

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

DIREITO COMUNITÁRIO

NUNO RUIZ

**ORDEM JURÍDICA
COMUNITÁRIA**

**PERSPECTIVAS DE REALIZAÇÃO
DO MERCADO INTERNO:**

O ACTO ÚNICO EUROPEU

ORDEM JURÍDICA COMUNITÁRIA

PERSPECTIVAS DE REALIZAÇÃO DO MERCADO INTERNO:

O ACTO ÚNICO EUROPEU

1. OBSERVAÇÕES GENÉRICAS

1.1. Enquadramento

A análise do Acto Único Europeu, assinado em Fevereiro de 1986 e posteriormente submetido ao processo de ratificação nos Estados-membros, dificilmente pode ser dissociada do contexto político e económico em que se inscreve: a obsolência das regras constitucionais da Comunidade face aos novos desafios da economia e política internacionais. Os mecanismos de decisão sofreram progressiva deterioração devido às novas adesões, aos conflitos institucionais e ao «deficit» democrático; a realização do mercado interno foi sendo gradualmente posta em causa por uma negativa reacção à crise económica, traduzida na difusão de regulamentações proteccionistas; as preocupações legítimas de protecção dos consumidores, do meio ambiente e da lealdade das transacções comerciais, transformaram a normalização num instrumento de segmentação de mercados; o agravamento das disparidades regionais não encontrou meios financeiros à altura das necessidades de intervenção; a nacionalização das políticas sociais dificultou a mobilidade da mão de obra e a capacidade de resposta unificada à recessão económica; as preocupações de liderança prejudicaram a comunitarização do problema da investigação e desenvolvimento; a inexistência de uma profunda coesão interna frustrou a unidade em matéria de política externa.

Este estado de coisas demonstra que o Acto Único Europeu tem pelo menos um mérito: o de ser um inventário dos dramas da evolução da Comunidade e um indicador dos limites da actual vontade política dos países membros. Pretender que se trata de um retrocesso ou de uma expressa revogação do «acquis» jurisprudencial, é ignorar a realidade da integração europeia e a necessidade de gerir, melhor ou pior, os conflitos que no seu seio se estabelecem. Em certos aspectos, o Acto Único não traz nada de novo; noutros regride perigosamente; noutros, ainda que progressivo, fica aquém do que seria desejável e eventualmente possível. Globalmente, traduz, no entanto, um compromisso susceptível de ser compatibilizado com os objectivos e a letra dos Tratados institutivos e com a leitura que a jurisprudência do Tribunal das Comunidades deles tem feito.

1.2. Objectivos

Se quiséssemos sistematizar o Acto Único Europeu nos aspectos relacionados com o Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia talvez fosse possível seleccionar quatro importantes áreas de preocupação: a da realização do mercado interno; a da adaptação do processo de decisão; a do reconhecimento de novos domínios da acção comunitária; a da institucionalização da cooperação europeia em matéria de política externa.

Circunscreveremos este comentário ao primeiro daqueles aspectos visto ser, provavelmente, aquele que mais críticas tem suscitado, e também o que se encontra mais directamente relacionado com a problemática específica da união aduaneira, fundamento do mercado comum. Ter-se-á deixado a realização do mercado único à mercê da boa vontade dos Estados-membros? A questão é suficientemente importante para que se anime o debate e se promova a reflexão.

2. O MERCADO INTERNO

2.1. Aspectos fundamentais da nova regulamentação

A subsecção das disposições relativas aos fundamentos e à política da Comunidade, respeitante ao mercado interno, traz algumas inovações que mere-

cem adequado relevo. Neste âmbito se introduzem as mais acentuadas modificações e complementos ao Tratado CEE:

- a. um novo artigo 8º A, programático, designa o objectivo de realização do mercado interno até 31 de Dezembro de 1992. Trata-se do reconhecimento do projecto, fixado pela Comissão no Livro Branco, de supressão das fronteiras relativamente à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais;
- b. a realização do mercado interno deve ter em conta os problemas que, eventualmente, se poderão colocar em virtude das diferenças de desenvolvimento entre as economias dos Estados-membros, devendo, no entanto, o recurso a derrogações, ter carácter temporário e perturbar o mínimo possível o funcionamento do mercado comum ⁽¹⁾;
- c. as modificações ou suspensões autónomas dos direitos da pauta aduaneira comum poderão vir a ser decididas por maioria qualificada do Conselho sem qualquer espécie de limitação ⁽²⁾;
- d. a unanimidade do Conselho apenas será exigida para as directivas cuja execução, num Estado-membro, implique uma modificação dos princípios legislativos em vigor para o regime das profissões no que respeita à formação e às condições de acesso de pessoas singulares ⁽³⁾;
- e. a eliminação das restrições à livre prestação de serviços por nacionais de terceiros Estados, estabelecidos no interior da Comunidade, passará a depender apenas de maioria qualificada do Conselho ⁽⁴⁾;
- f. as directivas de liberalização dos movimentos de capitais poderão, de futuro, ser adoptadas por maioria qualificada, sendo os retrocessos nessa liberalização apenas possíveis em caso de unanimidade ⁽⁵⁾;

(1) Cf. artigo 8º C.

(2) Cf. artigo 28º

(3) Cf. artigo 57º, número 2, segunda frase.

(4) Cf. artigo 59º, número 2.

(5) Cf. artigo 70º, número 1.

- g.* a harmonização das legislações nacionais, necessária à realização do mercado interno, poderá ser realizada pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, no quadro do novo mecanismo de cooperação com o Parlamento Europeu. Este mecanismo não se aplica, contudo, às disposições fiscais, nem às relativas à livre circulação de pessoas e aos interesses dos trabalhadores assalariados ⁽⁶⁾;
- h.* a aproximação dos direitos nacionais deverá basear-se em níveis de protecção elevados, relativamente às matérias relacionadas com a saúde, segurança, protecção do ambiente e dos consumidores ⁽⁷⁾;
- i.* as medidas de harmonização poderão prever cláusulas de salvaguarda e condicionar a sua utilização ⁽⁸⁾;
- j.* os Estados-membros têm a faculdade de, apesar da existência de medidas de harmonização, aplicar disposições nacionais, justificadas por exigências importantes relativas à protecção do meio de trabalho e ambiente, ou referidas no artigo 36º. Tais disposições deverão ser notificadas à Comissão e por ela confirmadas ⁽⁹⁾;
- l.* é criado um recurso directo para o Tribunal por parte da Comissão ou de qualquer Estado que considere estarem a ser utilizados de forma abusiva os poderes de derrogação anteriormente mencionados ⁽¹⁰⁾;
- m.* durante o ano de 1992, a Comissão elaborará um elenco das disposições nacionais ainda não harmonizadas e proporá ao Conselho que decida o reconhecimento recíproco da equivalência das disposições em vigor nos diversos Estados-membros ⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ Cf. o novo artigo 100º A, números 1 e 2.

⁽⁷⁾ Cf. artigo 100º A, números 1 e 2.

⁽⁸⁾ Cf. artigo 100º A, número 5.

⁽⁹⁾ Cf. artigo 100º A, número 4.

⁽¹⁰⁾ Cf. artigo 100º A, número 4.

⁽¹¹⁾ Cf. o novo artigo 100º B.

2.2. Breves considerações sobre a jurisprudência

A crítica mais severa, que tem sido verberada contra este capítulo do Acto Único, acusa-o de anulação do acervo jurisprudencial em matéria de liberalização da circulação de mercadorias no seio da Comunidade⁽¹²⁾. Convém, por isso mesmo, recordar as orientações do Tribunal das Comunidades Europeias.

No que respeita aos direitos aduaneiros e encargos de efeito equivalente, bem como no domínio da discriminação fiscal, a jurisprudência tem sido constante e suficientemente clara, talvez devido à fraca evolução que tem sofrido a utilização destes obstáculos clássicos às trocas comerciais⁽¹³⁾. O mesmo não se verifica relativamente à interpretação dos artigos 30.º a 36.º do Tratado de Roma e ao relacionamento destas disposições com a problemática da harmonização das legislações nacionais capazes de terem incidência directa no bom funcionamento do mercado comum.

O Tratado de Roma proíbe, nos seus artigos 30.º e seguintes, não apenas as restrições quantitativas, como também todo o tipo de medidas imputáveis aos poderes públicos, que possam ter, relativamente ao comércio entre os Estados-membros, efeito idêntico ao dos contingentes: trata-se de medidas susceptíveis de entravar efectiva ou potencialmente, directa ou indirectamente o comércio entre Estados-membros⁽¹⁴⁾.

Esta proibição tem inegável interesse e complexidade que lhe advém de ser verdadeiramente residual, de se tratar de uma «catch-all provision» cujo intuito é o de disciplinar todos os obstáculos não expressamente abrangidos por outras disposições⁽¹⁵⁾. Este âmbito, aliado à circunstância de a norma de

(12) Cf. PESCATORE, P. — *Observations critiques sur l'Acte Unique Européen*, Documentação e Direito Comparado, 1985, n.º 23, p. 7 s.

(13) Cf. a este propósito os acórdãos nos processos 2 e 3/69 «Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders» (Rec. 1969, p. 211 s.); 87/85 «Bresciani» (Rec. 1976, p. 129 s.); 46/76 «Bauhuis» (Rec. 1977, p. 5 s.); 169/78 «Commission c. Italie» (Rec. 1980, p. 355 s.); 46/80 «Vinal c. Orbat» (Rec. 1981, p. 77 s.); 140/79 «Chemial Farmaceutici c. DAF» (Rec. 1981, p. 1 s.).

(14) Cf. Acórdão do T.J.C.E. no processo 8/74 «Dassonville» (Rec. 1974, p. 837 s., considerando n.º 5).

(15) Cf. a este propósito BOTELHO MONIZ, C. — *O conceito de medida de efeito equivalente: critérios e limites*, Documentação e Direito Comparado, 1984, n.º 20, p. 8 s.

proibição ser invocável pelos particulares junto das jurisdições nacionais, dá-nos a dimensão das garantias de liberalização proporcionadas pelo Tratado.

O facto de o Tribunal das Comunidades Europeias sempre ter procedido a uma interpretação tanto quanto possível ampla da interdição, não impediu a verificação de situações de justificação: é o caso das medidas nacionais adoptadas por razões de moralidade pública, ordem pública, saúde pública, protecção da saúde e da vida das pessoas e animais, preservação de vegetais, protecção dos patrimónios artístico, histórico e arqueológico e tutela da propriedade industrial e comercial. Estas derrogações contidas no artigo 36.º do Tratado de Roma têm sido, pelo contrário, interpretadas restritivamente ⁽¹⁶⁾.

As medidas de efeito equivalente vêm sendo classicamente analisadas partindo da dicotomia: medidas formalmente discriminatórias — medidas indistintamente aplicáveis ⁽¹⁷⁾.

As primeiras são absolutamente inaceitáveis: é o caso das licenças de importação; dos certificados de origem de obtenção deliberadamente difícil; da duplicação dos controlos sanitários, fiscais e estatísticos; da preferência pela utilização de produtos nacionais, entre outros. Este tipo de situações apenas é admitido por verificação das excepções do artigo 36.º ou pela utilização de cláusulas de salvaguarda ⁽¹⁸⁾.

As segundas, indistintamente aplicáveis, suscitam maiores problemas de apreciação. Inicialmente a Directiva 50/70/CEE considerava-as possíveis desde que não ultrapassassem os efeitos próprios de uma regulamentação de comércio ⁽¹⁹⁾. Posteriormente, a jurisprudência do Tribunal das Comunidades, sem

⁽¹⁶⁾ Cf. Acórdão no proc. 7/68 «Commission c. Italie» (Rec. 1968, p. 618 s.); relativamente às cláusulas de salvaguarda também os acórdãos nos processos 29/75 «Kaufhof» (Rec. 1976, p. 431 s.) e 41/76 «Donckerwolcke» (Rec. 1976, p. 1921 s.).

⁽¹⁷⁾ Cf. BOTELHO MONIZ (n. 15) e Directiva 70/50/CEE in JO L 13 de 19.1.70 p. 29 s.

⁽¹⁸⁾ Cf. BOTELHO MONIZ (n. 15) e Directiva 70/50/CEE artigo 2.º.

⁽¹⁹⁾ Cf. artigo 3.º; sobre esta questão, entre outros, BOTELHO MONIZ (n. 15) — *Direito Económico da CEE. Reflexão sobre os Objectivos, Instrumentos e Princípios da Acção Comunitária: Segunda Parte*, Assuntos Europeus, 1983, p. 171 s.; MATTERA, A. — *Libre circulation de marchandises et articles 30 a 36 du Traité CEE*, Revue du Marché Commun, 1976, p. 1 s.

se afastar dessa orientação, veio, no fundo, inverter o raciocínio: as regulamentações nacionais indistintamente aplicáveis, susceptíveis de entravar o comércio entre Estados-membros, devem ser consideradas como medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas, a menos que visem a prossecução de interesses de ordem geral, satisfazendo exigências imperativas relevantes, tais como a protecção do consumidor, da saúde pública, da lealdade das transacções comerciais, do meio ambiente, da eficácia dos controlos fiscais, entre outras ⁽²⁰⁾.

Fazendo uma leitura, preocupada com a coerência do sistema, o Tribunal não se afasta da interpretação restritiva do artigo 36.º, antes se limita a reconhecer que certo tipo de exigências imperativas fundamentam legitimamente medidas que, apesar de não serem inócuas do ponto de vista do comércio intracomunitário, não poderão, sequer, ser consideradas como medidas de efeito equivalente ⁽²¹⁾. Deverão ser, contudo, proporcionadas aos objectivos a atingir e insusceptíveis de soluções alternativas menos perturbadoras do comércio internacional ⁽²²⁾.

O Tribunal consolidou desta forma a delicada relação entre as regulamentações nacionais de comércio e produção, o princípio da livre circulação de mercadorias e a problemática da harmonização das legislações nacionais ⁽²³⁾.

Em síntese:

⁽²⁰⁾ Cf. Acórdão do T.J.C.E. no processo 120/76 «Rewe» (Cassis de Dijon) Rec. 1979, p. 649 s. A este propósito MASCLLET, Claude — *Les articles 30, 36 et 100 du Traité CEE à la lumière de l'arrêt «Cassis de Dijon»*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1980, p. 611 s.; MATTERA, A. — *La jurisprudence «Cassis de Dijon»*, Seminaire sur les quatre libertés fondamentales du marché commun, Collège d'Europe, 1985.

⁽²¹⁾ Cf. BOTELHO MONIZ, c. (n. 15 e n. 19).

⁽²²⁾ Cf. MATTERA, A. — *Les nouvelles formes du protectionnisme économique et les articles 30 et suivants du Traité CEE*, Revue du Marché Commun, 1983, p. 252 s. O critério de razoabilidade é tradicionalmente decisivo na noção de medida de efeito equivalente como decorre já do considerando n.º 6 do Acórdão no processo 8/74 «Dassonville» (n. 14).

⁽²³⁾ Cf. comparem-se a este propósito o considerando n.º 6 do Acórdão sobre o processo n.º 8/74 «Dassonville» (n. 14) e o considerando n.º 8 do Acórdão sobre o processo n.º 120/78 «Rewe» (Chassis de Dijon) (n. 20). Sobre este relacionamento MASCLLET (n. 20).

- a) as medidas formalmente discriminatórias são contrárias ao artigo 30.º e apenas poderão ser justificadas dentro dos estreitos limites do artigo 36.º;
- b) as regulamentações nacionais não discriminatórias, que afectem o comércio entre os Estados-membros e em que não confluem simultaneamente a protecção de exigências imperativas e a razoabilidade e proporcionalidade dos efeitos, são inadmissíveis ⁽²⁴⁾.
- c) sem prejuízo da disparidade das legislações nacionais, nos casos em que a imperatividade dos interesses que as fundamentam não seja decisiva e as restrições razoáveis, não se poderá nelas fundar a oposição à venda de produtos legalmente comercializados noutros Estados-membros ⁽²⁵⁾;
- d) por último, o recurso à harmonização das legislações nacionais só se torna indispensável relativamente aos casos em que a disparidade das regulamentações nacionais, susceptível de entrar o comércio entre os Estados-membros, seja justificável nos termos do artigo 36.º ou não contrária ao artigo 30.º

Vejamos em que medida o Acto Único terá modificado esta orientação.

2.3. A continuidade da interpretação das disposições do Tratado.

Independentemente do sentido que alguns pretendam atribuir ao Acto Único, parece-nos necessário analisar este novo instrumento de realização do mercado comum como um compromisso no caminho da integração europeia que não põe em causa, nem a unidade do mercado, nem as garantias dos particulares ⁽²⁶⁾. Esta filosofia coaduna-se com os circunstancialismos que estão na sua origem, particularmente nítidos no domínio do mercado interno. Basta,

⁽²⁴⁾ Cf. considerando n.º 14 do Acórdão no processo 120/78 (n.º 20).

⁽²⁵⁾ Cf. considerando os n.ºs 14 e 15 do Acórdão no processo 120/78 (n.º 20).

⁽²⁶⁾ Cf. nesse sentido GLAESNER, H.J. — *L'Acte Unique Européen*, *Revue du Marché Commun*, 1986, p. 307 e.

para o efeito, recordar que de há muito se vem discutindo a dificuldade de tratamento das novas formas de protecção e a insuficiência da tutela conferida pelas disposições do Tratado; que já em Dezembro de 1982, em Copenhague e, posteriormente, em Março de 1985, em Bruxelas, o Conselho Europeu convidava a Comissão a estabelecer um programa calendarizado e preciso de realização do mercado interno até 1992; que a aplicação do direito comunitário pelos Tribunais nacionais, mesmo com a sanção interpretativa do Tribunal de Justiça, está longe de ser um mecanismo eficaz de erradicação dos efeitos restritivos das legislações nacionais; que, por último, o extremo cuidado e prudência com que a Comissão faz uso do artigo 169.º do Tratado CEE privilegia a procura de soluções consensuais de harmonização das legislações nacionais, cujo inconveniente tem sido, até agora, sobretudo o da extrema morosidade.

Neste contexto, a jurisprudência do Tribunal teve eventualmente três objectivos: condenar as discriminações ilícitas; alargar as garantias dos particulares; preservar, na medida do possível, a originalidade das soluções nacionais, reduzindo o âmbito da aproximação das legislações. Vejamos se esta preocupação de eficácia foi prejudicada:

- a) o facto de o artigo 8.º A convidar à realização do mercado interno em 1992 não traduz uma incongruência ou uma limitação do princípio da livre circulação de mercadorias, uma vez decorrido o período transitório. Pelo contrário, apenas constata a necessidade de concluir, até essa data, um processo de aproximação e compatibilização das legislações nacionais, que constitui o único remédio para as medidas que, apesar de lícitas ou justificáveis, não são inofensivas do ponto de vista do comércio intracomunitário;
- b) ponderar as disparidades regionais, designadamente ao nível das diferenças de desenvolvimento, não significa a aceitação do princípio da Europa a duas velocidades, mas tão somente a constatação de um facto, que tenderá a pôr em causa o equilíbrio comum, se não forem encontradas soluções adequadas à diferença das situações;

c) a harmonização de legislações em matéria de livre circulação de mercadorias e de serviços poderá, no futuro, ser realizada por maioria qualificada do Conselho. Um dos inconvenientes do processo — a morosidade da tomada de decisão — é atenuado.

Por outro lado, não é justo afirmar que a cooperação com o Parlamento Europeu atrasa excessivamente a decisão e pode conduzir ao seu bloqueamento. Convém não esquecer que, independentemente dos prazos impostos pelo sistema, o Conselho só poderá ser reconduzido à regra da unanimidade se o Parlamento Europeu alterar ou rejeitar a posição comum, por maioria absoluta dos membros. Por parte do Parlamento esta exigência é, antes de mais, um desafio difícil de corresponder;

d) delicada é, sem dúvida, a questão das cláusulas de salvaguarda. O Acto Único admite que elas sejam inseridas e regulamentadas nas próprias medidas de harmonização ou aplicadas dentro dos condicionalismos do número 4 do artigo 100.º A. Na sua formulação genérica, a possibilidade de retorno à aplicação de normas nacionais, justificadas por exigências importantes do artigo 36.º ou de protecção do meio de trabalho ou do ambiente, deveria ter sido evitada. Esta eventualidade compromete os resultados da harmonização e cria insegurança jurídica, designadamente em torno do efeito directo vertical reconhecido pelo Tribunal a certas normas das directivas⁽²⁷⁾. Convém, a este propósito, recordar, todavia, a existência de precedentes na utilização das cláusulas de salvaguarda gerais relativamente a outras disposições do Tratado directamente aplicáveis. É, contudo, indispensável que prevaleça para este

(27) Cf. sobre este assunto, entre outros, CASEIRO ALVES, J.M. — *Sobre o possível efeito directo das directivas comunitárias (a propósito do acórdão «Cohn-Bendit» do Conselho de Estado Francês*, Revista de Direito e Economia, 1983, p. 195 s.; ROGÉRIO LEITÃO, A. — *O Efeito Jurídico das Directivas Comunitárias na ordem interna dos Estados-membros*, Documentação e Direito Comparado, 1982, p. 75 s.; RUIZ, N. — *A harmonização de legislações na Comunidade Económica Europeia*, Assuntos Europeus, 1985, p. 51 s.; BOULOUIS, J. — *L'applicabilité directe des Directives a propos d'un arrêt Cohn-Bendit du Conseil d'Etat*, Revue du Marché Commum, 1979, p. 104 s.; WYATT, D. — *The Direct Effect of Community Social Law — Not Forgetting Directives*, European Law Review, 1983, p. 241 s.

problema uma de duas soluções: ou as disposições nacionais em causa só poderão tornar-se efectivas depois de confirmadas pela Comissão; ou o Tribunal deverá, a propósito de um reenvio prejudicial, julgar da sua utilização abusiva, quando decidir sobre o efeito directo das normas cuja aplicação é pretendida. Neste contexto, também, a exigência de o processo de harmonização satisfazer níveis de protecção elevados contribuirá, decerto, para retirar legitimidade ao recurso a este tipo de derrogações ⁽²⁸⁾;

- e) a acção judicial directa contra os abusos de aplicação de disposições nacionais é uma medida que deve ser bem acolhida, mas cuja eficácia depende da determinação da Comissão. É sobretudo preocupante a hipótese de o terceiro parágrafo do número 4 do artigo 100.º A poder vir a ser utilizado como argumento em abono da tese de que a confirmação das medidas nacionais não condiciona a sua adopção;
- f) o poder conferido ao Conselho, de reconhecer a equivalência das disposições em vigor nos Estados-membros, não prejudica a filosofia do automatismo dessa equivalência que vem sendo defendida pelo Tribunal. Com efeito, a intervenção do Conselho deve ser entendida num plano diferente. O Tribunal admitiu que, salvo nos casos de devido respeito por exigências nacionais imperativas e razoáveis, não se poderá impedir a importação de produtos legalmente comercializados noutros Estados-membros. Por conseguinte, os poderes de decisão de equivalência apenas são úteis relativamente aos casos em que, sendo as exigências imperativas, as medidas de harmonização necessárias não intervieram. Nesse âmbito, justifica-se plenamente o reconhecimento expresso, uma vez que, se tal não se verificasse, ele não resultaria da jurisprudência.

⁽²⁸⁾ Haverá também que avaliar qual o papel a desempenhar neste contexto pelos mecanismos de controlo instituídos pela Directiva 83/189/CEE do Conselho que prevê um processo de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas. (cf. JO L 109 de 26.4.83 p. 8 s.). Sobre esta Directiva, LECRENIER, S. — *Les articles 30 et suivants CEE et les procédures de contrôle prévues par la Directive 83/189/CEE*, Revue du Marché Commun, 1985, p. 6 s.

3. CONCLUSÃO

A reflexão que se propõe é esta: há que ler o Acto Único em sintonia com o acervo jurisprudencial. Essa conciliação, em alguns aspectos provavelmente inovadora e imaginativa, é possível e necessária. Conhecendo as aspirações do Tribunal, estamos certos de que será uma tarefa em que se empenhará.

As novas disposições não visam a anulação, nem devem anular a jurisprudência. Não revêem o papel puramente instrumental da harmonização de legislações destinada a intervir onde as disposições directamente aplicáveis não proporcionam o remédio eficaz ⁽²⁹⁾. Por isso mesmo também, a ideia de equivalência das regulamentações nacionais dentro de certos limites não é prejudicada.

A interpretação restritiva do artigo 36.º do Tratado CEE não foi posta em causa. Quem, no fundo, em primeiro lugar sentiu a necessidade de flexibilizar o regime das excepções foi o próprio Tribunal, ainda que tentando manter a coerência do sistema. O Acto Único pode e deve ser lido à luz da mesma filosofia.

É admissível que o retorno ao regime das excepções, uma vez verificada a harmonização, é inédito e prejudicial para os objectivos de liberalização. Há, por conseguinte, que o entender em ligação e como contrapartida da existência de índices insuficientes de protecção e que associar a confirmação das medidas nacionais ao reconhecimento dessa insuficiência, evitando que seja posto em causa o «acquis» sobre o efeito directo vertical das directivas.

⁽²⁹⁾ Cf. sobre o carácter instrumental do processo de harmonização: LELEUX, P. — *Questions speciales de Droit Européen*, ULB 1979, p. 177 s.

**PROTECÇÃO
DOS DIREITOS DO HOMEM**

**APLICAÇÃO
DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM**

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

96.º

BARTHOLD CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA⁽¹⁾

- I. Averiguar da aplicabilidade de uma cláusula normativa da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é, por sua natureza, um problema de fundo, a examinar qualquer que tenha sido a anterior conduta do Estado demandado perante a Comissão ou o Tribunal.
- II. A liberdade de expressão ocupa uma posição eminente em qualquer sociedade democrática.
- III. O adjectivo «necessário», do n.º 2 do art.º 10.º da Convenção visa uma «necessidade social imperiosa».

DATA DA DECISÃO: 25 de Março de 1985.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente), Thor Vilhjálmsson, islandês, D. Bindschedler-Robert, suíça, L. E. Pettiti, francês, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês.

⁽¹⁾ Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, n.º 90

PARECER DA COMISSÃO (2):

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem pronunciara-se, por unanimidade, no sentido da violação do art.º 10.º da Convenção.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por 5 votos (3) contra 2 (4) ter sido violado o art.º 10.º da Convenção.

(2) Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio.

(3) Dos juízes Wiarda, Pettiti, Russo, Bernhardt e Gersing.

(4) Dos juízes Thor Viljálmsón e Bindschedler-Robert.

97.º

X e Y CONTRA A HOLANDA (5) (6)

- I. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não tem por função substituir-se às jurisdições internas competentes na interpretação do direito nacional.
- II. O conceito de «vida privada» do art.º 8.º da Convenção abrange tanto a integridade física como a moral da pessoa, nomeadamente a sua vida sexual.
- III. O art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pode implicar a obrigação para o Estado de adoptar medidas em ordem ao respeito da vida privada nas relações dos indivíduos entre si.
- IV. Só a lei penal pode assegurar devidamente a protecção contra os atentados sexuais aos deficientes mentais.

DATA DE DECISÃO: 26 de Março de 1985.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), G. Wiarda, holandês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês.

PARECER DA COMISSÃO (7):

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de que: a) Quanto a Y que fora violado o art.º 8.º da Convenção (unanimi-

(5) Cour Eur. D. H., Série A, n.º 91.

(6) Os requerentes pediram o anonimato.

