justice administrative libanaise (droit comparé). Ed. al Halabi. 2012, Beyrouth.
- ABOU WAFI Ahmad, La protection internationale des droits de l'homme au sein des Nations Unies, Ed. Al Nahda al Arabya النهضة العربية , Caire, 2008.
- AHMAD Isam Said Abd, Le contrôle de la constitutionnalité des lois : Etude comparée, Al Mouassasa al Haditha lil kotob, Caire, 2013.
- AL AMIR, Majed Jawad, Le fédéralisme et la décentralisation en Irak, Revue Alzaman الزمان , Bagdad, Aout, 2014.
- ALAN K. Chen, "Shadow Law: Reasonable, Unreasonableness, Habeas Theory, and the Nature of Legal Rules. Buffalo Criminal Law Review 2 (1999): 535–634. "Developments in the Law: Federal Habeas Corpus." Harvard Law Review 83 (1970): 1038–1280.
- AL ASALI, Mohamad, le rôle de la politique d'imposition dans la limitation de la pollution environnementale, Thèse de doctorat, Université libanaise, 2014.
- AL ATTAR Fouad, Le contrôle de la juridiction administrative pour les actes de l'administration, Ed. Dar al Fikr al Arabi, Le Caire, 1998, p. 211.
- AL CHAALAN Salafa Tareq abdel Karim, L'impact des conflits armés sur l'environnement en Irak selon le droit international, Ed. dar al Dirasat al Jamiyya, 2010.
- AL HAMADI, Yacoub Yousef, La justice et le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration, Ed. Mancha't al Maaref منشأة المعارف , Alexandrie, 2012, p. 438.

- AL HILALI Ali Hady Atia علي هادي عطية الهلالي , les tendances de la Cour fédérale suprême, Ed. Zain al Houquouqia, Beyrouth, 2011, p, 78.
- ANDORNO R. "The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law", Journal of International Biotechnology Law, 2005.
- ARKOUN, Mohamad, L'Islam et les droits de l'homme, Ed. Al Wahda الوحدة , Le Caire, 1990.
- AUBY, Jean-Bernard, Traité de droit administratif européen, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- BALMOND Louis, « Chronique des faits internationaux », Revue générale de droit international public, 2008.
- BDAYR Ali Mohamad, Les principes de droit administratif, Université de Bagdad, 1993.
- BENRAAD Myriam, « Transition politique et reconstruction gouvernementale », Questions internationales, numéro spécial « Guerre et paix en Irak », La Documentation française, n° 16, novembre-décembre 2005.
- BERNARD Michel, Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ?, AJDA, 1995.
- BESSET Jean-Paul Amnesty International : La conspiration de l'espoir, Trente ans au service des droits de l'homme, Le Félin, 1991.
- BETTATIM, « Du droit d'ingérence à la liberté de protéger », Ed. Outre-terre, Paris 2007.
- BERTRAND Brunessen, "Le standard de bonne administration de la justice en droit de l'Union européenne", in Revue des affaires européennes, Law & European affairs, 21e année 2014.

- BLANC François-Paul, Le droit musulman, Dalloz, 2^e édition, 2007.

- BOISSARD Sophie - Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 11 (Dossier : Le principe de sécurité juridique), décembre 2001.

- Bottini Fabien, Les procédés de mutualisation au sein du bloc communal, AJDA, 2016.

- BOULANGER Philippe, Géopolitique des Kurdes, Références Géopolitique, Paris, 2006.

- BRIAND Luc, Le principe du contradictoire et l'avis du ministère public sur les QPC, La Gazette du Palais, 20 et 21 juin 2014, n° 171-172.

- BUERGENTHAL T., « The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights », Human Rights Quarterly, 19, 1997.

- BURGORGUE-LARSEN Laurence, La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Préf. de Guy BRAIBANT, Bruxelles, Bruylant, 2005, Coll. du CREDHO.

- CHAPUS René, Droit administratif général, tome 2, Montchrestien, 14^e édition, Paris, 2000.

- CHAUTARD Sophie, Géopolitique du XX^e siècle, collection Studyrama perspective, éd. Levallois-Perret, Paris, 2007.

- CHEHATA Chafic, La religion et les fondements du droit en islam, dans Archives de philosophie du droit, tome 18, 1973.

- CHETNAWI, Ali Khattar, La juridiction administrative jordanienne, sans éditions, 1995.

- COSTA Delphine, L'influence du droit européen sur la procédure administrative française, AJDA, 2002.

- DARBOUSY Ali, Introduction à la troisième génération des droits de l'homme, Environnement sain, Revue al Hiwar al Moutamaden الحوار المتمدن, 2006,.
- De BECHILLON Denys, « *De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire* », RFDA, 1998, n° 2.
- De BENOIST Alain, Au-delà des droits de l'homme. Pour défendre les libertés, éd. Krisis, 2004.
- DGHAIDI Carine. le contrôle du juge administratif de la proportionnalité dans les décisions administratives, Thèse, Université libanaise, 2015.
- DONNADIEU Jean-Louis, « La liberté de l'information dans le monde : l'association Reporters sans frontières veille », Communication et langages, 1993.
- DONY Marianne, *Droit de l'Union européenne*, vol. 2, Université de Bruxelles, coll. « UB lire », 2014.
- DUBOS Olivier, Droit administratif et droit communautaire, Jurisclasseur administratif, Fasc 24, 1 juillet 2015.
- DUBOIS L., Le droit communautaire a-t-il un impact sur la définition du droit administratif ? : AJDA, juin 1996.
- FARGUES P, Générations arabes, Paris, Fayard, 2000.
- FARHAT Fawzat, Le droit administratif général, Bibliothèque Université libanaise, 2014.
- FONTIER Rémy, “Ambiguïtés et limites de l'obligation de motiver les décisions administratives relatives à la santé des agents”, AJFP, 2010.
- FORTSAKIS T., Conceptualisme et empirisme en droit administratif, Paris, LGDJ, 1987.

- FRAISSEIX P. "La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaines dans le domaine de la biomédecine: l'exemple de la Convention d'Oviedo", Revue internationale de droit comparé, vol. 52, I (2000).

- FURET François, Mona OZOUF, Dictionnaire critique de la Révolution française, Article « Droits de l'homme » par Marcel Gauchet, Paris, Flammarion, 1988.

- GENEVOIS Bruno, Principes généraux du droit, Dalloz, Répertoire du contentieux administratif, octobre 2010, actualisation 2014, note 986.

- GHANNAJE Pierre, Le Conseil constitutionnel libanais, Publications du Cedroma, 2010.

- GLOAGUEN Audrey, Reporters sans frontières: entre journalisme et droits de l'homme, IEP, 1998.

- HAIM Victor, La procédure contradictoire, Répertoire du contentieux administratif, septembre 2013 (actualisation 2015).

- HAKIM Halkawt, « L'Irak : De la Constitution intérimaire à la Constitution permanente », Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien, N°38, juillet-décembre 2004.

- HAMMAD Khaled al SAID mohammad, Les limites du contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية 2^{ème} édition, Dar al Nahda al Arabya, Le Caire, 2013, p. 665.

- HEERS M., " La sécurité juridique en droit français: vers une consécration du principe de confiance légitime? ", RFD adm. 1995.963 .

- HENNEBEL L. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies : Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son

mécanisme de protection individuelle, Préface par M. NOWAK, Bruxelles, Bruylant, 2007.

- HUSEIN, Mokhles Mahmoud, Le conseil constitutionnel irakien : naissance, fonctionnement, contrôle, Thèse, Université Saint Joseph, 2016. P. 198.

- JCI. V. Administratif, Fasc. 200, version 1994.

- KHALIL Mohsen, La juridiction administrative libanaise et le contrôle des actes de l'administration, ED. Al Nahda al Arabya, 1978.

- Institut d'études stratégiques, "La crise de la constitution irakienne" أزمة الدستور العراقي, travail collectif, Ed., Bagdad. 2008.

- LABETOULLE D., "Principe de légalité et principe de sécurité", Mélanges Guy Braibant, Dalloz 1996, p. 403.

- LABORIE André, MBANI Tsala, L'ingénierie procréatique et l'émergence d'une génération bâtarde des droits de l'homme, L'Harmattan, Paris, 2014.

- LEAUD Aimé, Amnesty International : Un combat de l'homme pour l'homme, Librairie des Libertés, 1983, Le parti des droits de l'homme, Seuil, 1993.

- LEBRETON Gilles "Ordre public et dignité de la personne humaine : un problème de frontière", en ligne Bibliothèque de Bordeaux et Ed. Armand Colin, 1996.

- LEPAGE C. " Le principe de sécurité juridique est-il devenu un principe de valeur constitutionnelle? ", Gaz. Pal. 1999, nos 178 à 180. - LOCHAK Danièle, Les droits de l'homme, coll. Repères, La Découverte, Paris, 2005.

- MAHER Aboul Aimain Mohamad, la légalité des décisions administratives, Etude analytique et jurisprudentielle, Livre 3, Ed. Aboul Majd lil tiba'a, Le Caire, 2007.

- MAJZOUB Mohamad Said, La théorie générale des droits de l'homme, Almuassasa al haditha, Liban (pas d'année de publication).
- M^{gr} MAMBERTI: le concept de droits de l'homme est né dans un contexte chrétien, 14 décembre 2013, archives de l'Eglise au Vatican.
- - MENARD Robert, l'éloge de l'engagement, Alterpresse, Nancy ROC, Montréal, 18 décembre 2008 ; MENARD Robert, FAES Géraldine, Ces journalistes que l'on fait taire, Éditions Albin Michel, 2001.
- METHIEU B., "La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient ", Mélanges Patrice Gélard, Montchrestien, 2000, p. 301.
- MILLIOT Louis, Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey, 1953, p. 12.
- MORANGE M. « Les vérifications d'identité », AJDA, 20 janvier 1981, n°6.
- NACER Abdelrahman., les garanties des droits de l'homme et leur protection, Almaktab aljamyii al hadith, Alexandrie, 2006.
- NASEF Housammeddine Fathi, la situation des étrangers, Dar al Nahda al Arabya, 2010.
- NASEREDDINE Nabil Abdelrahman, Les Garanties des droits de l'homme et leur protection, Ed. Al Maktab al Jamii al Hadith, Alexandrie, 2006.
- NIYUNGEKO G. Bujumbura, Les droits de l'homme: cours destiné aux formateurs: Centre de promotion des droits de l'homme, Paris, 1994.
- OBERDORFF Henri, ROBERT Jacques, Libertés fondamentales et droits de l'homme. Textes français et internationaux, LGDJ, 12ème éd. 2014.
- ODOT R., Cours de contentieux administratif, tome III, p. 1110, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1979.

- OMRAN Samih Nazal, Les fondements de la liberté dans la construction de l'homme et de la société (en arabe), Ed. Qatiba, Damas, 1999.
- OTHMAN Hussein Othman Mohamad, Les fondements de droit administratif, Ed. al Halabi, Beyrouth, 2010.
- PACTEAU B., " La sécurité juridique, un principe qui nous manque? ", AJDA 1995, n° spécial, p. 151.
- PICARD, E. « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.REDOR, « L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? », Ordre public et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- PLANCHARD Anaïs, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires franchit les portes des prisons », La Revue des droits de l'homme, juillet, 2015.
- PLESSIX B., L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Paris, LGDJ, 2003.
- RADHI Mazen , « Le Rôle de la juridiction administrative dans la protection des droits de l'homme ». Disponible sur www.ao-academy.org
- RAULIN de Arnaud, « Les chemins de la Turquie vers l'Europe », Éd. Presse de l'Université d'Artois, Co-dirigé avec P. Chabal, 2002 ; "Le développement des DOM et la Communauté européenne", Ed. La Documentation française, Co-dirigé avec Loïc Grard (Université de Bordeaux).
- REFAAT Mohamad, Le droit administratif, la juridiction de l'annulation, Ed. Al Halabi, Beyrouth, 2005.
- RENUCCI Jean-François, Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, Manuel, Paris, 3e éd., 2002.
- RIAD Fouad abd elmenem, De la nationalité et des places des étrangers الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب, Ed. Dar al Nahda Alarabya, 1984.

- ROBERT J., Droits de l'homme et libertés fondamentales, Montchrestien, 2009.
- RUSTOW D, « Transitions to Democracy : Toward a Dynamic Model », Comparative Politics, 2 avril 1970.
- SAAD Georges, Le droit administratif général et le contentieux administratif, Ed. Al Halabi, Beyrouth, Tome 1; Note sur arrêt « Mohamad Obeid » du Conseil d'Etat libanais, 7-5-2002, Revue al Hayat al Nyabya (Revue la vie parlementaire, Ed. Parlement libanais, n° septembre 2002.
- SAID SAHIB Muhammed, « Le fédéralisme irakien », outre-terre, n°14, 2006.
- SAID Zana Jalal, "l'équilibre entre la police administrative et les libertés publiques », Mémoire master 2, Faculté de droit et des sciences politiques, Université Slaimanya, 2000.
- SEILLER Bertrand, Droit administratif, Flammarion, Champs université, 2005 ; Régime de l'acte administratif, Dalloz, octobre 2015, Répertoire du contentieux administratif, octobre 2015, n°473 et n° 482.
- TAVOSO M.-A., « La contribution du droit européen à la répression nationale des violations massives des droits de l'homme » in Mises en œuvre des droits de l'homme, 2012.
- TCHEN Vincent, La notion de police administrative, Jurisclasseur, Droit administratif, 20 janvier 2013, mise à jour 1er avril 2016.
- TIGROUDJA Hélène, "Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux", RFDA, 2003.
- VARPAILLE L. " Le principe de sécurité juridique: réalité et avenir en droit administratif français ", Petites Affiches 1999, n°158, p. 18 C.

- VEDEL Georges. le Droit administratif, PUF, 2002.
 - VIVAS Maxime, La face cachée de Reporters sans frontières. De la CIA aux Faucons du Pentagone, éditions Aden, 2008.
 - WALINE J., Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif, Thèse Paris, 1962.
 - YOUNES Bani Younes, La situation juridique des étrangers en Jordanie, compte d'auteur.
 - ZOLLER Élisabeth, «Aspects internationaux du droit constitutionnel, Contribution à la théorie de la fédération d'États», Recueil des Cours de Droit International, 2002, Tome I, volume 294.
-

■ Périodiques et arrêts

- Jugements et avis du Conseil d'Etat égyptien أحكام وفتاوى مجلس الدولة فى مصر, Ed. Dar Aboulmajd, Caire, 2007.
- Jugements des tribunaux irakiens, administratifs, Ministère de la justice, Bagdad et palais de justice Erbil (Kurdistan).
- Majallat al qada al Idari, Recueil des Décisions du Conseil d'Etat libanais, Bibliothèque Université libanaise, et Ed. Sader. 2018.

● Quelques arrêts :

- C. Cass fr, 24 mai 1975 « Société des cafés Jacques Vabre ».
- CEF, 1er avr. 1869, Berneau, Lebon 288, sol. impl. ; 20 juin 1913, Téry, Lebon 736, concl. Corneille, S. 1920. 3.13, concl. Corneille, GAJA, 14e éd., no 29 ; 10 août 1918, Villès, Lebon 848, concl. Berget.

- CE, sect., 12 mai 1961, Sté La Huta, Lebon 313.

- CE, ass., 13 déc. 1968, Assoc. syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne, Lebon 645, AJPI 1969. 226, concl. N. Questiaux, AJDA 1969. 179, note A. Homont, JCP 1969. II. 15793, note J.-P. Seignolle, RD publ. 1969. 512, note M. Waline. Cité par Bruno Genevois.

- CEDH 24 avr. 2003, Yvon c/ France, AJDA 2004. 1441, chron. R. Hostiou.

■ Sites web

- <http://www.acihl.org/news.htm%3Flang%3Dfr-FR>

- <http://reseauinternational.net/droits-de-lhomme-merci-lonu-merci-larabie-saoudite/>.

- Revues électroniques:

<http://ripostelaique.com/grandeur-et-decadence.html>

- <https://www.acatfrance.fr/rapport/justice-un-printemps-inacheve>. Visite: 13 janvier 2016.

- http://www.lexinter.net/JPTXT/arret_jacques_vabre.htm

Visite 12 -1 2016

- <http://www.touteurope.eu/l-union-europeenne/les-principes-du-droit-de-l-ue/synthese/la-hierarchie-des-normes-de-droit-de-l-union-europeenne.html>

- <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.,1989-p17>.

- <http://www.aljazeera.net/programs/opposite-direction/2004/6/3/> .

- <http://fr.myeurop.info/2011/09/24/1-europe-des-fessees-prend-une-claque-3411>
- CAIRN, https://www.cairn.info/recherche_avancee.php
- Dalloz, <https://www.dalloz.fr/>

•••

ANNEXES

Annexe I

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.

Art. 1er. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

Art. 3. Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation.
Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Art. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Art. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Art. 6. La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Art. 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

Art. 8. La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Art. 9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

Art. 10. Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.

Art. 11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.

Art. 12. La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

Art. 13. Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.

Art. 14. Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

Art. 15. La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.

Art. 16. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

•••

Annexe II

Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948

Préambule

Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.

Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme.

Considérant qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression.

Considérant qu'il est essentiel d'encourager le développement de relations amicales entre nations.

Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande.

Considérant que les Etats Membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Considérant qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement.

L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que tous les individus et tous les organes de la société, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des Etats Membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction.

Article premier

Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité.

Article 2

1. Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté.

Article 3

Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne.

Article 4

Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes leurs formes.

Article 5

Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 6

Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique.

Article 7

Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.

Article 8

Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

Article 9

Nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé.

Article 10

Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Article 11

1. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

2. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis.

Article 12

Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Article 13

1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat.

2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays.

Article 14

1. Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.

2. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Article 15

1. Tout individu a droit à une nationalité.

2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité.

Article 16

1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.

3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.

Article 17

1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.

2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété.

Article 18

Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

Article 19

Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

Article 20

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.
2. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association.

Article 21

1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.

2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote.

Article 22

Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays.

Article 23

1. Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage.

2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal.

3. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale.

4. Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

Article 24

Toute personne a droit au repos et aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques.

Article 25

1. Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

2. La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale.

Article 26

1. Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. L'enseignement technique et professionnel doit être généralisé ; l'accès aux études supérieures doit être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite.

2. L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix.

3. Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants.

Article 27

1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.

2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.

Article 28

Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet.

Article 29

1. L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible.

2. Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.

3. Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies.

Article 30

Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés.



Annexe III

La Charte arabe des droits de l'homme de 2004

Procédant de la foi de la Nation arabe dans la dignité de l'homme que Dieu a honoré depuis la création du monde et dans le fait que la patrie arabe est le berceau des religions et des civilisations dont les nobles valeurs ont consacré le droit de l'homme à une vie digne fondée sur la liberté, la justice et l'égalité,

Afin de concrétiser les principes éternels de fraternité, d'égalité et de tolérance entre les êtres humains consacrés par l'Islam et les autres religions révélées,

Fiers des valeurs et des principes humanitaires que la Nation arabe a établis au cours de sa longue histoire, lesquels ont contribué, dans une large mesure, à la diffusion de la science entre l'Orient et l'Occident, faisant de la région le point de mire du monde entier et la destination privilégiée des personnes en quête de savoir et de sagesse,

Ayant foi dans l'unité de la patrie arabe, qui lutte pour sa liberté et défend le droit des nations à disposer d'elles-mêmes, à préserver leurs richesses et à se développer; ayant foi également dans la primauté du droit et dans sa contribution à la protection des droits de l'homme envisagés dans leur universalité et leur complémentarité et convaincue que la jouissance par l'être humain de la liberté, de la justice et de l'égalité des chances est l'aune à laquelle se mesure la valeur de toute société,

Rejetant toutes les formes de racisme et le sionisme qui constituent une violation des droits de l'homme et une menace pour la paix et la sécurité internationales, consciente du lien étroit existant entre les droits de l'homme et la paix et la sécurité internationales, réaffirmant les principes de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte

international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et tenant compte de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam,

Les États parties à la Charte conviennent de ce qui suit:

Article premier

La présente Charte vise, dans le cadre de l'identité nationale des États arabes et du sentiment d'appartenance à une civilisation commune, à réaliser les objectifs suivants:

a. Placer les droits de l'homme au coeur des préoccupations nationales dans les États arabes de façon à en faire de grands idéaux qui orientent la volonté de l'individu dans ces États et lui permettent d'améliorer sa réalité en accord avec les nobles valeurs humaines;

b. Inculquer à l'être humain dans les États arabes la fierté de son identité, la fidélité à sa patrie et l'attachement à sa terre, à son histoire et à ses intérêts communs et faire en sorte qu'il s'imprègne d'une culture de fraternité humaine, de tolérance et d'ouverture sur autrui, conformément aux principes et aux valeurs universels et à ceux qui sont proclamés dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme;

c. Préparer les nouvelles générations dans les États arabes à une vie libre et responsable dans une société civile solidaire fondée sur l'équilibre entre la conscience des droits et le respect des obligations et régie par les valeurs d'égalité, de tolérance et de modération;

d. Enraciner le principe selon lequel tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, interdépendants et indissociables.

Article 2

a. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes et d'être maîtres de leurs richesses et leurs ressources, et le droit de choisir librement leur système

politique et de poursuivre librement leur développement économique, social et culturel;

b. Tous les peuples ont le droit de vivre à l'ombre de la souveraineté nationale et de l'unité territoriale;

c. Toutes les formes de racisme, le sionisme, l'occupation et la domination étrangères constituent une entrave à la dignité de l'homme et un obstacle majeur à l'exercice des droits fondamentaux des peuples; il est impératif de condamner leur pratique sous toutes ses formes et de veiller à leur élimination;

d. Tous les peuples ont le droit de résister à l'occupation étrangère.

Article 3

a. Chaque État partie à la présente Charte s'engage à garantir à tout individu relevant de sa juridiction le droit de jouir des droits et des libertés énoncés dans la présente Charte sans distinction aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la croyance religieuse, l'opinion, la pensée, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou le handicap physique ou mental;

b. Les États parties à la présente Charte prennent les mesures requises pour garantir l'égalité effective dans l'exercice de tous les droits et de toutes les libertés consacrés par la présente Charte, de façon à assurer une protection contre toutes les formes de discrimination fondées sur l'un quelconque des motifs mentionnés au paragraphe précédent;

c. L'homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux. En conséquence, chaque État partie à la présente Charte s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la parité des chances et l'égalité effective entre l'homme et la femme dans l'exercice de tous les droits énoncés dans la présente Charte.

Article 4

a. En cas de situation d'urgence exceptionnelle mettant en danger l'existence de la nation et proclamée par un acte officiel, les États parties à la présente Charte peuvent prendre, dans la stricte mesure où l'exige la situation, des dispositions qui dérogent aux engagements qu'ils ont contractés en vertu de la présente Charte, à condition que ces dispositions n'aillent pas à l'encontre des autres obligations qui leur incombent en vertu du droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée sur le seul motif de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion ou de l'origine sociale;

b. Aucune dérogation aux dispositions ci-après n'est autorisée, en cas de situation d'urgence exceptionnelle: article 5, article 8, article 9, article 10, article 13, article 14, article 15, article 18, article 19, article 30, article 20, article 22, article 27, article 28 et article 29. En outre, les garanties judiciaires nécessaires pour la protection de ces droits visés ne peuvent être suspendues.

c. Tout État partie à la présente Charte qui exerce le droit de dérogation informe immédiatement les autres États parties, par l'intermédiaire du Secrétaire général de la Ligue des États arabes, des dispositions auxquelles il déroge et des motifs de la dérogation. E les informe également par le même truchement de la fin de la dérogation à la date à laquelle celle-ci intervient.

Article 5

a. Le droit à la vie est un droit inhérent à toute personne humaine;

b. La loi protège ce droit et nul ne sera privé arbitrairement de sa vie.

Article 6

La peine de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves conformément aux lois en vigueur au moment où le crime est commis et en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent. Toute personne

condamnée à la peine de mort a le droit de solliciter la grâce ou l'allégement de sa peine.

Article 7

a. La peine de mort ne peut être prononcée contre des personnes âgées de moins de 18 ans sauf disposition contraire de la législation en vigueur au moment de l'infraction;

b. La peine de mort ne peut être exécutée sur la personne d'une femme enceinte tant qu'elle n'a pas accouché ou d'une mère qui allaite que deux années après l'accouchement, dans tous les cas l'intérêt du nourrisson prime.

Article 8

a. Nul ne peut être soumis à des tortures physiques ou mentales ou à un traitement cruel, inhumain, humiliant ou dégradant.

b. Chaque État partie protège tout individu relevant de sa juridiction de ce type de pratiques et prend des mesures efficaces pour les prévenir. Ces actes ou la participation à ces actes sont considérés comme des crimes imprescriptibles punis par la loi. Chaque État partie garantit dans son système juridique réparation à la victime d'un acte de torture et le droit à une réhabilitation et à une indemnisation.

Article 9

Il est interdit de soumettre quiconque à des expériences médicales ou scientifiques ou d'utiliser ses organes sans son libre consentement et sa pleine connaissance des conséquences pouvant résulter de cela, étant entendu que les règles éthiques, humanitaires et professionnelles doivent être observées et que les procédures médicales de nature à garantir la sécurité personnelle de l'intéressé conformément aux lois pertinentes en vigueur dans chaque État partie doivent être respectées. Le commerce des organes humains est interdit quelles que soient les circonstances.

Article 10

a. L'esclavage et la traite des êtres humains sont interdits sous toutes leurs formes et punis par la loi. Nul ne peut être tenu en esclavage ou en servitude quelles que soient les circonstances;

b. Le travail forcé, la traite des êtres humains à des fins de prostitution ou d'exploitation sexuelle, l'exploitation de la prostitution d'autrui et toutes les autres formes d'exploitation ainsi que l'exploitation des enfants dans les conflits armés sont interdits.

Article 11

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont le droit de jouir de sa protection sans distinction d'aucune sorte.

Article 12

Toutes les personnes sont égales devant la justice. Les États parties garantissent l'indépendance de la justice et la protection des juges contre toute ingérence, pression ou menace. Ils garantissent également à tous les individus relevant de leur compétence l'accès aux juridictions de tous les degrés.

Article 13

a. Chacun a droit à un procès équitable dans lequel sont assurées des garanties suffisantes et conduit par un tribunal compétent indépendant et impartial établi préalablement par la loi qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ou se prononcera sur ses droits et ses obligations. Chaque État partie garantit à ceux qui n'ont pas les ressources nécessaires une aide juridictionnelle pour leur permettre de défendre leurs droits;

b. Le procès est public sauf dans des cas exceptionnels lorsque l'exige l'intérêt de la justice dans une société respectueuse des libertés et droits de l'homme.

Article 14

a. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation, d'une perquisition ou d'une détention arbitraire et sans mandat légal;

b. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour les motifs et dans les cas prévus préalablement par la loi et conformément à la procédure qui y est fixée;

c. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, dans une langue qu'il comprend, des raisons de cette arrestation, recevra immédiatement notification de toute accusation portée contre lui et a le droit de prendre contact avec ses proches;

d. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit de demander d'être soumis à un examen médical et doit être informée de ce droit;

e. La personne arrêtée ou détenue du chef d'une accusation pénale est présentée dans les plus brefs délais à un juge ou un fonctionnaire habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devrait être jugée dans un délai raisonnable ou libérée. Sa libération peut être subordonnée à des garanties assurant sa comparution à l'audience. La détention provisoire ne doit en aucun cas être la règle;

f. Quiconque est privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal compétent afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de cette arrestation ou détention et ordonne sa libération si l'arrestation ou la détention est illégale;

g. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ou illégale a droit à réparation.

Article 15

Il ne peut y avoir d'infraction ni de peine qu'en vertu d'un texte de loi adopté préalablement; la loi la plus favorable à l'accusé est appliquée dans tous les cas.

Article 16

Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie par un jugement définitif conformément à la loi et a droit au cours de l'instruction et durant le procès au moins aux garanties suivantes:

a. Droit d'être informée immédiatement de façon détaillée et dans une langue qu'elle comprend de la nature des accusations portées contre elle;

b. Droit de disposer d'un temps et de facilités suffisants pour préparer sa défense et de prendre contact avec ses proches;

c. Droit d'être jugée en sa présence devant son juge naturel et de se défendre elle-même ou avec l'assistance d'un avocat de son choix avec lequel elle peut communiquer en toute liberté et confidentialité;

d. Droit de bénéficier gratuitement de l'assistance d'un avocat pour la défendre si elle ne peut pas le faire elle-même ou si l'intérêt de la justice l'exige et droit de se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;

e. Droit d'interroger elle-même ou de faire interroger par son défenseur les témoins à charge et d'obtenir la comparution de témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

f. Droit de ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable;

g. Droit, si elle est déclarée coupable d'une infraction, de faire appel conformément à la loi devant une instance judiciaire supérieure;

h. Droit à ce que la sécurité de sa personne et sa vie privée soient respectées en toutes circonstances.

Article 17

Chaque État partie garantit en particulier à tout enfant à risque ou délinquant accusé d'une infraction le droit à un régime judiciaire spécial pour mineurs tout au long des poursuites, du procès et de l'application du jugement et à un traitement spécial qui soit compatible avec son âge et qui protège sa dignité, facilite sa réadaptation et sa réinsertion et lui permette de jouer un rôle constructif dans la société.

Article 18

Aucune personne dont l'incapacité de s'acquitter d'une dette résultant d'une obligation contractuelle a été établie ne sera emprisonnée.

Article 19

a. Nul ne peut être jugé deux fois pour une même infraction. Il appartient à toute personne faisant l'objet d'une telle procédure d'en contester la légalité et de demander sa libération;

b. Tout prévenu dont l'innocence a été établie par un jugement définitif a le droit d'être indemnisé du préjudice qu'il a subi.

Article 20

a. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine;

b. Les prévenus sont séparés des condamnés et sont traités de manière compatible avec leur condition de personne non condamnée;

c. Le régime pénitentiaire a pour but l'amendement et la réinsertion sociale des prisonniers.

Article 21

- a. Nul ne fera l'objet d'immixtion arbitraire ou illégale dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur ou à sa réputation;
- b. Toute personne a droit à la protection de la loi contre une telle immixtion ou atteinte.

Article 22

Toute personne a droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

Article 23

Chaque État partie à la présente Charte garantit un moyen de recours utile à toute personne dont les droits ou les libertés reconnus dans la présente Charte ont été violés même si la violation a été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Article 24

- a. Tout citoyen a le droit de pratiquer librement une activité politique;
- b. Tout citoyen a le droit de participer à la direction des affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement choisis;
- c. Tout citoyen a le droit de se porter candidat ou de choisir ses représentants dans des élections libres et régulières et dans des conditions d'égalité entre tous les citoyens assurant la libre expression de sa volonté;
- d. Tout citoyen a le droit de bénéficier de la possibilité d'accéder dans des conditions d'égalité avec les autres aux fonctions publiques de son pays dans le respect de la parité des chances;
- e. Toute personne a le droit de constituer librement des associations avec d'autres et d'y adhérer;

f. Tout citoyen a le droit à la liberté de réunion et à la liberté de rassemblement pacifique;

g. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société respectueuse des libertés et des droits de l'homme pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la sûreté publique, la santé publique ou la moralité publique ou pour sauvegarder les droits et les libertés d'autrui.

Article 25

Les personnes appartenant à des minorités ne peuvent être privées du droit de jouir de leur culture, d'utiliser leur langue et de pratiquer les préceptes de leur religion; la loi régit l'exercice de ces droits.

Article 26

a. Toute personne qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie jouit de la liberté de circuler et choisit librement son lieu de résidence, où que ce soit sur ce territoire dans le respect des lois en vigueur;

b. Aucun État partie n'expulsera une personne qui ne détient pas sa nationalité mais qui se trouve légalement sur son territoire, qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et après lui avoir donné, sauf si des considérations de sécurité nationale s'y opposent, la possibilité d'introduire un recours devant l'autorité compétente; l'expulsion collective est interdite dans tous les cas.

Article 27

a. Nul ne peut être arbitrairement ou illégalement empêché de quitter un pays quel qu'il soit, y compris son propre pays, interdit de séjour dans une région donnée, ou obligé à séjourner dans ledit pays;

b. Nul ne peut être exilé de son pays ou privé du droit d'y retourner.

Article 28

Chacun a le droit de demander l'asile politique à un autre pays pour échapper à la persécution; ce droit ne peut être exercé par une personne qui fait l'objet de poursuites pour une infraction de droit commun. Il est interdit d'extrader des réfugiés politiques.

Article 29

a. Toute personne a droit à une nationalité et nul ne peut être déchu arbitrairement ou illégalement de sa nationalité;

b. Les États partie prendront, conformément à leur législation relative à la nationalité, les mesures qu'ils jugeront appropriées pour permettre à l'enfant d'acquérir la nationalité de sa mère en tenant compte dans tous les cas de l'intérêt de l'enfant;

c. Nul ne se verra dénier le droit d'acquérir une autre nationalité compte dûment tenu des procédures juridiques en vigueur dans son pays.

Article 30

a. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de croyance et de religion, qui ne peut faire l'objet d'aucune restriction non prévue par la loi;

b. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ou de pratiquer individuellement ou collectivement les rites de sa religion ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires dans une société tolérante, respectueuse des libertés et des droits de l'homme pour la protection de la sûreté publique, de l'ordre public, de la santé publique ou de la moralité publique ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui;

c. Les parents ou les tuteurs assurent librement l'éducation religieuse et morale de leurs enfants.

Article 31

Le droit à la propriété privée est garanti à chacun et il est interdit dans tous les cas de confisquer arbitrairement ou illégalement tout ou partie des biens d'une personne.

Article 32

a. La présente Charte garantit le droit à l'information et la liberté d'opinion et d'expression et le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations par tout moyen, sans considération de frontières géographiques;

b. Ces droits et libertés sont exercés dans le cadre des principes fondamentaux de la société et sont soumis aux seules restrictions nécessaires au respect des droits et de la réputation d'autrui et à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé publique ou de la moralité publique.

Article 33

a. La famille est la cellule naturelle et fondamentale de la société; elle est fondée sur le mariage entre l'homme et la femme; le droit de se marier et de fonder une famille selon les règles et les conditions régissant le mariage, est reconnu à l'homme et à la femme dès qu'ils sont en âge de contracter un mariage. Il ne peut y avoir de mariage sans le plein et libre consentement des deux parties. La législation en vigueur réglemente les droits et les devoirs de l'homme et de la femme au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution;

b.

c. L'État et la société garantissent la protection de la famille, le renforcement de ses liens, la protection de ses membres, l'interdiction de toutes les formes de violence ou de mauvais traitements dans les relations entre ses membres, en particulier à l'égard de la femme et de l'enfant. Ils garantissent également à la mère, à l'enfant, à la personne âgée et aux personnes ayant des besoins particuliers la protection et l'assistance nécessaires et assurent aux adolescents et aux jeunes les meilleures chances de développement physique et mental;

d. Les États partie prennent toutes les dispositions législatives, administratives et judiciaires requises pour assurer la protection, la survie et le bien-être de l'enfant dans un climat de liberté et de dignité et pour faire en sorte que son intérêt supérieur soit, en toutes circonstances, le critère à la base de toutes les mesures le concernant qu'il s'agisse d'un enfant à risque ou d'un enfant délinquant;

e. Les États partie prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir notamment aux jeunes le droit d'exercer une activité sportive.

Article 34

a. Le droit au travail est un droit naturel de chaque citoyen. L'État s'efforce d'assurer dans la mesure du possible un emploi au plus grand nombre de demandeurs tout en garantissant la production, la liberté du travail et l'égalité des chances sans distinction aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, la langue, l'opinion politique, l'appartenance à un syndicat, l'origine nationale, l'origine sociale, un handicap ou toute autre situation;

b. Chaque travailleur a le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables qui assurent un salaire équitable lui permettant de subvenir à ses besoins essentiels et à ceux de sa famille et fixent les heures de travail et de repos, les congés payés et les règles pour préserver l'hygiène et la sécurité du travail et la protection des femmes, des enfants et des personnes handicapées dans le cadre du travail;

c. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail potentiellement dangereux ou susceptible d'entraver son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social. À cette fin, et compte tenu des dispositions des autres instruments internationaux pertinents, les États parties, en particulier:

.1 Fixent un âge minimum d'admission à l'emploi;

.2 Prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi;

.3 Prévoient des peines ou d'autres sanctions appropriées pour assurer l'application effective du présent article.

d. Il est interdit de faire une distinction entre l'homme et la femme dans l'exercice du droit de bénéficier de manière effective d'une formation, d'un emploi, de la protection du travail et d'un salaire égal pour un travail de valeur et de qualité égales;

e. Chaque État partie assure aux travailleurs qui immigrent sur son territoire la protection requise conformément à la législation en vigueur.

Article 35

a. Chaque individu a le droit de constituer des syndicats ou d'adhérer à des syndicats et de pratiquer librement une activité syndicale pour défendre ses intérêts;

b. L'exercice de ses droits et libertés ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par les lois en vigueur et qui sont nécessaires pour préserver la sécurité nationale, la sûreté publique, l'ordre public ou pour protéger la santé publique, la moralité publique ou les droits et les libertés d'autrui;

c. Chaque État partie garantit le droit de grève dans les limites fixées par la législation en vigueur.