(7) Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio.

dade), mas não o 3.º (15 votos contra 1); não haver que examinar a queixa sob o ângulo do art.º 14.º combinado com o art.º 8.º ou o art.º 3.º, nem sob o do art.º 13.º; *b*) Quanto a X não se pôr qualquer problema distinto.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade, ter sido violado o art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo Y a vítima, não havendo necessidade de decisão autónoma quanto às outras queixas de Y, nem sobre as de X; dever a Holanda pagar a Y 3000 florins.

98.º

BÖNISCH CONTRA A ÁUSTRIA (8)

- I. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em casos com base em queixas individuais, deve limitar-se, na medida do possível, ao exame dos problemas concretos levantados pela hipótese *sub iudice*.
- II. Viola o n.º 1 do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a intervenção no processo, como perito, de quem denunciou a infracção e a impossibilidade legal de o arguido fazer intervir um perito de sua escolha.

DATA DA DECISÃO: 6 de Maio de 1985.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente), J. Cremona, maltês, D. Bindschedler-Robert, suíça, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, B. Walsh, irlandês, R. Bernhardt, alemão.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira, por unanimidade, parecer no sentido da violação do art.º 6.º, § 3, d) em 2 dos processos em causa e do § 1.º do art.º 6.º num deles.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade, ter havido violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

(8) Cour Eur. D. H., Série A, n.º 92.

ASHINGDANE CONTRA O REINO UNIDO (º)

- I. Para que haja detenção regular de um alienado, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, importa que: *a)* Seja demonstrada, salvo em casos urgentes, perante a autoridade competente e por perícia médica objectiva, a existência de perturbações mentais; *b)* Que tais perturbações se revistam de natureza e gravidade justificativas da detenção e ulterior internamento; *c)* O internamento não pode prolongar-se logo que tais perturbações hajam cessado.
- II. A detenção de alguém como doente mental, em princípio, só é regular quando tenha lugar em hospital, clínica ou estabelecimento apropriado.
- III. O direito de acesso aos tribunais carece de regulamentação, gozando os Estados de certa margem de apreciação ao regulamentá-lo, sem que possam atingi-lo na sua substância.

DATA DA DECISÃO: 28 de Maio de 1985.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente), Thor Vilhjálmsson, islandês, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, L. E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico.

(º) Cour Eur. D. H., Série A, n.º 92.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido da não violação nem dos §§ 1.º e 4.º do art.º 5.º (9 votos contra 4) nem do § 1.º do art.º 6.º (11 votos contra 2).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu [por 6 votos ⁽¹⁰⁾ contra 1 ⁽¹¹⁾] não ter havido violação do § 1.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; não ter havido violação do § 4.º do art.º 5.º (unanimidade), não ter havido violação do § 1.º do art.º 6.º [6 votos ⁽¹²⁾ contra 1 ⁽¹³⁾].

⁽¹⁰⁾ e ⁽¹²⁾ Dos juízes Wiarda, Vilhjálmsson, Bindschedler-Robert, Lagergren e Walsh Evans.

⁽¹¹⁾ e ⁽¹³⁾ Do juiz Pettiti.

100.º

**ABDULAZIZ, CABALES e BALKANDALI CONTRA
REINO UNIDO (14)**

- I. As medidas tomadas no âmbito da imigração podem levar ao desrespeito pela vida familiar e, conseqüentemente, à violação do art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II. Não é concebível o direito, garantido pelo art.º 12.º da Convenção, de constituir família sem a possibilidade legal da vida em comum.
- III. Os Estados não estão obrigados pelo art.º 8.º a respeitar a escolha feita pelos esposos de estabelecer o domicílio conjugal no seu território com aceitação da instalação do cônjuge não nacional.
- IV. Integra violação dos art.ºs 14.º e 8.º da Convenção, em conjunto — discriminação em razão do sexo — a maior facilidade legal para a fixação no território do Estado do cônjuge do homem do que do cônjuge da mulher já fixada no país.

DATA DA DECISÃO: 28 de Maio de 1985.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente), R. Ryssdal, norueguês, J. Cremona, maltês, Thor Vilhjálmsson, islandês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Evrigenis, grego, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, L. E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês.

(14) In Documentação e Direito Comparado, 20, 68.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de que se verificara discriminação sexual contrária ao art.º 14.º combinado com o art.º 8.º (unanimidade), não haver discriminação racial violadora dos mesmos artigos (9 votos contra 3), que a aplicação inicial das regras de 1980, no caso da Sr.ª Balkandali, constituíra uma discriminação por causa do nascimento, em violação do art.º 14.º combinado com o art.º 8.º (11 votos e uma abstenção), que a falta de recursos internos para as queixas com base nos art.ºs 3.º, 8.º e 14.º violou o art.º 13.º (11 votos contra 1) e não haver que proceder ao exame no que concerne à violação dos art.ºs 3.º e 8.º

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade:
Ser aplicável o art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que em si mesmo não fora violado;

Todas as requerentes ⁽¹⁵⁾ foram vítimas de discriminação fundada no sexo, contrária ao art.º 14.º combinado com o art.º 8.º;

Não se verificar qualquer outra violação aos artigos em causa;

Não ter havido violação do art.º 3.º;

Ter havido violação do art.º 13.º no que concerne à queixa por discriminação fundada no sexo;

Dever o Reino Unido pagar às requerentes, para despesas e encargos, somas a liquidar.

PINHEIRO FARINHA

⁽¹⁵⁾ A requerente Sr.ª Abdulaziz casada com português.

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

QUEIXAS DA FRANÇA, NORUEGA, DINAMARCA E SUÉCIA CONTRA A TURQUIA

- I. Não é incompatível com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, nas questões entre Estados, os Estados denunciante limitem a queixa aos actos praticados em determinado período de tempo.
- II. Na queixa formulada ao abrigo do art.º 24.º da Convenção não se torna necessário, na participação, a «prova completa» da violação, bastando, em princípio, a alegação da mesma.
- III. As causas de irrecebilidade dos n.ºs 1 e 2 do art.º 26.º da Convenção só são pertinentes para as queixas individuais.
- IV. A regra do esgotamento dos recursos internos, dos art.ºs 27.º e 26.º, não tem aplicação nas queixas ao abrigo do art.º 24.º da Convenção que visam determinar a compatibilidade de determinada lei interna com a Convenção.
- V. A prática administrativa pressupõe a repetição dos actos e a tolerância oficial.
- VI. O princípio geral de direito internacional da reciprocidade, tal como a regra do § 1.º do art.º 21.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, relativa às relações bilaterais das partes vinculadas por tratado multilateral, não têm aplicação que no que concerne às obrigações resultantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

P. F.

DECISÃO

La Commission européenne des Droits de l'Homme, siégeant en chambre du conseil le 6 décembre 1983, en présence de

MM. G. SPERDUTI, *Président* en exercice (article 7 du Règlement intérieur)
C. A. NØRGAARD
J. A. FROWEIN
F. ERMACORA
J. E. S. FAWCETT
M. A. TRIANTAFYLLIDES
E. BUSUTTIL
L. KELLBERG
T. OPSAHL
G. JORUNDSSON
G. TENEKIDES
S. TRECHSEL
B. KIERNAN
M. MELCHIOR
J. SAMPAIO
J. A. CARRILLO
A. S. GOZONUYUK
A. WEITZEL
J. C. SOYER
H. G. SCHERMERS
M. H. C. KRUGER, *Secrétaire* de la Commission,

Vu l'article 24 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales;

Vu:

- la requête introduite le 1^{er} juillet 1982 par la France contre la Turquie et enregistrée le même jour sous le numéro de dossier 9940/82;
- la requête introduite le 1^{er} juillet 1982 par la Norvège contre la Turquie et enregistrée le même jour sous le numéro 9941/82;

- la requête introduite le 1^{er} juillet 1982 par le Danemark contre la Turquie et enregistrée le même jour sous le numéro 9942/82;
- la requête introduite le 1^{er} juillet 1982 par la Suède contre la Turquie et enregistrée le même jour sous le numéro 9943/82;
- la requête introduite le 1^{er} juillet 1982 par la Pays-Bas contre la Turquie et enregistrée le même jour sous le numéro 9944/82;

Vu la décision du Président en exercice, en date du 1^{er} juillet 1982, de communiquer les requêtes au Gouvernement turc et d'inviter ce dernier à lui soumettre par écrit, avant le 5 octobre 1982, ses observations sur leur recevabilité;

Vu:

- la lettre du Gouvernement défendeur, en date du 29 septembre 1982, demandant une prorogation du délai susdit jusqu'au 31 janvier 1983;
- la décision de la Commission, en date du 4 octobre 1982, faisant droit à cette demande.

Vu les observations du Gouvernement défendeur, en date du 31 janvier 1983, sur la recevabilité des requêtes;

Vu:

- la décision du Président en exercice, en date du 1^{er} février 1983, d'inviter les Gouvernements requérants à présenter avant le 16 avril 1983 leurs observations en réponse;
- les observations des Gouvernements requérants versées au dossier le 15 avril 1983;

Vu:

- la demande formulée le 29 avril par le Gouvernement défendeur d'être autorisé à répondre par écrit aux observations du Gouvernement requérant du 15 avril 1983;

- la décision prise par la Commission le 3 mai d'autoriser le Gouvernement défendeur à déposer sa réponse avant le 6 août 1983;

Vu la décision prise par la Commission le 3 mai de tenir, en octobre 1983, une audience contradictoire sur la recevabilité des requêtes;

Vu:

- la lettre adressée le 5 juin par le Gouvernement défendeur pour indiquer que des élections auraient lieu le 6 novembre et demander un report de l'audience à décembre 1983;
- les observations présentées sur cette demande le 30 juin par le Gouvernement français, le 27 juin par le Gouvernement norvégien, le 24 juin par le Gouvernement danois, le 27 juin 1983 par le Gouvernement néerlandais et le 30 juin par le Gouvernement suédois;
- la décision prise par la Commission le 5 juillet 1983 de rejeter la demande de report d'audience présentée par le Gouvernement défendeur;

Vu la décision de la Commission ordonnant le 11 juillet 1983 la jonction des requêtes conformément à l'article 29 du Règlement intérieur;

Vu le mémoire du Gouvernement défendeur, daté du 1^{er} août et présenté sous couvert d'une lettre du 5 août 1983;

Vu:

- la demande présentée par le Gouvernement défendeur le 31 août 1983 d'ajourner l'audience contradictoire pour raison de maladie grave d'un conseiller indispensable;
- les observations présentées sur cette demande par les Gouvernements requérants le 12 septembre 1983;
- la décision prise par le Président en exercice le 12 septembre 1983 d'ajourner l'audience;
- la décision de la Commission, en date du 6 octobre, de tenir l'audience les 2, 3 et 5 décembre 1983;

Vu:

- la «Note juridique» présentée par le Gouvernement défendeur sous couvert de sa lettre du 14 septembre 1983;
- la décision prise par la Commission le 6 octobre 1983 d'accepter ladite Note;

Vu:

- la demande, présentée par le Gouvernement défendeur le 15 novembre, de revenir sur la décision de jonction des requêtes transmise par la Commission dans sa lettre du 12 juillet 1983;
- la décision prise par la Commission le 17 novembre 1983 de maintenir cette décision;

Vu les plaidoiries des parties à l'audience de la Commission les 2, 3 et 5 décembre 1983;

Après avoir délibéré les 5 et 6 décembre 1983;

Vu le rapport visé à l'article 39, par. 2 du Règlement intérieur de la Commission;

Rend la décision suivante:

EN FAIT

I. Les requêtes

Les requêtes concernent la période du 12 septembre 1980 au 1^{er} juillet 1982, date de leur introduction. Les Gouvernements requérants rappellent que le Gouvernement en fonction en Turquie le 1^{er} juillet 1982 a pris le pouvoir le 12 septembre 1980 et affirment que le Parlement turc a alors été dissous et ses compétences et pouvoirs transférés au Conseil national de la sécurité (CNS) par la loi n.º 2324 du 27 octobre 1980 dénommé «loi sur l'ordre constitutionnel». La totalité du pouvoir exécutif a été transférée au Président du CNS. Tout recours tendant à l'annulation des actes promulgués par le CNS a été interdit. La loi n.º 2485 du 29 juin 1981 a ultérieurement créé une Assemblée constituante mais

qui, en son article 25, laisse au CNS compétence pour adopter, amender ou repousser les projets proposés en matière législative par l'Assemblée constituante.

Les Gouvernements requérants soutiennent que la loi du 27 octobre 1980 sur l'ordre constitutionnel et un certain nombre de lois et décrets d'application aboutissent à abroger la protection constitutionnelle des droits fondamentaux. Ils allèguent des violations des dispositions suivantes de la Convention:

- Articles 9, 10 et 11;
- Articles 5 et 6;
- Article 3;
- Article 15, par. 3.

Les allégations faites au titre des *articles 9 à 11* concernent les restrictions pesant sur les partis politiques, les syndicats et la presse.

Les Gouvernements requérants affirment que toute activité politique a été radicalement supprimée. Les activités de tous les partis politiques ont été interdites et les dirigeants des quatre partis les plus importants placés sous la protection de l'armée. La loi a interdit à tous les anciens hommes politiques de faire des déclarations politiques. Les partis politiques ont été dissous.

Les Gouvernements requérants affirment en outre que le CNS a suspendu les activités de deux confédérations syndicales (DISK et MISK). Une législation a été promulguée qui concerne la gestion des biens des syndicats suspendus, pour laquelle des syndics ont été nommés. En mars 1982, un syndicat indépendant de tendance de gauche, qui regroupe les travailleurs de la banque et du secteur des assurances (BANK-IS) a été dissous par jugement de la Cour martiale d'Istanbul. Les syndicats ne peuvent exercer normalement leurs activités en Turquie. Ceux qui exercent leurs fonctions dans le cadre de la loi martiale ont reçu pouvoir d'interdire les grèves et le droit de négociation collective est suspendu. A la place a été institué un système d'arbitrage obligatoire. De nombreux dirigeants de mouvements politiques et plusieurs milliers de membres et de dirigeants de syndicats, particulièrement du DISK, ont été arrêtés et poursuivis en vertu du droit pénal turc pour infractions contre l'Etat ou le peuple.

Les Gouvernements requérants affirment également que ceux qui assument les fonctions dans le cadre de la loi martiale ont pouvoir d'interdire les

publications. Une autorisation spéciale est nécessaire pour lancer la publication de nouveaux journaux et magazines. La loi a introduit des dispositions sur la censure et le contrôle de la presse. De nombreux journalistes et intellectuels ont été arrêtés sous l'inculpation de délit d'opinion, sur la base des articles 141 et 142 du Code pénal turc.

Enfin, la liberté de réunion pacifique et d'association pouvait être restreinte par ceux qui assument leurs fonctions dans la cadre de la loi martiale à l'égard des membres des partis politiques et des syndicats et aussi du public en général.

Au titre des *articles 5 et 6* de la Convention, les Gouvernements requérants soutiennent que la loi sur l'ordre constitutionnel a interdit tout recours devant la Cour constitutionnelle contre les décisions du CNS. La compétence des cours martiales a été étendue au détriment des juridictions de droit commun et l'utilisation des articles 140, 141, 142 (délict d'opinion) et 146 (haute trahison) du Code pénal était fréquente et extensive comme lors de très larges accusations en matière pénale.

Les Gouvernements requérants allèguent la violation de l'article 5 d'une part par la loi n.º 2515 qui autorise arrestation et maintien en garde à vue pour une durée de 45 jours sous la seule responsabilité de celui qui exerce ses fonctions dans le cadre de la loi martiale du commandant et sans aucun contrôle judiciaire de la légalité de la détention; et, d'autre part, par la loi n.º 2342 qui interdit tout recours contre les décisions administratives de ceux qui exercent leurs fonctions dans le cadre de la loi martiale, prises dans l'exercice de leurs attributions.

Les Gouvernements requérants allèguent les violations suivantes de l'article 6. Diverses lois ont accru la compétence des cours martiales pour les délits de droit commun et pour les délits d'opinion. Le CNS est habilité à créer et dissoudre les cours martiales et à en nommer les membres. Ces juridictions ne sont pas indépendantes du régime militaire. En outre, selon divers rapports de missions non gouvernementales en Turquie, les droits de la défense n'étaient pas respectés. Notamment, des accusés ont parfois été tenus dans l'ignorance des accusations pesant contre eux; il existait une pratique selon laquelle il était demandé à l'accusé de signer le procès-verbal de son interrogatoire sans lui en avoir donné connaissance au préalable; les défenseurs ont été fréquemment tenus dans l'ignorance des accusations pesant sur leurs clients et n'ont pas pu accéder à l'intégralité du dossier; ils ont souvent fait l'objet d'intimidations et d'arres

tations et, enfin, le droit de libre communication entre l'accusé et son conseil a été parfois considérablement restreint.

Au titre de l'article 3 de la Convention, les Gouvernements requérants allèguent que des détenus ont été torturés ou soumis à un traitement inhumain ou dégradant. Des éléments de preuve existent qui montrent que ces ne sont pas des incidents isolés ou des exceptions mais constituent une pratique étendue et systématique. Les Gouvernements requérants renvoient à la jurisprudence de la Commission et de la Cour et soutiennent que les mesures prises par le Gouvernement turc pour combattre torture et mauvais traitements n'étaient pas suffisantes. Ils font valoir qu'au regard de la Convention, les autorités étatiques assument la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés et on n'imagine pas que les autorités supérieures d'un Etat ignorent l'existence de pareille pratique.

A l'appui des allégations formulées sur le terrain de l'article 3, les Gouvernements requérants ont soumis, en introduisant leurs requêtes, les documents suivants:

- Document d'Amnesty International, en date du 8 juillet 1981 (AI Index EUR EE 44/05/81);
- Document d'Amnesty International en date du 5 mai 1981 (AI Index EUR 44/05/81);
- deux documents relatifs au cas d'Ataman Ince;
- une pétition d'Ismail Yedigöl au secrétariat du Conseil National de Sécurité au sujet de son fils Nurretin Yedigöl et les déclarations d'Harun Kartal et d'Aslan Sener Yildirid au sujet de la même personne;
- une lettre adressée le 15 février 1982 par Fahrattin Elmas à Amnesty International;
- une traduction anglaise des transcriptions de certains documents officiels du procès du DISK;
- une déclaration non datée de Medred Bilici;
- un document d'Amnesty International, non daté, mis à jour jusqu'au 25 mars 1982 (AI Index 44/07/82);

- un document turc, non daté, avec traduction en anglais, au sujet de la torture;
- une liste, en allemand, de victimes de la torture;
- une liste, en turc, accompagnée d'une traduction en anglais, de personnes qui auraient pratiqué la torture;
- extraits du rapport daté du 17 novembre 1981 adressé par Karl Nandrup Dahl, avocat, à la Confédération internationale des syndicats libres (pages 28 et 29);
- extraits du rapport n.º 2, daté du 5 janvier 1982, adressé à la Confédération internationale des syndicats libres et à la Confédération européenne des syndicats par Karl Nandrup Dahl, avocat (p. 49 à 58).

Les Gouvernements requérants ont soutenu en outre, en annexe à la réponse qu'ils ont faite le 15 avril 1983 aux observations du Gouvernement défendeur sur la recevabilité, un document intitulé «Extraits de déclarations faites par de nombreuses personnes ayant subi des tortures et des mauvais traitements en Turquie après le 12 septembre 1980». Ces déclarations n'indiquent ni le nom ni les coordonnées de leurs auteurs.

Au titre de l'article 15 de la Convention, les Gouvernements requérants soutiennent que, quelle qu'ait été la situation prévalant en Turquie avant le 12 septembre 1980, il n'existait pas au 1^{er} juillet 1982 un danger public menaçant la vie de la nation. D'ailleurs, le Gouvernement turc lui-même a reconnu que la situation générale en Turquie s'était beaucoup améliorée depuis le 12 septembre 1980. En outre, les mesures législatives et administratives et les pratiques mises en cause allaient bien au-delà de la stricte mesure exigée par la situation. En outre, au regard de l'article 15, par. 2, un droit de dérogation ne peut pas être invoqué pour justifier des violations de l'article 3.

Les Gouvernements requérants soutiennent également que la Turquie n'a pas satisfait à l'obligation que lui fait le paragraphe 3 de l'article 15 de tenir le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe «pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées». La Turquie a fait deux communications postérieurement au 12 septembre 1980: la première se bornait à faire connaître au Secrétaire Général que l'état de siège avait été décrété dans les 67 départements du pays; la seconde contenait une déclaration générale sur les

motifs pour lesquels l'état de siège avait été décrété sur l'ensemble du territoire. Aucune information n'était fournie sur les diverses mesures de dérogation ou sur les motifs les ayant inspirées. De rares informations ont été fournies ultérieurement sur quelques-unes des mesures prises après le 12 septembre 1980 et sur leurs motifs.

En ce qui concerne la règle de l'épuisement des recours internes (*article 26* de la Convention), les Gouvernements requérants affirment que les requêtes ne concernent aucun cas individuel ou spécifique et qu'ils n'ont endossé aucune réclamation individuelle et ne demandent pas de réparation, dédommagement ou indemnisation pour les torts subis par des individus. Ils renvoient à la jurisprudence de la Commission et de la Cour et font valoir que lorsque les violations alléguées visent des législations ou des pratiques administratives, règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas. Ils soutiennent en outre qu'au demeurant les voies de recours existant en Turquie contre la torture et le mauvais traitements infligés aux détenus n'étaient pas efficaces. La torture est certes punie par la Code pénal, mais de nombreuses victimes ont été incapables de porter plainte contre la police ou les autorités militaires, par crainte de représailles. En outre, le pouvoir judiciaire a perdu son indépendance.

II. ARGUMENTATION ECRITE PRESENTEE PAR LES PARTIES SUR LA RECEVABILITE DE LA REQUETE

I. Quant au seuil requis en matière de preuve dans les affaires étatiques

Le Gouvernement défendeur prétend que la condition posée à l'article 24 de la Convention pour saisir la Commission, à savoir l'existence d'une violation de la Convention, n'a pas été satisfaite. Il soutient notamment que les rapports et déclarations soumis par les Gouvernements requérants ne sauraient être considérés comme des preuves juridiques valables. Certains de ces documents ont en effet été établis dans le seul but d'influencer le cours des procès qui se poursuivent devant les tribunaux. Certains sont des rapports «politiques» fondés sur les informations erronées ou tendancieuses. Certains déclarations reconnaissent que les informations sur lesquelles elles se fondent n'ont pas été vérifiées. Du reste, les violations alléguées ne seraient imputables à la Turquie que si elles persistaient après épuisement des voies de recours internes.

Les Gouvernements requérants reconnaissent que les conclusions de la Commission concernant leurs allégations doivent reposer sur les bases solides. Toutefois, cette question ne peut se poser que lors d'un examen au fond de l'affaire. L'article 24 n'impose pas d'apporter la preuve d'une violation de la Convention pour pouvoir déposer une plainte. Selon ce texte, tout manquement que le Gouvernement requérant «croira pouvoir être imputé» au Gouvernement défendeur peut être soumis à la Commission. Il ressort clairement de cette formulation qu'au stade de l'examen au fond, le devoir de la Commission est de se prononcer sur la véracité des allégations. Cette conclusion est étayée par le libellé de l'article 28 (a).

Le Gouvernement défendeur réplique que l'argumentation des requérants relative à l'examen de la recevabilité des requêtes présentées selon l'article 24 ne cadre ni avec les principes guidant généralement les juridictions internationales ni avec les principes de la Convention.

Sur les principes guidant les juridictions internationales, le Gouvernement défendeur renvoie aux règles et pratiques en matière de recevabilité devant la Cour internationale de justice (CIJ) et devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme. L'examen de la pratique de ces instances montre, selon le Gouvernement défendeur, que parmi les conditions de la recevabilité figurent non seulement les critères de compétence formelle mais aussi «toute autre exception» soulevée par l'État défendeur (CIJ) y compris l'absence d'un fondement manifeste de la requête (Convention américaine des droits de l'homme). Selon l'article 38 nouveau du Règlement intérieur de la CIJ, la Cour applique le terme «exceptions préliminaires» non seulement aux exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité, mais aussi à «toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive». C'est un droit pour le défendeur que de faire clairement établir, avant que s'engage la procédure sur le fond, que, premièrement, l'action comporte *prima facie* une prétention juridiquement permise et qu'en deuxième lieu, l'objet et la nature de la prétention n'offrent pas matière à contestation ou malentendu.

Le Gouvernement défendeur invoque également l'article 47 de la Convention américaine qui dispose notamment que toute pétition étatique est irrecevable si «elle n'expose pas les faits constituant une violation des droits garantis par la présente Convention» ou si elle «est ostensiblement dénuée de fondement ou manifestement tout à fait non conforme aux normes».

Quant aux principes consacrés par la Convention, le Gouvernement défendeur renvoie à l'obligation faite à Commission par l'article 28 de rechercher un règlement amiable et à l'article 47 selon lequel la Cour ne peut être saisie d'une affaire qu'après la constatation par la Commission de l'échec du règlement amiable. Selon le Gouvernement, ces deux textes se fondent sur le prédicat que la Commission ne connaît que d'une prétention pour laquelle elle est compétente et qui est à première vue suffisamment fondée pour aboutir éventuellement à un règlement amiable. De plus, la genèse de la rédaction de la Convention démontre que les rédacteurs n'avaient nullement l'intention de renoncer à appliquer les critères habituels de recevabilité dans le cadre des requêtes d'Etat contre Etat. Si ces critères sont détaillés par l'article 27 en ce qui concerne les requêtes individuelles, c'est que cela a été considéré comme nécessaire pour endiguer l'abus du droit de recours individuel à des fins politiques et parce qu'il n'existait dans la pratique internationale aucun ensemble de précédents permettant de régir l'exercice de ce droit. En conséquence, le point de vue exprimé par la Commission dans sa jurisprudence, selon laquelle elle n'a pas à rechercher au stade de la recevabilité, si l'Etat requérant a apporté un commencement de preuve de l'exactitude de ses affirmations, est incompatible avec les critères de recevabilité généralement applicables dans les procédures internationales judiciaires ou quasi-judiciaires opposant un Etat à un autre.

2. Au titre de l'article 15 de la Convention

Le Gouvernement défendeur soutient avoir valablement exercé le droit de dérogation prévu par l'article 15. En effet, un état de guerre voilée ou un danger public menaçant la vie de la nation existait en Turquie au moment de l'intervention militaire et continue d'exister. Le pays sombrait rapidement dans la guerre civile fratricide. La situation était née du conflit entre l'extrême-gauche et l'extrême-droite, auquel s'ajoutait la violence du fanatisme religieux et les actes de provocation subversifs. Le nombre des victimes de la terreur était passé de 3 par an en 1974 à environ 25 par jour en 1980. Le nombre des armes saisies par les autorités depuis le 26 décembre 1978 s'élevait à 828.286 et la quantité

de munitions à plus de 5 millions. On estime à environ un milliard de dollars la valeur des armes saisies. Dans ce contexte d'escalade de la terreur, le parlement, absolument paralysé, n'était plus en mesure d'exercer ses responsabilités. Il passa six mois à essayer en vain d'élire un président de la République. Les projets de loi urgents concernant le terrorisme, l'inflation et le chômage ne pouvaient pas être votés. Le pouvoir judiciaire lui aussi faisait l'objet d'attaques. Les terroristes essayaient de paralyser les tribunaux en assassinant les procureurs et les magistrats qui avaient condamné des criminels de droite ou de gauche. Une campagne analogue était en cours contre la presse. En outre, la police et la fonction publique étaient très fortement politisées. La polarisation de la police était d'ailleurs l'une des raisons de l'incroyable flambée du terrorisme dans les années qui ont précédé le 12 septembre 1980. Les facteurs décrits plus hauts créaient un risque grave de voir la Turquie glisser inexorablement vers un régime totalitaire de droite ou de gauche. La situation que la Turquie devait maîtriser concernait les deux cas évoqués à l'article 15, par. 1, à savoir une « guerre » et un « danger » public menaçant la vie de la nation.

Le Gouvernement défendeur soutient en outre que les mesures prises n'allaient pas au-delà de stricte mesure exigée par la situation. Il souligne que l'intervention ne visait aucun parti politique ni aucun syndicat, mais uniquement l'instauration en Turquie d'une véritable démocratie et le rétablissement des droits de l'homme. Le gouvernement qui a pris le pouvoir le 12 septembre 1980 se considérait comme investi d'une mission limitée dans le temps. Un programme dont l'objectif était de restaurer la démocratie a été exécuté conformément au calendrier annoncé par le chef de l'Etat. Du reste, certaines des restrictions ont déjà été levées. Dès que la situation l'a permis, la période maximale de garde à vue autorisée a été réduite, les possibilités de recours aux tribunaux élargies, le couvre-feu supprimé dans tout le pays et, enfin, afin de permettre librement de débattre dans les médias de la nouvelle Constitution, les décrets n.º 52 et 65 ont été considérablement atténués pour permettre ce débat sur le projet de Constitution. Au demeurant, l'Etat jouit d'une marge d'appréciation pour déterminer s'il existe une situation de danger public et, dans l'affirmative, des mesures nécessaires pour y mettre fin. D'ailleurs, les autorités nationales, directement responsables du bien-être de la nation, sont mieux placées qu'une instance internationale pour apprécier le danger et décider des mesures nécessaires pour y parer.

C'est précisément à cause des mesures exceptionnelles adoptées que l'ordre a été rétabli et les personnes coupables de crimes graves poursuivies et châtiées.

Les droits et libertés élémentaires tels que le droit à la vie, le droit à la sécurité de son domicile et la liberté de mouvement ont été restaurés. Les mesures prises ont peut-être réduit certaines libertés d'importance secondaire en période de danger public, mais elles étaient inévitables pour garantir des droits de plus grande importance. Le Gouvernement a agi de bonne foi pour lutter contre le danger public et restaurer la démocratie politique en Turquie. Comme la Commission l'a déclaré dans l'affaire *Lawless*, un gouvernement agissant de bonne foi ne saurait être accusé d'enfreindre la Convention. Si la situation s'est progressivement améliorée, il serait néanmoins erroné de supposer que tout est maintenant rentré dans l'ordre et que la situation de danger public a pris fin. Pratiquement chaque semaine, en effet, de nouveaux terroristes sont traduits en justice et des armes à feu et des munitions saisies. Dans la deuxième année suivant l'intervention, 1.170 actes de terrorisme se sont produits en Turquie (attaques et vols à main armée, plastiquages).

Le Gouvernement défendeur estime en outre s'être entièrement conformé aux termes du paragraphe 3 de l'article 15. Le 12 septembre 1980, le représentant permanent turc informait le Secrétaire général, par deux notes verbales consécutives, des mesures prises et des motifs qui les avaient inspirées. Ces motifs étaient «les graves menaces pesant sur la paix intérieure, la paralysie totale du régime démocratique, la situation qui mettait en danger les droits et libertés fondamentaux dans le pays». Des notes verbales furent également adressées le 27 décembre 1978 lorsque l'état de siège fut déclaré dans 13 départements et le 26 octobre 1979 lorsqu'il fut étendu à 19 autres départements. En outre, une note fut adressée au Secrétaire général le 15 septembre 1980 exposant les objectifs des récents changements de politique intérieure; un discours radiodiffusé du Général Evren décrivant les motifs qui avaient inspiré dérogation notifiée par la Turquie fut également adressé le 15 septembre 1980; le représentant permanent de la Turquie a plus d'une douzaine de fois rendu visite au Secrétaire général pour l'informer de la situation; le ministre des Affaires étrangères est intervenu lors de cinq sessions consécutives du Comité des Ministres pour donner un compte rendu des événements; le Secrétaire général n'a jamais indiqué qu'il n'était pas satisfait des informations reçues, alors qu'il aurait pu demander un complément d'information s'il en avait ressenti le besoin; lors des réunions des Délégués des Ministres depuis le 12 septembre 1980, le représentant permanent de la Turquie a donné des réponses circonstanciées aux différentes questions de ses collègues; enfin, de nombreuses délégations d'organisations

européennes et d'autres instances se sont rendues en Turquie où elles ont reçu tous les renseignements disponibles.

Les Gouvernements requérants répliquent que la justification des mesures de dérogation prises par le Gouvernement défendeur aux termes de l'article 15 doit être appréciée à l'occasion de l'examen au fond et non pas au stade de la recevabilité. Ce point de vue est conforme à la jurisprudence de la Commission.

Le Gouvernement défendeur répond à cela que les questions relatives à l'article 15 doivent être examinées au stade de la recevabilité, conformément à la pratique suivie par les juridictions internationales pour ce qui concerne les exceptions préliminaires, comme indiqué plus haut. Or, les Gouvernements requérants n'ont pas apporté le moindre commencement de preuve ni produit aucun élément selon lesquels la Turquie aurait à tort dérogé à l'article 15. Ils se bornent à affirmer que les mesures adoptées le 12 septembre 1980 sont contraires à la Convention. Ils ne répondent pas sur les explications fournies par le Gouvernement turc à propos de la conformité des mesures adoptées avec les exigences de la situation, la persistance d'un danger public menaçant la vie de la nation et le respect de l'article 15, par. 3.

Le Gouvernement défendeur renvoie enfin à la réserve faite par la France à l'article 15, par laquelle la France ne reconnaît aux organes de la Convention aucun droit de regard sur des mesures à prendre par elle dans une situation de danger public. Selon le Gouvernement défendeur, il est exclu que la France intente contre la Turquie une action emportant l'examen de questions qui seraient couvertes par ladite réserve et ne pourraient donc pas être examinées dans le contexte d'une requête dirigée contre la France.

3. Sur l'épuisement des voies de recours internes

Le Gouvernement défendeur soutient que bon nombre des allégations formulées sont irrecevables pour défaut d'épuisement des recours internes. Il nie que les tribunaux aient perdu leur indépendance. Les juridictions civiles continuent à jouir d'une indépendance totale, garantie d'ailleurs par la nouvelle Constitution (art. 138). Les tribunaux militaires sont eux aussi indépendants et,

à l'exception d'un seul membre, ces juridictions se composent de juges civils et militaires tous de carrière. Le Gouvernement défendeur soutient également qu'il n'est pas difficile de porter plainte contre les forces de sécurité. Les plaintes contre les agents de l'Etat qui ne respectent pas les lois ne sont pas découragées mais encouragées par les autorités. Le Gouvernement donne, dans ses observations, divers exemples de jugements prononcés par des tribunaux de première instance ou des Cours de cassation et qui illustrent l'indépendance et l'efficacité du système judiciaire turc.

Les Gouvernements requérants répondent que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas lorsque les violations, objet de la plainte, visent des législations ou des pratiques. Cela ressort clairement de la jurisprudence de la Commission et de la Cour. L'article 26 ne peut donc pas être invoqué comme motif d'irrecevabilité sur la question de l'incompatibilité de certaines lois et réglementations turques avec les articles 5, 6, 9, 10 et 11 de la Convention. Il ne peut pas l'être non plus pour rejeter les griefs de torture en raison de l'existence d'une pratique administrative. Selon les Gouvernements requérants, les renseignements communiqués à la Commission révèlent l'existence d'une telle pratique, c'est-à-dire d'actes répétés et systématiques qui sont beaucoup plus que de simples actes isolés, joints à une tolérance officielle des autorités. Sous ce dernier aspect, il manque un élément essentiel dans les mesures prises par les autorités turques pour lutter contre la torture: les autorités ne se sont pas assurées que les directives émises étaient bien respectées par les personnes chargées des interrogatoires et elles n'ont procédé ni à des recherches actives ni à des vérifications méticuleuses à l'échelon le plus bas. En outre, il y a lieu de croire que les supérieurs des agents chargés des interrogatoires étaient de connivence avec cette désobéissance aux règlements, car la répétition fréquente de ces actes aurait été impossible sans cette connivence. Les Gouvernements requérants font valoir à cet égard qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'une tolérance officielle au plus haut niveau de l'Etat. Dans l'affaire d'Irlande du Nord, la Cour a déclaré que les autorités assument la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés. Il n'est donc pas nécessaire de prouver la tolérance à quelque niveau que ce soit.

Les Gouvernements requérants soutiennent en outre que les voies de recours disponibles en Turquie ne sont pas efficaces. En effet, le pouvoir judiciaire n'est pas indépendant puisqu'il se trouve soumis au contrôle du régime

militaire. De plus, la crainte de représailles de la part des autorités signifie que le recours à l'appareil judiciaire n'est pas une possibilité réaliste.

Le Gouvernement défendeur nie l'existence d'une pratique administrative. Comme il le montre dans ses observations, il a fait tout ce qui pouvait être exigé pour empêcher la torture: les supérieurs des agents responsables des actes de torture ont pris les mesures disciplinaires et préventives nécessaires; les plus hautes instances de l'Etat, y compris le Chef de l'Etat, n'ont pas empêché les enquêtes de se poursuivre et les tribunaux étaient disposés à châtier les coupables.

4. Quant aux allégations tirées des articles 5 et 6 de la Convention

Le Gouvernement défendeur soutient que le judiciaire n'a pas été altéré après le 12 septembre 1980. Les cours martiales, créées par la loi de 1971 sur l'état de siège pour garantir l'efficacité des mesures de lutte contre le terrorisme, se composent soit de deux juges de carrière (militaire ou civil) et d'un officier, soit dans les juridictions plus importantes, de quatre juges de carrière et d'un officier. Les juges de carrières sont totalement indépendants.

Les personnes traduites en justice ont été inculpées et jugées en vertu de lois déjà en vigueur avant le 12 septembre 1980. Les procès sont publics et l'appel est possible pour les condamnations à des peines d'emprisonnement supérieures à six mois. Cette limitation du droit de faire appel ne fait d'ailleurs pas problème au regard de la Convention qui ne garantit pas, en tant que tel, un droit de recours en appel. Les membres de la Cour militaire de cassation sont tous des militaires, juges de carrière. Ils jouissent des mêmes garanties que les magistrats civils, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas être démis, mutés ou mis à la retraite avant d'avoir atteint l'âge normal.

Quant aux prétendues irrégularités de procédure, le Gouvernement défendeur déclare que les mesures en question ont été prises pour garantir le bon déroulement de procès, empêcher la destruction ou l'altération des preuves ou veiller à ce que la salle d'audience ne devienne pas un forum pour la propagande politique. De plus, les tribunaux ont déclaré que les aveux n'ont valeur de preuve que s'ils sont établis par une autorité judiciaire et non par la police;

et que les aveux signés sous une quelconque forme de contrainte ne sont pas valables. Au demeurant, toutes ces allégations concernant des procès en cours et aucune allégation de violation de la Convention ne peut être formulée avant l'issue d'une affaire en instance.

Le pouvoir de garder à vue pendant 45 jours était requis par les exigences de la situation. Pendant les douze premiers mois suivant le 12 septembre 1980, 43.140 personnes ont été détenues. Ce pouvoir de garde à vue était nécessaire pour procéder à l'enquête sur les personnes arrêtées. Cette mesure a été appliquée avec la plus grande circonspection et les autorités supérieures ont émis des ordres écrits pour que personne ne soit placé en garde à vue en l'absence de forts indices de culpabilité.

5. Quant aux allégations tirées des articles 9, 10 et 11 de la Convention

Le *Gouvernement défendeur* renvoie à l'argumentation qu'il a développée au titre de l'article 15 de la Convention et déclare que la paralysie des institutions démocratiques de l'Etat a été amenée par ces mêmes activités qu'évoquent les plaintes, à savoir l'action de la presse, des partis politiques et des syndicats. Le Gouvernement invoque également l'article 17 de la Convention dont le but est d'empêcher que les Constitutions soient graduellement sapées par des groupes et des individus se servant du bouclier des libertés stipulées dans la Convention pour instaurer un régime autoritaire.

Le *Gouvernement défendeur* affirme que l'un des objectifs de la dissolution des partis politiques était de permettre à l'Assemblée constituante d'entamer ses travaux le 23 octobre 1981 sans être assujettie à aucune influence partisane. Du reste, les parties politiques n'étaient plus en mesure de s'acquitter de la mission qui doit être la leur dans une véritable démocratie. La mesure avait également un caractère provisoire puisque des élections générales étaient envisagées pour la fin de 1983. Aucune procédure judiciaire n'a été engagée contre des parlementaires pour ce qui concerne leurs activités politiques antérieures au 12 septembre 1980 et les restrictions auxquelles ils ont été soumis étaient la conséquence normale des mesures prises pour faire face à une situation exceptionnelle.

Le Gouvernement défendeur affirme en outre qu'aucun syndicaliste n'a été poursuivi pour des actes relevant des activités syndicales habituelles. Les 52 syndicalistes poursuivis ont été inculpés pour participation à des activités illégales punies par le Code pénal. Leur procès est en cours et les voies de recours internes n'ont pas encore été épuisées. Quant à la désignation de syndic provisoires pour gérer les biens des syndicats suspendus, elle s'explique par le fait que l'Etat est tenu de prendre des mesures efficaces pour protéger les cotisations des travailleurs et des biens des syndicats; des curateurs ont été nommés par les tribunaux du travail à cet effet. La nouvelle Constitution reconnaît et garantit le droit de grève. La droit à la négociation collective n'est pas soumis à restrictions. Le choix de la voie de conciliation et l'institution par la loi n° 2364 du Conseil supérieur d'arbitrage, présidé par un président de la Cour de cassation, n'est contraire ni au droit du travail ni à la Convention. En tout état de cause, cette institution n'avait qu'un caractère provisoire. Le Gouvernement défendeur fait valoir en outre que les restrictions apportées au droit de grève, au droit de réunion et au droit de manifestation étaient des mesures nécessaires pour faire face à la situation d'urgence. De même, en était-il de l'instauration d'un système de censure et de contrôle de la presse. En pratique, ceux qui exercent leurs fonctions dans le cadre de la loi martiale n'ont fait usage de ces pouvoirs que «dans la stricte mesure exigée par la situation».

Enfin, le Gouvernement défendeur met en doute l'objectivité et l'impartialité de certains des rapports invoqués par les Gouvernements requérants car il affirme que, dans certains cas, des individus et des groupes sont arrivés en Turquie avec des idées préconçues. C'est ainsi que le rapport de M. Thomas Rothpfeffer, lequel s'est présenté comme observateur, avait en réalité pour objectif avoué d'influencer le gouvernement turc. D'autres rapports ne cachent pas que leur but est d'influencer certains procès en cours. Ce genre de rapport tendancieux ne doit pas être retenu comme pièces justificatives.

6. Quant à l'allégation tirée de l'article 3 de la Convention

Le *Gouvernement défendeur* souligne que la torture est considérée comme répréhensible par le Gouvernement et interdite par la Constitution et le Code

pénal turc; que les autorités présidant à l'état de siège ont émis de nombreuses directives écrites pour empêcher les mauvais traitements; que le gouvernement qui a pris le pouvoir le 12 septembre 1980 est l'un des rares à avoir rendu public le nombre de plaintes pour tortures signalées aux autorités judiciaires compétentes; et que le 12 juin 1981, le Chef d'Etat a créé, par instructions écrites, un mécanisme complexe pour empêcher les mauvais traitements. Selon ces instructions, les interrogatoires doivent être menés dans des centres de détention dûment spécifiés; à l'issue de l'interrogatoire, le détenu est soumis à un examen médical et photographié; la déposition de l'accusé doit si possible être enregistrée sur bande magnétique; lorsqu'un cas de torture est signalé, une enquête administrative et judiciaire est ouverte (plaintes et dénonciations sont immédiatement adressées aux parquets militaires de l'état de siège qui ouvrent les enquêtes nécessaires; les résultats de ces enquêtes sont communiqués à l'Etat-major général); les familles des détenus sont informées sans délai de la situation.

Le Gouvernement défendeur fait valoir qu'un Etat qui encourage ou tolère la torture ne crée pas un mécanisme de ce type. Il renvoie aux poursuites et condamnations d'agents responsables de sévices sur les détenus et fait valoir qu'un gouvernement qui pratique la torture n'autorise pas la presse à relater ces faits. Il fait observer également que pratiquement aucun cas de torture n'a été signalé concernant la période récente, ce qui montre que les mauvais traitements ne sont pas tolérés par les autorités et que les mesures susdites en matière de prévention et de dissuasion sont efficaces.

Selon le Gouvernement défendeur, le critère de la responsabilité objective des actes des subordonnés n'est conforme ni au droit international ni au système de la Convention. Pour qu'un Etat soit déclaré responsable, il faut à son avis que la violation subsiste après épuisement des recours internes et devienne en quelque sorte un acte de l'Etat lui-même. Si l'Etat a créé un mécanisme efficace pour poursuivre ses agents commettant des infractions, celles-ci ne peuvent pas lui être imputées. Il n'est pas normal que des incidents qui ne constituent pas de pratiques administratives soient attribués au Gouvernement turc. Ce sont les auteurs de ces actes qui en sont personnellement responsables.

III. ARGUMENTATION DEVELOPPEE ORALEMENT

Les observations susdites des parties sur la recevabilité des requêtes ont été développées à l'audience devant la Commission, les 2, 3 et 5 décembre 1983. L'argumentation des parties peut se résumer comme suit:

1. Le Gouvernement défendeur

Les plaidoiries du Gouvernement défendeur concernent notamment le niveau de preuve exigé, la situation de danger public existant, selon lui, en Turquie pendant la période des faits, la réserve faite par la France à l'article 15 et l'existence d'une pratique administrative prétendument contraire à l'article 3 de la Convention.

Le Gouvernement défendeur soutient que les requêtes manquent de clarté et de précision.

Il déclare, quant au seuil requis en matière de preuve que, selon le Black's Law Dictionary, l'existence d'un «prima facie case» suffit jusqu'à ce qu'il soit contredit et renversé par d'autres éléments de preuve. C'est là le seuil minimum exigé en matière de preuve pour déclarer une affaire recevable. Le «commencement de preuve» est d'un niveau légèrement plus élevé. Il suggère que les arguments doivent être sérieux et que la véracité des éléments de preuve doit être prouvée d'une façon ou d'une autre. La «preuve *prima facie*» est d'un niveau encore supérieur: il s'agit d'éléments que l'on considère comme établis tant qu'ils n'ont pas été réfutés par la preuve contraire.

Le Gouvernement défendeur ne soutient pas que la réserve faite par la France à l'art. 15 soit nulle au regard de l'article 64 de la Convention, mais plutôt qu'il n'est pas possible à la France d'engager contre la Turquie une action emportant examen de questions qui relèveraient de cette réserve, dont la portée est considérable. Il est admis, après l'affaire Autriche c/ Italie, que la Convention donne naissance à des obligations de caractère «objectif». Cependant, lorsqu'une réserve produit des effets de caractère procédural, on ne saurait exclure totalement le principe de la forclusion ou de le non-opposabilité. C'est sur cette base plutôt que sur le principe de la réciprocité que l'argument est formulé et la France ne devrait pas pouvoir soulever des questions litigieu-

ses au regard de l'article 15 qu'il serait impossible de soulever ou d'examiner contre elle-même.

Il ne devrait pas être permis à un Etat de formuler une réserve qui limite la portée du contrôle des organes de la Convention ou exclut d'importants domaines de ses propres obligations conventionnelles et de pouvoir ensuite opposer ces mêmes obligations à une autre Etat.

En réponse aux griefs tirés par les Gouvernements requérants de l'article 3 de la Convention, le Gouvernement défendeur complète les informations précédemment données à propos des procédures judiciaires engagées sur plaintes de tortures ou de mauvais traitements. Il renvoie notamment un certain nombre de jugements infligeant des peines sévères aux auteurs de ces traitements et indemnisant les familles des victimes.

Le Gouvernement défendeur remarque en outre que la France, les Pays-Bas et la Suède ont fait droit aux demandes d'extradition à la Turquie pendant la période sous étude et soutient que le grief tiré de l'article 3 doit être examiné à la lumière de cette pratique permanente d'extradition à la Turquie des délinquants en fuite. Dans le cas de la France, qui n'a pas de relations conventionnelles avec la Turquie, des délinquants ont été renvoyés en Turquie même après l'introduction de la requête. Dans le cas de la Suède, des individus ont été extradés nonobstant les dispositions législatives suédoises excluant l'extradition lorsqu'elle serait incompatible avec les principes humanitaires. De même, les Pays-Bas ont continué à extradier des individus à la Turquie après 1980, tout en ayant formulé une réserve à la Convention européenne de 1967 sur l'extradition, qui fait expressément référence aux dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Or, cette pratique n'est pas compatible avec les allégations faites au titre de l'article 3. Les Etats qui accusent la Turquie devant la Commission de maltraiter ses détenus et qui, dans le même temps, continuent à entretenir des relations normales en matière d'extradition montrent que leurs requêtes s'inspirent essentiellement de considérations politiques.

Le Gouvernement défendeur objecte également à la limitation des requêtes dans le temps et invite la Commission, lorsqu'elle en examinera la recevabilité à tenir compte de l'évolution de la situation depuis l'introduction desdites requêtes. Il renvoie à cet égard à l'élection du Parlement turc le 6 novembre, à celle de son Président le 4 décembre 1983, ainsi qu'à la dissolution du Conseil national de Sécurité, qui prouvent un rétablissement progressif de la démocratie en Turquie. Il souligne que la législation en vigueur est à présent à la disposition

du Parlement turc élu et que la plupart des lois et décrets qui constituent le fondement des requêtes ne sont plus en vigueur.

Les *conclusions* formelles du Gouvernement défendeur sont les suivantes:

A. Au principal

I. AU TITRE DES ALLEGATIONS DE VIOLATION DES ARTICLES 5, 6, 9, 10 ET 11

à ne prendre en considération ces allégations au stade de la recevabilité qu'à titre subsidiaire et en liaison avec les conclusions auxquelles elle parviendra pour les questions, II, III, IV, V et VII ci-après.

II. SUR L'ARTICLE 15 (1)

- i. à examiner et à se prononcer séparément sur les divers éléments contenus dans les allégations globales faites par les requérants, à savoir:
 - l'existence d'un danger menaçant la vie de la nation;
 - la proportionnalité des mesures prises.
- ii. à constater que les requérants n'ont pas été à même d'apporter, sur la base des données de droit et de fait caractérisant la vie de la société en Turquie, les précisions et clarifications qu'appelle une bonne administration de la justice, et que par conséquent les contours d'un examen éventuel conforme à l'article 28 ne sont pas clairement définis.
- iii. à déclarer en conséquence les cinq requêtes irrecevables.

III. SUR LES ALLEGATIONS DE VIOLATION DE L'ARTICLE 15 (3)

à les rejeter *de plano* comme étant dépourvus de tout fondement, les requérants n'ayant d'ailleurs pas contesté les précisions données par le Gouvernement turc;

IV. SUR L'ACTION ENGAGÉE PAR LE GOUVERNEMENT FRANÇAIS AU TITRE DE L'ARTICLE 15 (1)

à déclarer que le Gouvernement français n'est pas en droit d'intenter une action contre un autre gouvernement dans un domaine couvert par la réserve faite par la France à l'article 15 (1).

V. SUR LES ALLEGATIONS RELATIVES A L'ARTICLE 3

à les déclarer irrecevables comme manifestement mal fondées pour autant qu'elles concernent l'existence d'une prétendue pratique administrative ou irrecevables pour défaut d'épuisement des recours internes au sens de l'article 26, dans la mesure où elles concernant l'allégation de violations concernant des prétendues victimes.

VI. SUR TOUTES LES AUTRES ALLEGATIONS NON EXPRESSEMENT COUVERTES PAR LES CONCLUSIONS QUI PRECEDENT

à les rejeter comme n'étant pas suffisamment étayées selon que l'exige une bonne administration de la justice.

B. A titre subsidiaire

à suspendre pendant six mois la procédure de recevabilité des allégations afin de donner aux cinq gouvernements la possibilité de préciser et d'explicitier l'objet et la portée de leur requête, en ce qui concerne notamment ses limites dans le temps.

2. Les Gouvernements requérants

Les observations présentées verbalement par les Gouvernements requérants concernent notamment l'allégation de l'existence d'une pratique administrative contraire à l'article 3 de la Convention.

Les Gouvernements requérants soulignent que leurs allégations au titre de l'article 3 ne concernent aucun cas individuel ou spécifique. Ils ne demandent

pas de réparation, dédommagement ou indemnisation pour les torts subis par des individus. Ils n'exercent pas leur droit d'action en vertu de l'article 24 dans le but de sauvegarder des droits leur appartenant, mais afin de contribuer à maintenir l'ordre public en Europe.

Quant à l'argument du Gouvernement défendeur concernant le niveau de preuve exigé au stade de la recevabilité, les Gouvernements requérants font valoir que le point de savoir si les actes en question ont été commis ou si les circonstances dans lesquelles ils ont été commis sont de nature à les justifier ou à les excuser au regard de la Convention, sont des questions qui concernent uniquement le fond de l'affaire et ne doivent donc pas se poser à ce stade de la procédure. Ils conviennent que les allégations qu'ils formulent doivent s'appuyer sur des preuves solides, mais cette exigence ne vaut qu'après que la requête a été déclarée recevable.

Les Gouvernements requérants soutiennent en outre que les violations alléguées ne se ramènent pas à des incidents isolés ou à des exceptions, mais reflètent une pratique étendue et systématique dont le Gouvernement défendeur est responsable. Les cas particuliers auxquels se réfèrent expressément les documents soumis à la Commission doivent être considérés comme illustrant cette pratique administrative. Les documents fournissent suffisamment d'éléments pour établir l'existence d'une pratique administrative, à savoir la répétition d'actes et une tolérance officielle à leur égard. La répétition des actes ressort du témoignage fourni par des victimes de tortures. Quant à la tolérance officielle, les Gouvernements requérants n'estiment pas que les mesures prises par le Gouvernement défendeur aient été suffisantes en l'espèce. Les autorités turques ne se sont pas acquittées de leur devoir de s'assurer que les directives émises et les mesures générales proclamées n'étaient pas méconnues ou transgressées par des organes responsables de l'interrogatoire des prisonniers. En effet, on ne peut assurer le respect de ces directives qu'en procédant à des enquêtes méticuleuses dans les locaux où l'interrogatoire est mené. Cette absence de recherches actives et de vérifications méticuleuses à l'échelon le plus bas constitue précisément la tolérance officielle des autorités en l'espèce. La Commission délibérée de l'acte par les plus hautes autorités n'est pas la condition nécessaire pour engager leur responsabilité. C'est en effet leur négligence, leur inefficacité et leur passivité quant à la surveillance des méthodes d'interrogatoire qui constituent une tolérance officielle.