Article 36

Les États parties garantissent le droit de chaque citoyen à la sécurité sociale, y compris l'assurance sociale.

Article 37

Le droit au développement est un des droits fondamentaux de l'homme et tous les États parties sont tenus d'établir les politiques de développement et de prendre les mesures requises pour assurer ce droit. Il leur incombe d'oeuvrer pour concrétiser les valeurs de solidarité et de coopération entre eux et au niveau international afin d'éliminer la pauvreté et de réaliser le développement économique, social, culturel et politique. En vertu de ce droit, chaque citoyen a le droit de participer à la réalisation du développement, d'y contribuer et de bénéficier de ses bienfaits et de ses fruits.

Article 38

Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant, pour elle et sa famille, qui leur assure le bien-être et une vie décente, y compris la nourriture, les vêtements, le logement et les services, et a droit à un environnement sain. Les États parties prennent les mesures requises en fonction de leurs ressources pour assurer ce droit.

Article 39

a. Les États parties reconnaissent le droit qu'a tout membre de la société de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qui puisse être atteint et le droit du citoyen de bénéficier gratuitement des services de santé de base et d'accéder aux centres de soins médicaux sans discrimination aucune;

b. Les mesures que les États parties prendront comprennent les suivantes:

.1 Développement des soins de santé de base et garantie de la gratuité des services des centres qui fournissent ces soins et de la facilité d'accès à ces centres où qu'ils soient et quelle que soit la situation économique;

.2 Fourniture d'efforts pour combattre les maladies par des moyens préventifs et curatifs de façon à réduire la mortalité;

.3 Action de sensibilisation et d'éducation sanitaires;

- .4 Lutte contre les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé de la personne;
- .5 Garantie à chacun de la nourriture de base et de l'eau potable;
- .6 Lutte contre les facteurs de pollution de l'environnement et fourniture de moyens d'assainissement;
- .7 Lutte contre le tabagisme, la drogue et les substances psychotropes.

Article 40

- a. Les États parties s'engagent à assurer aux personnes mentalement ou physiquement handicapées une vie décente qui garantisse leur dignité, ainsi qu'à renforcer leur autonomie et à faciliter leur participation effective dans la société;
- b. Les États parties fournissent gratuitement des services sociaux à toutes les personnes handicapées, apportent à celles d'entre elles qui en ont besoin un soutien matériel, directement ou par le biais de leur famille ou de la famille qui s'occupe d'eux, et font tout ce qui est nécessaire pour éviter leur placement en institution. Dans tous les cas, ils prennent en compte l'intérêt supérieur de la personne handicapée,
- c. Les États parties prennent toutes les dispositions nécessaires pour lutter par tous les moyens possibles contre les handicaps, notamment par le biais de programmes de santé préventive et d'efforts de sensibilisation et d'éducation;
- d. Les États parties fournissent tous les services d'enseignement appropriés aux personnes handicapées en tenant compte de l'importance de leur intégration dans le système d'enseignement, ainsi que de l'importance de la formation professionnelle, de la préparation à exercer une activité professionnelle et de la fourniture d'un emploi approprié dans le secteur public ou privé;

e. Les États parties fournissent tous les services de santé appropriés aux personnes handicapées, y compris des services de réadaptation pour leur intégration dans la société;

f. Les États parties assurent aux personnes handicapées la possibilité d'utiliser tous les services collectifs publics et privés.

Article 41

a. L'alphabétisation est un impératif pour les États et chacun a droit à l'éducation;

b. Les États parties garantissent à leurs citoyens la gratuité de l'enseignement au moins aux niveaux primaire et fondamental. L'enseignement primaire sous toutes ses formes et à toutes les étapes est obligatoire et accessible à tous sans discrimination;

c. Les États parties prennent dans tous les domaines les mesures appropriées pour assurer le partenariat entre l'homme et la femme en vue d'atteindre les objectifs du développement;

d. Les États parties garantissent un enseignement visant l'épanouissement total de l'être humain et le renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

e. Les États parties oeuvrent pour inscrire les principes relatifs aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales aux programmes et aux activités éducatifs, aux programmes pédagogiques et de formation tant officiels que non officiels;

f. Les États parties garantissent la mise en place des mécanismes requis pour assurer l'éducation permanente à tout citoyen et établissent des plans nationaux pour l'éducation des adultes.

Article 42

a. Toute personne a le droit de participer à la vie culturelle et de bénéficier des fruits du progrès scientifique et de ses applications;

b. Les États parties s'engagent à respecter la liberté de la recherche scientifique et de la créativité et garantissent la protection des intérêts moraux et matériels liés à la production scientifique, littéraire ou artistique;

c. Les États parties s'efforcent d'agir en commun et de renforcer la coopération entre eux à tous les niveaux avec la pleine participation des intellectuels et des inventeurs et de leurs organisations, en vue d'élaborer et d'appliquer des programmes récréatifs, culturels, artistiques et scientifiques.

Article 43

Aucune disposition de la présente Charte ne sera interprétée de façon à porter atteinte aux droits et aux libertés protégés par les lois internes des États parties ou énoncés dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme que les États parties ont adoptés ou ratifiés, y compris les droits de la femme, de l'enfant et des personnes appartenant à des minorités.

Article 44

Les États parties s'engagent, au cas où leurs dispositions législatives ou autres en vigueur ne garantissent pas de manière effective la mise en oeuvre des droits énoncés dans la présente Charte, à prendre, conformément à leurs procédures constitutionnelles et aux dispositions de la présente Charte, les mesures législatives ou autres nécessaires à cet effet.

Article 45

a. Il est institué, en vertu de la présente Charte, un Comité arabe des droits de l'homme ci-après dénommé "le Comité". Le Comité est composé de sept membres élus au scrutin secret par les États parties à la présente Charte;

b. Le Comité est formé de ressortissants d'États parties à la présente Charte qui doivent être des personnalités ayant une grande expérience et compétence dans le domaine d'activité du Comité. Les membres du Comité exercent leurs fonctions à titre personnel et en toute indépendance et impartialité;

c. Le Comité ne peut comprendre parmi ses membres plus d'un ressortissant d'un État partie; un tel membre n'est rééligible qu'une seule fois. Il est en outre tenu compte du principe de l'alternance;

d. Les membres du Comité sont élus pour un mandat de quatre ans, étant entendu que le mandat de trois des membres élus à la première élection, qui seront désignés par tirage au sort, prendra fin au bout de deux ans;

e. Six mois avant la date de l'élection, le Secrétaire général de la Ligue des États arabes invite les États parties à désigner leurs candidats dans un délai de trois mois; il leur communique la liste des candidats deux mois avant la date de l'élection. Sont élus membres du Comité les candidats qui obtiennent le plus grand nombre de voix. Au cas où les candidats qui ont obtenu le plus grand nombre de voix dépassent le nombre requis du fait de l'obtention d'un nombre égal de voix par deux candidats ou plus, il est procédé à un nouveau tour de scrutin entre les candidats ayant obtenu le même nombre de voix. S'il y a de nouveau égalité, le ou les membres à élire sont tirés au sort. La première élection des membres du Comité a lieu au plus tôt six mois après l'entrée en vigueur de la Charte;

f. Le Secrétaire général invite les États parties à une réunion consacrée à l'élection des membres du Comité qui a lieu au Siège de la Ligue des États arabes. Le quorum est constitué par la majorité des États parties. S'il n'est pas atteint, le Secrétaire général convoque une nouvelle réunion à laquelle doit participer au moins le tiers des États parties. Si le quorum n'est toujours pas atteint, le Secrétaire général convoque une troisième réunion, qui se tiendra J quel que soit le nombre des États parties présents;

g. La première réunion du Comité est convoquée par le Secrétaire général. Au cours de cette réunion, le Comité élit son Président parmi ses membres, pour

un mandat de deux ans renouvelable une seule fois pour une période identique. Le Comité établit son statut et son règlement intérieur et fixe la périodicité de ses réunions. Le Comité tient ses réunions au Siège de la Ligue des États arabes. Il peut aussi se réunir dans tout autre État partie à la présente Charte sur invitation de celui-ci.

Article 46

a. Si, de l'avis unanime des autres membres, un membre du Comité a cessé de remplir ses fonctions pour toute cause autre qu'une absence de caractère temporaire, le Président du Comité en informe le Secrétaire général de la Ligue des États arabes qui déclare alors vacant le siège qu'occupait ledit membre;

b. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, le Président en informe immédiatement le Secrétaire général de la Ligue des États arabes, qui déclare le siège vacant à compter de la date du décès ou de celle à laquelle la démission prend effet;

c. Lorsqu'une vacance est déclarée conformément aux paragraphes a) et b) ci-dessus, et que le mandat du membre à remplacer n'expire pas dans les six mois qui suivent la date à laquelle la vacance est déclarée, le Secrétaire général de la Ligue des États arabes en avise les États parties à la présente Charte qui peuvent, dans un délai de deux mois, désigner des candidats conformément aux dispositions de l'article 45 en vue de pourvoir le siège vacant;

d. Le Secrétaire général de la Ligue des États arabes dresse la liste alphabétique de tous les candidats ainsi présentés et la communique aux États parties à la présente Charte. L'élection pour pourvoir le siège vacant a ensuite lieu conformément aux dispositions pertinentes;

e. Tout membre du Comité élu à un siège déclaré vacant conformément aux paragraphes a) et b) siège au Comité jusqu'à la fin de la partie restante du mandat du membre dont le siège est devenu vacant, conformément aux dispositions desdits paragraphes;

f. Le Secrétaire général alloue sur le budget de la Ligue des États arabes les ressources financières et humaines et les moyens matériels dont le Comité a besoin pour s'acquitter efficacement de ses fonctions. Les membres du Comité sont considérés, en ce qui concerne la rémunération et le remboursement des frais, comme des experts du Secrétariat.

Article 47

Les États parties s'engagent à assurer aux membres du Comité les immunités nécessaires pour les protéger contre toute forme d'entrave, de pression morale ou matérielle ou de poursuites judiciaires du fait des positions qu'ils prennent ou des déclarations qu'ils font dans l'exercice de leurs fonctions en tant que membres du Comité.

Article 48

a. Les États parties s'engagent à présenter au Secrétaire général de la Ligue des États arabes des rapports sur les mesures qu'ils auront prises pour donner effet aux droits et aux libertés reconnus dans la présente Charte et sur les progrès réalisés dans l'exercice de ces droits. Le Secrétaire général transmet ces rapports au Comité pour qu'il les examine;

b. Les États parties présentent un rapport initial au Comité dans un délai d'un an à compter de la date de l'entrée en vigueur de la Charte pour chacun d'eux et un rapport périodique tous les trois ans. Le Comité peut demander aux États parties des renseignements supplémentaires ayant trait à l'application de la Charte;

c. Le Comité étudie en séance publique les rapports présentés par les États parties conformément au paragraphe (b) du présent article, en présence et avec la participation au débat du représentant de l'État concerné;

d. Le Comité examine le rapport, fait des observations et formule les recommandations requises conformément aux objectifs de la Charte;

e. Le Comité présente un rapport annuel contenant ses observations et ses recommandations au Conseil de la Ligue par l'intermédiaire du Secrétaire général;

f. Les rapports, les observations finales et les recommandations du Comité sont des documents publics auxquels le Comité assure une large diffusion.

Article 49

a. Le Secrétaire général de la Ligue des États arabes soumet la présente Charte, une fois que le Conseil de la Ligue l'a approuvée, aux États membres pour signature, ratification ou adhésion;

b. La présente Charte prend effet deux mois après la date du dépôt du septième instrument de ratification auprès du Secrétariat de la Ligue des États arabes;

c. Après son entrée en vigueur, la présente Charte prendra effet pour chaque État deux mois après qu'il aura déposé son document de ratification ou d'adhésion auprès du Secrétariat;

d. Le Secrétaire général informe les États parties du dépôt de chaque instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 50

Tout État partie peut, par l'intermédiaire du Secrétaire général, présenter par écrit des propositions pour modifier la présente Charte. Après notification de ces propositions aux autres États parties, le Secrétaire général invite ces derniers à les examiner en vue de leur approbation avant qu'elles ne soient présentées au Conseil de la Ligue pour adoption.

Article 51

Les modifications prennent effet à l'égard des États parties qui les ont approuvées une fois qu'elles ont été approuvées par les deux tiers des États parties à la Charte.

Article 52

Tout État partie peut proposer des protocoles facultatifs additionnels à la présente Charte, et ceux-ci sont adoptés selon les modalités suivies pour l'adoption des modifications apportées à la Charte.

Article 53

a. Tout État partie peut, en signant la présente Charte, en déposant les instruments de ratification y relatifs ou en y adhérant, émettre une réserve sur un des articles à condition que cette réserve ne soit pas incompatible avec l'objet de la Charte;

b. Tout État partie qui a émis une réserve en application du paragraphe a) du présent article peut à tout moment retirer cette réserve en adressant une notification au Secrétaire général de la Ligue des États arabes;

c. Le Secrétaire général notifie aux États parties les réserves émises et les demandes de retrait.



Annexe IV

Constitution de l'Irak du 15 octobre 2005

Préambule.

Le 20 mars 2003, débute l'opération libération de l'Irak (Operation Iraqi Liberation - OIL !). L'Irak est attaqué par les États-Unis et le Royaume-Uni, ainsi que par les forces de plusieurs dizaines d'autres pays (49 pays, dont une vingtaine jouent un rôle effectif), dans le but affiché d'établir la démocratie dans la région et sous prétexte d'éliminer les armes de destruction massive que le régime de Saddam Hussein aurait pu détenir et qui n'ont jamais été trouvées. La défense irakienne s'effondre rapidement et la guerre s'achève officiellement le 1er mai suivant. Le pays est alors occupé par la coalition et soumis à une administration militaire (Coalition Provisional Authority), dirigée par le diplomate étatsunien Paul Bremer. Celui-ci nomme (règlement n° 6 du 13 juillet 2004), un organe consultatif, le Conseil de gouvernement irakien provisoire (Iraqi Governing Council), tandis que se multiplient les attentats et les opérations de guérilla qui justifient la présence des forces des États-Unis jusqu'à la fin de 2011.

Une Constitution provisoire, dénommée loi pour l'administration de l'Irak pendant la période de transition, est approuvée le 8 mars 2004, par ce Conseil de gouvernement irakien provisoire, et la coalition cède le pouvoir, le 28 juin, à un Gouvernement irakien provisoire (Iraqi interim government). En fait, il y a deux constitutions provisoires pour cette période : la loi pour l'administration de l'Irak définit les institutions de la période de transition qui doivent procéder d'élections libres (tenues le 30 janvier 2005), tandis que l'annexe à cette loi définit les institutions de la période précédant ces élections (en fait du 28 juin 2004 au 3 mai 2005), qui ont été formées, sous le contrôle de la Coalition, à la suite de « larges consultations ». Ainsi, le Conseil national qui tient lieu d'Assemblée nationale est lui-même formé de membres cooptés au sein du Conseil de gouvernement nommé par

Paul

Bremer.

Les premières élections sont organisées le 30 janvier 2005, pour désigner une

assemblée constituante, tandis que le 3 mai 2005 le Gouvernement irakien de transition (Iraqi transitional government) prend ses fonctions.. Le projet de Constitution est approuvé par référendum le 15 octobre 2005. Il établit formellement un régime parlementaire avec une Assemblée unique. Cependant l'application de nombreuses dispositions constitutionnelles est ajournée, notamment celles concernant le président de la République, le Conseil de la Fédération et la création des régions, et l'article 138 définit une véritable Constitution provisoire. Par ailleurs la délimitation du Kurdistan et le référendum à Kirkouk ont été aussi ajournés.

Source : Traduction originale JPM à partir de la version anglaise consultée sur le site de la Chambre des députés le 9 juin 2012. Le terme « confession » désigne ici les différentes tendances des principales religions monothéistes.

Préambule.

Au nom de Dieu, le Clément, le Miséricordieux,

« Nous avons honoré les fils d'Adam ».

Nous, le peuple de la Mésopotamie, la patrie des apôtres et des prophètes, le lieu de repos des imams vertueux, le berceau de la civilisation, des artisans de l'écriture, et la patrie de la numération. Sur notre terre, la première loi faite par l'homme a été adoptée, et le plus ancien pacte de gouvernance équitable a été écrit, et sur notre sol les saints et les compagnons du Prophète prièrent, les philosophes et les scientifiques théorisèrent et les écrivains et les poètes brillèrent.

Reconnaissant le droit de Dieu sur nous, dans l'accomplissement de l'appel de notre patrie et de nos citoyens, et en réponse à l'appel de nos dirigeants religieux et nationaux, en jouissant du plein soutien international de nos amis et de ceux qui nous aiment, nous avons marché, pour la première fois de notre histoire vers les urnes, par millions, hommes et femmes, jeunes et vieux, le 30 janvier 2005, invoquant les douleurs de l'oppression confessionnelle infligée par le régime

autocratique et inspirés par les tragédies des martyrs de l'Irak, chiites et sunnites, Arabes, Kurdes, Turkmènes et appartenant toutes les autres composantes de la population, nous rappelant les ténèbres du ravage des saintes cités et du Sud lors de l'Intifada Chaabaniya [en 1991] et brûlés par les flammes de la douleur des charniers, les marais, al-Dujail et autres, exprimant les souffrances de l'oppression raciale dans les massacres de Halabja, Barzan, Anfal et des Kurdes Faylis et inspirés par les épreuves des Turkmènes à Bachir et les souffrances de la population de la région occidentale, comme celles des autres régions d'Irak ou le peuple souffre de la liquidation de ses dirigeants, de ses symboles et de ses cheikhs, de la déportation des personnes qualifiées et de l'assèchement de ses puits culturels et intellectuels, de telle sorte que nous avons cherché, main dans la main et au coude à coude, à créer notre nouvel Irak, l'Irak du futur, libéré du sectarisme, du racisme, du complexe de l'attachement à sa région, de la discrimination et de l'exclusion.

Les accusations d'infidélité et de terrorisme ne nous ont pas empêchés de marcher en avant pour construire une nation de droit. Le sectarisme et le racisme ne nous ont pas empêchés de marcher ensemble pour renforcer notre unité nationale en suivant le chemin du transfert pacifique du pouvoir, en adoptant le cadre d'une répartition équitable des ressources et en assurant l'égalité des chances pour tous.

Nous, le peuple de l'Irak, qui nous sommes justement relevés après nos faux pas, et qui regardons avec confiance vers l'avenir grâce à un système républicain, fédéral, démocratique et pluraliste, nous avons résolu avec la détermination de nos hommes, de nos femmes, des anciens et des jeunes, de respecter la primauté du droit, d'établir la justice et l'égalité, de renoncer à la politique d'agression, de prêter attention aux femmes et à leurs droits, aux anciens et à leurs préoccupations, aux enfants et à leurs besoins, de diffuser la culture de la diversité et de désamorcer le terrorisme.