En réponse au renvoi que fait le Gouvernement défendeur à la poursuite des relations en matière d'extraction, les Gouvernements requérants soutien-

nent que leur pratique est conforme à l'allégation qu'ils formulent sur le terrain de l'article 3. Ils expliquent les circonstances des cas précis visés et soutiennent que, généralement, l'extradition éventuelle n'a lieu que pour les auteurs de crimes graves de droit commun ne comportant pas d'élément «politique» et que, d'autre part, le nombre de personnes extradées est insignifiant par rapport au grand nombre de refus de demandes d'extradition à la Turquie. Dans le cas de la France, aucune extradition à la Turquie n'a eu lieu en 1980, 1981 et 1983. En revanche, nombre de citoyens turcs ont sollicité et obtenu l'asile en France.

Les Gouvernements requérants soutiennent que la justification des mesures dérogatoires à l'article 15 prises par le Gouvernement défendeur doit s'apprécier au moment de l'examen du bien-fondé de l'affaire et n'est pas à examiner au stade de la recevabilité.

Ils soutiennent en outre que l'objection faite par le Gouvernement défendeur concernant la réserve de la France à l'article 15 ne concerne pas une question d'opposabilité comme le laisse entendre le Gouvernement défendeur, mais une question de réciprocité. Or, selon la décision prise par la Commission dans l'affaire Autriche c/ Italie, les considérations de réciprocité ne s'appliquent pas aux obligations objectives découlant de la Convention. La réserve faite par la France à l'article 15 n'est donc pas à prendre en considération pour statuer sur la requête de la France.

Les Gouvernements requérants confirment que leurs requêtes sont limitées dans le temps et soutiennent que l'évolution qu'a connue la Turquie après le 1^{er} juillet 1982 n'a pas à entrer en ligne de compte pour la recevabilité des griefs qui concernent des événements antérieurs.

Les Gouvernements requérants demandent donc à la Commission de déclarer les requêtes recevables.

EN DROIT

1. La Commission a examiné dans l'ordre suivant les exceptions d'irrecevabilité soulevées par le Gouvernement défendeur.

- I. Défaut de clarté et de précision des requêtes;
- II. Absence de preuve *prima facie*;
- III. Défaut d'épuisement des voies de recours internes;
- IV. Réserve faite par la France à l'article 15;
- V. Justification au regard de l'article 15 de la Convention des actes mis en cause.

I. EXCEPTION RELATIVE AU DEFAUT DE CLARTE ET DE PRECISION DES REQUETES

2. Le Gouvernement défendeur soutient que les requêtes adressées à la Commission doivent indiquer leur objet avec la clarté et la précision nécessaires pour pouvoir trancher l'affaire. Il estime que les présentes requêtes ne répondent pas à cette condition.

3. La Commission fait remarquer que les Gouvernements requérants se plaignent d'une législation précise et de pratiques dont l'existence est alléguée pendant une période déterminée (12 septembre 1980 — 1^{er} juillet 1982) et qu'ils estiment contraires à certaines dispositions de la Convention. De l'avis de la Commission, la teneur et la portée des requêtes, les observations présentées par écrit ayant été explicitées à l'audience, sont suffisamment claires et précises pour permettre un examen judiciaire au regard de la Convention.

4. La Commission relève à cet égard que les requêtes renvoient à des actes qui auraient été commis dans le passé et ne tiennent pas compte d'événements plus récents survenus en Turquie et qu'invoque à sa décharge le Gouvernement défendeur. Cette limitation de la requête dans le temps n'est pas incompatible avec la Convention.

Dans son examen sur le bien-fondé de la requête, la Commission examinera l'utilité des observations du Gouvernement défendeur sur les événements survenus ultérieurement en Turquie et montrant un rétablissement progressif de la démocratie, avec l'élection du Parlement turc le 6 novembre 1983 et les mesures qui l'ont suivie.

II. EXCEPTION CONCERNANT L'ABSENCE DE PREUVE *PRIMA FACIE*

5. Le Gouvernement défendeur fait valoir qu'une requête présentée au titre de l'article 24 doit établir l'existence ou du moins présenter des éléments tendant à prouver un manquement à la Convention; selon lui, cette condition n'a pas été remplie en l'espèce.

Les Gouvernements requérants répondent que l'article 24 ne pose pas comme condition de dépôt d'une requête la nécessité d'établir un manquement à la Convention.

6. La Commission fait remarquer que la *preuve complète* d'une violation de la Convention n'est pas requise pour déposer une requête au titre de l'article 24. Il découle tant du texte anglais («alleged» breach) que du libellé français («qu'elle croira pouvoir être imputé») qu'en principe une allégation de violation suffit au regard de cette disposition.

7. La Commission remarque en outre que le texte anglais de l'article 24 («may refer to the Commission... any alleged breach») n'indique pas clairement si les allégations requises doivent émaner de la partie requérante ou si on peut les rechercher aussi chez des tiers, individus ou organisations, dont le requérant doit signaler les opinions mais pas nécessairement les adopter. Le texte français cependant explicite la situation en droit: les mots «qu'elle croira» montrent que seules les allégations de la partie requérante peuvent être soumises à l'examen de la Commission.

Les présentes requêtes remplissent bien cette condition. Il est exact qu'à l'appui de leur thèse, les Gouvernements requérants renvoient également à des allégations figurant dans les rapports de particuliers et d'organisations, mais les griefs qu'ils soumettent à l'examen de la Commission dans leur requête sont clairement identifiés comme émanant des Gouvernements eux-mêmes.

8. La Commission a ensuite examiné la question posée par le Gouvernement défendeur de savoir si la Convention exige qu'une requête présentée au titre de l'article 24 apporte un *commencement de preuve* d'un manquement à la Convention. Elle rappelle ici que l'article 27 distingue, pour ce qui est de l'examen que doit entreprendre la Commission au stade de la recevabilité,

entre les requêtes individuelles présentées en application de l'article 25 et les requêtes étatiques présentées conformément à l'article 24. Selon le libellé très clair de l'article 27, seuls les motifs d'irrecevabilité prévus au paragraphe 3, en liaison avec l'article 26, s'appliquent aux deux catégories de requêtes alors que ceux précisés aux paragraphes 1 et 2 ne concernant que les requêtes individuelles présentées au titre de l'article 25.

9. La Commission a donc toujours déclaré que, dans les affaires étatiques, il ne lui appartient pas, au stade de la recevabilité, «d'effectuer un examen préliminaire au fond», étant donné que les dispositions de l'article 27, par. 2 — qui l'habilite à déclarer irrecevable «toute requête introduite par application de l'article 25» lorsqu'elle estime cette requête «incompatible avec les dispositions de la présente Convention» ou «manifestement mal fondée» — «s'applique exclusivement, conformément à leur libellé explicite, aux requêtes individuelles introduites par application de l'article 25» et qu'en conséquence, tout examen du fond de l'affaire doit dans les affaires étatiques «être entièrement réservé au stade postérieur à celui de la recevabilité» (Requête n.° 8007/77, Chypre c/ Turquie, DR 13, 85, à la page 228 = Annuaire 21, 101 aux pages 243 et 245 et références complémentaires).

10. Le Gouvernement défendeur conteste ce point de vue. Il renvoie à la réglementation et aux pratiques en vigueur pour la recevabilité des affaires devant la Cour internationale de justice et la Commission américaine des droits de l'homme pour prouver l'existence d'une règle générale de droit international, applicable en l'espèce, selon laquelle un examen préliminaire du fond de l'affaire fait nécessairement partie de l'examen de la recevabilité.

11. La Commission remarque que l'article 27 est une règle de recevabilité spécifique à la procédure prévue par la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui l'emporte sur les règles générales du droit international. Il s'ensuit que, dans les affaires étatiques introduites en application de l'article 24, la Commission n'a pas à procéder, au stade de la recevabilité, à un examen préliminaire du bien-fondé de l'affaire comme elle le fait pour les requêtes individuelles introduites en application de l'article 25.

12. La Commission a néanmoins examiné si, dans les affaires étatiques, l'article 27 laisse place à l'application d'une règle générale prévoyant un examen préliminaire du bien-fondé de l'affaire au stade de la recevabilité, dans

une mesure plus restreinte que ce n'est le cas pour les requêtes individuelles. Elle constate que le libellé de l'article 27, par. 1 et 2, ne fait référence qu'à l'article 25 mais que, d'autre part, l'article n'exclut pas l'application d'une règle générale prévoyant la possibilité de déclarer une requête irrecevable au regard de l'article 24 s'il est clair, dès le début, qu'elle n'est pas du tout étayée ou que lui font autrement défaut les éléments constitutifs d'une véritable allégation au sens de l'article 24 de la Convention.

Cependant, selon la Commission, cette question ne se pose pas dans les présentes requêtes, que l'on ne saurait ainsi décrire. Il faut remarquer en effet d'une part que les requêtes concernent une législation expresse dont l'existence pendant la période considérée (du 12 septembre 1980 au 1^{er} juillet 1982) n'est pas contesté par le Gouvernement défendeur et à l'égard de laquelle ce dernier invoque un droit de dérogation conforme à l'article 15 de la Convention; et, d'autre part, que les Gouvernements requérants se plaignent de certaines pratiques à l'égard desquelles ils produisent des éléments de preuve détaillés.

13. La Commission formule l'avis que les requêtes ne sauraient être déclarées irrecevables pour défaut de preuve *prima facie* ou pour tout autre motif impliquant un examen de leur bien-fondé à ce stade.

III. EXCEPTION RELATIVE AU DEFAUT D'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES

14. Le Gouvernement défendeur soutient que les requêtes sont en partie irrecevables faute d'avoir épuisé les voies de recours internes comme l'exige l'article 26 de la Convention. Les Gouvernements requérants font valoir en revanche que cette règle ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce se trouve contestée la compatibilité avec la Convention de mesures législatives ou de pratiques administratives.

La Commission relève que les Gouvernements requérants se plaignent en premier lieu de ce qu'une certaine législation est contraire à certains articles de la Convention.

Selon la jurisprudence de la Commission, les dispositions des articles 26 et 27, par. 3 sur l'épuisement des recours internes ne s'appliquent pas aux

requêtes déposées en application de l'article 24 et qui visent à déterminer la compatibilité avec la Convention de mesures législatives (première Affaire grecque, première décision sur la recevabilité, Rec, 25, 92, pages 114 et 115 = Annuaire 11, 691, à la page 727 et références complémentaires). Il faut voir dans cette règle une conséquence de l'absence dans certains pays de voies de recours juridiques contre la législation en vigueur. La Commission relève ici l'argument des Gouvernements requérants, que ne conteste pas le Gouvernement défendeur, selon lequel la loi n.º 2324 du 27 octobre 1980 (loi sur l'ordre constitutionnel) interdit tout recours visant à annuler les textes promulgués par le Conseil national de sécurité.

La Commission formule en conséquence l'avis que, dans la mesure où les requêtes concernent une législation précise, elles ne sauraient être déclarées irrecevables pour défaut d'épuisement des voies de recours internes.

16. La Commission relève que les Gouvernements requérants se plaignent ensuite de pratiques judiciaires et administratives. Elle note que ces pratiques, qui affecteraient notamment les droits garantis par les articles 5, 6, 9, 10 et 11 de la Convention, sont citées comme preuves de mise en oeuvre de la législation d'exception incriminée, et de la situation qu'elle engendrerait. Elle estime par conséquent que, dans cette mesure, les griefs concernant les pratiques judiciaires et administratives ne sauraient être considérés isolément mais plutôt comme accessoires aux griefs relatifs à la législation d'exception.

17. La Commission relève en outre qu'en invoquant l'article 3 de la Convention, les Gouvernements requérants se plaignent de l'existence d'une pratique de mauvais traitements contraire à la législation turque y afférente tel que l'a décrite le Gouvernement défendeur. Les Gouvernements requérants soutiennent que des détenus ont été torturés ou soumis à un traitement inhumain ou dégradant. Ils présentent également des témoignages prouvant que, pendant la période couverte par les requêtes, la torture ou les mauvais traitements n'ont pas été de simples incidents isolés ou des exceptions, mais qu'ils étaient tellement étendus et appliqués de manière si systématique qu'ils constituaient une pratique administrative au sens de la jurisprudence de la Commission et de la Cour.

18. Tout en reconnaissant que des actes isolés de torture ou de mauvais traitements ont pu être commis sur des détenus pendant la période considérée, le Gouvernement défendeur nie l'existence d'une quelconque pratique

administrative laissant supposer un système organisé grâce à la tolérance des autorités turques. Il renvoie notamment à des jugements infligeant des peines pour sévices exercés sur des détenus.

19. La Commission rappelle qu'une pratique administrative comprend deux éléments: la répétition des actes et la tolérance officielle (rapport dans la première Affaire grecque, annuaire 12/1, 196). Sur la répétition des actes, la Cour européenne des Droits de l'Homme les décrit, dans son arrêt sur l'affaire *Irlande du Nord* (au paragraphe 159) comme «une accumulation de manquements de nature identique ou analogue, assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés, ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système» (1). Par tolérance officielle, il faut entendre que les actes de torture ou de mauvais traitements, quoique illégaux sont tolérés en ce sens que les supérieurs des personnes immédiatement responsables connaissent ces actes, mais ne font rien pour en punir les auteurs ou empêcher leur répétition; ou que l'autorité supérieure, face à de nombreuses allégations, se montre indifférente en refusant toute enquête sérieuse sur leur vérité ou leur fausseté, ou que le juge refuse d'entendre équitablement ces plaintes (rapport de la Commission dans la première Affaire grecque, page 13). Sur ce dernier point, la Commission ajoute que toute mesure prise par l'autorité supérieure doit être d'ampleur suffisante pour mettre fin à la répétition des actes ou provoquer une rupture dans l'ensemble dans le système. A cet égard, la Cour (op. cit.) a fait remarquer que:

«On n'imagine pas que les autorités supérieures d'un Etat ignorent, ou du moins soient en droit d'ignorer, l'existence de pareille pratique. En outre, elles assument au regard de la Convention la responsabilité objective de la conduite de leurs subordonnés; elles ont le devoir de leur imposer leur volonté et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter.»

20. En l'espèce, la Commission a examiné, à titre préliminaire, le point de savoir si l'on peut conclure à l'existence d'une pratique administrative lorsque les actes individuels qui constituent cette pratique ont fait l'objet de poursui-

(1) Sumariado, sob n.º 26, in *Documentação e Direito Comparado*, VIII, 111.

tes pénales. Elle rappelle ici qu'une pratique administrative peut exister en l'absence ou même en violation d'une législation précise (première Affaire grecque, 2^e décision sur la recevabilité, Recueil 26, 80 à la page 106. = Annuaire 11, 691, à la page 771). Elle relève en outre que la tolérance officielle peut être constatée à deux niveaux possibles: celui des supérieurs immédiats des agents responsables des actes incriminés ou celui d'une instance supérieure (rapport de la Commission dans l'affaire Irlande du Nord, Cour Eur. DH, Série B n.º 23-1, 394). Ainsi donc, une pratique administrative peut être constatée par la répétition d'actes tolérés à un niveau inférieur même si aucune tolérance de ce genre n'est établie à un niveau supérieur et même si certains des actes en question ont donné naissance à des poursuites pénales.

La Commission constate donc que l'existence d'une pratique administrative de torture ou de mauvais traitements des détenus en Turquie, pendant la période considérée, ne saurait d'entrée de jeu exclure au seul motif que les coupables ont dans un certain nombre de cas été punis. La question à trancher est celle de savoir si les autorités supérieures ont ou non été efficaces pour mettre un terme à la répétition de ces actes.

21. Cependant, conformément à la jurisprudence de la Commission en matière de recevabilité, il ne suffit pas d'alléguer simplement l'existence d'une pratique administrative. Il faut également, pour exclure l'application de la règle d'épuisement des voies de recours internes, démontrer par des preuves suffisantes l'existence de la pratique alléguée (première Affaire grecque, deuxième décision sur la recevabilité, *op. cit.*; affaire Irlande du Nord, décision sur la recevabilité, Recueil 41, 3, à la page 85. = Annuaire 15, 81, à la page 243).

22. La Commission estime que cette condition est remplie en l'espèce. Elle observe en effet que l'expression «preuves suffisantes» utilisée dans la première Affaire grecque ne saurait être comprise comme signifiant une preuve complète. La question de savoir si l'existence d'une pratique administrative est ou non établie ne peut être tranchée qu'après un examen au fond. Au stade de la recevabilité, le commencement de preuve, certes nécessaire, doit également être considéré comme suffisant. La Commission rappelle ici avoir estimé dans l'affaire *Donnelly* (Recueil 43, 123, à la page 148 = Annuaire 16, 213, à la page 263) que la règle de «l'équipement des voies de recours internes» posée à l'article 26 ne s'applique pas lorsque un requérant, relevant de l'article 25, présente «un com-

mencement de preuve» d'une part de l'existence d'une pratique administrative et, d'autre part, de sa prétention à être victime d'agissements dans le cadre de cette pratique. Or, ce commencement de preuve d'une pratique administrative existe lorsque les allégations relatives à des cas individuels sont suffisamment étayées si on les considère dans leur ensemble et à la lumière des observations présentées tant par le requérant que par le Gouvernement défendeur. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'expression «preuves suffisantes».

23. La Commission rappelle qu'au stade de la recevabilité dans la première Affaire grecque, elle n'a pas considérée comme preuve «suffisante» d'une pratique administrative la documentation détaillée fournie alors par les Gouvernements du Danemark, de la Norvège et de la Suède et comprenant des déclarations d'anciens détenus, des coupures de presse et d'autres publications, dont elle n'avait pas encore eu l'occasion d'examiner l'authenticité et la vérité (deuxième décision sur la recevabilité, Recueil 26, 91, 106 = Annuaire 11, 749, 711).

24. Dans l'affaire d'Irlande du Nord, la Commission s'est trouvée devant une situation différente. Le Gouvernement irlandais invoquait, à l'appui de son grief concernant une pratique administrative contraire à l'article 3 de la Convention, le rapport d'une commission d'enquête nommée par le Gouvernement du Royaume-Uni (rapport Compton), des attestations sous serment et des déclarations d'anciens détenus, ainsi que des expertises médicales (décision sur la recevabilité, Recueil 41, 14 = Annuaire 15, 99). La Commission a constaté l'existence d'une pratique administrative de cinq procédés d'interrogatoire évoqués dans le rapport Compton et fait observer, lorsqu'elle a déclaré recevable le reste du grief tiré de l'article 3 (Recueil 41, 86, 87 = Annuaire 15, 247):

«Sans se prononcer en quoi que ce soit à ce stade sur la question de savoir si les allégations au titre de l'article 3 sont bien fondées ou non, la Commission a procédé à un examen préliminaire des moyens de preuves et des autres faits présentés par le Gouvernement requérant à l'appui de ses allégations de formes de mauvais traitement autres que les cinq procédés. La Commission fait observer en premier lieu que, tout en déclarant d'une manière générale qu'il ne reconnaît par les faits allégués, le Gouvernement défendeur n'a pas présenté de contre preuve ni fait des commentaires détaillés sur les faits soumis par le Gouvernement requérant.

En deuxième lieu, la Commission est d'avis que les allégations de mauvais traitement contraire à l'article 3 doivent être examinées comme un tout et que les autres formes de mauvais traitement alléguées ne peuvent être examinées séparément des cinq procédés précédemment autorisés sans tenir compte de ces procédés. La Commission a déjà déclaré que ces cinq procédés constituent une pratique administrative à laquelle la règle de l'épuisement des voies de recours internes» de l'article 26 ne s'applique pas. D'après les éléments de preuve qui lui sont soumis, la Commission constate que d'autres formes de mauvais traitement ont été alléguées comme faisant partie de la pratique administrative reconnue d'interrogatoire «poussé» et que, par conséquent, il ne convient pas d'appliquer la règle des recours internes à ces allégations. Un examen approfondi de toutes les autres questions concernant l'étendue d'une telle pratique administrative et sa conformité aux dispositions de la Convention concerne le fond et ne peut donc être pris en considération par la Commission au stade de la recevabilité.»

Dans la même affaire, lorsqu'elle a décidé du point de savoir s'il y avait des preuves suffisantes de l'existence d'une pratique administrative contraire à l'article 2 de la Convention, la Commission a également pris en considération les argumentations des deux Parties (Recueil 41, 85 = Annuaire 15, p. 243).

25. En l'espèce, pour examiner s'il existe un commencement de preuve d'une pratique administrative de torture ou de mauvais traitements, la Commission a de nouveau tenu compte non seulement de l'argumentation des Gouvernements requérants, notamment des déclarations et rapports établis par des individus et des organisations, mais également de l'argumentation du Gouvernement défendeur.

26. La Commission rappelle que les requêtes ne concernent pas la situation actuelle en Turquie, mais des violations de la Convention qui se seraient produites entre le 12 septembre 1980 et le 1^{er} juillet 1982. Les informations contenues dans les observations du Gouvernement défendeur concernent cette période et la période postérieure.

Le Gouvernement défendeur affirme notamment (par. 165 et 278 de ses observations sur la recevabilité des requêtes) que du 12 septembre au 6 décembre 1982, 582 plaintes pour tortures ou mauvais traitements ont été déposées auprès des autorités compétentes en Turquie; qu'à partir de décembre 1982, 319 enquêtes étaient en cours et 263 terminées, dont 205 cas déclarés non fondés et 58 déférés aux tribunaux; de ces 58 cas, 16 ont déjà été conclus par les tribunaux, aboutissant, dans 7 cas, à la condamnation de 15 fonctionnaires. Le Gouvernement défendeur renvoie en outre à une information plus récente (lettre du 18 octobre 1983 adressée par le Représentant permanent au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe) indiquant que depuis le 22 août 1983, 669 plaintes ont été enregistrées pour torture ou mauvais traitements; que des enquêtes sont en cours dans 312 cas, dont 256 ont été déclarés non fondés et 63 déférés aux tribunaux; dans 38 affaires, les poursuites judiciaires ont abouti à la condamnation de 63 fonctionnaires et à l'acquittement de 50. Le Gouvernement défendeur cite également des instructions édictées par le chef de l'Etat le 12 juin 1981 et évoquant les procédures légales en cours «contre 65 agents de sécurité ayant eu un rapport avec des personnes mortes ou blessées à la suite de torture».

27. La Commission estime que les documents soumis par les Gouvernements requérants, consistant comme dans la première Affaire grecque en déclarations faites par d'anciens détenus, en coupures de presse et autres publications, dont elle n'a pas pu pleinement vérifier l'authenticité et la vérité, doivent être examinés à la lumière des informations susdites fournies par le Gouvernement défendeur et qui confirment partiellement les allégations des requérants. Ces informations montrent que, pendant la période d'application d'une législation d'exception dérogatoire aux droits consacrés par la Convention, quantité de plaintes pour torture ou mauvais traitements de détenus ont été déposées devant les autorités compétentes de Turquie et que, pour un certain nombre, il a été constaté que la torture avait provoqué des lésions graves, voire la mort des intéressés.

28. La Commission estime donc sur la base de cet examen préliminaire, qu'il existe un commencement de preuve d'une «répétition d'actes» (cf. supra par. 19) contraires à l'article 3 de la Convention pendant la période considérée.

29. La Commission a ensuite examiné s'il existait également un commencement de preuve d'une «tolérance officielle» à l'égard de ces actes.

30. La Commission relève qu'en l'espèce, le chef de l'Etat a édicté le 12 juin 1981 des instructions détaillées pour empêcher la torture ou les mauvais traitements de détenus (reproduites au paragraphe 282 des observations du Gouvernement défendeur sur la recevabilité) et que, sur plaintes déposées par des particuliers, des procédures pénales ont été engagées dans un nombre important de cas qui concernaient des allégations de torture ou de mauvais traitements.

Cependant, comme indiqué supra (par. 19), toute action prise par les autorités supérieures doit être d'une envergure suffisante pour mettre un terme à la répétition des actes ou pour provoquer une rupture dans le schéma ou le système; il peut y avoir pratique administrative si des actes répétés sont tolérés à un niveau inférieur même lorsque cette tolérance n'est pas établie au niveau supérieur; du reste, les auteurs de certains des actes en question ont fait l'objet de poursuites pénales (par. 20).

La Commission relève qu'un grand nombre de plaintes pour torture ou mauvais traitement de détenus semblent avoir été adressées aux autorités compétentes de Turquie entre le 12 juin 1981 (date des instructions précitées) et le 1^{er} juillet 1982 et qu'il y a eu ouverture d'une action pénale dans un nombre important de cas. Ceci paraît indiquer que les efforts du Gouvernement pour empêcher les violations massives de l'article 3 de la Convention n'ont pas été suffisants et, du moins pendant la période considérée, n'ont pas atteint leur but. Cela semble indiquer également que ces violations ont été tolérées au niveau des supérieurs hiérarchiques des agents directement responsables des actes incriminés. La Commission renvoie ici à ses conclusions (au stade du fond et non de la recevabilité) dans l'affaire d'Irlande du Nord (rapport op. cit., p. 474).

31. Pour ses conclusions précédents dans la présente affaire, la Commission fait remarquer qu'elle a tenu compte des informations fournies par le Gouvernement défendeur sur les poursuites engagées suites à des plaintes pour torture ou mauvais traitements, également en ce qui concerne les décisions judiciaires postérieures au 1^{er} juillet 1982. Cependant, les présentes requêtes concernent une période précise du passé. Il n'appartient donc pas à la Commission, à ce stade de la procédure, d'examiner si les mesures prises par le Gouvernement défendeur depuis le 12 septembre 1980 ont réussi, après le 1^{er} juillet 1982, à empêcher ce genre de violation.

32. En conclusion, la Commission estime également, sur la base d'un examen préliminaire, qu'il existait pendant la période considérée des éléments constituant le commencement de preuve d'une «tolérance» d'actes contraires à l'article 3 de la Convention.

33. La Commission relève l'argument du Gouvernement défendeur selon lequel, pendant cette même période, la France, les Pays-Bas et la Suède ont accédé à des demandes d'extradition à la Turquie et la réponse des Gouvernements concernés, selon laquelle ces extraditions n'ont concerné qu'un petit nombre de cas bien précis. Elle n'estime pas, sur la foi des éléments dont elle dispose, que ces informations modifient les conclusions concernant l'existence de la pratique alléguée en Turquie pendant cette période.

34. Il s'ensuit que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas ici et que les griefs tirés de l'article 3 par les Gouvernements requérants ne sauraient, contrairement à ce que demande le Gouvernement défendeur, être déclarés irrecevables au regard des articles 26 et 27, par. 3 de la Convention.

IV. EXCEPTION RELATIVE A LA RESERVE FAITE PAR LA FRANCE A L'ARTICLE 15 DE LA CONVENTION

35. Dans l'argumentation qu'il a développée au titre de l'article 15, le Gouvernement défendeur répond à la requête introduite par la France (n.º 9940/82) en se référant à la réserve faite par ce même Etat à cet article et dont il ne conteste pas d'ailleurs la validité. Selon lui, la France ne peut pas intenter contre la Turquie une action qui oblige à examiner des questions couvertes par cette réserve et qui ne pourraient donc pas être examinées dans le contexte d'une requête dirigée contre elle-même. A son avis, la présente réserve doit être distinguée du problème soulevé dans l'affaire Autriche c/ Italie dans la mesure où elle touche à titre permanent à la portée du contrôle exercé par les organes de la Convention.

36. Les Gouvernements requérants, se fondant sur la décision de la Commission dans l'affaire Autriche c/ Italie, estiment que la réserve faite par la France à l'article 15 ne doit pas entrer en ligne de compte pour statuer sur la requête française.