Nous, le peuple de l'Irak, dans toutes ses composantes et de l'ensemble du spectre, nous avons pris sur nous de décider librement et de choisir l'unité pour

l'avenir, de tirer les leçons d'hier pour demain, et d'adopter la présente Constitution permanente, grâce aux valeurs et aux idéaux des messages célestes et aux conclusions de la science et de la civilisation humaine. L'adhésion à la présente Constitution préserve pour l'Irak la libre union de son peuple, son territoire et sa souveraineté.

Titre premier. Principes fondamentaux.

Article premier.

La République d'Irak est un unique État fédéral, indépendant et pleinement souverain, dans lequel le système de gouvernement est républicain, représentatif, parlementaire et démocratique, et la présente Constitution est la garantie de l'unité de l'Irak.

Article 2.

1. L'Islam est la religion officielle de l'État et une source fondamentale de la législation.

- a) Aucune loi ne peut être promulguée si elle est contraire aux principes établis de l'Islam.
- b) Aucune loi ne peut être promulguée si elle est contraire aux principes de la démocratie.
- c) Aucune loi ne peut être promulguée si elle est contraire aux droits et aux libertés fondamentales énoncés par la présente Constitution.

2. La présente Constitution garantit l'identité islamique de la majorité du peuple irakien et elle garantit pleinement les droits religieux à la liberté de croyance et de culte religieux de tous les individus comme les Chrétiens, les Yazidis, et les Mandéens Sabéens.

Article 3.

L'Irak est un pays aux multiples ethnies, religions et confessions. Il est un membre fondateur et actif de la Ligue arabe ; il applique sa charte, et il fait partie du monde islamique.

Article 4.

1. La langue arabe et la langue kurde sont les deux langues officielles de l'Irak. Le droit des Irakiens d'éduquer leurs enfants dans leur langue maternelle comme le turkmène, le syriaque et l'arménien est garanti dans les établissements publics d'enseignement, conformément aux orientations pédagogiques, ou dans toute autre langue dans les établissements privés d'enseignement.

2. La portée de l'expression « langue officielle » et les moyens pour appliquer les dispositions du présent article sont définis par la loi et incluent :

- a) la publication du Journal officiel dans les deux langues ;
- b) la parole, la conversation et l'expression dans les domaines officiels, comme la Chambre des députés, le Conseil des ministres, les tribunaux et les conférences officielles, dans l'une ou l'autre des deux langues ;
- c) l'examen et la publication des documents officiels et de la correspondance dans les deux langues ;
- d) l'ouverture d'écoles qui enseignent les deux langues, conformément aux orientations pédagogiques ;
- e) l'utilisation des deux langues dans toute question visée par le principe d'égalité, comme les billets de banque, les passeports et les timbres.

3. Les institutions fédérales et officielles et les services dans la région du Kurdistan doivent utiliser les deux langues.

4. Le turkmène et le syriaque sont les deux autres langues officielles dans les unités administratives où la population concernée est dense.

5. Chaque région où gouvernorat peut adopter une autre langue locale comme langue officielle supplémentaire si la majorité de la population en décide ainsi lors d'un référendum général.

Article 5.

La loi est souveraine. Le peuple est la source du pouvoir et de la légitimité, qu'il exerce par des élections directes, générales et au scrutin secret et par ses institutions constitutionnelles.

Article 6.

Le pouvoir doit être transmis pacifiquement, par des moyens démocratiques, comme énoncé dans la présente Constitution.

Article 7.

1. Toute organisation ou mouvement qui adopte, incite, facilite, glorifie, favorise ou justifie le racisme, le terrorisme, les accusations d'infidélité ou le nettoyage ethnique, en particulier le parti Baas de Saddam en Irak, et ses symboles, sous quelque nom que ce soit, est interdit. De telles organisations ne relèvent pas du pluralisme politique en Irak. La loi règle ces questions.

2. L'État s'engage à lutter contre le terrorisme sous toutes ses formes et il s'efforce d'empêcher son territoire de constituer une base, une voie ou un champ pour l'activité terroriste.

Article 8.

L'Irak observe les principes de bon voisinage, adhère au principe de non ingérence dans les affaires intérieures des autres États, cherche à régler les différends par des moyens pacifiques, établit des relations sur la base du respect des intérêts mutuels et de la réciprocité et il respecte ses obligations internationales.

Article 9.

1. a) Les forces armées irakiennes et les services de sécurité sont composés de tous les éléments du peuple irakien, en tenant dûment compte de leur équilibre et de leur représentation sans discrimination ni exclusion. Ils sont soumis au contrôle

de l'autorité civile, doivent défendre l'Irak, et ils ne doivent pas être utilisés pour opprimer le peuple irakien, ni s'immiscer dans les affaires politiques, et ils n'auront aucun rôle dans le passage du pouvoir.

b) La formation de milices militaires en dehors du cadre des forces armées est interdite.

c) Les forces armées irakiennes et leur personnel, y compris le personnel militaire travaillant au ministère de la défense ou dans des services ou des organisations subordonnés, ne peut pas se présenter aux élections à des fonctions politiques, faire campagne pour des candidats, ni participer à d'autres activités interdites par la réglementation du ministère de la défense. Cette interdiction concerne les activités du personnel mentionné ci-dessus agissant à titre personnel ou professionnel, mais n'empêche pas ce personnel d'exprimer son vote lors des élections.

d) Le Service de renseignement national irakien recueille des informations, évalue les menaces pour la sécurité nationale et conseille le gouvernement irakien. Ce service est placé sous contrôle civil ; il est soumis au contrôle parlementaire, et il agit conformément à la loi et en respectant les principes reconnus des droits de l'homme.

e) Le gouvernement irakien respecte et applique les obligations internationales de l'Irak concernant la non prolifération, le non développement, l'absence de production et le non usage d'armes nucléaires, chimiques et biologiques, et il interdit les équipements connexes, le matériel, les technologies et la livraison de systèmes utilisables pour le développement, la fabrication, la production, et l'utilisation de telles armes.

2. Le service militaire est régi par la loi.

Article 10.

Les lieux saints et les sites religieux en Irak sont des entités religieuses et culturelles. L'État s'engage à assurer et à maintenir leur sainteté et à y garantir la libre pratique des rituels.

Article 11.

Bagdad est la capitale de la République d'Irak.

Article 12.

1. Le drapeau, l'hymne national et l'emblème de l'Irak sont déterminés par la loi de manière à symboliser les composantes du peuple irakien.

2. La loi règle les honneurs, les jours fériés, les fêtes religieuses et nationales et l'utilisation des calendriers grégorien et hégirien.

Article 13.

1. La présente Constitution est la loi suprême et prééminente en Irak et elle est obligatoire dans toutes les parties de l'Irak sans exception.

2. Aucune loi contraire à la présente Constitution ne peut être promulguée. Toute disposition dans les constitutions régionales et dans les autres textes juridiques, contraire à la présente Constitution, est considérée comme nulle.

Titre II. Droits et libertés.

Chapitre premier. Droits.

I. Droits civils et politiques

Article 14.

Les Irakiens sont égaux devant la loi, sans discrimination fondée sur le genre, la race, l'ethnie, la nationalité, l'origine, la couleur, la religion, la confession, la croyance ou les opinions, ou le statut économique ou social.

Article 15.

Chacun a le droit de jouir de la vie, de la sécurité et de la liberté. La privation ou la limitation de ces droits est interdite, sauf conformément à la loi et sur décision prise par un tribunal compétent.

Article 16.

L'égalité des chances est garantie à tous les Irakiens, et l'État prend les mesures nécessaires pour atteindre cet objectif.

Article 17.

1. Chacun a droit à l'intimité personnelle tant que cela n'est pas contraire aux droits d'autrui ou aux bonnes moeurs.

2. Le domicile est inviolable. On ne peut pénétrer dans le domicile, le perquisitionner ou le violer, sauf conformément à l'ordonnance d'un tribunal prise conformément à la loi.

Article 18.

1. Toute personne qui a la nationalité irakienne est considérée comme un citoyen irakien.

2. Toute personne née de père irakien ou de mère irakienne est considérée comme irakienne. Les dispositions complémentaires relèvent de la loi.

3. a) La nationalité d'un citoyen irakien de naissance ne peut lui être retirée pour quelque raison que ce soit. Toute personne à qui la nationalité a été retirée a le droit d'exiger sa réintégration. Les dispositions complémentaires relèvent de la loi.

b) La nationalité irakienne ne peut être retirée aux citoyens naturalisés que dans les cas prévus par la loi.

4. Un Irakien peut avoir plusieurs nationalités. Celui qui exerce une fonction de direction dans la sécurité ou une fonction politique doit abandonner toute autre nationalité qu'il aurait pu acquérir. Les dispositions complémentaires relèvent de la loi.

5. La nationalité irakienne ne peut être accordée dans le but de modifier la composition démographique de l'Irak.

6. Les dispositions relatives à la nationalité sont régies par la loi. Les tribunaux compétents examinent les affaires découlant de ces dispositions.

Article 19.

1. Le pouvoir judiciaire est indépendant et aucune autorité n'est au-dessus du pouvoir judiciaire, sauf la loi.

2. Il n'y a ni crime ni peine, sauf conformément à la loi. La sanction frappe un acte que la loi considère comme un crime quand il est perpétré. Une peine plus sévère que la peine applicable à l'époque où l'infraction a été commise ne peut être appliquée.

3. Le droit au juge est un droit protégé et garanti à tous.

4. Les droits de la défense sont sacrés et garantis à toutes les étapes des poursuites et du procès.

5. L'accusé est innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été prouvée au cours d'un procès régulier. L'accusé ne peut être jugé une seconde fois pour le même crime, après avoir été acquitté, sauf si de nouvelles preuves sont produites.

6. Toute personne a le droit d'être traitée avec justice au cours des poursuites judiciaires et administratives.

7. Les audiences d'un procès sont publiques, sauf si le tribunal décide du huis clos.

8. La sanction est personnelle.

9. Les lois ne sont pas rétroactives, sauf s'il en est disposé autrement. Cette exclusion ne s'applique pas aux lois fiscales.

10. Les lois pénales ne sont pas rétroactives, sauf si elles sont plus favorables aux accusés.

11. Le tribunal nomme un avocat de la défense aux frais de l'État pour assurer la défense d'une personne accusée d'un crime ou d'un délit qui n'en dispose pas.

12. a) La détention illégale est interdite.
b) L'emprisonnement ou la détention sont interdits dans les lieux qui n'ont pas été prévus à cette fin, conformément à la loi sur les prisons qui doivent être soumises aux autorités de l'État et prévoir les prestations sociales et de santé.

13. Les documents de l'enquête préliminaire sont soumis au juge compétent dans un délai n'excédant pas 24 heures à partir du moment de l'arrestation de l'accusé ; ce délai ne peut être prolongé qu'une seule fois de la même durée.

Article 20.

Les citoyens irakiens, hommes et femmes, ont le droit de participer aux affaires publiques et de jouir des droits politiques, y compris les droits de voter, d'être éligible et d'être candidat à une fonction publique.

Article 21.

1. Aucun Irakien ne doit être extradé.
2. La loi règle le droit d'asile politique en Irak. Aucun réfugié politique ne doit être extradé ou renvoyé de force dans le pays dont il s'est enfui.
3. L'asile politique ne doit pas être accordé à une personne accusée d'avoir commis un crime international ou un acte de terrorisme ni à une personne qui à infligé des dommages à l'Irak.

II. Droits économiques, sociaux et culturels.

Article 22.

1. Le travail est un droit pour tout Irakien de manière à lui garantir une vie digne.

2. La loi règle les relations entre les employeurs et les employés sur des bases économiques, tout en respectant les règles de la justice sociale.

3. L'État garantit le droit de former des syndicats ou des associations professionnelles et d'y adhérer. Les dispositions en sont réglées par la loi.

Article 23.

1. La propriété privée est protégée. Le propriétaire a le droit de jouir, d'exploiter et de disposer de ses biens dans les limites de la loi.

2. L'expropriation n'est pas autorisée, sauf à des fins d'utilité publique, et moyennant une juste indemnité, conformément aux dispositions de la loi.

3. a) Tout Irakien a le droit de posséder des biens partout en Irak. Les étrangers ne peuvent posséder des biens immobiliers, sauf dans les cas prévus par la loi.

b) La possession de biens à des fins de changement démographique est interdite.

Article 24.

L'État garantit la liberté de circulation de la main d'oeuvre irakienne, des marchandises et des capitaux entre les régions et les gouvernorats, conformément aux dispositions de la loi.

Article 25.

L'État garantit la réforme de l'économie irakienne conformément aux principes économiques modernes, pour assurer le plein investissement de ses ressources, et pour encourager et développer le secteur privé.

Article 26.

L'État encourage l'investissement dans les différents domaines, conformément aux dispositions de la loi.

Article 27.

1. Les biens publics sont inviolables et leur protection est un devoir pour chaque citoyen.

2. Les dispositions relatives à la préservation des biens de l'État, à leur gestion, aux conditions de leur cession, et les limitations pour les biens qui ne doivent pas être cédés, sont déterminées par la loi.

Article 28.

1. Les impôts et les redevances ne sont levés, modifiés, collectés ou les exemptions déterminées que conformément à la loi.

2. Les salariés à faible revenu sont exonérés des impôts de manière à préserver le revenu minimum nécessaire à la vie, conformément aux dispositions de la loi.

Article 29.

1. a) La famille est le fondement de la société. L'État la protège, ainsi que les valeurs religieuses, morales et nationales.

b) L'État garantit la protection des mères, des enfants et des vieillards. Il prend soin des enfants et des jeunes et il leur fournit des conditions convenables pour développer leurs talents et leurs aptitudes.

2. Les enfants ont droit de recevoir les soins et l'éducation de leurs parents. Les parents ont droit au respect et aux soins de leurs enfants, notamment en cas d'invalidité et dans la vieillesse.

3. L'exploitation économique des enfants est interdite sous toutes ses formes et l'État prend les mesures nécessaires pour les protéger.

4. Toute forme de violence et d'abus est interdite dans la famille, à l'école et dans la société.

Article 30.

1. L'État garantit à l'individu et à la famille, notamment aux femmes et aux enfants, la sécurité sociale et la santé, les besoins indispensables pour assurer une vie libre et digne et il leur assure un revenu convenable et un logement décent.

2. L'État garantit la sécurité sociale et la santé aux Irakiens lorsqu'ils sont âgés, malades, handicapés, sans-abri, orphelins, ou chômeurs ; il les protège contre l'ignorance, la peur et la pauvreté, et il leur fournit des logements et des programmes spéciaux de soins et de réadaptation, conformément à la loi.

Article 31.

1. Chacun a droit aux soins de santé. L'État doit veiller à la santé publique et fournir les moyens de prévention et de traitement par la construction de différents types d'hôpitaux et d'établissements de santé.

2. Les personnes et les sociétés ont le droit de construire des hôpitaux, des cliniques ou des centres de soins privés sous le contrôle de l'État et conformément aux dispositions de la loi.

Article 32.

L'État prend soin des personnes handicapées et de celles qui ont des besoins particuliers. Il assure leur réadaptation afin de les réinsérer dans la société, conformément aux dispositions de la loi.

Article 33.

1. Chacun a le droit de vivre dans un environnement sain.

2. L'État s'engage à protéger l'environnement et la diversité biologique.

Article 34.

1. L'enseignement est un facteur fondamental de progrès de la société et il doit être garanti par l'État. L'enseignement primaire est obligatoire et l'État s'engage dans le combat contre l'analphabétisme.

2. L'enseignement gratuit à tous les niveaux est un droit pour tous les Irakiens.

3. L'État encourage la recherche scientifique à des fins pacifiques, pour servir l'humanité et soutenir la créativité, l'invention et les différents aspects de l'ingéniosité.

4. L'enseignement public et privé est garanti, conformément à la loi.

Article 35.

L'État favorise les activités et les institutions culturelles d'une manière qui sied à l'histoire des civilisations et des cultures de l'Irak, et il veille à soutenir les orientations culturelles irakiennes authentiques.

Article 36.

Pratiquer le sport est un droit pour chaque Irakien ; l'État encourage et prend soin de ces activités et il pourvoit à leurs besoins.

Chapitre II. Libertés.

Article 37.

1. a) La liberté et la dignité de l'homme sont protégées.
b) Nul ne peut être maintenu en détention ou poursuivi, sauf conformément à une décision judiciaire.
c) Toute forme de torture psychologique et physique et tous traitements inhumains sont interdits. Tout aveu obtenu par la force, la menace ou la torture est nul, et la victime a le droit de demander réparation pour les dommages matériels et moraux subis, conformément à la loi.

2. L'État garantit la protection de l'individu contre la coercition intellectuelle, politique et religieuse.

3. Le travail forcé, l'esclavage, la traite des esclaves, la traite des femmes et des enfants et le commerce du sexe sont interdits.

Article 38.

L'État garantit d'une manière qui ne viole pas l'ordre public et les bonnes mœurs :

- a) la liberté d'expression sous toutes ses formes ;
- b) la liberté de la presse, de l'impression, de la publicité, des médias et de publication ;

- c) la liberté de réunion et de manifestation pacifique, conformément aux dispositions de la loi.

Article 39.

1. La liberté de former des associations et des partis politiques et d'y adhérer est garantie par la loi.

2. On ne peut forcer une personne à adhérer à un parti, une association ou une entité politique, ni la forcer à en demeurer membre.

Article 40.

Les libertés de communication et de correspondance, par la voie postale, télégraphique, téléphonique et électronique, sont garanties et les communications et la correspondance ne peuvent être surveillées, mises sur écoute ou divulguées, sauf nécessité juridique, pour raison de sécurité et selon une décision judiciaire.

Article 41.

Les Irakiens sont libres de leur engagement en faveur du statut personnel conforme à leur religion, confession, croyance ou choix, conformément aux dispositions de la loi.

Article 42.

Chacun dispose de la liberté de pensée, de conscience et de croyance.

Article 43.

1. Les adeptes de toutes les religions et confessions sont libres :

- a) de pratiquer leurs rites religieux, y compris les rites Husseinites ;
- b) de gérer des fondations religieuses (waqf), leurs affaires et leurs institutions religieuses, conformément aux dispositions de la loi.

2. L'État garantit la liberté de culte et la protection des lieux de culte.

Article 44.

1. Chaque Irakien a la liberté de circuler, de voyager, et d'établir sa résidence à l'intérieur de l'Irak ou en dehors.

2. Aucun Irakien ne peut être exilé, déporté ni privé du droit de revenir dans sa patrie.

Article 45.

1. L'État doit chercher à renforcer le rôle des institutions de la société civile, et à soutenir, développer et préserver leur indépendance, d'une manière compatible avec des moyens pacifiques, pour atteindre leurs objectifs légitimes, et conformément aux dispositions de la loi.

2. L'État veille au progrès des clans et des tribus irakiens, s'occupe de leurs affaires d'une manière compatible avec la religion et la loi, et il respecte leurs nobles valeurs humaines d'une manière qui contribue au développement de la société. L'État doit interdire les traditions tribales qui sont en contradiction avec les droits de l'homme.

Article 46.

Il est interdit de restreindre ou limiter la pratique de l'un quelconque de ces droits et libertés énoncés dans la présente Constitution, sauf par la loi ou sur le

fondement d'une loi, et dans la mesure où cette limitation ou restriction ne viole pas l'essence du droit ou de la liberté.

Titre III. Pouvoirs fédéraux.

Article 47.

Les pouvoirs fédéraux sont les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et ils exercent leurs compétences et leurs fonctions sur la base du principe de séparation des pouvoirs.

Chapitre premier. Le pouvoir législatif.

Article 48.

Le pouvoir législatif fédéral comprend la Chambre des députés et le Conseil de la Fédération.

I. La Chambre des députés.

Article 49.

1. La Chambre des députés est composée d'un député pour 100.000 habitants et elle représente la totalité du peuple irakien. Les députés sont élus au suffrage universel, direct et secret. Elle doit assurer la représentation de toutes les composantes du peuple irakien.

2. Tout candidat à la Chambre des députés doit être pleinement Irakien.

3. La loi détermine les conditions pour être candidat, électeur et tout ce qui concerne les élections.

4. La loi électorale doit garantir un pourcentage de la représentation pour les femmes au moins égal au quart des membres de la Chambre des députés.

5. La Chambre des députés doit adopter une loi relative au remplacement de ses membres en cas de démission, de destitution ou de mort.

6. On ne peut être à la fois membre de la Chambre des députés et exercer un travail ou une autre fonction publique.

Article 50.

Chaque membre de la Chambre des députés prête le serment constitutionnel suivant, devant la Chambre, avant de prendre ses fonctions :
« Je jure par Dieu tout-puissant de remplir mes fonctions et mes responsabilités juridiques avec dévouement et intégrité, de préserver l'indépendance et la souveraineté de l'Irak, de sauvegarder les intérêts de son peuple, d'assurer la sécurité de son territoire, de ses cieux, de ses eaux, de ses ressources et du régime fédéral et démocratique ; je m'efforcerai de protéger les libertés publiques et privées, l'indépendance de la magistrature et je veillerai fidèlement à l'application de la loi. Que Dieu soit mon témoin.

Article 51.

La Chambre des députés établit son règlement pour organiser son travail.

Article 52.

1. La Chambre des députés décide à la majorité des deux tiers de la validité de l'élection de ses membres, dans les trente jours suivant la date de dépôt d'une réclamation.

2. La décision de la Chambre des députés peut être portée en appel devant la Cour fédérale suprême dans les trente jours de son énoncé.

Article 53.

1. Les séances de la Chambre des députés sont publiques, sauf si la Chambre, en cas de nécessité, en décide autrement.

2. Le compte-rendu des séances est publié par la Chambre de la manière qu'elle juge convenable.

Article 54.

Le président de la République appelle la Chambre des députés à se réunir par décret présidentiel, dans les quinze jours suivant la date de la publication des résultats des élections générales. Le député le plus âgé préside la première séance pour l'élection du président de la Chambre et de ses deux vice-présidents. Ce délai ne peut être prorogé au-delà de la période précitée.

Article 55.

La Chambre des députés élit lors de sa première séance son président, ainsi que son premier et son second vice-présidents, à la majorité absolue du nombre total des députés, au scrutin direct et secret.

Article 56.

1. Le mandat de la Chambre des députés est de quatre années calendaires, commençant lors de la première séance et se terminant à la fin de la quatrième année.

2. La nouvelle Chambre des députés est élue quarante-cinq jours avant la fin du mandat de la Chambre précédente.

Article 57.

La Chambre des députés tient chaque année deux sessions législatives d'une durée de huit mois. Le règlement intérieur définit la procédure de convocation des sessions. La session au cours de laquelle le budget est présenté ne peut prendre fin avant l'approbation du budget.

Article 58.

1. Le président de la République, le premier ministre, le président de la Chambre des députés ou cinquante députés peuvent appeler la Chambre à une session extraordinaire. La session est limitée aux questions qui ont nécessité sa convocation.

2. La session législative de la Chambre des députés ne peut être prolongée de plus de trente jours pour mener à bien les tâches qui nécessitent sa prolongation, sur demande du président de la République, du premier ministre, du président de la Chambre ou de cinquante députés.

Article 59.

1. Le quorum de la Chambre des députés exige la présence de la majorité absolue des députés.

2. Les décisions, au cours des séances de la Chambre des députés, sont prises à la majorité simple, lorsque le quorum est atteint, sauf disposition contraire.

Article 60.

1. Les projets de loi sont présentés par le président de la République et le Conseil des ministres.

2. Les propositions de loi sont présentées par dix membres de la Chambre des députés ou par l'une de ses commissions spécialisées.

Article 61.

La Chambre des députés exerce les compétences suivantes :

1. adoption des lois fédérales ;
2. contrôle du travail de l'exécutif ;
3. élection du président de la République ;
4. ratification des traités et des conventions internationaux par une loi, adoptée à la majorité des deux tiers de tous les membres de la Chambre des députés ;

5. approbation des nominations suivantes :
- a) président et membres de la Cour fédérale de cassation, procureur général et président de la Commission de contrôle de la magistrature, à la majorité absolue, sur proposition du Conseil supérieur judiciaire ;
 - b) ambassadeurs et détenteurs de rangs spéciaux, sur proposition du Conseil des ministres ;
 - c) chef d'état-major de l'armée irakienne, ses adjoints, les personnes qui ont le rang de commandant de division et au-dessus, et directeur du service de renseignements, sur proposition du Conseil des ministres ;
6. a) interpellation du président de la République, par une motion motivée, à la majorité absolue des membres de la Chambre des députés ;
- b) destitution du président de la République à la majorité absolue des membres de la Chambre des députés, après sa condamnation par la Cour fédérale suprême dans l'un des cas suivants : parjure du serment constitutionnel, violation de la Constitution, haute trahison ;
7. a) tout député peut poser des questions au premier ministre et aux ministres sur toute question relevant de leur compétence et chacun d'eux doit répondre aux questions des députés. Seul le député qui a posé la question peut commenter la réponse ;
- b) vingt-cinq députés au moins peuvent provoquer un débat sur une question d'ordre général portant sur la politique et l'action du Conseil des ministres ou d'un ministre ; la question doit être soumise au président de la Chambre et le premier ministre ou le ministre concerné doit indiquer la date où il se présentera devant la Chambre pour le débat ;
- c) un député, avec le soutien de vingt-cinq députés, peut interpellier le premier ministre ou un ministre sur toute question relevant de leur compétence. Le débat ne peut avoir lieu qu'après sept jours suivant la date de l'interpellation ;
8. a) la Chambre des députés peut retirer sa confiance à l'un des ministres à la majorité absolue et celui-ci est considéré comme démissionnaire à la date du retrait de la confiance. Un vote de confiance sur un ministre ne peut avoir lieu que sur sa demande ou sur une motion signée par cinquante députés après la

comparution du ministre pour répondre devant la Chambre. La Chambre ne peut statuer sur la motion que sept jours au moins après la date de sa soumission ;

b) - le président de la République peut demander à la Chambre des députés de retirer sa confiance au premier ministre ;

- la Chambre des députés peut retirer sa confiance au premier ministre sur la demande d'un cinquième de ses membres. Cette demande ne peut être soumise qu'à la suite d'une interpellation adressée au premier ministre et sept jours au moins après la date de soumission de la demande ;

- la Chambre des députés peut décider de retirer sa confiance au premier ministre à la majorité absolue de tous ses membres ;

c) Le Gouvernement est considéré comme démissionnaire en cas de retrait de la confiance au premier ministre ;

d) en cas de retrait de la confiance au Conseil des ministres dans sa totalité, le premier ministre et les ministres expédient les affaires courantes pour une période n'excédant pas trente jours, jusqu'à la formation d'un nouveau Conseil des ministres conformément aux dispositions de l'article 78 de la présente Constitution ;

e) la Chambre des députés peut questionner les chefs des commissions indépendantes selon la même procédure que pour les ministres. La Chambre peut les destituer à la majorité absolue ;

9. a) la déclaration de guerre ou de l'état d'urgence est approuvée à la majorité des deux tiers sur proposition conjointe du président de la République et du premier ministre ;

b) l'état d'urgence est déclaré pour une durée de trente jours, qui peut être prolongée, chaque fois après approbation de la Chambre ;

c) le premier ministre doit recevoir par délégation les pouvoirs nécessaires pour gérer les affaires du pays pendant la période de la guerre ou de l'état d'urgence. Ces pouvoirs sont déterminés par la loi de manière conforme à la Constitution ;

d) le premier ministre présente à la Chambre des députés les mesures prises et les résultats obtenus pendant la période de la guerre ou de l'état d'urgence dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a pris fin.

Article 62.

1. Le Conseil des ministres soumet à la Chambre des députés pour approbation le projet de loi relatif au budget général et aux comptes définitifs.

2. La Chambre des députés peut procéder à des transferts entre les titres et les chapitres du budget général et réduire le total de leurs montants ; elle peut proposer au Conseil des ministres d'augmenter le total des dépenses lorsque c'est nécessaire.

Article 63.

1. Une loi régit les droits et privilèges du président de la Chambre, des vice-présidents et des députés.

2. a) Les députés jouissent de l'immunité pour les déclarations faites lorsque la Chambre est en session, et le député ne peut être poursuivi de ce fait devant les tribunaux.

b) Un député ne peut être arrêté pendant la durée de la législature sauf s'il est accusé d'un crime et si la Chambre des députés autorise la levée de son immunité à la majorité absolue, ou s'il est pris en flagrant délit de commission d'un crime.

c) Un député ne peut être arrêté après la fin de la législature, sauf s'il est accusé d'un crime et avec l'accord du président de la Chambre pour lever son immunité, ou en cas de flagrant délit de commission d'un crime.

Article 64.

1. La Chambre des députés peut être dissoute à la majorité absolue de tous ses membres ou, à la demande d'un tiers de ses membres, par le premier ministre avec l'accord du président de la République. La Chambre ne peut être dissoute pendant la période au cours de laquelle le premier ministre est interpellé.

2. Lors de la dissolution de la Chambre des députés, le président de la République décide des élections générales dans un délai qui ne peut dépasser

soixante jours à partir de la date de la dissolution. Le Conseil des ministres est dans ce cas considéré comme démissionnaire et expédie les affaires courantes.

II. Le Conseil de la Fédération.

Article 65.

Un conseil législatif est établi sous le nom de Conseil de la Fédération. Il est composé de représentants des régions et des gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région.

Une loi, adoptée à la majorité des deux tiers des membres de la Chambre des députés règle la formation du Conseil de la Fédération, le statut de ses membres, ses compétences et tout ce qui le concerne.

Chapitre II. Le pouvoir exécutif.

Article 66.

Le pouvoir exécutif fédéral comprend le président de la République et le Conseil des ministres et il exerce ses compétences conformément à la présente Constitution et à la loi.

I. Le président de la République.

Article 67.

Le président de la République est le chef de l'État, le symbole de l'unité du pays et il représente la souveraineté du pays. Il garantit l'application de la Constitution et la préservation de l'indépendance, de la souveraineté et de l'unité de l'Irak et la sécurité de son territoire conformément aux dispositions de la Constitution.

Article 68.

Tout candidat à la présidence de la République doit être :

1. irakien de naissance, né de parents irakiens ;

2. pleinement qualifié et âgé de plus de quarante ans ;
3. de bonne réputation et de grande expérience politique, connu pour son intégrité, sa rigueur, son sens de la justice et sa loyauté à la patrie ;
4. n'avoir jamais été condamné pour un crime impliquant turpitude morale.

Article 69.

1. Les dispositions relatives à la nomination au poste de président de la République sont régies par la loi.

2. Les dispositions relatives à la nomination d'un ou de plusieurs vice-présidents de la République sont régies par la loi.

Article 70.

1. La Chambre des députés élit le président de la République parmi les candidats, à la majorité des deux tiers de ses membres.
2. Si aucun des candidats n'obtient la majorité requise, un second tour oppose les deux candidats qui ont obtenu le plus grand nombre de voix et celui qui reçoit alors la majorité des voix est élu est déclaré président.

Article 71.

Le président prête le serment constitutionnel conformément aux dispositions de l'article 50 de la Constitution.

Article 72.

1. Le mandat du président de la République est de quatre ans. Il ne peut être réélu qu'une seule fois.

2. a) Le mandat du président de la République prend fin à la fin du mandat de la Chambre des députés.

b) Le président de la République continue à exercer ses fonctions jusqu'à l'élection et la réunion de la Chambre des députés, pourvu qu'un nouveau président de la République soit élu dans les trente jours de sa première séance.

c) Dans le cas où le poste de président de la République est vacant pour une raison quelconque, un nouveau président doit être élu pour achever le mandat du président.

Article 73.

Le président de la République exerce les pouvoirs suivants :

1. il a le droit de faire grâce sur la recommandation du premier ministre, sauf en ce qui concerne les litiges privés et les individus qui ont été condamnés pour des crimes internationaux, terrorisme ou corruption administrative et financière ;
2. il ratifie les traités et accords internationaux avec l'autorisation de la Chambre des députés. Ces traités et accords internationaux sont considérés comme ratifiés quinze jours après la date de leur réception par le président ;
3. Il promulgue et publie les lois adoptées par la Chambre des députés. Ces lois sont considérées comme promulguées quinze jours après la date de leur réception par le président ;
4. il appelle la Chambre des députés à se réunir au cours d'une période ne dépassant pas quinze jours après la date d'approbation du résultat des élections et dans les autres cas prévus par la Constitution ;
5. il attribue les médailles et les décorations sur la recommandation du premier ministre et conformément à la loi ;
6. il accrédite les ambassadeurs ;
7. il émet des décrets présidentiels ;
8. il ratifie les condamnations à mort prononcées par les tribunaux compétents ;
9. il exerce le haut commandement des forces armées à des fins cérémonielles et honorifiques ;

10. il exerce les autres pouvoirs présidentiels prévus par la présente Constitution.

Article 74.

Une loi fixe la rémunération et les indemnités du président de la République.

Article 75.

1. Le président de la République a le droit de présenter sa démission par écrit au président de la Chambre des députés et elle est considérée comme effective sept jours après la date de sa présentation à la Chambre des députés.

2. Le vice-président remplace le président en cas d'absence.

3. Le vice-président remplace le président dans le cas où le poste de président devient vacant pour une raison quelconque. La Chambre des députés doit élire un nouveau président dans les trente jours suivant la date de la vacance.

4. Dans le cas où le poste de président de la République devient vacant, le président de la Chambre des députés remplace le président de la République, s'il n'y a pas de vice-président, à la condition qu'un nouveau président soit élu dans les trente jours suivant la date de la vacance et conformément aux dispositions de la présente Constitution.

II. Le Conseil des ministres.

Article 76.

1. Le président de la République charge la personne désignée par le groupe le plus important de la Chambre des députés de la formation du Cabinet dans les quinze jours suivant l'élection du président de la République.

2. Le premier ministre désigné doit nommer les membres du Cabinet dans un délai inférieur à trente jours à compter de sa désignation.

3. Si le premier ministre désigné ne parvient pas à former le Cabinet au cours de la période indiquée à l'alinéa précédent, le président de la République charge un nouveau candidat de la fonction de premier ministre dans les quinze jours.

4. Le premier ministre désigné doit présenter les noms des membres du Cabinet et le programme ministériel à la Chambre des députés. Il est réputé avoir obtenu la

confiance si une majorité absolue de la Chambre des députés approuve les ministres et le programme ministériel.

5. Le président de la République charge un autre candidat de former le Cabinet dans les quinze jours si la confiance n'a pas été obtenue.

Article 77.

1. Les conditions pour exercer la fonction de premier ministre sont les mêmes que pour la présidence de la République, sous réserve qu'il ait un diplôme universitaire ou son équivalent et soit âgé de plus de trente-cinq ans.

2. Les conditions pour exercer la fonction de ministre sont les mêmes que pour être député, sous réserve d'avoir un diplôme universitaire ou son équivalent.

Article 78.

Le premier ministre est le responsable exécutif direct de la politique générale de l'État et le commandant en chef des forces armées. Il dirige le Cabinet, préside le Conseil des ministres et il peut révoquer les ministres avec l'accord de la Chambre des députés.

Article 79.

Le premier ministre et les membres du Cabinet prêtent le serment constitutionnel devant la Chambre des députés, conformément aux dispositions de l'article 50 de la présente Constitution.

Article 80.

Le Conseil des ministres exerce les pouvoirs suivants :

1. il planifie et exécute la politique générale et les plans généraux de l'État et contrôle le travail des ministères et des services qui n'appartiennent pas à un ministère ;
2. il propose des projets de lois ;
3. il édicte des règles, des instructions et des décisions pour appliquer la loi ;

4. il prépare le projet de budget général, le compte définitif et les plans de développement ;
5. il recommande à la Chambre des députés d'approuver la nomination des sous-secrétaires, ambassadeurs, hauts fonctionnaires, du chef d'état-major des forces armées, des commandants de divisions, du directeur du Service national de renseignement et des chefs des institutions de sécurité ;
6. il négocie et signe les traités et accords internationaux, ou désigne les personnes qui en sont chargées.

Article 81.

1. Le président de la République occupe la fonction de premier ministre si le poste devient vacant pour une raison quelconque.

2. Dans le cas mentionné à l'alinéa précédent, le président charge une autre candidat de former le Cabinet dans un délai ne dépassant pas quinze jours conformément aux dispositions de l'article 76 de la présente Constitution.

Article 82.

Une loi détermine la rémunération et les indemnités du premier ministre et des ministres, et de toute personne de leur rang.

Article 83.

La responsabilité du premier ministre et des ministres devant la Chambre des députés est de nature collective et personnelle.

Article 84.

1. La loi détermine le travail et définit les compétences et les pouvoirs des institutions de sécurité et du Service national de renseignement, qui fonctionnent conformément aux principes des droits de l'homme et sont soumis au contrôle de la Chambre des députés.

2. Le Service national de renseignement est rattaché au Conseil des ministres.

Article 85.

Le Conseil des ministres établit son règlement intérieur pour organiser son propre travail.

Article 86.

La loi régit la formation des ministères, leurs fonctions, leurs compétences et les pouvoirs du ministre.

Chapitre III. Le pouvoir judiciaire.