37. La Commission relève qu'en ratifiant la Convention, la France a émis à propos de l'article 15, par. 1 la réserve selon laquelle:

«d'une part, les circonstances énumérées par l'article 16 de la Constitution pour sa mise en oeuvre, par l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1878 et par la loi du 9 août 1849 pour la déclaration de l'état de siège, par l'article 1^{er} de la loi n^o 55-385 du 3 avril 1955 pour la déclaration de l'état d'urgence, et qui permettent la mise en application des dispositions de ces textes, doivent être comprises comme correspondant à l'objet de l'article 15 de la Convention et, d'autre part, que pour l'interprétation et l'application de l'article 16 de la Constitution de la République, les termes "dans la stricte mesure où la situation l'exige" ne sauraient limiter le pouvoir du Président de la République de prendre "les mesures exigées par les circonstances".»

Tout comme les parties, la Commission n'estime pas qu'elle soit en l'espèce saisie de la question de la validité de cette réserve au regard de l'article 64 de la Convention.

38. La Commission fait remarquer que l'exception soulevée par le Gouvernement défendeur ne concerne pas une question de forclusion ou d'opposabilité, mais de réciprocité.

39. La Commission estime que le principe général de réciprocité en vigueur en droit international et la règle figurant à l'article 21, par. 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités relative aux relations bilatérales aux termes d'un traité multilatéral ne s'applique pas aux obligations découlant de la Convention européenne des Droits de l'Homme. En effet, celles-ci ont «essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers» (Autriche c/ Italie, Annuaire 4, 116, à la page 141). Dans son arrêt sur l'affaire d'Irlande

du Nord, la Cour européenne des Droits de l'Homme (par 239 de son arrêt) ⁽²⁾ a de même évoqué les «obligations objectives» créées par la Convention en sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux.

40. La Commission rappelle en outre que le mécanisme de mise en oeuvre prévu par la Convention repose sur le concept d'une «garantie collective par les Etats contractants des droits et libertés définis dans la Convention» et que, lorsqu'elle saisit la Commission conformément à l'article 24 d'une violation alléguée de la Convention, un Etat contractant «ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question que touche à l'ordre public de l'Europe» (Autriche c/Italie, *op. cit.*).

41. La Commission a déclaré antérieurement qu'une requête introduite sur la base de l'article 24 «n'implique pas l'existence de droits ou d'obligations directs entre les Etats Contractants concernés», car les obligations objectives particulières acceptées par les signataires de la Convention sont des obligations à l'égard des personnes relevant de leur juridiction et non vis-à-vis des autres Parties contractantes (requête n.º 8007/77, Chypre c/Turquie, DR 13, p. 220 = Annuaire 21, 227, 229). Elle remarque en outre à cet égard que la Convention indique clairement les cas où une question de réciprocité peut exceptionnellement se poser en ce qui concerne un droit d'action né de ses dispositions. C'est le cas avec l'article 46, par. 2 concernant la reconnaissance de la compétence de la Cour, mais ce n'est pas celui de l'article 24 qui ne contient aucune indication de ce genre.

42. Il découle de ce qui précède que le caractère objectif de la Convention doit également être respecté lorsqu'il s'agit d'une réserve qui, comme ici, concerne le mécanisme de mise en oeuvre de la Convention.

43. La Commission formule l'avis qu'il n'est pas interdit à la France d'introduire contre la Turquie et conformément à l'article 24 une requête amenant à examiner des questions qui relèveraient de la réserve faite par la France à l'article 15 de la Convention.

⁽²⁾ Sumariado, sob n.º 26, in *Documentação e Direito Comparado*, VIII, III.

V. EXCEPTION RELATIVE A LA JUSTIFICATION AU REGARD DE L'ARTICLE 15 DE LA CONVENTION DES ACTES MIS EN CAUSE

44. Le Gouvernement défendeur soutient que nombre des actes litigieux sont des mesures dérogoires que la Turquie était autorisée à prendre au regard de l'article 15 de la Convention.

45. Les Gouvernements requérants estiment que, dans les affaires étatiques, l'examen des questions litigieuses au regard de cet article doit être réservé pour l'examen au fond.

46. La Commission rappelle que, dans les requêtes introduites en application de l'article 24 de la Convention, elle n'a pas à procéder au stade de la recevabilité à un examen préliminaire du bien-fondé de l'affaire, comme elle le fait pour les requêtes individuelles introduites en application de l'article 25 de la Convention (cf. supra par. 11 à 13). En conséquence et conformément à sa jurisprudence, les effets des dérogations au titre de l'article 15 de la Convention doivent, dans les affaires étatiques, être réservés pour la phase de l'examen au fond (première Affaire de Chypre, Annuaire 2, 183, 185; première Affaire grecque, première décision sur la recevabilité, Recueil 25 115 = Annuaire 11, 729; affaire Irlande du Nord, Recueil 41, 48 = Annuaire 15, 249, 251).

47. En conséquence, la Commission réserve pour un examen au fond la question de savoir si et dans quelle mesure les actes attaqués dans les présentes requêtes se justifiaient comme mesures dérogoires prises en application de l'article 15 de la Convention et la question connexe de savoir si la Turquie a satisfait aux obligations qui lui incombent au titre du paragraphe 3 de cet article.

Par ces motifs, la Commission,
tous moyens de fond étant réservés,
DECLARE LES REQUETES RECEVABLES

Le Secrétaire de la Commission

(H. C. KRUGER)

*Le Président en exercice
de la Commission*

(G. SPERDUTI)

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO REES CONTRA O REINO UNIDO

- I. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem deve interpretar-se à luz das condições actuais.
- II. O art.º 8.º da Convenção visa em primeira linha defender o indivíduo da ingerência arbitrária dos poderes públicos; no entanto, pode impor obrigações de conteúdo positivo aos Estados em ordem ao respeito efectivo da vida familiar.
- III. Importa que o Estado procure o justo equilíbrio entre o interesse geral e os interesses do indivíduo.
- IV. Não viola o art.º 12.º da Convenção a proibição de casamento entre duas pessoas do mesmo sexo biológico, mesmo quando uma delas seja transexual que haja sido submetido a intervenções cirúrgicas.

P. F.

DECISÃO:

En l'affaire Rees,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière en application de l'article 50 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. R. Ryssdal, *président*,
Thór Vilhjálmsson,
Mme D. Bindschedler-Robert,
MM. G. Lagergren,
F. Gölcüklü,
F. Matscher,
J. Pinheiro Farinha,
L.-E. Pettiti,
B. Walsh,
Sir Vincent Evans,
MM. C. Russo,
R. Bernhardt,
J. Gersing,
A. Spielmann,
A. M. Donner

ainsi que de MM. M.-A. Eissen, *greffier*, et H. Petzold, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 20 mars 1986, puis les 23 et 25 septembre,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

PROCEDURE

1. L'affaire a été portée devant la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 14 mars 1985, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 par. 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»). A son origine se trouve une requête (n.º 9532/81) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant de cet Etat, M. Mark Rees, avait saisi la Commission en 1979, en vertu de l'article 25.

2. La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration britannique de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la

Cour (article 46). Elle a pour but d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent, de la part de l'Etat défendeur, un manquement aux obligations découlant des articles 8 et 12.

3. En réponse à l'invitation prescrite à l'article 33 par. 3 d) du règlement, le requérant a exprimé le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et a désigné ses conseils (article 30).

4. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit Sir Vincent Evans, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention), et M. G. Wiarda, alors président de la Cour (article 21 par. 3 b) du règlement). Le 27 mars 1985, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir Mme D. Bindschedler-Robert, M. G. Lagergren, M. R. Ryssdal, M. C. Russo et M. R. Bernhardt, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 par. 4 du règlement).

5. Ayant assumé la présidence de la Chambre (article 21 par. 5 du règlement), M. Wiarda a consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du gouvernement du Royaume-Uni («le Gouvernement»), le délégué de la Commission et les représentants du requérant sur la nécessité d'une procédure écrite (article 37 par. 1). Conformément à ses ordonnances et directives, le greffe a reçu par la suite:

- le 19 août 1985, le mémoire du Gouvernement;
- le 16 août 1985, celui du requérant;
- le 10 mars 1986, divers documents demandés à la Commission.

Par une lettre arrivée de 13 novembre 1985, le secrétaire de la Commission a informé le greffier que le délégué ne souhaitait pas répondre par écrit auxdits mémoires.

6. Le 6 janvier 1986, le président a fixé au 18 mars 1986 l'ouverture de la procédure orale après avoir consulté agent du Gouvernement, délégué de la Commission et conseils du requérant par les soins du greffier (article 38).

7. Le 24 janvier 1986, la Chambre a décidé de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière (article 50), sous la présidence de M. Ryssdal, successeur de M. Wiarda.

8. Gouvernement et requérant ont déposé, de leur propre initiative, différentes pièces les 21 février et 13 mars 1986 respectivement.

9. Les débats se sont déroulés en public le 18 mars 1986, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu immédiatement auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu:

— *pour le Gouvernement*

MM. M. Eaton, juriconsulte, ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth,	<i>agent,</i>
N. Bratza, avocat,	<i>conseil,</i>
J. Nursaw, ministère de l'Intérieur,	
P. Lucas, ministère de la Santé et de la Sécurité sociale,	
W. Jenkins, services de l'état civil,	<i>conseillers;</i>

— *pour la Commission*

M. B. Kiernan,	<i>délégué;</i>
----------------	-----------------

— *pour le requérant*

MM. N. Blake,	<i>conseil;</i>
D. Burgess,	<i>solicitor.</i>

10. La Cour a entendu en leurs plaidoiries et déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, M. Bratza pour le Gouvernement, M. Kiernan pour la Commission et M. Blake Pour le requérant. Gouvernement et requérant ont fourni plusieurs autres documents à l'audience.

FAITS

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPECE

11. Le requérant, citoyen britannique né en 1942, réside à Tunbridge Wells, en Angleterre.

12. A sa naissance, il présentait tous les caractères physiques et biologiques d'un enfant de sexe féminin et figura donc comme tel sur le registre des naissances, sous le nom de Brenda Margaret Rees. Toutefois, dès sa petite enfance Brenda Margaret afficha un comportement masculin et avait un aspect ambigu. Ayant appris que la condition de transsexuel était médicalement reconnue, elle chercha en 1970 à se faire traiter. On lui prescrivit de la méthyltestostérone (une hormone) qui provoqua l'apparition de caractères secondaires mâles.

13. En septembre 1971, le requérant — dorénavant désigné ici au masculin — adopta pour nom celui de Brendan Mark Rees et, en septembre 1977, de Mark Nicholas Alban Rees. Depuis lors, il mène une existence d'homme. Après avoir changé de nom, il sollicite et se vit délivrer un nouveau passeport indiquant sa nouvelle identité. Le titre «M.» lui fut cependant refusé à l'époque.

14. Un traitement chirurgical en vue d'une conversion sexuelle physique débuta en mai 1974 par une masectomie bilatérale et permit d'éliminer les caractères féminins externes. Le Service national de santé assumait le coût des soins médicaux, y compris les opérations.

15. A partir de 1973, le requérant tenta plusieurs fois, mais en vain, de persuader des députés de présenter une proposition de loi tendant à résoudre les problèmes des transsexuels. Lui-même et, pour son compte, un certain nombre de parlementaires effectuèrent sans succès, auprès du Conservateur en chef des actes de l'état civil (*Registrar General*), des démarches afin que la mention relative au sexe fût modifiée sur son acte de naissance.

16. Le 10 novembre 1980, son *solicitor* saisit le Conservateur en chef d'une demande écrite en vertu de l'article 29 § 3 de la loi de 1953 sur l'enregistrement des naissances et des décès, au motif que le registre recelait «une erreur». Il produisait, à l'appui, un rapport médical du Dr. C. N. Armstrong. Celui-ci y exprimait l'opinion que des quatre critères du sexe — sexe chromosomique, sexe gonadique, sexe apparent (parties génitales externes et morphologie) et sexe psychologique —, le dernier revêt le plus d'importance car il détermine les activités sociales de l'individu et son rôle dans la vie adulte; il serait fixé dès

la naissance, même s'il ne se révèle que plus tard. Selon le Dr. Armstrong, il fallait tenir le requérant pour un homme parce que de sexe psychologique masculin.

Le Conservateur en chef repoussa la demande le 25 novembre. Il estima non décisive l'expertise relative au sexe psychologique de l'intéressé; «en l'absence de tout rapport médical sur les autres critères admis (sexes chromosomique, gonadique et apparent)», il se jugeait «incapable de rechercher si une erreur (avait) eu lieu lors de l'enregistrement de la naissance en ce que l'enfant n'était pas du sexe mentionné». Aucun autre élément de preuve ne fut fourni par la suite pour étayer la demande.

17. Le requérant se considère comme un homme et la société le reconnaît comme tel. Hormis son acte de naissance, tous les documents officiels le désignent aujourd'hui par son nouveau nom précédé, s'il échet, du titre «M.», inséré dans son passeport en 1984.

II. DROIT INTERNE APPLICABLE

A. Traitement médical

18. Au Royaume-Uni, les interventions de conversion sexuelle n'exigent aucune formalité juridique. Les opérations et le traitement peuvent être financés par le Service national de santé, comme dans le cas de M. Rees.

B. Changement de nom

19. Le droit anglais autorise chacun à choisir les nom et prénoms qu'il veut et à les utiliser à sa guise, à ceci près que l'emploi de nouveaux noms peut être assujéti à certaines formalités pour l'exercice de quelques professions (voir, entre autres, *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 35, par. 1176). Pour éviter le doute et la confusion qu'un changement de nom risque de

susciter, il arrive très fréquemment aux intéressés de faire, comme M. Rees, une déclaration par un acte unilatéral («*deed poll*») qui peut être enregistré au Bureau central de la Cour suprême.

Les nouveaux noms sont valides aux fins de l'identité juridique (*Halsbury's Laws of England, loc. cit.*, par. 1174) et l'on peut s'en servir dans des documents tels les passeports, permis de conduire, registres d'immatriculation des véhicules, cartes d'assurance nationale, cartes médicales, rôle des impôts et pièces de sécurité sociale. Ils figurent aussi sur les listes électorales.

C. Pièces d'identité

20. Les extraits d'état civil ou des pièces d'identité équivalentes ne sont ni en usage ni exigés au Royaume-Uni. Si une identification apparaît nécessaire, il suffit en général de produire un permis de conduire ou un passeport. Ceux-ci et les autres pièces d'identité peuvent d'ordinaire être délivrés, avec un minimum de formalités, au nom adopté par la personne en cause. Quant aux documents concernant les transsexuels, on les rédige eux aussi d'une manière concordant à tous égards avec la nouvelle identité; en pratique, le transsexuel peut faire insérer dans son passeport une photographie récente et le titre «M.», «Mme» ou «Mlle», selon le cas, avant les noms qu'il a choisis.

D. Registre des naissances

21. Le système d'enregistrement civil des naissances, décès et mariages remonte en Angleterre et au pays de Galles à une loi de 1837. L'enregistrement des naissances obéit désormais à la loi de 1953 sur l'enregistrement des naissances et des décès («la loi de 1953») qui n'a guère modifié le droit en vigueur en 1942, année de naissance du requérant. Elle exige l'enregistrement de toute naissance par l'officier compétent de l'état civil de la circonscription où l'enfant a vu le jour. Des règlements d'application précisent les renseignements à consigner dans le registre des naissances.

Un acte de naissance (*birth certificate*) consiste soit en une copie authentifiée de l'inscription contenue dans le registre, soit en un extrait de celui-ci. Dans la seconde hypothèse on parle d'«acte de naissance abrégé»; il revêt la

forme et donne les renseignements — nom et prénom, sexe, date et lieu de naissance de l'intéressé — que définissent les règlements d'application de la loi de 1953.

Le registre et l'acte dressé à partir de lui relatent des événements contemporains de la naissance. Ainsi, en Angleterre et au pays de Galles l'acte n'atteste pas l'identité au moment présent, mais des faits historiques. Le système a pour but de fournir la preuve certaine des événements eux-mêmes et d'aider à établir l'existence de liens familiaux à des fins diverses (successions, filiation légitime, partage des biens). Les archives de l'état civil constituent aussi la source d'une série de statistiques essentielles et un élément indispensable des études chiffrées sur la population et sa croissance, des recherches en matière de santé ou de fécondité, etc.

22. La loi de 1953 autorise à corriger les erreurs de plume, telles une inexactitude concernant l'année de naissance ou l'omission de celle-ci, ainsi que les erreurs matérielles si du moins elles ont eu lieu lors de l'inscription de la naissance. Le registre peut aussi, dans les douze mois de l'enregistrement, être amendé de manière à indiquer ou changer le nom de l'enfant et une nouvelle inscription de la naissance est possible s'il y a eu légitimation. De son côté, la loi de 1958 sur l'adoption prévoit qu'il faut, le cas échéant, insérer dans le registre des naissances le mot «adopté(e)»; l'adoption est aussi consignée dans le registre des enfants adoptés et il peut être délivré un acte de naissance abrégé ne dévoilant ni la filiation ni l'adoption.

23. La loi de 1953 et ses textes d'application n'énoncent pas les critères servant à déterminer le sexe de l'intéressé. Toutefois, la pratique du Conservateur en chef des actes de l'état civil consiste à n'utiliser que les critères biologiques: sexes chromosomique, gonadique et génital. Que le «sexe psychologique» de quelqu'un apparaisse plus tard en contraste avec eux ne passe pas pour révéler une erreur matérielle dans la mention initiale, dont on se saurait par conséquent demander la modification de ce chef. Seules une erreur de plume, une mauvaise identification du sexe apparent et génital de l'enfant ou la non-concordance des critères biologiques entre eux («intersexualité») peuvent amener à changer ladite mention; encore doit-on produire des preuves médicales qui en montrent l'inexactitude. En revanche, l'erreur ne se trouve pas constituée si l'intéressé subit un traitement médical et chirurgical pour pouvoir assumer le rôle du sexe opposé.

24. Les registres de naissance et les fichiers de toutes les inscriptions sont publics, mais les registres eux-mêmes ne sont pas aisément accessibles à chacun: on ne peut repérer la référence du fichier sans connaître au préalable, outre le nom sous lequel l'intéressé a été déclaré, la date approximative, le lieu et la circonscription d'enregistrement de sa naissance.

25. Si le droit en vigueur ne requiert jamais la présentation d'un acte de naissance, certains organismes et employeurs la réclament parfois en pratique.

Ainsi, un tel acte doit d'ordinaire accompagner une première demande de passeport, mais non une demande de renouvellement ou de remplacement. Les compagnies d'assurance en exigent aussi un, en général (pas toujours), pour les contrats prévoyant le versement d'une rente ou d'une pension, mais non pour les polices d'assurance automobile ou multirisques, ni d'habitude pour celles d'assurance-décès. On peut également avoir à en fournir un pour s'inscrire à l'Université ou solliciter un emploi, notamment dans la fonction publique.

E. Mariage

26. En droit anglais, le mariage se définit comme l'union volontaire et à vie d'un homme et d'une femme donnés, à l'exclusion de toute autre personne (Lord Penzance dans *Hyde v. Hyde*, *Law Reports* 1868, vol. 1, *Probate and Divorces*, pp. 130, 133). L'article 11 de la loi de 1973 sur les affaires matrimoniales (*Matrimonial Causes Act*) donne valeur légale à la règle de *common law* frappant de nullité *ab initio* un mariage entre individus de même sexe.

27. Selon la décision de la *High Court* dans l'affaire *Corbett v. Corbett* (*Probate Reports* 1971, p. 83), aux fins de la célébration d'un mariage valable le sexe doit se déterminer au moyen des critères chromosomique, gonadique et génital lorsqu'ils concordent entre eux. L'acte de naissance ne joue de rôle à cet égard que pour établir l'identité et le sexe de l'intéressé. L'inscription figurant au registre des naissances constitue un commencement de preuve du sexe, mais elle crée là une simple présomption que peut renverser une preuve contraire d'un poids suffisant.

28. Enfreint l'article 3 § 1 de la loi de 1911 sur les parjures (*Perjury Act*) quiconque, dans le but d'obtenir un mariage, ou un acte ou une autorisation de mariage, prête un faux serment, ou fait ou signe une fausse déclaration, un faux document ou un faux acte exigés par toute loi sur le mariage, en connaissance de cause et à dessein. Toutefois, cette disposition ne s'applique pas à une personne ayant contracté mariage à l'étranger.

E. Définition légale du sexe à d'autres fins

29. Les juridictions anglaises ont repris dans plusieurs affaires, et en des domaines autres que le mariage, la définition biologique du sexe donnée par le jugement *Corbett v. Corbett*.

Le requérant a signalé à la Cour les espèces suivantes. Dans une affaire de prostitution, une transsexuelle qui avait reçu un traitement hormonal et chirurgical destiné à la convertir au sexe féminin, fut néanmoins tenue pour un homme par la *Court of Appeal* aux fins des lois de 1956 (article 30) et 1967 (article 5) sur les infractions sexuelles (*Regina v. Tan and Others, All England Law Reports, 1983, vol. 2, p. 12*). Il en alla de même de deux transsexuelles dans des litiges relatifs à la législation en matière de sécurité sociale: le Commissaire national des assurances (*National Insurance Commissioner*) les considéra comme de sexe masculin pour la fixation de l'âge de la retraite. La première n'avait suivi qu'une thérapie hormonale; quant à la seconde, elle avait commencé à présenter spontanément des caractères secondaires féminins à l'âge de 46 ans, puis se soumit à une opération et adopta un rôle social féminin quelque treize années plus tard (affaires *R (P) 1* et *R (P) 2* dans le volume de 1980 des *National Insurance Commissioner Decisions*). Enfin, un conseil des prud'hommes (*Industrial Tribunal*) attribua la qualité de femme, au regard de la loi de 1975 sur la discrimination sexuelle (*Sex Discrimination Act*), à un transsexuel qui n'avait subi aucun traitement; l'intéressé avait demandé avec succès sa nomination à un poste réservé aux hommes en vertu de la loi sur les usines (*Factories Act*), mais avait été licencié après la découverte de son sexe biologique féminin (*White v. British Sugar Corporation Ltd, Industrial Relations Law Reports, 1977, p. 121*).

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

30. M. Rees a saisi la Commission le 18 avril 1979 (requête n.º 9532/81). Il se plaignait que le droit britannique ne lui conférât pas un statut juridique correspondant à sa condition réelle; il invoquait les articles 3, 8 et 12 de la Convention.

31. Le 15 mars 1984, la Commission a retenu la requête sous l'angle des articles 8 et 12. Dans son rapport du 12 décembre 1984, elle exprime à l'unanimité l'opinion qu'il y a eu infraction au premier, mais non au second. Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt (¹).

CONCLUSIONS PRESENTEES A LA COUR

32. A l'audience du 18 mars 1986, le Gouvernement a formellement invité la Cour à constater l'absence de violation 1) du droit du requérant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 § 1 de la Convention, et 2) de son droit, protégé par l'article 12, de se marier et de fonder une famille.

M. Rees, quant à lui, a prié la Cour de conclure à l'existence d'un manquement aux exigences de ces deux textes.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 8

33. Le requérant se prétend victime d'une législation et de pratiques nationales contraires à son droit au respect de sa vie privée, consacré par l'article 8 aux termes duquel:

(¹) Omitte-se a publicação do relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

«1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

34. Le requérant dénonce au premier chef les entraves apportées à sa pleine intégration à la vie sociale; elles résulteraient de ce que le Gouvernement ne prend pas les mesures propres à lui reconnaître juridiquement la qualité d'homme aux fins de la répartition de tous les citoyens entre personnes de sexe masculin ou féminin.

Il incrimine notamment la pratique qui consiste à lui délivrer un acte de naissance où il continue à figurer comme de sexe «féminin». Pareil acte constituerait de fait une preuve irréfutable de son sexe dans tous les cas où la question entre en ligne de compte. Le requérant éprouverait un sentiment de gêne et d'humiliation chaque fois que les usages en vigueur l'amènent à produire un tel acte, qui dévoile la discordance entre son apparence et son sexe officiel.

Le Gouvernement conteste la thèse de M. Rees, tandis qu'ela Commission y souscrit en substance.

A. Interprétation de l'article 8 dans la contexte de la présente affaire

35. Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer de surcroît des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale, quoique sujettes à la marge d'appréciation de l'Etat; la Cour l'a déjà constaté en plusieurs

occasions (voir en dernier lieu l'arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali du 28 mai 1985, série A, n.º 94, pp. 33-34, § 67) (2).

En l'espèce, il échet de se prononcer sur l'existence et la portée de pareilles obligations «positives» car le simple refus de modifier le registre des naissances, ou d'en fournir des extraits dont la substance et la nature diffèrent des siennes, ne saurait passer pour une ingérence.

36. Commission et requérant soutiennent que la société voit en lui un homme (paragraphe 17 ci-dessus) et que, dans un souci de cohérence, le Royaume-Uni devrait pleinement reconnaître sur le plan juridique sa nouvelle identité sexuelle. Il n'y aurait place pour une marge d'appréciation, ou une mise en balance avec des intérêts généraux, que lors du choix des mesures nécessaires.

Pour le Gouvernement, au contraire, la question dépend entièrement de l'équilibre à trouver entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble.

37. Comme la Cour l'a relevé dans son arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali (*loc. cit.*), la notion de «respect» manque de netteté, surtout quand il s'agit de telles obligations positives; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les Etats contractants.

L'observation vaut particulièrement en l'espèce. Par leur législation, leur jurisprudence ou leur pratique administrative, plusieurs Etats donnent aux transsexuels la faculté de changer leur état civil pour l'adapter à leur identité nouvellement acquise. Ils la subordonnent toutefois à des conditions plus ou moins strictes et maintiennent certaines réserves expresses (par exemple quant aux obligations antérieures). Les autres Etats n'offrent pas — ou pas encore — pareille faculté. On peut donc dire, pour la moment, qu'il n'y a guère de communauté de vues en la matière et que, dans l'ensemble, le droit paraît traverser une phase de transition. Partant, il s'agit d'un domaine où les Etats contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation.

(2) Sumariado sob n.º 100 neste número de Documentação e Direito Comparado.

Pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte — souci sous-jacent à la Convention tout entière — le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (voir notamment, *mutatis mutandis*, l'arrêt James et autres du 21 février 1986, série A n.º 98, p. 34, § 50, et l'arrêt Sporrang et Lönnroth du 23 septembre 1982, série A n.º 52, p. 26, § 69) ⁽³⁾. Dans la recherche d'un tel équilibre, les objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 peuvent jouer un certain rôle, encore que cette disposition parle uniquement des «ingérences» dans l'exercice du droit protégé par le premier alinéa et vise donc les obligations négatives en découlant (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A n.º 31, p. 15, § 31) ⁽⁴⁾.

B. Observation de l'article 8

38. La transsexualité ne constitue pas un phénomène nouveau, mais l'on n'en a défini et examiné les caractéristiques que depuis quelques décennies. L'évolution consécutive à ces études doit beaucoup à des experts en matière médicale et scientifique; ils ont souligné les problèmes considérables auxquels se heurtent les individus concernés et ont estimé possible de les atténuer par des traitements médicaux et chirurgicaux. On entend d'habitude par «transsexuels» les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre; elles essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur psychisme. Les transsexuels ainsi opérés forment un groupe assez bien déterminé et définissable.

⁽³⁾ Publicado in Documentação e Direito Comparado, 10, 105.

⁽⁴⁾ Sumariado sob n.º 32, in Documentação e Direito Comparado, 9, 45.

39. Au Royaume-Uni, ni le législateur ni les juridictions n'ont arrêté une décision générale et uniforme quant à l'état civil des transsexuels opérés. Il n'y existe d'ailleurs aucun système d'état civil intégré, mais seulement des registres distincts pour les naissances, les mariages, les décès et les adoptions (paragraphe 21-22 ci-dessus); Ils consignent les événements pertinents tels qu'ils se sont produits, sans mentionner — à moins de circonstances exceptionnelles (paragraphe 22 ci-dessus) — les changements (de nom, d'adresse, etc.) que l'on transcrit dans d'autres Etats.

40. En revanche, au Royaume-Uni les transsexuels peuvent, comme chacun, modifier leurs nom et prénom à leur gré (paragraphe 19 ci-dessus). De même, ils peuvent se faire délivrer des documents officiels portant les nom et prénom qu'ils ont choisis et indiquant à l'aide de l'abréviation pertinente (M., Mme ou Mlle), le cas échéant, le sexe qu'ils préfèrent (paragraphe 20 ci-dessus). Cette faculté leur procure un avantage considérable par rapport aux Etats où tous les documents officiels doivent concenter avec les registres de l'état civil.

Il arrive pourtant, et le requérant le souligne, que les intéressés doivent établir leur identité au moyen d'un acte de naissance qui consiste en une copie certifiée conforme, ou en un extrait, du registre des naissances, le système juridique britannique ne prévoyant pas de certificats d'état civil juridiquement valables. Eu égard à la nature de ce registre, public de surcroît, pareil acte indique le sexe biologique à date de la naissance (paragraphe 21 et 24 ci-dessus). Bien que non exigée en droit strict, sa production l'est parfois en pratique à telle ou telle fin (paragraphe 25 ci-dessus).

Il est clair aussi que le Royaume-Uni ne reconnaît pas au requérant le «*sex social*» masculin. En l'état actuel du droit britannique, M. Rees semble considéré comme une femme, entre autres, quant au mariage, à certains emplois et aux droits à la retraite (paragraphe 27 et 29 ci-dessus). L'existence d'un acte de naissance non amendé pourrait en outre l'empêcher de conclure certains contrats en qualité d'homme (paragraphe 25 ci-dessus).

41. Requéant et Commission jugent cette situation incompatible avec l'article 8 car elle ne leur paraît répondre à aucun motif d'intérêt public. Nul motif de ce genre ne justifie, selon eux, le refus de modifier ou annoter le registre des naissances pour y consigner le changement d'identité sexuelle et permettre à l'intéressé de se faire délivrer un certificat donnant sa nouvelle identité. Pareil

système d'annotation se rapprocherait de celui qui vaut pour les adoptions, estime M. Rees. Celui-ci et la Commission citent en exemple d'autres Etats contractants qui accordent depuis peu la possibilité de faire modifier la mention relative au sexe à compter d'une date déterminée. Dans la cadre de son service national gratuit de santé, relève de surcroît la Commission, le Royaume-Uni a supporté les frais des interventions chirurgicales et autres soins médicaux subis par le requérant. Il aurait reconnu de la sorte la nécessité de l'aider. Raison de plus pour qu'il consacre en droit le changement d'identité sexuelle; en s'en abstenant il traiterait M. Rees comme un être équivoque.

42. Cette argumentation ne convainc pas la Cour.

a) Exiger du Royaume-Uni qu'il imite d'autres Etats contractants reviendrait en un sens à lui demander d'adopter un système en principe identique au leur pour la détermination et l'enregistrement de l'état civil.

Avec certes des lenteurs et des hésitations, le Royaume-Uni s'est efforcé d'accéder aux revendications du requérant dans toute la mesure où son système s'y prêtait. Le manque de respect allégué semble donc se ramener au refus d'établir un mode de documentation indiquant et prouvant l'état civil actuel. Jusqu'ici, le Royaume-Uni n'a pas cru devoir introduire pareil système. Celui-ci aurait d'importantes conséquences administratives et créerait pour le reste de la population des obligations supplémentaires. En usant de leur marge d'appréciation, les autorités britanniques sont pleinement en droit d'avoir égard aux impératifs de la situation qui règne dans le pays pour décider des mesures à adopter. Si la condition d'un juste équilibre, exposée au paragraphe 37 ci-dessus, appelle peut-être, dans l'intérêt de personnes comme le requérant, des retouches au système en vigueur, elle ne saurait astreindre le Royaume-Uni à le remanier de fond en comble.

b) Le grief du requérant peut s'interpréter plus restrictivement, comme tendant à ce qu'une telle retouche revête la forme d'une annotation au registre des naissances existant.

Le Gouvernement concède que des mentions peuvent être ajoutées au registre des naissances pour y consigner, par exemple, une adoption ou légitimation ultérieure (paragraphe 22-23 ci-dessus), mais l'annotation proposée ne lui paraît pas comparable. Sauf erreur ou omission au moment de la naissance, une modification apportée au registre quant au sexe d'une personne fausserait selon lui

les faits relatés et induirait en erreur des personnes ayant un intérêt légitime à recueillir des renseignements exacts. Les exigences de l'intérêt public, soutient-il, militent vigoureusement là-contre.

La Cour relève que les adjonctions déjà autorisées en cas d'adoption et de légitimation concernent elles aussi des événements postérieurs à la naissance; à cet égard, elles ne diffèrent pas de celle que sollicite le requérant. Toutefois, elles constatent des faits juridiques et ont pour but de servir l'objet du registre: fournir la preuve certaine de liens familiaux à des fins diverses (successions, filiation légitime, partage des biens). L'annotation revendiquée en l'espèce établirait seulement, elle, que l'intéressé appartient désormais à l'autre sexe. En outre, elle ne reposerait pas sur l'acquisition de tous les caractères biologiques de cet autre sexe. En tout cas, elle ne pourrait à elle seule constituer une garantie effective de l'intégrité de la vie privée du requérant, car elle révélerait qu'il a changé d'identité sexuelle.

43. M. Rees demande donc de surcroît que ce changement et l'annotation correspondante ne soient pas communiqués aux tiers.

Or il faudrait pour cela commencer par une modification radicale du système actuel du registre des naissances, de manière que le public n'ait pas accès aux inscriptions antérieures à l'annotation. Le secret risquerait aussi d'entraîner des résultats inattendus considérables et de nuire au rôle du registre des naissances en compliquant des questions de fait qui surgissent, par exemple, dans le domaine du droit de la famille et des successions. Au surplus il négligerait les tiers, y compris des services publics (telle l'armée) ou des organismes privés (telles les compagnies d'assurance-décès), qui se verraient privés d'indications auxquelles ils ont légitimement droit.

44. Pour lever ces difficultés, une législation détaillée devrait préciser les effets du changement dans différents contextes et les conditions dans lesquelles le caractère secret aurait à s'incliner devant l'intérêt général. Si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts d'autrui pour atteindre à l'équilibre voulu, on ne saurait considérer que les obligations positives découlant de l'article 8 vont jusque-là.

45. Cette conclusion ne se trouve pas ébranlée par le fait, auquel Commission et requérant attachent un certain poids, que le Royaume-Uni a collaboré au traitement médical de M. Rees.

Si l'on accueillait trop largement de tels arguments, il pourrait arriver que les autorités publiques témoignent d'une prudence excessive dans l'exercice de leurs fonctions, au détriment de l'esprit de serviabilité devant présider à leurs rapports avec les administrés. En l'espèce, les services médicaux n'ont pas attendu, pour dispenser des soins et des traitements chirurgicaux, l'étude et le règlement de chacun des aspects du statut juridique des personnes se trouvant dans la situation du requérant; celui-ci et sa liberté de choix y ont manifestement gagné.

46. Il n'y a donc pas violation de l'article 8 dans les circonstances de la cause.

47. Dès lors, il faut pour le moment laisser à l'Etat le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels. La Cour n'en a pas moins conscience de la gravité des problèmes que rencontrent ces derniers, comme du désarroi qui est le leur. La Convention doit toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir entre autres, *mutatis mutandis*, l'arrêt Dudgeon du 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 23-24, par. 60) (5). Partant, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant à la lumière, notamment, de l'évolution de la science et de la société.

II. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 12

48. En raison du droit en vigueur au Royaume-Uni, le requérant ne peut épouser une personne de sexe féminin. Il en découle, selon lui, une violation de l'article 12, ainsi conçu:

«A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.»

(5) Sumariado sob n.º 12, in Documentação e Direito Comparado, 12, 81.

Le Gouvernement le conteste; la Commission, elle, se partage entre deux opinions opposées.

49. Aux yeux de la Cour, en garantissant le droit de se marier l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme: il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille.

50. En outre, l'article 12 le précise, ce droit obéit aux lois nationales des Etats contractants pour ce qui concerne son exercice. Les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même, mais on ne saurait attribuer un tel effet à l'empêchement apporté, au Royaume-Uni, au mariage de personnes n'appartenant pas à des sexes biologiques différents.

PAS CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par douze voix contre trois, qu'il n'y a pas violation de l'article 8;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas violation de l'article 12.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 17 octobre 1986.

Le Greffier
Marc-André EISSEN

Le Président
Rolv RYSSDAL

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 de la Convention et 52 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion dissidente de Mme Bindschedler-Robert et MM. Walsh et Gersing, juges.

M.-A. E.

R. R.

**OPINION DISSIDENTE DE Mme BINDSCHIEDLER-ROBERT
ET DE MM. RUSSO ET GERSING, JUGES**

1. Sur le terrain de l'article 8, le requérant se plaint de ce que le Gouvernement n'ait pas pris les mesures nécessaires pour assurer la reconnaissance de son identité sexuelle dans toutes les circonstances où celle-ci pouvait avoir une importance; il lui reproche en particulier de continuer à lui délivrer un certificat de naissance indiquant sans autre explication qu'il est de sexe féminin. Pour sa part, la Commission estime que faute d'envisager des mesures permettant de tenir compte, dans l'état civil du requérant, des modifications licitement intervenues, le Royaume-Uni méconnaît le respect dû à la vie privée de ce dernier, au sens de l'article 8 par. 1 de la Convention. Nous croyons donc pouvoir nous concentrer dans ce qui suit sur la question de savoir si le respect de la vie privée de M. Rees implique ou non, de la part de l'Etat, certaines mesures se rapportant à la façon dont sont rédigés les actes d'état civil le concernant.

2. Les opérations auxquelles M. Rees s'est soumis, avec les angoisses et les souffrances qui les ont accompagnées, montrent la réalité et la profondeur de son désir d'adopter autant que possible une nouvelle identité sexuelle. Nous sommes du reste d'accord avec la majorité pour dire que le Royaume-Uni s'est efforcé d'accéder dans une mesure appréciable aux revendications du requérant, par exemple en lui donnant la possibilité, comme à chacun d'ailleurs, de changer de nom, en lui otroyant un passeport laissant apparaître sa nouvelle identité sexuelle et en lui permettant de vivre socialement dans une large mesure le rôle masculin correspondant à ses tendances intimes et à sa nouvelle apparence sexuelle.

3. Sur un point cependant, celui du certificat de naissance, les autorités britanniques n'ont pas cru devoir ou pouvoir prendre en considération la nouvelle identité de M. Rees; or la production du certificat de naissance apparaît, dans la pratique, nécessaire pour l'accomplissement de certains actes, par exemple l'obtention d'un premier passeport ou une inscription à l'Université. Cela a conduit et peut encore conduire le requérant à affronter des situations pénibles qui constituent une atteinte à sa vie privée, et donc une violation de l'article 8. Nous sommes d'avis que cela pourrait se faire par une annotation dans

le registre des naissances, annotation selon laquelle il y aurait eu changement d'identité sexuelle en la personne de M. Rees et qui pourrait être combinée avec la possibilité, pour le requérant, d'obtenir un extrait du registre qui n'indiquerait que sa nouvelle identité sexuelle et permettrait donc de mieux garantir l'intégrité de sa vie privée. Nous reconnaissons, du reste, qu'en cette matière l'Etat dispose d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne la méthode à utiliser pour apporter un remède à la situation visée et nous n'excluons nullement que d'autres mesures puissent atteindre le même but. Ainsi, on rappellera que le 5 octobre 1982, la Commission a entériné un règlement amiable intervenu entre un groupe de requérants et l'Italie (requête n.º 9420/81), règlement dans lequel on constate que par suite d'une adoptée récemment en Italie les requérants peuvent désormais obtenir la rectification de leur état civil.

4. En revanche, nous ne sommes pas d'avis que l'article 8 exige de garantir à M. Rees qu'il bénéficie du secret en ce sens que seule sa nouvelle identité sexuelle devrait apparaître dans tous les actes officiels: le registre des naissances est public et il y a certainement un intérêt général à lui conserver ce caractère.

5. A cette conclusion — nécessité de tenir compte dans les actes officiels concernant M. Rees de son changement d'identité sexuelle — ont été opposées diverses objections qui nous paraissent cependant peu convaincantes.

- a) Il n'est évidemment pas question de *corriger* les registres en masquant la vérité historique ni non plus de prétendre que M. Rees a *changé de sexe*, au sens biologique du terme. Il s'agit seulement, ainsi que cela se fait au Royaume-Uni dans d'autres cas, par exemple en cas d'adoption, de mentionner une certaine évolution dans le statut de la personne, évolution due à des changements intervenus dans son sexe apparent — ce que nous avons appelé son identité sexuelle — et de lui donner la possibilité d'obtenir un extrait du registre qui ne révèle pas sa situation antérieure. Cela aurait pour effet de mieux refléter la situation réelle et en ce sens correspondrait même à l'intérêt général.
- b) La solution envisagée par nous ne réglerait certes pas tous les problèmes de M. Rees et ne répondrait pas entièrement à ses espoirs, mais elle pourrait alléger les difficultés qui sont les siennes. Elle supprimerait en tout cas la contradiction existant actuellement entre les divers papiers

d'identité dont il est appelé à faire usage ainsi qu'entre son apparence actuelle et la mention contenue dans son acte de naissance concernant son sexe.

- c) Par ailleurs, il ne nous paraît pas qu'une annotation dans le registre des naissances nécessiterait en quoi que ce soit un changement du système britannique en matière d'état civil; la pratique d'autres Etats a démontré que cette conséquence ne s'imposait nullement.
- d) Pour rejeter la solution que nous préconisons, la majorité de la Cour se fonde aussi sur le fait que l'annotation susmentionnée ne se rapporterait pas à des faits d'importance juridique, contrairement à ce qui se passerait pour l'adoption et la légitimation. On remarquera à l'encontre de cet argument que l'annotation en question aurait certainement elle aussi une signification légale, même si elle n'est pas prévue expressément par la loi, en ce qu'elle laisserait entendre que dans toutes les situations où le sexe *apparent* est déterminant (travail, retraite, etc.), M. Rees devrait être traité comme un individu de sexe masculin.

6. En ce qui concerne la violation alléguée de l'article 12, nous partageons l'avis de la majorité.

COMITÉ DE MINISTROS

RESOLUÇÃO DH (85)2

**RELATIVA À DECISÃO DO TRIBUNAL EUROPEU
DOS DIREITOS DO HOMEM
DE 10 DE JULHO DE 1985
NO «CASO» GUINCHO**

*(Adoptada pelo Comité de Ministros de 25 de Janeiro de 1985,
na 379.ª reunião dos Delegados dos Ministros)*

Comunicado pelo Estado que tomou medidas necessárias ao acatamento da decisão do Tribunal e provado que pagou a quantia arbitrada nos termos do art.º 50.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Comité de Ministros pode arquivar o dossier.

P. F.

RESOLUÇÃO:

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 54 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée «la convention»);

Vu l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme rendu le 10 juillet 1984 dans l'affaire «Guincho» ⁽¹⁾ et transmis à la même date au Comité des Ministres;

(1) In *Documentação e Direito Comparado*, 14, 103.

Rappelant qu'à l'origine de cette affaire se trouve une requête dirigée contre le Portugal qui avait été introduite par un ressortissant portugais, M. Manuel dos Santos Guincho, devant la Commission européenne des Droits de l'Homme, en vertu de l'article 25 de la Convention, se plaignant de la durée de l'action civile qu'il avait intentée en décembre 1978 devant le tribunal et invoquant l'article 6, paragraphe 1, de la Convention;

Rappelant que cette affaire a été portée devant la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme et par le Gouvernement du Portugal;

Considérant que dans son arrêt du 10 juillet 1984 la Cour à l'unanimité:

- Dit qu'il y a eu violation de l'article 6, paragraphe 1,
- Dit que l'Etat défendeur doit verser au requérant cent cinquante mille (150 000) escudos au titre de l'article 50;

Vu les «Règles relatives à l'application de l'article 54 de la convention»;

Ayant invité le Gouvernement du Portugal à l'informer des mesures prises à la suite de cet arrêt, eu égard à l'obligation qu'il a de s'y conformer selon l'article 53 de la Convention;

Considérant que, lors de l'examen de cette affaire par le Comité des Ministres, le Gouvernement du Portugal a donné à celui-ci des informations sur les mesures prises à la suite de l'arrêt;

S'étant assuré que le Gouvernement du Portugal a versé au requérant le montant de la somme au titre de l'article 50 de la Convention prévu dans l'arrêt de la Cour du 10 juillet 1984,

Déclare qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 54 de la Convention dans la présente affaire.



ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS



CONSELHO DA EUROPA

COMISSÃO DE RECURSO

M. T. STEVENS E OUTROS CONTRA O SECRETÁRIO GERAL

- I. O Conselho da Europa está vinculado a pagar aos seus agentes as remunerações aprovadas pelo Comité de Ministros e durante o período para que foram aprovadas.
- II. Não oferece qualquer dúvida o direito do Comité de Ministros, a modificar o critério de definição da remuneração dos vários agentes do Conselho da Europa.
- III. Não é legalmente possível que o Comité de Ministros, salvo em circunstâncias excepcionais e urgentes, sem o acordo dos agentes interessados, imponha descontos sobre as remunerações fixadas e para o período em que as mesmas devam vigorar.
- IV. Os agentes têm direito ao reembolso dos descontos efectuados.

P. F.

SENTENÇA:

La Commission de Recours, composée de:

M. Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Président*,

M. Raul VENTURA,

Sir Donald TEBBIT, *membres*

assistés de

M. Michelle de SALVIA, *Secrétaire et*
Mme Margaret KILLERBY, *Secrétaire suppléant,*

a rendu après en avoir délibéré, la présente sentence.

PROCEDURE

1. La Commission est saisie des recours présentés par les requérants suivants:

— M. Trevor STEVENS	Recours n.º 101/1984
— M. Klaus FUCHS	Recours n.º 102/1984
— M. Christopher LUCKETT	Recours n.º 103/1984
— M. Peter LEUPRECHT	Recours n.º 104/1984
— M. Henri LELEU	Recours n.º 105/1984
— Mme Agneta DERRIEN	Recours n.º 106/1984
— Mlle Christine MEUNIER	Recours n.º 107/1984
— Mlle Maura ROLANDI RICCI	Recours n.º 108/1984
— M. Ulrich BOHNER	Recours n.º 109/1984
— M. Cândido CUNHA	Recours n.º 110/1984
— M. Jean SABATTIER	Recours n.º 111/1984
— M. Johannes DE JONGE	Recours n.º 112/1984
— M. Roer MASSIE	Recours n.º 113/1984

2. Les requérants ont introduit leurs recours le 25 juillet 1984 et le 9 août 1984. Ces recours ont été enregistrés respectivement le 25 juillet et 9 août 1984 sous les numéros de dossier 101/1984 à 113/1984.

3. Les mémoires ampliatifs ont été communiqués respectivement les 25 juillet et 10 août 1984.

4. Le 12 octobre 1984, le représentant du Secrétaire Général a fait parvenir ses observations.

5. Le 8 novembre 1984, le représentant des requérants, M. David Ruzié, Professeur à l'Université de Paris V, a fait parvenir sa réplique.

6. L'audience publique a eu lieu le 6 février 1985. Les parties étaient représentées comme suit: les requérants, par M. Ruzié, Professeur à l'Université de Paris V, le Secrétaire Général par le Secrétaire Général Adjoint, M. G. Adinolfi, assisté de M. E. Harremoes, Directeur des Affaires juridiques, M. G. Nagel, Directeur Adjoint des Affaires administratives, et de Mlle G. Podestà, Administrateur principal au Cabinet du Secrétaire Général.

EN FAIT

7. M. T. Stevens ainsi que les douze autres requérants sont des agents permanents de grade A du Conseil de l'Europe. Les recours concernent le prélèvement sur leurs traitements effectué pour la première fois en mars 1984. Ils sont dirigés contre le refus d'annuler la décision imposant le prélèvement et de rembourser les sommes prélevées.

A. Procédure de fixation des rémunérations.

8. Les agents du Conseil de l'Europe ont droit à une rémunération conformément à l'article 41 du Statut des agents et au règlement concernant les traitements et indemnités (annexe IV dudit Statut). Les barèmes des traitements sont fixés par le Comité des Ministres et annexés à la résolution par laquelle il détermine le niveau de la rémunération.

9. Dans le cadre de la révision triennale des traitements des agents du Conseil de l'Europe, prenant effet le 1^{er} juillet 1982, le Comité des Ministres a approuvé lors de sa 357^e réunion en mars 1983, les recommandations formulées aux paragraphes 32 à 38 du 191^e rapport du 16 février 1983 du Comité de coordination des experts budgétaires des gouvernements ainsi que les barèmes de rémunération avec effet à compter du 1^{er} juillet 1982. Le Comité de coordination recommandait dans ce rapport la reconduction de la procédure d'ajustement des salaires indiquée le 16 février 1979 dans son 159^e rapport.

10. Cette procédure d'ajustement est exposée dans le 159^e rapport au paragraphe 8 dans les termes suivants:

«A. Deux années sur trois la révision des rémunérations se fera en date du 1^{er} juillet sur la base de l'évolution des rémunérations dans les fonctions publiques nationales telles que définies dans la présente annexe, notamment à l'article 6.

B. Tous les trois ans, une révision générale aura lieu se basant sur les données suivantes:

- i. l'accroissement du coût de la vie depuis la révision triennale précédente;
- ii. l'évolution des rémunérations dans les fonctions publiques nationales;
- iii. le niveau et l'évolution des rémunérations dans la CEE et d'autres organisations internationales;
- iv. les problèmes de recrutement dans les Organisations coordonnées;
- v. la situation économique et sociale dans les pays membres des Organisations coordonnées.»

11. En outre dans son 191^e rapport au paragraphe 34, le Comité de coordination recommandait:

«Une modération des salaires sera(it) effectuée sous forme d'un prélèvement cumulatif de 1,5% à compter du 1^{er} juillet 1983 jusqu'au 30 juin 1986 (au total 1,5% au 1^{er} juillet 1983, 3% au 1^{er} juillet 1984, 4,5% au 1^{er} juillet 1985) sur les salaires de base, ajustés chaque année en fonction des seuls résultats de la procédure du 159^e Rapport. Le Comité pourra étudier, à la fin de cette période, l'opportunité de proposer aux conseils d'intégrer le prélèvement dans les barèmes, compte tenu des considérations suivantes:

- a. la situation économique, sociale et budgétaire dans les pays membres;
- b. les résultats éventuels de l'étude comparative
- c. l'évolution de la politique salariale dans d'autres organisations internationales.

Ce prélèvement n'affecte pas les indemnités exprimées en pourcentage ni les pensions.»

12. En mars 1984, lors de sa 368^e réunion, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'une part a approuvé les barèmes de rémunération

figurant en annexe au 196^e Rapport du Comité de coordination avec effet à compter du 1^{er} juillet 1983.

Le Comité des Ministres a, d'autre part, approuvé les recommandations formulées par le Comité de coordination dans son 195^e Rapport et a décidé que les modalités du prélèvement temporaire sur les salaires de base du personnel des catégories A et L du 1^{er} juillet 1983 au 30 juin 1986 ainsi que les modalités d'application de la garantie y afférente des salaires de base nominaux seront celles décrites aux paragraphes 10 et 11 dudit 195^e Rapport.

Les recommandations du 195^e Rapport étaient faites en ces termes:

«10.

- i. la garantie du traitement nominal de base est une garantie de caractère individuel;
- ii. la garantie du traitement nominal de base ne porte que sur les effets du prélèvement;
- iii. il est explicitement précisé au paragraphe 34 du 191^e Rapport que «ce prélèvement n'affecte pas les indemnités exprimées en pourcentages ni les pensions;
- iv. le calcul des cotisations au régime de pension et à la Caisse de prévoyance ainsi que le calcul des cotisations de sécurité sociale ou des autres contributions exprimées en pourcentage du traitement de base, n'est pas davantage affecté par le prélèvement.»

«11.

- i. la garantie s'appliquera au traitement de base nominal aux 30 juin 1983, 1984 et 1985 respectivement;
- ii. au 30 juin 1983, le traitement de base nominal devant être garanti est le traitement de base individuel de l'agent intéressé selon les barèmes approuvés par les Conseils et en vigueur à ce moment-là; les 30 juin 1984 et 1985, le traitement de base nominal qui est garanti est le traitement de base individuel de l'agent selon les barèmes approuvés par les Conseils, diminué du montant effectif qu'il paie à ce moment-là à titre de prélèvement;
- iii. le prélèvement est calculé en pourcentage du traitement de base individuel d'un agent au 1^{er} juillet 1983, 1984 et 1985 respectivement, le montant mensuel ainsi calculé restera inchangé au cours de la période

de douze mois considérée; toutefois, lorsqu'un ajustement est accordé aux 1^{er} janvier 1984, 1985 et 1986 respectivement, le prélèvement calculé au 1^{er} juillet précédent sera majoré du même pourcentage que l'ajustement au 1^{er} janvier;»

- iv. si un agent qui n'a été en mesure de s'acquitter de tout ou partie du prélèvement applicable aux 1^{er} juillet 1983, 1984 et 1985 ou au 1^{er} janvier 1984, 1985 et 1986 respectivement par suite de la garantie de traitement nominal bénéficie d'un avancement d'échelon, d'une promotion, il paiera, à compter de la date d'effet de l'augmentation correspondant au cas précité, le prélèvement mensuel calculé selon la formule indiquée ci-dessus en iii. dans la mesure où son traitement de base nominal tel qu'il est défini en ii. ne deviendra pas inférieur à celui qu'il recevait aux 30 juin 1983, 1984 et 1985 respectivement;
- v. un agent ne se verra pas contraint de payer une fraction quelle qu'elle soit du prélèvement qu'il n'aura pas subi le mois précédent du fait de la garantie des traitements nominaux;
- vi. à titre de mesure transitoire, un agent qui bénéficie d'un avancement d'échelon ou d'une promotion le 1^{er} juillet 1983 ou après cette date mais avant l'entrée en vigueur de l'ajustement de traitement annuel 1983 ne sera pas tenu d'utiliser, pour acquitter le prélèvement, une partie quelle qu'elle soit des augmentations accordées avant le premier jour du mois suivant les décisions des Conseils relatives à l'ajustement de traitement annuel 1983. Si cet avancement d'échelon ou cette promotion a pris effet à compter du 1^{er} juillet 1983, le traitement de base nominal à garantir au 30 juin 1983 sera ce traitement avec le nouvel échelon ou grade;
- vii. à titre de mesure transitoire, les agents nommés le 1^{er} juillet 1983 ou après cette date mais avant le premier jour du mois suivant les décisions des Conseils relatives à l'ajustement de traitement annuel 1983 sont considérés comme percevant un traitement de base nominal garanti au grade et à l'échelon auxquels ils ont été recrutés fondé sur les barèmes approuvés par les Conseils et en vigueur au 30 juin 1983. Après le premier jour du mois suivant les décisions du Conseil relatives à l'ajustement de traitement annuel 1983, leur situation sera celle qui est décrite aux alinéas i. à v. ci-dessus;
- viii. les agents recrutés par les Organisations Coordonnées après le premier jour du mois suivant les décisions du Conseil relatives à l'ajustement

de traitement annuel 1983 acquitteront le prélèvement calculé sur la base du traitement auquel ils ont été recrutés jusqu'au 30 juin 1984: par la suite leur situation sera celle qui est exposée aux paragraphes i. à v. ci-dessus. Le même principe s'appliquera aux agents nommés le 1^{er} juillet 1984 ou après cette date pour ce qui est des prélèvements dûs à compter de cette date. Les agents recrutés par les Organisations Coordonnées le 1^{er} juillet 1985 ou après cette date acquitteront le prélèvement jusqu'au 30 juin 1986.»