Article 87.

Le pouvoir judiciaire est indépendant. Les tribunaux, de différents types et grades exercent leurs pouvoirs et prennent leurs décisions conformément à la loi.

Article 88.

Les magistrats sont indépendants et ils ne sont soumis qu'à la loi. Aucun pouvoir n'a le droit de s'ingérer dans le pouvoir judiciaire et les affaires de la justice.

Article 89.

Le pouvoir judiciaire fédéral est composé du Conseil supérieur judiciaire, de la Cour suprême fédérale, de la Cour fédérale de cassation, du Ministère public, de la Commission de contrôle de la magistrature et des autres tribunaux fédéraux établis par la loi.

I. Le Conseil supérieur judiciaire.

Article 90.

Le Conseil supérieur judiciaire supervise les affaires des comités judiciaires. La loi précise les modalités de sa création, ses compétences et ses règles de fonctionnement.

Article 91.

Le Conseil supérieur judiciaire exerce les compétences suivantes :

1. il gère les affaires du pouvoir judiciaire et supervise la magistrature fédérale ;
2. il désigne le président et les membres de la Cour fédérale de cassation, le procureur général, et le président de la Commission de contrôle de la magistrature et il les présente à la Chambre des députés pour approbation de leur nomination ;
3. il propose le projet de budget annuel du pouvoir judiciaire fédéral et le présente à la Chambre des députés pour approbation.

II. La Cour suprême fédérale.

Article 92.

1. La Cour suprême fédérale est un organe judiciaire indépendant sur le plan financier et administratif.

2. La Cour suprême fédérale est formée d'un certain nombre de juges, experts en jurisprudence islamique, dont le nombre, la méthode de choix, ainsi que le fonctionnement de la Cour sont déterminés par une loi adoptée à la majorité des deux tiers des membres de la Chambre des députés.

Article 93.

La Cour suprême fédérale est compétente pour statuer sur :

1. le contrôle de la constitutionnalité des lois et des règlements en vigueur ;
2. l'interprétation des dispositions de la Constitution ;
3. le règlement des affaires qui découlent de l'application des lois fédérales, des décisions, règles, instructions et procédures émises par les autorités fédérales. La loi doit garantir le droit au recours direct devant la Cour pour les membres du Cabinet, les individus concernés et d'autres personnes ;
4. le règlement des litiges qui surviennent entre le gouvernement fédéral, les gouvernements des régions, et les gouvernorats, les municipalités et les administrations locales ;
5. le règlement des litiges qui surviennent entre les gouvernements des régions et

- les gouvernorats ;
6. le règlement des accusations portées directement contre le président, le premier ministre et les ministres, tout cela étant régi par la loi ;
7. l'approbation du résultat final des élections générales à la Chambre des députés.
8. a) le règlement des conflits de compétence entre le pouvoir judiciaire fédéral et les autorités judiciaires des régions et des gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région ;
- b) le règlement des différends entre les institutions judiciaires des régions ou des gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région.

Article 94.

Les décisions de la Cour suprême fédérale sont définitives et obligatoires pour toutes les autorités.

III. Dispositions générales.

Article 95.

L'établissement de tribunaux spéciaux ou extraordinaires est interdit.

Article 96.

La loi régit la formation des tribunaux, leurs types, degrés et compétences, ainsi que la manière de nommer les juges et les procureurs, la durée de leurs fonctions, leur régime disciplinaire et la cessation de leurs fonctions.

Article 97.

Les juges ne peuvent être révoqués, sauf dans les cas déterminés par la loi. La loi détermine les dispositions particulières connexes et règle les questions disciplinaires.

Article 98.

Un juge ou un procureur ne peut :

- a) cumuler une fonction judiciaire avec une fonction législative ou exécutive ou un autre emploi ;
- b) adhérer à un parti ou une organisation politique ou participer à une activité politique.

Article 99.

La loi règle la justice militaire et précise la compétence des tribunaux militaires, qui est limitée aux crimes de nature militaire commis par les membres des forces armées et des forces de sécurité et dans les limites fixées par la loi.

Article 100.

Il est interdit d'accorder par la loi à une action ou décision administrative l'immunité contre tout recours.

Article 101.

Un Conseil d'État peut être établi, pour exercer la juridiction administrative, émettre des avis, rédiger des projets, et représenter l'État et diverses commissions publiques devant les tribunaux, sauf ceux exemptés par la loi.

Chapitre IV. Les commissions indépendantes.

Article 102.

La Haute Commission pour les droits de l'homme, la Commission électorale indépendante et la Commission sur l'intégrité publique sont considérées comme des commissions indépendantes soumises au contrôle de la Chambre des députés et leurs fonctions sont réglées par la loi.

Article 103.

1. La Banque centrale de l'Irak, le Bureau de contrôle des comptes, la Commission de la communication et des médias et les commissions de dotation

des fondations sont des institutions financièrement et administrativement indépendantes et le fonctionnement de chacune de ces institutions est régi par la loi.

2. La Banque centrale d'Irak est responsable devant la Chambre des députés. Le Bureau de contrôle des comptes et la Commission de la communication et des médias sont rattachés à la Chambre des députés.

3. Les commissions de dotation des fondations sont rattachées au Conseil des ministres.

Article 104.

Une commission dénommée Fondation des martyrs est établie et rattachée au Conseil des ministres ; ses fonctions et compétences sont déterminées par la loi.

Article 105.

Une commission publique est établie pour garantir les droits des régions et des gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région de manière à assurer leur participation à la gestion des diverses institutions fédérales, missions, associations, délégations et conférences régionales et internationales. La commission doit être composée de représentants du gouvernement fédéral et de représentants des régions et des gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région ; elle est régie par la loi.

Article 106.

Une commission publique est établie par la loi pour contrôler et affecter les recettes fédérales. La commission doit être composée d'experts du gouvernement fédéral, des régions, des gouvernorats et de leurs représentants, et exercer les compétences suivantes :

1. vérifier la répartition équitable des subventions, aides et prêts internationaux en vertu du droit des régions et des gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région ;

2. vérifier le partage et l'utilisation idéale des ressources financières fédérales ;
3. garantir la transparence et la justice dans l'attribution des fonds aux gouvernements des régions et des gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région, conformément aux pourcentages établis.

Article 107.

Un conseil, dénommé Conseil de la fonction publique fédérale est établi pour régler les affaires de la fonction publique fédérale, y compris les nominations et les promotions ; sa formation et ses compétences sont régies par la loi.

Article 108.

D'autres commissions indépendantes peuvent être établies par la loi, selon les besoins et les nécessités.

Titre IV. Pouvoirs du gouvernement fédéral.

Article 109.

Les autorités fédérales doivent préserver l'unité, l'intégrité, l'indépendance et la souveraineté de l'Irak et son régime démocratique fédéral.

Article 110.

Le gouvernement fédéral exerce la compétence exclusive dans les matières suivantes :

1. la formulation de la politique étrangère et la représentation diplomatique, la négociation, la signature, et la ratification des traités et accords internationaux ; la négociation, la signature, la ratification de la dette et la formulation de la politique étrangère économique et commerciale souveraine ;
2. la formulation et l'exécution de la politique de sécurité nationale, y compris l'établissement et la gestion des forces armées pour assurer la protection et garantir la sécurité des frontières de l'Irak et pour défendre l'Irak ;
3. la formulation des politiques fiscales et douanières ; la régulation de la politique

commerciale entre les régions et les gouvernorats en Irak ; l'établissement du budget national de l'État ; la formulation de la politique monétaire et l'établissement et l'administration d'une banque centrale ;

4. l'établissement des normes et des poids et mesures ;
5. le règlement des questions de citoyenneté, naturalisation, résidence et du droit de demander l'asile politique ;
6. la réglementation de l'attribution des fréquences et de la poste ;
7. l'élaboration du projet de loi budgétaire général et d'investissement ;
8. les politiques de planification relatives aux sources d'eau extérieures à l'Irak, en garantissant le débit de l'eau pour l'Irak et sa juste distribution à l'intérieur de l'Irak, conformément aux lois et conventions internationales ;
9. les statistiques et le recensement de la population.

Article 111.

Le pétrole et le gaz sont la propriété du peuple irakien dans toutes les régions et les gouvernorats.

Article 112.

1. Le gouvernement fédéral, avec les gouvernorats producteurs et les gouvernements régionaux, est chargé de la gestion du pétrole et du gaz extraits des gisements actuels, à condition qu'il en distribue les revenus de manière équitable au prorata de la répartition de la population dans toutes les régions du pays, en attribuant une allocation pour une période spécifiée aux régions victimes qui en ont été injustement privées par l'ancien régime, et aux régions qui ont été victimes par la suite, de manière à assurer un développement équilibré aux différentes zones du pays, et ceci conformément aux dispositions de la loi.

2. Le gouvernement fédéral, avec les gouvernements des régions et gouvernorats producteurs doit formuler les politiques stratégiques nécessaires pour développer la richesse pétrolière et gazière de manière à obtenir le plus grand bénéfice pour le peuple irakien, en utilisant les techniques les plus avancées des principes du marché et en encourageant les investissements.

Article 113.

Les antiquités, les sites archéologiques, les édifices culturels, les manuscrits et les monnaies sont considérés comme des trésors nationaux placés sous la juridiction des autorités fédérales et gérés avec la coopération des régions et des gouvernorats, et ceci conformément aux dispositions de la loi.

Article 114.

Les compétences suivantes sont partagées entre les autorités fédérales et les gouvernements régionaux :

1. la gestion des douanes, en coordination avec les gouvernements des régions et les gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région, et ceci conformément aux dispositions de la loi ;
2. la régulation des différentes sources d'énergie électrique et sa distribution ;
3. la formulation d'une politique pour assurer la protection de l'environnement contre la pollution et préserver sa propreté, en coopération avec les régions et les gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région ;
4. la formulation des politiques de développement et de planification générale ;
5. la formulation des politiques de santé publique, en coopération avec les régions et les gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région ;
6. la formulation d'une politique d'éducation et d'enseignement, en consultation avec les régions et les gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région ;
7. la formulation d'une politique relative aux ressources en eaux intérieures et la réglementation dans le but de garantir leur juste distribution, et ceci conformément aux dispositions de la loi ;

Article 115.

Tous les pouvoirs non indiqués parmi les compétences exclusives des autorités fédérales appartiennent aux autorités régionales et aux gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région. En ce qui concerne les autres compétences partagées entre le gouvernement fédéral et le gouvernement régional, la primauté est donnée

à la loi des régions et des gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région en cas de litige.

Titre V. Pouvoirs des régions.

Chapitre premier. Les régions.

Article 116.

Le régime fédéral en Irak est composé d'une capitale décentralisée, de régions et de gouvernorats, ainsi que d'administrations locales.

Article 117.

1. La présente Constitution, dès son entrée en vigueur, reconnaît la région du Kurdistan, ainsi que ses pouvoirs existants, comme une région fédérée.

2. La présente Constitution prévoit que de nouvelles régions peuvent être établies conformément à ses dispositions.

Article 118.

La Chambre des représentants doit adopter, à la majorité simple de ses membres présents, dans un délai de six mois à partir de la date de sa première réunion, une loi définissant les procédures pour former de nouvelles régions.

Article 119.

Un ou plusieurs gouvernorats ont le droit de de créer une région sur la base d'une demande qui doit être approuvée par un référendum selon l'une des deux méthodes suivantes :

1. une demande présentée par un tiers des membres du conseil de chaque gouvernorat ayant l'intention de former une région ;
2. une demande présentée par un dixième des électeurs de chacun des gouvernorats ayant l'intention de former une région.

Article 120.

Chaque région doit adopter une Constitution qui définit la structure du gouvernement régional, ses compétences, et le mécanisme pour exercer ces compétences, sous réserve de sa conformité à la présente Constitution.

Article 121.

1. Les régions ont le droit d'exercer les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire conformément à la présente Constitution, sous réserve des compétences exclusives du gouvernement fédéral.

2. En cas de contradiction entre législation nationale et régionale dans une matière qui n'est pas de la compétence exclusive du gouvernement fédéral, le pouvoir régional a le droit de modifier la législation nationale dans la région.

3. Régions et gouvernorats doivent recevoir une part équitable des revenus du pays, suffisante pour s'acquitter de leurs responsabilités, mais compte tenu de leurs ressources, de leurs besoins et du pourcentage de leur population.

4. Des bureaux pour les régions et les gouvernorats sont établis dans les ambassades et les missions diplomatiques, afin de suivre les affaires culturelles, sociales et les questions relatives au développement.

5. Le gouvernement régional est responsable de tous les besoins administratifs de la région, notamment l'établissement de la mise en place et de l'organisation des forces de sécurité intérieure pour la région, comme la police, les forces de sécurité et la garde régionale.

Chapitre II. Les gouvernorats non rattachés à une région.

Article 122.

1. Les gouvernorats sont composés d'un certain nombre de districts, sous-districts et villages.

2. Les gouvernorats qui ne sont pas rattachés à une région doivent recevoir de larges pouvoirs administratifs et financiers pour leur permettre de gérer leurs

propres affaires, conformément au principe de la décentralisation administrative, et ceci conformément aux dispositions de la loi.

3. Le gouverneur, qui est élu par le conseil du gouvernorat, est considéré comme le plus haut responsable administratif du gouvernorat et exerce les compétences attribuées par le conseil.

4. La loi règle l'élection du conseil du gouvernorat, du gouverneur et leurs compétences.

5. Le conseil du gouvernorat n'est pas soumis ou contrôlé ou à la supervision d'un ministre ni d'une institution non rattachée à un ministère. Le conseil du gouvernorat dispose de finances indépendantes.

Article 123.

Les pouvoirs exercés par le gouvernement fédéral peuvent être délégués au gouvernorat et vice versa, par accord entre les deux gouvernements, et ceci conformément aux dispositions de la loi.

Chapitre III. La capitale.

Article 124.

1. Bagdad, dans ses limites municipales, est la capitale de la République d'Irak et constitue, dans ses frontières administratives, le gouvernorat de Bagdad.

2. Ceci doit être réglé par la loi.

3. La capitale ne peut pas fusionner avec une région.

Chapitre IV. Les administrations locales.

Article 125.

La présente Constitution garantit les droits administratifs, politiques, culturels et éducatifs des diverses nationalités, comme les Turkmènes, les Chaldéens, les

Assyriens et toutes les autres composantes et ceci conformément aux dispositions de la loi.

Titre VI. Dispositions finales et transitoires.

Chapitre premier. Dispositions finales.

Article 126.

1. Le président de la République et le Conseil des ministres collectivement ou un cinquième des membres de la Chambre des députés, peuvent proposer un amendement à la Constitution.

2. Les principes fondamentaux mentionnés au titre premier et les droits et libertés mentionnés au titre II de la Constitution ne peuvent être amendés sauf après deux législatures successives, et avec l'approbation des deux tiers des membres de la Chambre des députés, l'approbation du peuple par référendum, et la ratification du président de la République dans les sept jours.

3. Les autres articles non indiqués à l'alinéa 2 du présent article peuvent être modifiés, avec l'approbation des deux tiers des membres de la Chambre des députés, l'approbation du peuple par référendum, et la ratification du président de la République dans les sept jours.

4. Les articles de la Constitution ne peuvent être modifiés si les amendements retirent aux régions des compétences qui ne sont pas des compétences exclusives des autorités fédérales, sauf avec l'approbation du pouvoir législatif régional de la région concernée et l'approbation de la majorité de ses citoyens par référendum.

5. a) un amendement est considéré comme ratifié par le président de la République à l'expiration du délai mentionné aux alinéas 2 et 3 du présent article, au cas où il ne le ratifie pas ;
b) un amendement entre en vigueur à la date de sa publication au journal officiel.

Article 127.

Le président de la République, le premier ministre, les membres du Conseil des ministres, le président de la Chambre des députés, ses deux vice-présidents, les membres de la Chambre des députés, les membres de la magistrature et les personnes de haut rang ne peuvent user de leur influence pour acheter ou louer à l'État des propriétés, louer ou vendre un de leurs biens à l'État, intenter une action contre l'État concernant ces biens, ou conclure un contrat avec l'État en tant que entrepreneur en bâtiment, fournisseur ou concessionnaire.

Article 128.

Les lois et les décisions judiciaires sont prises au nom du peuple.

Article 129.

Les lois sont publiées au journal officiel et entrent en vigueur à la date de leur publication, sauf indication contraire.

Article 130.

Les lois existantes restent en vigueur, jusqu'à leur abrogation ou leur modification conformément aux dispositions de la présente Constitution.

Article 131.

Chaque référendum mentionné dans la présente Constitution est considéré comme victorieux s'il est approuvé par la majorité des électeurs, sauf disposition contraire.

Chapitre II. Dispositions transitoires.

Article 132.

1. L'État garantit les soins aux familles des martyrs, des prisonniers politiques et des victimes des pratiques oppressives du défunt régime dictatorial.

2. L'État garantit l'indemnisation des familles des martyrs et des blessés à la suite d'actes terroristes.

3. La loi règle les questions mentionnées aux alinéas 1 et 2 du présent article.

Article 133.

La Chambre des députés adopte lors de sa première session le règlement intérieur de l'Assemblée nationale de la Transition jusqu'à l'adoption de son propre règlement.

Article 134.

Le Haut Tribunal irakien continue à exercer ses fonctions en examinant les crimes du régime dictatorial défunt et ses symboles. La Chambre des députés a le droit de le dissoudre par la loi après l'achèvement de ses travaux.

Article 135.

1. La Haute Commission pour la débaassification continue à exercer ses fonctions en tant que commission indépendante, en coordination avec l'autorité judiciaire et les institutions exécutives, dans le cadre des lois qui régissent ses fonctions. La Commission est rattachée à la Chambre des députés.

2. La Chambre des députés a le droit de dissoudre cette Commission à la majorité absolue après l'achèvement de ses travaux.

3. Un candidat aux fonctions de président de la République, premier ministre, membre du Conseil des ministres, président ou membre de la Chambre des députés, président ou membre du Conseil de la Fédération, leurs homologues dans les régions, ou membres des commissions judiciaires et autres postes couverts par les règles de débaassification conformément à la loi, peut ne pas être soumis aux dispositions de la débaassification.

4. Les dispositions de l'alinéa 3 du présent article resteront en vigueur jusqu'à la dissolution de la Commission visée à l'alinéa 1.

5. La simple appartenance au parti Baas dissous ne doit pas être considérée comme une base suffisante pour être renvoyé devant le tribunal et un membre doit

bénéficiaire de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi, sauf s'il est concerné par les dispositions de la débaassification et les directives émises conformément à celles-ci.

6. La Chambre des députés forme une commission parlementaire parmi ses membres pour surveiller et examiner les mesures d'exécution de la Haute Commission pour la débaassification et les institutions étatiques, pour garantir la justice, l'objectivité, la transparence et examiner leur cohérence avec les lois. Les décisions de la commission parlementaire sont soumises à l'approbation de la Chambre des députés.