13. Le Comité des Ministres a adopté le 19 mars 1984 la Résolution (84) 2 prévoyant la mise à jour du règlement concernant les traitements et indemnités des agents. Cette mise à jour s'est traduite par la fixation de nouveaux tableaux de barèmes de rémunération, avec effet au 1^{er} juillet 1983. Ces tableaux de barèmes étaient accompagnés d'une note où le prélèvement temporaire était expressément indiqué.

B. Les circonstances de l'espèce

14. C'est à la réception de trois bulletins de paie, — les deux premiers datés du 19 mars 1984 et reçus le 27 mars 1984, concernant des rappels de traitement, le troisième daté du 1^{er} avril et reçu le 30 mars 1984, relatif au salaire du mois d'avril —, que chacun des requérants a eu connaissance d'un prélèvement effectué sur son traitement du 1^{er} juillet 1983 au 30 avril 1984.

15. Par ailleurs, par la note de service n.º 666 du 11 avril 1984, les agents de catégories A et L ont été informés que «suite aux mesures de modération salariale décidée par le Comité des Ministres lors de la 357^e réunion (mars 1983) des Délégués des Ministres, sur recommandation du Comité de coordination des Experts Budgétaires des Gouvernements (191^e Rapport), les traitements de base des agents de catégorie A et L résultant de la révision des rémunérations avec effet au 1^{er} juillet 1983 (196^e Rapport du Comité de Coordination approuvé par les Délégués lors de leur 368^e réunion en mars 1984), sont soumis à un prélèvement temporaire de 1,5% jusqu'à la révision des salaires avec effet au 1^{er} juillet 1984.»

16. Les intéressés ont saisi le Secrétaire Général en mai 1984 d'une réclamation tendant à ce que l'Administration réforme la décision instituant le prélèvement et rembourse les sommes déjà prélevées.

17. Le Secrétaire Général a rejeté ladite réclamation le 27 juin 1984 dans les termes suivants: «J'ai le regret de vous indiquer que le Secrétaire Général ne peut, de sa propre autorité, donner suite à votre réclamation, les mesures sur lesquelles vous l'invitez à revenir résultant d'une décision prise par le Comité des Ministres.»

ARGUMENTATION DES PARTIES

Les arguments des *requérants* peuvent se résumer comme suit:

A. Quant à l'atteinte à des éléments essentiels du régime juridique des agents du Conseil de l'Europe (y compris les conditions d'emploi)

18. Les requérants soutiennent que la décision qui fut prise, porte atteinte à des «droits essentiels» dans le sens qu'a donné à ces termes le Tribunal Administratif de la Banque Mondiale (Décision n° 1 du 5 juin 1981, de Mérode et autres). Au regard de cette notion de droits essentiels, la décision porterait atteinte, d'une part, au principe de la non-imposition des traitements des agents du Conseil de l'Europe et, d'autre part, au principe du respect des critères de la méthode de révision des salaires.

a. En ce qui concerne la non imposition des traitements des agents du Conseil de l'Europe.

19. Les requérants se réfèrent à l'article 18 *b* de l'Accord général sur les privilèges et immunités qui disposé que «les agents du Conseil de l'Europe sont exonérés de tout impôt sur les traitements et émoluments versés par le Conseil de l'Europe».

20. Or il ressort du 191^e Rapport du Comité de coordination que le prélèvement en cause a un «caractère para-fiscal» (paragraphe 46 *c.*).

21. Par conséquent, pour les requérants, un prélèvement de cette nature est une atteinte à un élément essentiel de leurs conditions d'emploi, lesquelles ne comportent pas de prélèvement.

b. En ce qui concerne le droit au respect des critères de base de la méthode de révision des traitements:

i. La décision violerait le principe du parallélisme de l'ajustement des rémunérations des agents du Conseil de l'Europe avec l'évolution des traitements des fonctions publiques nationales.

22. Les requérants considèrent que la décision attaquée méconnaît ce droit essentiel qui serait consacré par le 159^e Rapport du Comité de coordination.

ii. Le décision violerait le principe du parallélisme des rémunérations des agents du Conseil de l'Europe avec l'évolution des traitements en vigueur dans les Communautés européennes.

23. De l'avis des requérants le pourcentage du prélèvement adopté par le Conseil de l'Europe est en effet plus élevé que celui appliqué aux Communautés et ne fait qu'accroître les disparités salariales existantes entre les deux organisations.

iii. Le prélèvement aurait causé un tort excessif aux requérants.

24. Se voir imposer les effets cumulés du prélèvement avec ceux de la politique de modération salariale des gouvernements leur causerait un «tort excessif» pour reprendre la formulation du Tribunal Administratif de la Banque Mondiale (voy. supra para 18). La baisse de leur niveau de vie serait proportionnellement plus importante que celle supportée par les fonctionnaires nationaux.

iv. La décision porterait atteinte à la confiance légitime que les agents du Conseil de l'Europe sont en droit de placer dans les organes directeurs de l'Organisation.

25. Les requérants soutiennent de surcroît que la décision attaquée porte atteinte à la confiance légitime telle que définie par la Cour de Justice des

Communautés Européennes (CJCE, 5 juin 1973, Commission/Conseil, 81-72, recueil p. 575, paragraphe 10), du fait de la précarité des mécanismes d'ajustement et du secret qui entoure leur mise au point.

B. Quant à la modification irrégulière des dispositions statutaires applicables aux agents du Conseil de l'Europe

26. Les requérants invoquent des vices de forme, un vice de procédure et un détournement de pouvoir.

a. En ce qui concerne le grief fondé sur des vices de forme.

27. Les requérants soutiennent qu'il existe un principe général du droit de la fonction publique internationale imposant le principe d'une hiérarchie des normes, consacré par la jurisprudence internationale, selon laquelle une autorité administrative internationale est liée par la règle qu'elle a elle-même édictée aussi longtemps qu'elle ne l'a ni modifiée, ni abrogée.

i. La décision modifierait l'Accord général sur les privilèges et immunités.

28. L'institution du prélèvement porterait atteinte à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe. S'agissant d'un accord international, les Délégués des Ministres ne peuvent procéder à un tel changement sans que le principe de la modification de l'Accord ait été posé et sans qu'ils aient reçu pouvoir d'agir en ce sens.

ii. L'institution du prélèvement constituerait une modification du Statut des Agents, selon une procédure irrégulière.

29. Les requérants soutiennent à cet égard que ni l'article 41 du Statut, ni l'Annexe IV contenant le Règlement concernant les traitements et indemnités des agents, ne prévoient la possibilité d'un tel prélèvement.

iii. Absence de motivation.

30. Se fondant sur la jurisprudence internationale ainsi que sur la Résolution (77) 31 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur

la protection de l'individu au regard des actes de l'administration, les requérants soutiennent que l'Organisation aurait dû motiver la décision litigieuse, leur permettant ainsi d'en contester le fondement.

iv. Absence de publicité.

31. A entendre les requérants, l'illégalité de la décision attaquée résulterait aussi de l'absence de publicité, qui est contraire au principe de saine gestion des organisations internationales.

b. En ce qui concerne le grief fondé sur un vice de procédure.

32. Les intéressés considèrent que le Comité des Ministres, en utilisant son pouvoir de révision des barèmes de rémunération pour réduire indirectement, par l'institution d'un prélèvement l'augmentation des rémunérations, a commis un détournement de procédure.

c. En ce qui concerne le grief fondé sur un détournement de pouvoir.

33. Les requérants soutiennent par ailleurs que le Comité des Ministres a, en prenant la décision attaquée, commis un détournement de pouvoir dans la mesure où le prélèvement ne bénéficie pas au Conseil de l'Europe mais aux Etats membres, dont le montant des contributions à l'Organisation serait par là allégé.

C. Quant à la violation de principes généraux du droit

34. De l'avis des requérants, la procédure d'ajustement des rémunérations adoptée par les Organisations coordonnées, reflète l'évolution des traitements dans les fonctions publiques nationales de référence et prend donc déjà en considération les politiques de modération salariale suivies par les gouvernements. En cumulant les effets du prélèvement avec ceux de la politique de modération salariale des gouvernements, on pénaliserait à deux reprises les agents du Conseil de l'Europe, soustrayant leur rémunération au caractère équitable prévu par la Charte Sociale (article 4).

35. Se référant aux principes énoncés aux articles 4 et 6 de la Charte Sociale, les requérants soutiennent que leur droit de négociation collective n'aurait pas été respecté dans la mise au point du prélèvement.

36. En outre, la décision attaquée méconnaîtrait le principe de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Ils se réfèrent notamment à cet égard à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

37. La mise en place du prélèvement aurait pour conséquence d'accroître l'écart entre les rémunérations des agents des Communautés Européennes et celles des agents des organisations coordonnées et aurait introduit, partant, une discrimination aux dépens de ces derniers.

38. Les requérants soutiennent enfin, se référant en cela à la jurisprudence du Tribunal Administratif de la Banque Mondiale, qu'un fonctionnaire international ne peut, du fait d'une modification unilatérale rétroactive des conditions d'emploi, être privé de droits échus pour des services déjà rendus.

Ils observent que la décision d'instituer le prélèvement a été prise le 24 mars 1984 par le Comité des Ministres qui lui a donné un effet rétroactif au 1^{er} juillet 1983, sans qu'une circonstance exceptionnelle ne l'ait justifié.

Arguments du Secrétaire Général, tels qu'ils sont développés dans le mémoire écrit:

39. La décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en date du 24 mars 1984 constitue la mise en oeuvre par le Conseil de l'Europe des recommandations du Comité de coordination. Cette décision se fonde tant sur l'article 16 du Statut de l'Organisation que sur les prescriptions de l'article 41 du Statut des Agents. L'exercice de ce pouvoir par le Comité des Ministres exclut toute intervention de sa part; il n'est astreint qu'à poursuivre l'exécution des décisions prises par le Comité des Ministres sans pouvoir les remettre en cause de sa propre initiative.

A. Quant à l'atteinte à des éléments essentiels du régime juridique des agents du Conseil de l'Europe

40. Le Secrétaire Général soutient que le prélèvement contesté ne revêt pas le caractère d'une imposition. Il a été institué dans un but de modération salariale tenant compte de la crise économique.

En ce qui concerne la violation du principe de non imposition des traitements des agents, garanti par l'Accord Général sur les privilèges et immunités,

le Secrétaire Général observe que cet accord n'a ni pour objet, ni pour effet, le règlement des rapports internes entre les agents et l'Organisation, mais d'assurer à ces derniers une indépendance dans l'exercice de leurs fonctions par rapport aux Etats.

41. L'argument selon lequel l'institution du prélèvement a porté atteinte au droit des agents au respect des critères de base de la méthode de révision des traitements ne serait pas fondé.

En effet, tant le Statut du Conseil de l'Europe que celui des agents, ainsi que le 159^e Rapport du Comité de coordination des experts budgétaires des gouvernements, confèrent au Comité des Ministres le pouvoir de revenir sur les règles de définition des rémunérations.

42. Au demeurant, le prélèvement n'a pas pour effet de diminuer le montant de la rémunération versée aux agents, mais d'entraîner une réduction des taux de majoration des rémunérations par application des barèmes définis dans le 159^e Rapport.

43. Ni le fait que le prélèvement expose les agents à subir davantage la hausse du coût de la vie, ni les variations qui peuvent intervenir par rapport à l'évolution des traitements dans les fonctions publiques nationales ou dans les Communautés Européennes, ne revêtent une ampleur telle que les garanties essentielles des agents apparaissent menacées.

44. Le Secrétaire Général observe de surcroît que les agents bénéficient de rémunérations supérieures à celles offertes, à responsabilité égales, dans les fonctions publiques nationales. Par ailleurs, les agents du Conseil de l'Europe bénéficient des mêmes garanties que les fonctionnaires nationaux par rapport à la précarité de l'emploi.

B. Quant à la modification irrégulière des dispositions statutaires applicables aux agents du Conseil de l'Europe

45. L'argument selon lequel la décision instituant le prélèvement serait entachée d'un vice de forme, n'est pas fondé. En effet, l'article 16 du Statut du Conseil confère au Comité des Ministres de larges pouvoirs dans le domaine de l'organisation interne du Conseil de l'Europe.

46. En ce qui concerne l'absence de motivation, le Secrétaire Général observe qu'elle tient au caractère général et impersonnel de la décision prise, celle-ci ayant d'ailleurs fait l'objet d'un large débat avant d'être adoptée, ce qui ferait également justice de l'argument tiré du défaut de publicité.

47. Le Secrétaire Général soutient aussi que le grief tiré d'un vice de procédure ne saurait être retenu.

Le Comité des Ministres, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 14 de son Règlement intérieur, était donc fondé à prendre une telle décision.

48. Quant au prétendu détournement de pouvoir, le Secrétaire Général observe que la décision instituant le prélèvement a pour objet à la fois de réduire les contributions budgétaires des Etats membres du Conseil de l'Europe, dont celles-ci constituent les ressources, et d'alléger les charges de fonctionnement de l'Organisation, au cours de la crise économique.

Il relève par ailleurs que la décision litigieuse n'est pas de nature à compromettre la recherche d'un recrutement de qualité, les agents de l'Organisation bénéficiant malgré tout d'avantages financiers supérieurs à ceux reconnus dans les fonctions publiques nationales.

C. Quant à la violation de principes généraux du droit

49. Le Secrétaire Général soutient que les principes généraux du droit ne peuvent être invoqués par les requérants qu'au seul effet de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'Organisation, dans le cas de manquements manifestes à l'équité.

Il conclut qu'en l'espèce, ni le droit à une rémunération équitable, ni le principe de proportionnalité, ni le principe de non discrimination par rapport aux agents des Communautés Européennes ne sont mis en cause par le prélèvement.

50. En ce qui concerne le droit de négociation collective, le Secrétaire Général observe que celui-ci ne comporte pas la participation des représentants du personnel à la prise de décision. Il souligne à cet égard que ceux-ci ont pu faire connaître leur position par l'intermédiaire du Comité Permanent des associations du personnel des organisations coordonnées.

51. L'argument selon lequel la décision instituant le prélèvement serait entachée d'illégalité, en raison de son caractère rétroactif, n'est pas fondé. Le Secrétaire Général rappelle à cet égard que la procédure de révision des rémunérations intervient au 1^{er} juillet de chaque année. La décision contestée ayant été prise dans le cadre de cette procédure, elle ne porte pas atteinte au principe de non rétroactivité.

Par ailleurs, le retard intervenu dans l'application de cette décision est lié à celui qui accompagne la mise en œuvre des ajustements annuels des rémunérations.

EN DROIT

52. Les requérants ont exercé leurs recours contre la décision du Secrétaire Général, prise en mars 1984, par laquelle un prélèvement sur les traitements leur a été imposé à compter du 1^{er} juillet 1983.

Ils demandent l'annulation de cette décision ainsi que le remboursement des prélèvements déjà effectués.

Ils demandent aussi qu'il plaise à la Commission:

— allouer une somme de 1000 FF au titre de remboursement des frais occasionnés par les présents recours.

53. Le Secrétaire Général soutient qu'aucune illégalité ne saurait être constatée en l'espèce.

Sur la compétence de la Commission de Recours

Dans son mémoire du 12 octobre 1984, le Secrétaire Général a fait valoir que:

«La décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en date du 24 mars 1984 constitue la mise en œuvre par le Conseil de l'Europe des recommandations de la Commission de coordination. Cette décision se fonde tant sur l'article 16 des Statuts de l'Organisation ("le Comité des Ministres règle, avec effet obligatoire, toute question relative à l'organisation et aux arrangements intérieurs du Conseil de l'Europe") que sur les prescriptions de l'article 41 du Statut des agents.

L'exercice de ce pouvoir par le Comité des Ministres est évidemment exclusif de toute intervention du Secrétaire Général, astreint à poursuivre l'exécution des décisions prises sans pouvoir les remettre en cause de sa propre initiative.»

A l'audience du 6 février 1985, le Secrétaire Général Adjoint a, au nom du Secrétaire Général, fait la déclaration suivante:

«Je dois préciser que la présence du Secrétaire Général dans cette procédure est due au fait que le système du contentieux, tel qu'il ressort du titre VII du Statut des agents, ne prévoit que le recours contre le Secrétaire Général. En réalité, quant au fond du problème qui fait l'objet de cette procédure, le Secrétaire Général n'a jamais caché son point de vue. Au contraire, il l'a toujours exposé à toutes les instances intéressés, qu'il s'agisse des organes statutaires du Conseil de l'Europe, des Secrétaires Généraux des Organisations coordonnées ou du personnel même de cette Organisation. En appliquant la décision relative au prélèvement prise par le Comité des Ministres, organe décisionnel de notre Organisation, le Secrétaire Général n'a fait que remplir ses obligations statutaires, quel que puisse être son avis quant à l'opportunité de cette mesure et ses répercussions sur le climat de travail dans l'Organisation. Par ailleurs, le Secrétaire Général est parfaitement conscient qu'il est tenu de fournir à l'Organisation les services de secrétariat et d'assistance juridique nécessaires à son fonctionnement. C'est la raison pour laquelle des conclusions écrites ont été présentées à la Commission par un avocat extérieur à l'Organisation. Le Secrétaire Général estime que ces conclusions sont suffisantes pour assurer le contradictoire et la défense juridique de l'Organisation. Par conséquent, il n'entend pas les développer oralement, mais demande à la Commission de s'y référer.»
(voir compte rendu p. 16-17)

Tenant compte de ces éléments la Commission, dans l'exercice de sa compétence statutaire, connaît ici des contestations élevées à l'encontre des mesures individuelles prises par le Secrétaire Général, en application de la décision du Comité des Ministres, relative au prélèvement auquel il a été procédé sur les traitements des agents.

Sur le bien-fondé des recours

55. Dans le cadre de la révision triennale des traitements des agents du Conseil de l'Europe, prenant effet le 1^{er} juillet 1982, le Comité des Ministres a approuvé lors de sa 357^e réunion en mars 1983, les recommandations formulées aux paragraphes 32 à 38 du 191^e Rapport du 16 février 1983 du Comité de coordination des experts budgétaires des gouvernements ainsi que les barèmes de rémunération avec effet à compter du 1^{er} juillet 1982.

56. Le Comité de coordination recommandait dans ce rapport la reconduction de la procédure d'ajustement des salaires qu'il avait indiquée le 16 février 1979 dans son 159^e rapport (voy. supra, par. 10).

57. En outre, le Comité de coordination ayant pris en considération, dans son 191^e rapport, la possibilité d'une modération/abattement salarial, a recommandé un prélèvement de 1,5% à compter du 1^{er} juillet 1983 jusqu'au 30 juin 1986 (voy. supra, par. 11).

58. En mars 1984, lors de sa 368^e réunion, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a pris les décisions relatives aux modalités du prélèvement temporaire sur les salaires de base du personnel des catégories A et L du 1^{er} juillet 1983 au 30 juin 1986 (voy. supra, par. 12).

59. Par la Résolution (84) 2 sur la mise à jour du règlement concernant les traitements et indemnités des agents, adoptée le 19 mars 1984, le Comité des Ministres a décidé que les tableaux I et II, annexés au Règlement concernant les traitements et indemnités des agents comportant les barèmes des traitements de base et d'autres éléments de la rémunération, sont remplacés, avec effet au 1^{er} juillet 1983, par les tableaux I et II annexés à la Résolution.

Mention du prélèvement temporaire est faite dans une note figurant au bas du tableau des barèmes des traitements, ainsi libellé:

«Les traitements de base des agents des catégories A et L font l'objet d'un prélèvement temporaire de 1,5% avec effet au 1^{er} juillet 1983 (décisions prises par le Comité des Ministres lors des 357^e (mars 1983) et 368^e (mars 1984) réunions des Délégués des Ministres).»

60. Les agents des catégories A et L ont reçu notification de l'ensemble de ces décisions par la note de service n.º 666 datée du 11 avril 1984 (voy. supra, par. 15).

61. Les requérants font valoir à l'encontre de la décision litigieuse, qui selon eux a porté atteinte à leur rémunération, les moyens indiqués ci-dessus aux paragraphes 18 à 38.

62. La rémunération constituant un élément de la situation du fonctionnaire, il appartient à la Commission de déterminer si les requérants ont un droit à la rémunération dont ils auraient été privés.

63. Or, le montant de la rémunération des agents du Conseil de l'Europe (article 41, paragraphe 1^{er} du Statut des agents) est indiqué dans les barèmes, déterminés par une procédure d'ajustement fixée à l'avance par la rapport du Comité de coordination, approuvé par le Comité des Ministres.

64. En l'espèce, c'est sur la base des critères que le Comité des Ministres a lui-même adoptés lors de sa 357^e réunion, que les barèmes, avec effet au 1^{er} juillet, ont été fixés lors de la 368^e réunion.

65. Les barèmes ainsi déterminés ont fait naître dans le chef des requérants un droit subjectif aux montants indiqués dans ces barèmes, tels qu'ils résultent des tableaux annexés au règlement concernant les traitements et indemnités des agents. Cette situation juridique a engendré l'obligation pour le Conseil de l'Europe de payer la rémunération indiquée dans les barèmes pour la période considérée (voy. Commission de Recours de l'OTAN, décision Salançon et autres, n.º 80 du 16.11.77, p. 6), majorée le cas échéant, des indemnités prévues dans le Statut et les Règlements, cette rémunération étant affectée des seules contributions prévues par le Statut (contributions dues au titre de la couverture sociale et du régime de pension).

66. Sans doute le droit pour le Comité des Ministres qui a établi les critères devant servir à la fixation des barèmes, de modifier ces critères, n'est pas ici en discussion. Encore faut-il apprécier à quelles conditions et quand il y a été procédé. Or en l'occurrence, le Comité des Ministres a, en instituant un

prélèvement, réduit, pour la période de référence, sous la forme d'un abattement, les salaires selon le mode de calcul indiqué dans les recommandations formulées par le Comité de coordination dans son 195^e rapport.

Qu'il s'agisse d'une réduction, cela ressort du fait que ce sont les barèmes qui continuent à être utilisés pour déterminer en pourcentage les indemnités et contributions des agents alors qu'il a été procédé à un abattement. C'est ce fait du Comité des Ministres qui a eu pour effet de porter atteinte au droit subjectif qu'ont les requérants au maintien de la rémunération, telle qu'elle était déterminée pour la période de référence.

67. La modification décidée unilatéralement a eu pour conséquence d'amputer les rémunérations dont les agents étaient en droit de bénéficier. Or, en l'espèce, la situation juridique des requérants en leur qualité d'agents du Conseil de l'Europe, ne pouvait être modifiée unilatéralement par l'Administration.

Une telle modification réduisant les rémunérations des agents porte atteinte au droit subjectif de ceux-ci. Dans les conditions où elle a été réalisée, elle ne pouvait être décidée qu'après et avec l'accord du personnel de l'Organisation sans préjudice du pouvoir du Comité des Ministres d'imposer des restrictions salariales, même pendant la période couverte par les barèmes fixés, si elles devaient être justifiées par des circonstances de gravité et d'urgence exceptionnelles, situation étrangère aux circonstances en cause.

68. En l'espèce, bien que le personnel de l'Organisation ait pu faire valoir son point de vue par l'intermédiaire de ses représentants, il n'y a pas eu concertation qui ait abouti à un accord sur le prélèvement tel qu'il a été décidé par la Comité des Ministres, prélèvement qui rétroagissant au 1^{er} juillet 1983, a été appliqué à une période antérieure à toute notification aux intéressés.

69. Il se déduit de l'ensemble de ces considérations que le prélèvement arrêté par la Résolution (84) 2 a méconnu le droit des requérants au paiement de la rémunération prévue dans les barèmes pour la période considérée et que, en conséquence, le prélèvement est entaché d'illégalité.

70. Dès lors les requérants ont droit au remboursement des sommes indûment prélevées sur leur rémunération par la décision du Comité des Ministres dont le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe a assuré l'application.

71. Il ressort de ce qui précède que la Commission n'a pas à examiner tous autres moyens soulevés par les requérants à l'encontre de la décision litigieuse.

Par ces motifs,
la Commission de Recours:

Déclare les recours fondés;

Annule les décisions individuelles par lesquelles le Secrétaire Général applique la décision du Comité des Ministres relative au prélèvement sur les rémunérations du personnel du Conseil de l'Europe;

Ordonne le remboursement des sommes indûment prélevées;

Décide que le Conseil de l'Europe remboursera aux requérants les faits exposés par eux à concurrence de la somme de 500 FF par requérant.

Le Secrétaire
de la Commission de Recours

M. DE SALVIA

Le Président
de la Commission de Recours

W. J. GANSHOF VAN DER
MEERSCH

Prononcé à Strasbourg en audience publique, ce 15 mai 1985, le texte français de la sentence faisant foi.

ASSEMBLEIA PARLAMENTAR

RECOMENDAÇÃO 934 (1982) ⁽¹⁾ RELATIVA A ENGENHARIA GENÉTICA

1. A liberdade de investigação científica, que é um valor fundamental das nossas sociedades, acarreta responsabilidades no que concerne à saúde, segurança e qualidade de vida.
2. Os direitos à vida e dignidade humanas, garantidos pelos artigos 2.º e 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, implicam o direito de herdar, sem qualquer manipulação, as características genéticas.

P. F.

Recommendation 934 (1982) relative à l'ingénierie génétique ⁽²⁾

L'Assemblée,

1. Consciente de l'inquiétude que suscite dans le public l'application de nouvelles techniques scientifiques de recombinaison artificielle de matériaux génétiques provenant d'organismes vivants, désignée sous le terme d'«ingénierie génétique»;

⁽¹⁾ Adoptada em 26 de Janeiro de 1982

⁽²⁾ In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXV.