Article 136.

1. La Commission de revendication des biens continue à exercer ses fonctions en tant que commission indépendante, en coordination avec l'autorité judiciaire et les institutions exécutives dans le cadre des lois qui régissent ses fonctions. La Commission est rattachée à la Chambre des députés.

2. La Chambre des députés a le droit de dissoudre cette Commission à la majorité des deux tiers de ses membres.

Article 137.

L'application des dispositions relatives au Conseil de la Fédération, où qu'il soit cité dans la présente Constitution, est reportée jusqu'à ce que la Chambre des représentants prenne une décision à la majorité des deux tiers au cours de sa seconde législature après l'entrée en vigueur de la présente Constitution.

Article 138.

1. L'expression « Conseil présidentiel » remplace l'expression « président de la République » partout où celle-ci est mentionnée dans la présente Constitution. Les dispositions relatives au président de la République seront mises en application un mandat après l'entrée en vigueur de la présente Constitution.

2. a) La Chambre des députés élit le président de l'État et deux vice-présidents pour former un conseil appelé « Conseil présidentiel » ; ils sont élus sur une liste à la majorité des deux tiers.
- b) Les dispositions concernant la révocation du président de la République contenues dans la présente Constitution s'appliquent au président et aux membres du Conseil présidentiel.
- c) La Chambre des députés peut révoquer un membre du Conseil présidentiel à la majorité des trois quarts de tous ses membres pour motif d'incompétence ou de malhonnêteté.
- d) En cas de vacance d'un siège au Conseil présidentiel, la Chambre des députés élit un remplaçant à la majorité des deux tiers de ses membres.

3. Les membres du Conseil présidentiel sont soumis aux mêmes conditions que les membres de la Chambre des députés et ils doivent :

a) être âgés de plus de quarante ans ;

b) jouir d'une bonne réputation d'intégrité et de droiture ;

c) avoir quitté le parti Baas, s'ils en étaient membres, dix ans avant sa chute ;

d) ne pas avoir participé à la répression du soulèvement d'Al-Hanfali. Ils ne doivent pas avoir commis de crimes contre le peuple irakien.

4. Le Conseil présidentiel prend ses décisions à l'unanimité et chaque membre peut déléguer ses pouvoirs à l'un des deux autres membres.

5. a) Les lois et les décisions adoptées par la Chambre des députés sont transmises au Conseil présidentiel en vue de leur approbation unanime et de leur promulgation dans les dix jours suivant la date de leur réception par le Conseil présidentiel, à l'exception des dispositions des articles 118 et 119 qui concernent la formation des régions.
- b) Dans le cas où le Conseil présidentiel ne les approuve pas, les lois et les décisions sont renvoyées à la Chambre des députés qui examine à nouveau les dispositions contestées et décide à la majorité de ses membres. Elles sont ensuite envoyées une seconde fois au Conseil présidentiel pour approbation.
- c) Dans le cas où le Conseil présidentiel ne les approuve pas une seconde fois

dans les dix jours suivant leur réception, les lois et décisions sont renvoyées à la Chambre des députés qui peut les adopter définitivement à la majorité des trois cinquièmes de ses membres. Elles sont alors considérées comme ratifiées.

6. Le Conseil présidentiel exerce les pouvoirs du président de la République mentionnés dans la présente Constitution.

Article 139.

Le premier ministre a deux vice-présidents au cours de la première législature.

Article 140.

1. Le pouvoir exécutif doit prendre les mesures nécessaires pour mener à bien la mise en œuvre des exigences de tous les alinéas de l'article 58 de la loi pour l'administration de l'Irak pendant la période de transition [la Constitution de la Transition de 2004].

2. La responsabilité confiée à l'exécutif du gouvernement irakien de transition par l'article 58 de la loi administrative de transition est transmise à l'exécutif élu conformément à la présente Constitution, à condition qu'il l'accomplisse complètement (normalisation et recensement suivis d'un référendum à Kirkouk et dans les autres territoires contestés pour connaître la volonté de leurs citoyens) avant le 31 décembre 2007.

Article 141.

La législation adoptée au Kurdistan depuis 1992 reste en vigueur et les décisions prises par le gouvernement de la région du Kurdistan, y compris les décisions judiciaires et les contrats, sont considérées comme valides, sauf si elles sont modifiées ou abrogées conformément aux lois de la région du Kurdistan, par l'organe compétent de la région du Kurdistan, à condition qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution.

Article 142.

1. La Chambre des députés, dès le début de ses travaux, forme une commission représentant les principales composantes de la société irakienne, avec la mission de présenter à la Chambre des députés, dans un délai ne dépassant pas quatre mois, un rapport contenant les propositions de modifications qui pourraient être apportées à la Constitution ; cette commission sera dissoute à la suite de la décision qui sera prise concernant ses propositions.

2. Les modifications proposées seront présentées à la Chambre des députés en une seule fois pour approbation et elles seront considérées comme approuvées si elles obtiennent la majorité absolue des membres de la Chambre.

3. Les articles amendés par la Chambre des députés conformément à l'alinéa 2 du présent article seront présentés au peuple pour qu'il se prononce par référendum dans un délai maximum de deux mois à partir de la date de leur approbation par la Chambre des députés.

4. Les dispositions présentées au référendum sur les articles amendés seront approuvées à la majorité absolue des électeurs et si elles ne sont pas rejetées par les deux tiers des électeurs dans au moins trois gouvernorats.

5. L'article 126 de la Constitution (concernant la révision de la Constitution) est suspendu et il sera remis en vigueur après la décision relative aux amendements visés dans le présent article.

Article 143.

La loi pour l'administration de l'Irak pendant la période de transition [Constitution de la Transition de 2004] et ses annexes sont abrogées au moment de la mise en place du nouveau gouvernement, à l'exception des dispositions de l'article 53 (1) et de l'article 58 de la loi pour l'administration de l'Irak pendant la période de transition.

Article 144.

La présente Constitution entre en vigueur à la suite de son approbation par le peuple lors d'un référendum général, de sa publication au journal officiel et de la formation d'un nouveau gouvernement conformément à la présente Constitution.

Annexe V

Les décisions en langue arabe dont on a traduit un résumé dans le corps de la thèse.

-1-

444/ قضاء اداري / 2010

97 / قضاء اداري / 2011

2011 / 6/ 13

المدعون : 1. خ. ج. ع. زوجة المورث س.م.م 2- ف . 3- م 4- ز 5 - ر 6 - ح 7- س 8-ن 9- ف
اولاد وبنات المورث س.م.م / اضافة لتركة كورثهم وكليهم المحامي ع. ح . أ .
المدعى عليه / مدير بلدية علي الغربي / اضافة لوظيفته وكليه الموظف الحقوقي ع.ج. ن .

ادعى المدعون بوساطة موكلهم امام هذه المحكمة بأنه سبق وان خصصت قطعة الارض المرقمة (7/ 499) مقاطعة (26) الهوره والشمریات / قضاء علي الغربي محافظة ميسان لمورثهم المرحوم (س . م . م . م) من قبل لجنة تخصيص قطع الاراضي في محافظة ميسان - مديرية بلدیات المحافظة كونه احد موظفي الدولة في قضاء علي الغربي وحال حياته الا ان هذا التسجيل لم يتم بأسمه بسبب وفاته : وان المدعى عليه يرفض تسجيل القطعة بأسمهم كونهم ورثته حسب القسم الشرعي المرقم (43/2009) في 2009/5/31 قضاء علي الغربي وقدموا طلبا الى المدعى عليه لتسجيل قطعة الارض باسمائهم الا ان المدعى عليه اضافة لوظيفته رفض الطلب فتظلموا من قرار رفض الطلب وقد رفض التظلم بتاريخ 2010 /10/31 وحيث ان رفض التظلم لا سند له من القانون حيث ان هذا التوزيع تم على اساس ضوابط التوزيع المعدة من قبل دوائر المحافظة المعنية ، وبطلبون دعوة المدعى عليه اضافة لوظيفته للمرافعة والحكم بالغاء قراره السلبي المتمثل برفض تظلم المدعين الخاص بطلب تسجيل قطعة الارض المرقمة (7/499) مقاطعة (26) علي

الغربي - الهوره والشمریات باسمهم مع الحكم بالزام المدعى عليه - اضافة لوظيفته بتسجيل قطعة الارض هذه بأسمائهم زقفا للقانون ولغرض الرسم قدروا قيمة الارض بـ (500000) خمسمائة الف دينار ، ومن خلال سير المرافعة الحضورية العلنية وادخال وزير البلديات والاشغال العامة - اضافة الى وظيفته شخصا " ثالثا" في الدعوى لغرض الاستيضاح والاطلاع على الوثائق والمستندات المبرزة في الدعوى تم افهام ختام المرافعة لاصدار القرار :-

القرار /

لدى التدقيق والمداولة وجد ان المدعين قدموا طلبا لتسجيل قطعة الارض المرقمة (499/7) مقاطعة (26/ الهورة والشمریات) بأسمهم وقد سجل الطلب برقم (5807) في 2010/10/24 وقد رفض الطلب بنفس التاريخ فتظلموا من قرار الرفض بالتظلم المرقم (5876) في 2010/10/31 وقد رفض التظلم بنفس التاريخ واقاموا الدعوى بتاريخ 2010/11/14 فتكون مقامة ضمن المدة القانونية فقرر قبولها شكلا " ، ولدى عطف النظر على موضوع الدعوى وجد انه سبق ان خصصت القطعة المرقمة (499/7) مقاطعة (26/ الهورة والشمریات) لمورث المدعين المرحوم (س.م.م) المخصصة للموظفين وذلك بموجب كتاب محافظة ميسان - لجنة توزيع قطع الاراضي المرقم (65) في 2009/3/19 حيث ورد اسمه ضمن التسلسل (222) وقد توفي مورث المدعين بتاريخ 30 / 3 / 2009 وحسب ما ورد بالقسم الشرعي الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في علي الغربي المرقم (2009/43) في 13 / 5 / 2009 وقد بينت مديرية بلدية علي الغربي بكتابها المرقم (7090) في 2010/12/29 ان عدم اكمال معاملة تسجيل قطعة الارض بسبب وفاة من خصصت له استنادا" الى كتاب وزارة البلديات والاشغال العامة - مديرية البلديات العامة - الاملاك المرقم (ب/5893) في 2009/3/31 ، وحيث ان قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 قد فرق بين التصرفات العقارية وبين الحقوق المكتسبة بموجب احكام قضائية او اوامر قانونية ، فنص في الفقرة (2) من المادة (3) منه على (لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) اما المادة (4) من القانون (لايجوز اجراء التصرفات العقارية على الحقوق التي صدر بها حكم قضائي حائز على درجة البتات او قرار قانوني له قوة الحكم القضائي الا بعد تسجيل تلك الحقوق في السجل العقاري) ، فالقانون لم يجعل تسجيل الحقوق العينية المكتسبة بموجب الاحكام القضائية والوامر القانونية شرطا" لاكتساب تلك الحقوق وانما جعل تسجيلها في السجل العقاري شرط للتصرف فيها بعكس التصرفات العقارية الاخرى ، وحيث ان امر التخصيص هو امر قانوني ترتب عليه اكتساب مورث المدعين الحق في تملك قطعة الارض المخصصة لو من ثم انتقال هذا الحق الى ورثته خصوصا" وان المادة (30) من الدستور نصت على (اولاً:- تكفل الدولة للفرد وللأسرة - وبخاصة الطفل والمرأة - الضمان الاجتماعي والصحي ، والقومات الاساسية للعيش في حياة كريمة ، تؤمن لهم الدخل المناسب ، والسكن الملائم ثانياً :- تكفل الدولة الضمان الاجتماعي والصحي للعراقيين في حال الشيخوخة او المرض او العجز عن العمل او التشرد او اليتيم او البطالة ، وتعمل على وقايتهم من الجهل والخوف والفاقة ، وتوفر لهم السكن والمناهج الخاصة

لتأهيلهم والعناية بهم ...) وحيث ان حرمان مورث المدعين يؤدي الى خلال الدولة بما الزمها به الدستور عليه قرر بالاكثرية الحكم بالزام المدعى عليه اضافة الى وظيفته باكمال اجراءات تسجيل قطعة ارض الى مورث المدعين بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعة وتحميله المصاريف واتعاب محاماة وكيل المدعى مبلغ قدره (50000)خمسون الف دينار وصدر الحكم استناداً لاحكام المواد (156) و(161) و (166) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 والمادة (63) من قانون المحاماة رقم (173) لسنة 1965 حكماً حُضورياً قابلاً للتمييز امام المحكمة الاتحادية العليا وافهم علناً في 13 / 6 / 2011 .

●●●

-2-

قرار رقم

10مكرر/إداري/تمييز/2014

التمييز : س. ك

التمييز عليه : وزير الداخلية / إضافة لوظيفته

أقام المدعي (التمييز) س.ك الدعوى امام محكمة القضاء الاداري يدعي فيها ان قرار مجلس الوزراء رقم (30) لسنة 2005 قضى باستمرار منتسبي الجيش العراقي السابق بالخدمة لغاية 2005/9/24 وانه شمل بهذا القرار . وقد صدر الامر الاداري المرقم (11706) في 2004/10/16 تقرر تعيين الضباط والمنتسبين على ملاك وزارة الداخلية / حماية منشآت الديوانية وهو من ضمنهم بالتسلسل (35) ثم صدر الكتاب المرقم (14087) في 2006/7/20 والذي تضمن بان رتبة النائب ضابط في الجيش العراقي تعادل رتبة مفوض في وزارة الداخلية وقد صدرت له هوية برتبة مفوض واستلم راتب مفوض ثم اصدرت مديرية شرطة الديوانية الكتاب المرقم (ج/ح/3779) في 2009/3/3 باحتساب الخدمة العسكرية للعسكريين الذين تم تثبيت تعيينهم من تاريخ دخول الجيش وليس من تاريخ صدور الامر بالتثبيت ، لذا فقد طلب دعوة التمييز عليه (المدعي عليه) للمرافعة والحكم بالزامه ترقيته واحتساب خدمته من تاريخ تعيينه في الجيش ، وبنتيجة المرافعة قررت محكمة القضاء الاداري بقرارها المؤرخ 2013/10/30 وبعد اضبارة (2013/ق/399) رد دعوى المدعي لعدم وجود اساس قانوني لها ، ولعدم قناعة التمييز بالقرار المذكور تصدى له تمييزاً" لدى المحكمة الادارية العليا في مجلس شوري الدولة بلائحته المؤرخة 2013/12/1 طالبا نقضه للاسباب الواردة فيها.

القرار:-

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الادارية العليا في مجلس شورى الدولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقررت قبوله شكلاً . ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المميز (المدعي) ادعى في عريضة دعواه بأنه كان يعمل عسكرياً وبعد عام 2003 تم تعيينه مع مجموعة من زملائه على ملاك وزارة الداخلية /حماية منشآت الديوانية برتبة (شرطي) وذلك بالامر الاداري المرقم (11706) في 2006/7/20 والذي ورد اسمه فيه بالتسلسل (35) دون ان تحتسب خدماته السابقة فسي الجيش وبناء على اللقاء الذي اجرتسه قناة الرشيد الفضائية مع الوكيل الاقدم لوزارة الداخلية ، تم عرض طلب احد الشرطة من زملائه لغرض احتساب خدماته في الجيش ، فأمر الوكيل الاقدم بأرسال من لديهم خطوط خدمة صادرة من دائرة شؤون المحاربين لغرض تعديل رتبهم . وتم تشكيل لجنة لهذا الغرض ، وقد اوصت اللجنة بعدم تعديل رواتب نواب الضباط وذلك بالفقرة (أ/5) من توصياتها ، مما تسبب في عدم ترقيته . لذا طلب الحكم بالغاء الفقرة المذكورة آنفاً لمخالفتها للقانون والزام المدعى عليه بتعديل رتبة المدعي وحسب ما مثبت في كتاب المديرية العامة لشؤون المحاربين . فحكمت المحكمة في حكمها المميز برد الدعوى مؤسسه ذلك على اساس ان المدعي يطعن بالفقرة (أ/5) من توصيات اللجنة الخاصة بمنسوبي الجيش العراقي السابق ممن هم برتبة نائب ضابط وتم اعاد تعيينهم في الشرطة برتبة شرطي ، وهذا الطعن لا يدخل في اختصاص المحكمة لانها تختص بالنظر في صحة القرارات وليس التوصيات . وجدت المحكمة الادارية العليا بأن المدعي طلب الغاء التوصية المذكورة آنفاً كما طلب الزام المدعى عليه بترقيته. وحيث ان المحكمة تختص بالنظر بالطعون الواردة على القرارات الادارية ذات الصفة النهائية وان التوصيات لا تدخل ضمن هذا المعنى فإن قرار رد الدعوى لعدم الاختصاص من هذه الجهة صحيح لكن لاحظت المحكمة الادارية العليا بان هذا الرد يتعلق بالشق الاول من طلبات المدعي بينما للمدعي طلب اخر وهو الحكم بترقيته وذلك لامتناع دائرته عن الترقية وهو طعن في قرار اداري يصلح الطعن فيه امام المحكمة ولا يمنع رد الدعوى في احد طلبات المدعي من قبول الدعوى بالنسبة للطلبات الاخرى التي تصلح للدعاء مما كان على المحكمة ان تنظر في الطلب الثاني للمدعي في ضوء القانون . وحيث ان المحكمة حكمت بخلاف ذلك ، لذا قررت المحكمة الادارية العليا نقض الحكم المميز واعادة الاضبارة الى محكمة القضاء الاداري لمراعاة ما تقدم واصدار الحكم في ضونه . على ان يبقى الرسم المدفوع حتى النتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 23/ربيع الاول/1436 هـ الموافق 2015/1/15

•••

أفاد الأستاذ لدى هيئة انضباط موظفي اقليم كردستان ، بان موكله كان موظفا بعنوان (طبيب) على ملاك المدعى عليه الثاني اضافة لوظيفته وتم منحه اجازة دراسية بموجب الامر الوزاري المرقم (1422) في 2012/2/20 لمدة (4) اربع سنوات براتب تام للحصول على شهادة الماجستير من جمهورية مصر ، قدم المدعي طلبا لمدير عام صحة ججمال عن طريق مديرية مستشفى كركوك الجديدة يطلب فيه تغيير قسم دراسته من بورد الامراض (الجلدية) الى دبلوم (اشعة تشخيصية) لحصوله على موافقة الامنية من مصر لهذا القسم ، وتم توجيه هذا الطلب الى وزارة الصحة / المديرية العامة للإدارة والمالية بموجب الكتاب المرقم (3444) في 2013/2 /14 الصادر من المديرية العامة لصحة السليمانية اصدرت وزارة الصحة / المديرية العامة للشؤون الادارية والمالية قرارها المرقم (7068) في 1 / 6 / 2014 المتضمن الغاء الامر الوزاري المرقم (1422) في 2012/3/ 20 واعادة جميع الرواتب والمخصصات المستملة من قبل المدعي من 8 / 5 / 2012 لغاية 13 / 3 / 2013 ، لذا طلب دعوة المدعى عليهما اضافة لوظيفتهما للمرافعة والحكم بالزامهما بالغاء الامر الوزاري المرقم (7068) في 1 / 10 / 2014 ، ونتيجة المرافعة الحضورية العلنية بالنسبة للمدعى عليهما الاول والثاني والغيابية العلنية بالنسبة للمدعي وبحضور عضوي الادعاء العام (خ - ن - و ل - ر - ف) اصدرت الهيئة الانضباطية بتاريخ 29 / 3 / 2015 حكما قابلا للتمييز يقضي بابطال عريضة دعوى المدعي (س - ع - ك)

وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة لوكلاء المدعى عليهما اضافة لوظيفتهما الموظفين الحقوقيين (ج - ر - م و ك - م - م و س - ر - أ) بثلاث اتعاب المحاماة مبلغا قدره (5000) خمسة الاف دينار يوزع وفقا لاحكام المادة 35 /ثالثا من قانون المحاماة في اقليم كردستان رقم (17) سنة 1999 المعدل ، ولعدم قناعة المدعي بالحكم المذكور طعن فية تمييزا أمام الهيئة العامة لمجلس شورى اقليم كردستان بموجب لائحته التمييزية المقدمة من قبل وكيله والمدفوع عنها الرسم بتاريخ 5 / 4 / 2015 طالبا نقضه للاسباب الواردة فيها ، وبعد ورود اللائحة البينا مع اضبارة الدعوى وضعت موضع التدقيق والمداولة لدى الهيئة العامة.

القرار :

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ، قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين انه غير صحيح ومخالف للقانون ، حيث ان هيئة الانضباط وقعت في اخطاء اجرائية جوهرية ومؤثرة في صحة القرار ، بحيث نظرت الدعوى و اصدرت قرارها بالابطال دون المباشرة بالمرافعة ودون وصفها كونها علنية ام سرية حضورية ام غيبائية ، وحيث ان هذا الاجراء يعد من الاجراءات المتعلقة بنظم التقاضي الاساسية المتصلة بالنظام العام التي يترتب عدم مراعاتها بطلان الاحكام والقرارات الصادرة بالمخالفة لاحكامها ، عليه ولما تقدم قرر نقض القرار واعادة اوراق الدعوى الى هيئة

الانضباط للسير فيها على وفق المنوال المشروح اعلاه ، على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة ، وصدر القرار بالاتفاق في 29 / 4 / 2015 .

●●●

-4-

العدد / 103 / الهيئة العامة / ادارية / 2014

التاريخ : 1 / 6 / 2014

"كما ان الوكالة الممنوحة من قبله الى الوكيل لا تتضمن تخويل هذا الاخير حق الخصومة والترافع مما يقتضي عدم قبولها ، وحيث ان القواعد القانونية الخاصة بجلسات المرافعة وادارتها والتثبت من صفة الخصوم من النظام العام لا يجوز مخالفتها وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها ، لذا تكون الاجراءات المتخذة من قبل المحكمة في المرافعة والحكم الصادر في الدعوى باطلة ، وحيث ان الحكم المميز خالف وجهة النظر القانونية المتقدمة يكون قد خالف صحيح القانون ، عليه قرر نقضه واعادة أوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها على وفق المنوال المشروح اعلاه ومن ثم ربطها بالحكم القانوني الصائب حسبما يتراءى لها من نتائج ، وصدر القرار بالاتفاق في 1 / 6 / 2014".

■■■

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

- Droits de l'homme
- Droit à un procès équitable
- Droits de l'Homme et construction européenne
- La Constitution irakienne
- L'internationalisation des Droits de l'Homme
- Le juge administratif
- Une justice administrative en cours de construction
- Analyse du droit à un procès équitable
- Indépendance de la magistrature
- Retour aux Grands arrêts de la jurisprudence française
- La protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales par le juge administratif irakien
- Contentieux électoral
- Police administrative
- Dignité de la personne humaine
- Droit de l'environnement
- Éloignement des étrangers et le contrôle de la proportionnalité
- Le juge administratif irakien et le contrôle de proportionnalité en matière de police administrative
- Problématique et annonce de plan

PARTIE I. L'INFLUENCE DE L'IDEOLOGIE DES DROITS DE L'HOMME SUR L'ORGANISATION DE LA JUSTICE IRAKIENNE

TITRE Ier. LES DROITS DE L'HOMME DANS LE MONDE ARABE

CHAPITRE I. LE ROLE JOUE PAR L'OCCIDENT DANS LA PROMOTION DES DROITS DE L'HOMME

SECTION 1. L'INTERNATIONALISATION DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

- A. Notion et histoire
 - 1. Définition élémentaire et histoire
 - 2. La signification philosophique des Droits de l'Homme et des droits fondamentaux
- B. Les générations des Droits de l'Homme et leur protection internationale
 - 1. Les différentes générations de droits de l'Homme
 - a) Les droits de première génération
 - b) Les droits de deuxième génération
 - c) Les droits de troisième génération
 - d) Les droits de quatrième génération
 - 2. Les différents textes dédiés à la protection des droits de l'homme
 - a) Les textes internationaux
 - b) Les textes nationaux
- C. Droit à un procès équitable et droits de l'homme
 - 1. Dans le cadre du procès civil
 - 2. Dans le cadre d'un procès pénal
 - 3. Dans le cadre du procès administratif
- D. L'internationalisation de la protection des Droits de l'Homme
 - 1. Les mécanismes de protection sur le plan international
 - a) Le rôle des Nations-Unies
 - b) Le rôle des organisations non gouvernementales
 - i) Amnesty international
 - ii) Reporters sans frontières
 - 2. Les critiques de l'universalisation des Droits de l'Homme

SECTION 2. L'EUROPÉANISATION DES DROITS DE L'HOMME

- A. La protection des Droits de l'Homme par le Conseil de l'Europe
 - 1. Le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme
 - a) Le rôle de la CEDH
 - b) L'influence de la CEDH sur le droit français
 - i) Les tentatives de résistance des autorités françaises à la jurisprudence de la CEDH

- ii) Les illustrations de l'influence de la CEDH sur le droit français
- B. La protection des Droits de l'Homme par l'UE
 - 1. L'œuvre du droit originaire
 - 2. L'œuvre du droit dérivé
 - a) La notion de droit dérivé
 - b) La jurisprudence de la CJUE
 - i) Un contentieux quantitativement important
 - ii) Une jurisprudence qualitativement protectrice

CHAPITRE II. LA RECEPTION DE L'IDEOLOGIE DES DROITS DE L'HOMME DANS LE MONDE ARABE

SECTION 1. LES INSTRUMENTS SUPRANATIONAUX DE PROTECTION

- A. La Charte arabe des Droits de l'Homme
 - 1. La genèse de la Charte
 - 2. Le contenu de la Charte
 - a) Les avancées
 - b) Les limites
- B. La Cour arabe des droits de l'homme

SECTION 2. LES MECANISMES CONSTITUTIONNELS DE PROTECTION

- A. La genèse de la Constitution
- B. Le contenu de la Constitution
 - 1. L'exposé des droits
 - 2. La garantie des droits

TITRE II. L'ORGANISATION DE LA JUSTICE AU KURDISTAN D'IRAK

CHAPITRE I. LA JUSTICE IRAKIENNE FACE A LA SPECIFICITE DU STATUT DU KURDISTAN

SECTION 1. LES ORIGINALITES DU KURDISTAN IRAKIEN

- A. Les originalités d'ordre politiques
 - 1. La transition vers la démocratie
 - a) Le ministère des droits de l'Homme
 - b) La Commission irakienne des droits de l'homme
 - 2. Le fédéralisme

- a) Les leçons de la décentralisation française
 - b) L'autonomisation de la région kurde
 - i) La Constitution de la région du Kurdistan irakien du 25 octobre 1992
 - ii) La Constitution intérimaire provisoire du 9 mars 2004
 - iii) La Constitution du 15 octobre 2005
- B. Les originalités d'ordre religieuses

SECTION 2. L'ORGANISATION TRADITIONNELLE DE LA JUSTICE EN IRAK

- A. L'ordre judiciaire
1. Les juridictions du premier degré
 2. Les juridictions d'appel
 3. La Cour de cassation
- B. Le juge constitutionnel
1. La composition de la Cour suprême fédérale
 2. Les attributions de la Cour suprême fédérale
 - a) Les modèles de justice constitutionnelle
 - i) L'arrêt Marbury contre Madison ou l'esprit du juge-roi
 - ii) Le contrôle en Europe ou le respect de la majesté de la loi
 - b) Les pouvoirs de la Cour suprême fédérale

CHAPITRE II. L'ORIGINE RECENTE DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN IRAK

SECTION 1 : LE MODELE FRANÇAIS DE DUALITE DE JURIDICTION

- A. La crise de la dualité de juridiction en droit français
1. La juridiction administrative, comme privilège de juridiction
 2. Les inconvénients techniques de la dualité juridictionnelle
 - a) La complexité des règles de compétence
 - b) Le risque de divergences jurisprudentielles
- B. La réponse du juge administratif français à la crise
1. Les évolutions de technique initiées par le juge administratif lui-même
 2. La création de la question prioritaire de constitutionnalité par le constituant
 - a) Une procédure de contrôle de constitutionnalité
 - b) Un examen en pratique efficace de la constitutionnalité des lois

SECTION 2. LA CONSTRUCTION DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE IRAKIENNE

- A. L'organisation de la justice administrative irakienne
 - 1. Le Conseil d'État irakien
 - a) Le Conseil d'État proprement dit
 - b) La cour administrative de justice
 - c) Le Conseil de discipline générale
 - 2. Les autres organismes à caractère juridictionnel
- B. Les limites de la justice administrative irakienne

PARTIE II. L'INFLUENCE DU PROCES ADMINISTRATIF FRANÇAIS SUR LE PROCES ADMINISTRATIF IRAKIEN

TITRE Ier. LA REPRISE PAR LE JUGE IRAKIEN DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES ADMINISTRATIF FRANÇAIS

CHAPITRE I. L'EVOLUTION DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE FRANÇAISE

SECTION 1. LES EVOLUTIONS PROCEDURALES

- A. Les recours au fond
- B. Les procédures de référé
 - 1. L'utilisation des procédures de référé dans la lutte contre le terrorisme
 - 2. L'utilisation des procédures de référé en matière de détention

SECTION 2. LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DU JUGE

- A. L'œuvre de la jurisprudence
 - 1. Le renforcement du contrôle de légalité externe
 - 2. Le renforcement du contrôle du contrôle de légalité interne
 - a) Le contrôle sur les motifs de droit et de fait
 - i) L'erreur de droit
 - L'intégration des droits et libertés au bloc de légalité
 - L'apparition du bloc de conventionnalité
 - La consécration du bloc de constitutionnalité
 - ii) Le contrôle sur les motifs de faits
 - Le contrôle de l'existence matérielle des faits
 - Du contrôle minimum au contrôle maximum

- Le contrôle minimum
- Le bilan coûts-avantages
- Le contrôle de proportionnalité

B. L'œuvre des textes

CHAPITRE II. L'EVOLUTION DE LA JUSTICE IRAKIENNE

SECTION 1. LA MOTIVATION DES DÉCISIONS ET LA NOTION DES DROITS ACQUIS

A. L'obligation pour l'administration de motiver ses décisions

B. La notion de droits acquis

1. Une prise en compte récente par la jurisprudence
2. Une signification à préciser

SECTION 2. DROIT AU RECOURS, DROITS DE LA DÉFENSE ET DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

A. Le droit de recours et le délai raisonnable : deux éléments essentiels du droit à un procès équitable

1. Le droit au recours et droit à un procès équitable
 - a) Le droit au recours en doctrine
 - b) Le droit au recours en droit irakien
2. Délai raisonnable et droit à un procès équitable

B. L'indépendance des juges et la procédure contradictoire

1. L'indépendance des juges
2. La procédure contradictoire
 - a) Le principe du contradictoire
 - b) Le respect du contradictoire

TITRE II. LE JUGE ADMINISTRATIF IRAKIEN FACE AUX CONTENTIEUX SPECIALISES

CHAPITRE I. LA POLICE ADMINISTRATIVE : UNE NOTION ESSENTIELLE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS ET IRAKIEN

SECTION 1. LA NOTION CONTEMPORAINE DE POLICE ADMINISTRATIVE EN FRANCE ET EN IRAK

A. L'objet et le régime juridique du pouvoir de la police administrative en droit français

1. L'objet de la police administrative

- a) La notion de police administrative
 - i) Une notion ancienne
 - ii) Une notion renouvelée
- b) La notion d'ordre public
 - i) Les composantes élémentaires
 - ii) Les composantes complémentaires
 - La moralité
 - La dignité de la personne humaine
 - Les composantes issues du droit de l'UE

2. Le régime juridique de la police administrative

- a) Pouvoir et devoir
- b) Interdiction et autorisation préalables

B. Éléments sur la notion de police administrative en Irak

1. Les dispositions textuelles

2. Les solutions jurisprudentielles

- a) La transposition du triptyque français
- b) L'adaptation du droit français
 - i) En matière religieuse
 - ii) En matière d'État d'urgence

SECTION 2. LA POLICE DE L'ÉLOIGNEMENT DES ÉTRANGERS

A. Étude comparée du droit français et irakien applicable à l'éloignement des étrangers

1. Le droit français applicable

- a) Les sources du droit des étrangers
- b) Le contentieux du droit des étrangers devant le juge administratif

2. Le droit irakien applicable aux éloignés
- B. Étude comparée du contrôle de proportionnalité opéré en matière de police des étrangers
1. Le contrôle de proportionnalité opéré par le juge administratif français
 - a) L'état de la jurisprudence
 - i) L'arrêt fondateur : l'arrêt Benjamin
 - ii) Les évolutions ultérieures
 - La prise en compte des circonstances de fait
 - La constitutionnalisation du principe de proportionnalité ?
 - b) L'adage « la liberté est la règle, la restriction de police, l'exception »
 2. Le contrôle de proportionnalité du juge irakien
 - a) L'audace du juge irakien
 - i) Le contrôle des motifs, un contrôle de proportionnalité déguisé
 - ii) Le problème de frontière entre contrôle de proportionnalité et contrôle d'opportunité
 - La distinction entre pouvoir arbitraire et discrétionnaire
 - Le devoir fait au juge de combler les vides juridiques

CHAPITRE II. LE JUGE ADMINISTRATIF IRAKIEN ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

- A. L'environnement comme critère essentiel de contrôle du juge administratif contemporain
1. La Charte de l'environnement du droit français
 - a) Le contenu de la Charte
 - b) La valeur constitutionnelle de la Charte
 2. Le droit irakien de l'environnement
 - c) Les différentes sources
 - d) La mise en place d'une fiscalité écologique

CONCLUSION ET LEÇONS

BIBLIOGRAPHIE

ANNEXES

TABLE DES MATIERE

RESUMÉ DE LA THÈSE EN ANGLAIS

This thesis analyzes the question of the relationship between the administrative jurisdiction and human rights in Iraq and Kurdistan. In the first part I analyze the influence of the ideology of human rights on the organization of the Iraqi justice. The issues are diverse: the role played by the West in promoting human rights, the internationalization of the protection of human rights, the new Iraqi constitution (2005), etc.

I show how the Iraqi administrative justice tries, under the influence of French law, essentially, to progress despite the aftermath of war and how the administrative judge tries to apply the principles of human rights, without always formally refer.

The question of the independence of the judiciary will have its place in my work, because the question is the subject of much controversy in Iraq. Then at the level of human rights I introduce a presentation on the philosophical significance of human rights and fundamental rights, the generations of human rights and their international protection.

In the second part, which is more practical and operational, I expose the notion of the right to a fair trial and I try to show how, again, despite the non-integration of this concept into positive Iraqi law, the administrative judge applies it and sometimes bravely. I deal with the question of the influence of the ideology of human rights on the organization of the Iraqi justice, then various questions like the evolution of the French administrative justice (the recourse to abuse power, the urgent proceedings, the reinforcement of the powers of the administrative judge in the control of the internal legality).

In this part I analyze in a comparative way of multiple Iraqi cases to show each time how the Iraqi judge progresses, although by imitating, even miming the French judge. This is a big effort because the French judge remains in the Arab world the reference in terms of respect for human rights.

Indeed the concept of administrative police occupies an important place in my thesis because of the close relationship between administrative police and human right

RESUMÉ DE LA THÈSE EN FRANÇAIS

Cette thèse analyse la question du rapport entre la juridiction administrative et les droits de l'homme en Irak et au Kurdistan. Dans une première partie j'analyse l'influence de l'idéologie des droits de l'homme sur l'organisation de la justice irakienne. Les questions traitées sont diverses : le rôle joué par l'occident dans la promotion des droits de l'homme, l'internationalisation de la protection des droits de l'homme, la constitution irakienne, etc. Je montre comment la justice administrative irakienne essaie, sous l'influence du droit français, essentiellement, de progresser malgré les séquelles de la guerre et comment le juge administratif tente d'appliquer les principes des droits de l'homme, sans toujours s'y référer formellement.

La question de l'indépendance de la magistrature aura sa place dans mon travail, car la question est objet de beaucoup de polémiques en Irak. Puis au niveau des droits de l'homme j'introduis par un exposé sur la signification philosophique des Droits de l'Homme et des droits fondamentaux, les générations des Droits de l'Homme et leur protection internationale.

Dans la deuxième partie qui est plus pratique et opérationnelle j'expose la notion du droit à un procès équitable et j'essaie de montrer comment, là aussi, malgré la non intégration de cette notion en droit positif irakien le juge administratif l'applique et parfois de manière courageuse. Je traite la question de l'influence de l'idéologie des droits de l'homme sur l'organisation de la justice irakienne, puis diverses questions comme l'évolution de la justice administrative française (les recours au fond, les procédures de référé, le renforcement des pouvoirs du juge administratif au niveau du contrôle de la légalité interne. Dans cette partie j'analyse de manière comparée de multiples arrêts irakiens pour montrer à chaque fois comment le juge irakien progresse, quoique en imitant, voire en mimant le juge français, ce qui n'est pas rien. C'est un grand effort car le juge français reste dans le monde arabe la référence sur le plan du respect des droits de l'homme.

La notion de police administrative occupe une place importante en raison du rapport bien étroit entre police administrative et droits de l'homme.