2. Considérant que cette inquiétude est de deux ordres:

- celle due à l'incertitude qui règne quant aux incidences de la recherche expérimentale sur la santé, la sécurité et l'environnement;
- celle due aux problèmes juridiques, sociaux et éthiques à long terme soulevés par la possibilité de connaître et de manipuler les caractéristiques génétiques héréditaires d'un individu;

3. Tenant compte, en ce qui concerne les incidences de la recherche expérimentale sur la santé, la sécurité et l'environnement, des considérations suivantes;

- i. les techniques d'ingénierie génétique offrent un immense potentiel industriel et agricole qui, au cours des prochaines décennies, pourrait aider à résoudre les problèmes mondiaux de production alimentaire, d'énergie et de matières premières;
- ii. la découverte et la mise au point de ces techniques représentent une percée fondamentale dans la connaissance scientifique et médicale (universalité du code génétique);
- iii. la liberté de la recherche scientifique — valeur fondamentale de nos sociétés et condition de leur adaptabilité aux transformations de l'environnement mondial — entraîne des devoirs et des responsabilités, notamment en ce qui concerne la santé et la sécurité du grand public et des autres travailleurs scientifiques, ainsi que la noncontamination du cadre de vie;
- iv. à la lumière des connaissances et de l'expériences scientifiques de l'époque, l'incertitude qui régnait quant aux incidences des expériences d'ingénierie génétique sur la santé, la sécurité et l'environnement était une cause légitime d'inquiétude au début des années 70 — au point qu'elle a amené à l'époque la communauté scientifique à demander que l'on s'abstînt de certains types d'expériences;
- v. les connaissances et l'expérience scientifique ont permis, ces dernières années, de clarifier et de dissiper pour une bonne part les incertitudes qui entouraient la recherche expérimentale — au point d'entraîner un relâchement sensible des mesures de contrôle et de limitation initialement instituées ou envisagées;

- vi. le grande public et les travailleurs de laboratoire doivent, dans tous les pays, bénéficier d'un niveau strict et comparable de protection contre les risques qu'implique la manipulation des micro-organismes pathogènes en général, que l'on recoure ou non à des techniques d'ingénierie génétique;

4. Eu égard, en ce qui concerne les problèmes juridiques, sociaux et éthiques, aux considérations suivantes inspirées par la 7^e Audition parlementaire publique du Conseil de l'Europe (Copenhague, 25 et 26 mai 1981) sur l'ingénierie génétique et les droits de l'homme:

- i. les droits à la vie et à la dignité humaine garanties par les articles 2 et 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme impliquent le droit d'hériter des caractéristiques génétiques n'ayant subi aucune manipulation;
- ii. ce droit doit être expressément énoncé dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme;
- iii. la reconnaissance expresse de ce droit ne doit pas s'opposer à la mise au point d'applications thérapeutiques de l'ingénierie génétique (thérapie des gènes), pleine de promesses pour le traitement et l'élimination de certaines maladies transmises génétiquement;
- iv. la thérapie des gènes ne doit être pratiquée et expérimentée qu'avec le libre consentement et la pleine information de l'intéressé ou, en cas d'expérimentation sur des embryons, des foetus ou des mineurs, avec le libre consentement et la pleine information des parents ou des tuteurs;
- v. les limites d'une application thérapeutique légitime des techniques d'ingénierie génétique doivent être clairement définies, portées à la connaissance des chercheurs et des expérimentateurs, et faire l'objet de révisions périodiques;
- vi. il conviendra d'élaborer dans ses grandes lignes une réglementation visant à protéger les individus contre les applications de ces techniques à des fins non thérapeutiques;

5. Formulant le souhait que la Fondation européenne de la science maintienne à l'étude:

- a. les modalités et les critères d'autorisation d'emploi, en médecine, en agriculture et en industrie, des produits des techniques de recombinaisons génétiques *in vitro*;
- b. les incidences de la commercialisation des techniques de recombinaisons génétiques *in vitro* sur le financement et les orientations de la recherche fondamentale en biologie moléculaire,

6. Invite les gouvernements des Etats membres:

- a. à prendre note des réévaluations intervenues ces dernières années au sein de la communauté scientifique en ce qui concerne les niveaux de risque de la recherche impliquant des recombinaisons génétiques *in vitro*, et à adapter leurs systèmes de surveillance et de contrôle en fonction de ces réévaluations;
- b. à prévoir la réévaluation périodiques des niveaux de risque de la recherche impliquant des techniques de recombinaisons génétiques *in vitro* dans le cadre réglementaire prévu pour l'évaluation des risques liés à la recherche impliquant la manipulation de micro-organismes en général;

7. Recommande au Comité des Ministres:

- a. d'élaborer un accord européen sur ce qui constitue une application légitime des techniques d'ingénierie génétique aux êtres humains (y compris aux générations futures), d'aligner les législations nationales en conséquence, et de promouvoir la conclusion d'accords analogues au niveau mondial;
- b. de prévoir la reconnaissance expresse, dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, du droit à un patrimoine génétique n'ayant subi aucune manipulation, sauf en application de certains principes reconnus comme pleinement compatibles avec le respect des droits de l'homme (par exemple dans le domaine des applications thérapeutiques);
- c. de prévoir l'établissement d'une liste des maladies graves susceptibles d'être traitées par la thérapie des gènes avec le consentement de l'intéressé (bien que certaines interventions opérées sans consentement, conformément à la pratique en vigueur pour d'autres formes de traitement médical, puissent être considérées comme compatibles avec le respect

- des droits de l'homme lorsqu'une maladie très grave risque d'être transmise à l'enfant de l'intéressé);
- d. de définir les principes régissant la saisie, la sécurité du stockage et l'exploitation des informations génétiques sur les individus, en assurant en particulier la protection du droit à la vie privée des personnes concernées conformément aux conventions et résolutions du Conseil de l'Europe relatives à la protection des données;
 - e. d'examiner si les niveaux de protection de la santé et de la sécurité du grand public et des employés de laboratoire s'occupant d'expériences ou d'applications industrielles faisant appel à des micro-organismes, y compris les micro-organismes soumis à des techniques de recombinaisons génétiques *in vitro*, sont suffisants et comparables dans toute l'Europe, et si la législation et les mécanismes institutionnels existants offrent un cadre suffisant pour assurer à cette fin leur vérification et leur révision périodiques;
 - f. de faire en sorte, par des contrôles périodiques, effectués en liaison avec la Fondation européenne de la science, que les mesures nationales de limitation de la recherche sur les recombinaisons génétiques *in vitro*, ainsi que les mesures mises en oeuvre pour assurer la sécurité dans les laboratoires, continuent à converger et à évoluer (bien que par des voies différentes) vers une harmonisation en Europe, à la lumière des nouvelles données de la recherche et des nouvelles évaluations des risques;
 - g. d'examiner le projet de recommandation du Conseil des Communautés européennes sur l'enregistrement des expériences impliquant des recombinaisons génétiques *in vitro* et sur leur notification aux autorités nationales et régionales, en vue de la mise en oeuvre concertée de ses dispositions dans les pays du Conseil de l'Europe;
 - h. d'examiner la brevetabilité des micro-organismes génétiquement modifiés par les techniques de recombinaisons génétiques *in vitro*.



NAÇÕES UNIDAS

NAÇÕES UNIDAS

COMISSÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

SUBCOMISSÃO DA LUTA CONTRA MEDIDAS DISCRIMINATÓRIAS E PROTECÇÃO DAS MINORIAS

PROJECTO DE DELIBERAÇÃO SOBRE A INDEPENDÊNCIA DA JUSTIÇA

- I. O desenvolvimento e encorajamento do respeito pelos direitos do homem é um dos fins das Nações Unidas.
- II. Todos têm direito a julgamento equitativo e público por um tribunal independente e imparcial das suas causas cíveis e penais.
- III. A imparcialidade e independência do poder judicial, dos jurados e advogados são indispensáveis à garantia da legalidade e da igualdade perante a lei.

P. F.

PROJECTO DE DECLARAÇÃO:

L'Assemblée générale,

Considérant que les peuples du monde se sont déclarés résolus, dans la Charte des Nations Unies, à proclamer à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine

et dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande,

Considérant que l'un des buts des Nations Unies est, aux termes de la Charte, de développer et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion,

Considérant que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame, à l'article 2, que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés énoncés dans cette 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, ou qui serait fondée sur le statut du territoire dont l'intéressé est ressortissant,

Considérant que la Déclaration universelle proclame, à l'article 10, que 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,

Ayant à l'esprit le Statut de la Cour internationale de Justice, qui postule et énonce le principe de l'indépendance des juges, (1)

Rappelant que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques contient des dispositions visant à garantir que toute personne dont les droits et libertés auront été violés disposera d'un recours utile et à développer les possibilités de recours juridictionnel,(2)

(1) Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, art.º 1.º

(2) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art.º 14.

Considérant que plusieurs instruments internationaux ont proclamé que tous les êtres humains sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi,

Rappelant la résolution 3144 (XXVIII) de l'Assemblée générale en ce qui concerne le projet de principes relatifs à l'égalité dans l'administration de la justice,

Procédant sur la base de la résolution 5 (XXXII) de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et à la lumière des débats tenus par la Sous-Commission et des décisions prises par elle lors de ses sessions successives,

Reconnaissant que le principe de l'impartialité et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, des jurés et des assesseurs et de l'indépendance des avocats est le fondement de la légalité, de l'égalité devant la loi, de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités,

Ayant à l'esprit la résolution 16 du sixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, où le Congrès a demandé au Comité pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance de faire figurer parmi ses tâches prioritaires l'élaboration de principes directeurs en ce qui concerne l'indépendance des juges, ainsi que la décision 1984/153 du Conseil économique et social en date du 25 mai 1984, où le Conseil a invité la Réunion préparatoire interrégionale sur la formulation et l'application des normes de l'Organisation des Nations Unies en matière de justice pénale à mettre au point une version finale du projet de principes directeurs relatifs à l'indépendance du pouvoir judiciaire formulé par le Comité pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance à sa huitième session, et a invité le Secrétaire général à soumettre le texte définitif au septième Congrès pour adoption,

Notant qu'en dépit des diversités des systèmes politiques et des mécanismes juridiques en vigueur dans les différents pays, l'existe un consensus fondamental et important sur les principes et les normes minimales relatifs à l'indépendance de la justice dans les constitutions et les systèmes juridiques du monde,

Préoccupée par l'écart qui existe entre la conception sur laquelle reposent les principes universellement admis en ce qui concerne l'indépendance de la justice et la situation qui existe en fait dans de nombreuses parties du monde,

Convaincue que la réaffirmation et le développement des principes relatifs à l'indépendance de la justice et l'application de normes fondées sur ces principes contribueront à améliorer l'administration de la justice et à renforcer la primauté du droit dans les institutions,

Désireuse de promouvoir la solidarité mondiale en ce qui concerne les principes et les normes relatifs à l'indépendance de la justice,

Convaincue qu'une déclaration internationale sur l'indépendance de la justice contribuera à faire progresser la justice, à renforcer la liberté et à assurer la primauté du droit ainsi qu'à développer les institutions juridiques et à élargir les possibilités de recours judiciaires envisagées à l'article 23) b) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,

Proclame solennellement la présente Déclaration internationale sur l'indépendance de la justice,

Invite les Etats Membres à adhérer aux principes et aux normes contenus dans la présente déclaration, à favoriser aussi largement que possible sa diffusion, notamment parmi les juges, les avocats, les jurés et les assesseurs, et à mettre au point des programmes destinés à renforcer les institutions juridiques et les moyens judiciaires,

Invite les organisations intergouvernementales et non gouvernementales à assurer la diffusion la plus large possible des principes et des normes contenus dans la présente déclaration et à s'engager à faire des efforts soutenus pour assurer leur respect universel.

LES JUGES

OBJECTIFS ET FONCTIONS

1. Les objectifs et fonctions de la magistrature comprennent:

- a) L'administration impartiale de la justice, quelles que soient les parties;
- b) La promotion, dans les limites propres au pouvoir judiciaire, de la reconnaissance et du respect des droits de la personne;
- c) La recherche de la sécurité pour tous les peuples dans le respect du droit.

INDEPENDANCE

2. Le juge est libre et tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité, selon son interprétation des faits et de la loi, sans être soumis à des restrictions, des influences, des incitations, des pressions, des menaces ou des ingérences, directes ou indirectes, quel qu'en soit l'origine ou le motif.

3. En matière de jugement, le juge est indépendant de ses collègues et de ses supérieurs. L'organisation hiérarchique de la magistrature et les différences de grade ou de rang ne portent atteinte en aucun cas au droit du juge de se prononcer en toute liberté.

4. Le pouvoir judiciaire est indépendant des pouvoirs exécutif et législatif.

5. Le pouvoir judiciaire exerce sa compétence, en première instance ou en appel, pour toutes les questions de caractère judiciaire:

- a) On n'établit aucun tribunal d'exception pour connaître d'affaires relevant normalement de la compétence des tribunaux ordinaires;
- b) Chacun a le droit d'être jugé sans délai par les tribunaux ordinaires ou par des instances judiciaires établies par la loi sous réserve de réexamen par les tribunaux;

- c) Certaines dérogations sont admissibles dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation, mais seulement dans les conditions prescrites par la loi et dans des limites strictement conformes aux normes minimales internationalement reconnues et sous réserve de révision par les tribunaux;
- d) En cas de danger public exceptionnel:
 - i. Les civils accusés d'une infraction pénale sont jugés par les tribunaux civils ordinaires élargis, le cas échéant, par la nomination d'autres juges civils compétents et intègres;
 - ii. La détention administrative sans inculpation fait l'objet d'un examen par les tribunaux ordinaires au moyen de la procédure d'*habeas corpus* ou autres procédures semblables pour assurer la légalité de la détention et enquêter sur toute allégation de mauvais traitements;
- e) La compétence des tribunaux militaires se limite aux infractions d'ordre militaire commises par des membres des forces armées. Il existe toujours un droit d'appel de ces tribunaux à une cour d'appel compétente;
- f) Il n'est exercé aucun pouvoir susceptible de porter atteinte au processus judiciaire;
- g) L'Exécutif n'exerce pas de contrôle sur le judiciaire;
- h) L'Exécutif ne peut ni fermer les tribunaux ni suspendre leurs activités;
- i) L'Exécutif s'abstient de toute action ou omission qui préjuge du règlement judiciaire d'un litige ou empêche l'exécution normale d'un jugement.

6. Il n'est pas adopté de loi ni de décret qui vise à infirmer rétroactivement des décisions judiciaires particulières ou à modifier la composition du tribunal pour en influencer les décisions.

7. Les juges peuvent agir de façon collective afin de protéger leur indépendance professionnelle.

8. Les juges agissent toujours de manière à préserver la dignité de leurs fonctions ainsi que l'impartialité et l'indépendance de la magistrature. Sous cette réserve, les juges jouissent de la liberté d'opinion, de parole, d'expression, d'association, de réunion et de mouvement.

QUALIFICATIONS, SELECTION ET FORMATION DES JUGES

9. Les candidats à la magistrature sont intègres et compétents. Ils jouissent de l'égalité d'accès à la magistrature; sauf dans le cas des juges non professionnels, ils doivent avoir une bonne formation juridique.

10. La sélection des juges se fait sans aucune distinction de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation, sous réserve toutefois des conditions relatives à la citoyenneté.

11. Le processus et les critères de choix des juges visent notamment à assurer que la magistrature reflète équitablement tous les aspects de la société.

- a) La méthode de sélection doit protéger scrupuleusement l'institution contre les nominations fondées sur des motifs illégitimes;
- b) La participation du pouvoir exécutif ou législatif à la nomination des juges est compatible avec l'indépendance de la magistrature, pourvu que ces nominations soient faites après consultation de la magistrature et du barreau ou par un organisme où siègent des membres de la magistrature et du barreau.

12. Les juges doivent avoir accès à des cours de formation permanente.

AFFECTATION, AVANCEMENT ET MUTATION

13. L'affectation d'un juge à un poste au sein du tribunal où il est nommé et l'attribution d'affaires à des juges ou à des chambres constituent des mesures administratives internes qui relèvent du pouvoir judiciaire.

15. L'avancement d'un juge dépend d'une évaluation objective de son intégrité, de son indépendance, de sa compétence professionnelle, de son expérience, de son sens humanitaire et de son engagement à assurer la primauté de la règle de droit. Aucune promotion n'est accordée pour des motifs illégitimes.

16. Sauf en vertu d'un système de roulement ou d'avancement régulier, les juges ne sont pas mutés d'une juridiction ou d'une fonction à une autre sans leur consentement, mais lorsque la mutation s'inscrit dans le cadre d'une politique uniforme formulée après avoir été dûment examinée par la magistrature, aucun juge ne pourra refuser son consentement sans raison valable.

MANDAT

17. Le mandat des juges, leur indépendance, leur sécurité, une rémunération et des conditions de service adéquates sont assurés par la loi et ne peuvent être modifiés à leur détriment.

a) Les juges nommés ou élus, sont inamovibles jusqu'à l'âge de la mise à la retraite obligatoire ou jusqu'à l'expiration légale de leur mandat.

18. Les juges peuvent être tenus d'accomplir une période de stage après leur nomination initiale mais, dans ce cas, la nomination des stagiaires et leur titularisation relèvent essentiellement de la magistrature ou d'un Conseil supérieur de la magistrature.

19. Durant leur mandat, les juges reçoivent un traitement et, à leur retraite, ils touchent une pension;

a) Les traitements et pensions des juges sont adéquats, correspondent au statut, à la dignité et aux responsabilités propres à leurs fonctions;

b) L'âge de la retraite des juges en fonctions n'est pas modifié sans leur assentiment.

20. Il incombe au pouvoir exécutif d'assurer en tout temps la sécurité et la protection physique des juges et de leur famille.

21. Les juges sont protégés contre toute poursuite personnelle liée à l'exercice de leurs fonctions judiciaires et ne peuvent être poursuivis au civil ou au pénal sans une autorisation d'une autorité judiciaire compétente.

22. Les juges sont liés par le secret professionnel en ce qui concerne leurs délibérations et les informations confidentielles obtenues dans l'exercice de leurs fonctions en dehors des audiences publiques.

a) Les juges ne sont pas tenus de témoigner en ces matières.

RECUSATION DES JUGES

23. Les juges ne peuvent pendant la durée de leur mandat faire partie de l'exécutif ou du législatif et ne peuvent pas exercer des fonctions politiques ou des responsabilités dans un parti, sauf s'il est clair que le cumul de ces fonctions ne compromet pas l'indépendance du pouvoir judiciaire.

24. Les juges ne peuvent être présidents ou membres de commissions d'enquête que dans le cas où cette fonction exige une compétence en matière judiciaire.

25. Les juges ne peuvent donner un avis consultatif que si une disposition constitutionnelle ou législative le prévoit expressément.

26. Les juges s'abstiennent de toute activité d'affaires sauf quant à leurs propres biens mobiliers ou immobiliers.

27. Un juge ne participe pas à l'audition d'une affaire lorsqu'il existe une crainte raisonnable quant à son impartialité ou qu'il y a conflit d'intérêts ou incompatibilité de fonctions.

PROCEDURE DISCIPLINAIRE ET REVOCATION

28. Une plainte contre un juge est traitée sans délai et équitablement en vertu d'une procédure appropriée. Le juge a la possibilité de faire connaître son point de vue dès l'examen initial de la plainte. Cet examen demeure confidentiel, sauf demande contraire du juge.

- a) Une action disciplinaire ou révocatoire contre un juge est engagée devant un tribunal ou un conseil composé en majorité de membres de la magistrature;
- b) Toutefois la législature peut être investie du pouvoir de révocation qu'elle exerce alors par voie de mise en accusation ou de requête conjointe, de préférence suite à une recommandation du tribunal ou du conseil mentionné ci-dessus à l'alinéa a).

29. Toute action disciplinaire est fondée sur des normes établies de conduite judiciaire.

30. La procédure disciplinaire concernant les juges assure au juge mis en cause un traitement équitable et une audition complète.

31. A l'exception des procédures devant la législature, l'instance disciplinaire ou révocatoire se déroule à huis clos. Le juge peut toutefois demander que l'instance soit publique; le tribunal disciplinaire statue sur cette demande par une décision motivée et sans appel. Les décisions rendues en matière disciplinaire, que l'instance se soit déroulée à huis clos ou en public, peuvent être publiées.

32. Un juge n'est sujet à révocation que sur preuve d'incapacité ou d'inconduite qui le rende inapte à demeurer en fonctions.

33. Les juges ne sont pas affectés par l'abolition du tribunal où ils siègent, sauf pour leur nomination à un autre tribunal de même niveau de compétence.

34. Pour l'essentiel, l'administration des cours, y compris la supervision et le contrôle disciplinaire du personnel administratif et du personnel auxiliaire, relève de la magistrature.

35. L'Etat a le devoir supérieur de fournir des ressources financières suffisantes pour permettre l'administration normale de la justice, y compris les installations matérielles nécessaires au maintien de l'indépendance, de la dignité et de l'efficacité de la magistrature; le personnel judiciaire et administratif; et les budgets de fonctionnement.

36. Le budget des tribunaux est établi par l'autorité compétente en collaboration avec la magistrature, compte tenu des besoins de l'administration judiciaire.

37. C'est à la magistrature elle-même qu'il incombe de répartir les affaires entre les différents juges ou les différentes chambres composées de plusieurs juges, conformément à la loi ou au règlement du tribunal.

38. Le président d'une cour ne peut exercer de contrôle sur les juges que pour les questions administratives.

DIVERS

39. Le juge assure le déroulement impartial du procès et enquête soigneusement sur toute allégation de violation des droits d'une partie ou d'un témoin, y compris les allégations de mauvais traitements.

40. Les juges se montrent respectueux envers les membres du barreau.

41. L'Etat assure l'exécution des décisions judiciaires; mais c'est la magistrature qui surveille la procédure d'exécution.

42. Les juges se tiennent informés des conventions internationales et autres instruments établissant des normes en matière de droits de l'homme et s'efforcent de les mettre en oeuvre autant que faire se peut dans le cadre de leurs constitution et législation nationales.

43. Ces principes et normes s'appliquent à toutes les personnes exerçant des fonctions judiciaires, y compris les arbitres et les procureurs de l'Etat, sauf context à ce contraire.

LES JURES ET LES ASSESSEURS

CHOIX DES JURES

44. La possibilité d'exercer les fonctions de juré est étendue à tous sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, sous réserve toutefois des conditions relatives à la citoyenneté.

45. Les noms des jurés sont tirés d'une liste de base établie elle-même à partir d'une ou de plusieurs listes, régulièrement mises à jour, des personnes qui ont leur résidence dans le ressort du tribunal.

46. La liste de base des jurés est représentative et comprend autant que possible toute la population adulte résidant dans le ressort du tribunal.

47. Le tribunal révise périodiquement la liste de base des jurés afin de s'assurer qu'elle est représentative et complète. Si le tribunal constate qu'il y a lieu de rendre la liste des jurés plus représentative ou complète, il prend les mesures correctives appropriées.

48. Le sort préside à toutes les étapes du processus du choix des jurés.

49. La fréquence et la durée des périodes pendant lesquelles une personne est appelée à exercer les fonctions de juré et à être disponible à cet effet sont réduites au minimum compatible avec les besoins de la justice.

50. Toutes les excuses ou exemptions automatiques de l'exercice des fonctions de juré sont supprimées.

51. Les personnes qui remplissent les conditions requises pour remplir les fonctions de juré et qui sont convoquées à cette fin, ne peuvent être excusées que pour raison valable et par le tribunal ou avec son autorisation.

SELECTION D'UN JURY DETERMINE

52. L'interrogatoire des futurs jurés se limite aux questions permettant de déterminer s'il y a lieu d'écarter un juré pour cause et d'exercer des récusations péremptoires.

53. Si le juge constate au cours de l'interrogatoire des jurés éventuels qu'une personne ne peut pas ou ne veut pas entendre la cause en l'espèce de façon équitable et impartiale, le nom de cette personne est rayé de la liste des jurés. Cette décision peut être rendue à la demande d'une partie ou de la propre initiative du juge.

54. Dans les juridictions où les récusations péremptoires sont permises, leur nombre et la procédure à suivre pour les exercer sont uniformes pour le même genre de causes.

55. Les récusations péremptoires se limitent au nombre requis pour assurer de façon raisonnable la constitution d'un jury impartial.

ADMINISTRATION DU SYSTEME DE JURY

56. C'est à la magistrature qu'incombe exclusivement l'administration du système du jury.

57. L'avis appelant une personne à être juré est rédigé par écrit, dans un langage facile à comprendre, et signifié en temps utile.

58. Le tribunal utilise les services des jurés le mieux possible tout en leur créant le moins d'inconvénients possible.

59. Le tribunal protège les jurés contre la menace et l'intimidation.

60. Le tribunal fournit aux jurés des locaux confortables, qui sont aménagés de façon à réduire de plus possible les rapports entre les jurés et les parties, les avocats et le public.

61. Les personnes appelées à exercer les fonctions de juré reçoivent une indemnité raisonnable.

62. Il est interdit aux employeurs de pénaliser les employés qui sont appelés à exercer les fonctions de juré.

EXERCICE DES FONCTIONS DE JURE ET DELIBERATIONS

63. Des procédures appropriées empêchent l'avortement d'un procès à la suite de circonstance imprévues qui réduisent le nombre des jurés.⁽³⁾

64. Le tribunal donne aux futurs jurés des instructions propres à leur faire mieux comprendre le fonctionnement du système judiciaire et à les préparer à exercer leurs fonctions de jurés avec compétence.

65. Dans un langage simple, le juge:

- a) donne des explications préliminaires, immédiatement après la constitution du jury, sur le rôle de celui-ci et la procédure suivie au cours du procès;
- b) Instruit le jury, avant le début des délibérations, sur les règles de droit applicables.

66. Le jury délibère à huis clos. Aucun juré ne rend publiques les raisons de son verdict.

- a) Le jury n'est isolé que pour mettre ses membres à l'abri des informations ou des influences indues,
- b) Des règles uniformes prévoient que soient réduits au minimum les inconvénients et les désagréments consécutifs à l'isolement des jurés.

⁽³⁾ Creio que importa ter em atenção este princípio na reforma do nosso direito processual penal.

67. Un assesseur peut remplir les fonctions de juge, ou de juge adjoint ou auxiliaire, ou d'expert juridique ou technique. Dans l'exercice de ces fonctions, les assesseurs s'acquittent de leurs devoirs et accomplissent leur tâche de manière impartiale et indépendante. Les principes et normes qui s'appliquent aux juges et aux experts indépendants sont applicables aux assesseurs, à moins que le contexte ne s'y oppose.

LES AVOCATS

DEFINITIONS

68. Dans le présent chapitre:

- a) «Avocat» désigne une personne qualifiée et habilitée à exercer devant les juridictions et à conseiller et représenter ses clients dans les matières juridiques;
- b) «Barreau» désigne l'organisation professionnelle reconnue à laquelle appartiennent les avocats d'un ressort donné.

PRINCIPES GENERAUX

69. L'indépendance du barreau constitue une garantie essentielle de la promotion et de la protection des droits de la personne.

70. Un régime juste et équitable d'administration de la justice mettant les avocats à l'abri de toutes restrictions, influences, incitations, pressions, menaces ou ingérences directes ou indirectes, de quelque origine ou pour quelque motif que ce soit, garantit l'indépendance des avocats dans l'accomplissement de leurs devoirs professionnels.

71. Toute personne a un accès réel aux services offerts par un avocat indépendant afin d'assurer et de protéger ses droits tant au niveau économique, social et culturel, qu'au niveau civil et politique.

FORMATION JURIDIQUE ET ACCES A LA PROFESSION D'AVOCAT

72. L'accès à la formation juridique est ouvert à toute personne ayant les qualifications requises et n'est refusé à personne pour des motifs de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou toute autre situation.

73. La formation juridique est conçue de manière à favoriser dans l'intérêt public, outre la compétence technique, la conscience des idéaux et de la déontologie de l'avocat ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par le droit national et international.

74. Les programmes de formation juridique tiennent compte des responsabilités sociales de l'avocat, y compris la collaboration à la fourniture de services juridiques aux personnes démunies et la promotion et la défense des droits économiques, sociaux et culturels dans le processus du développement.

75. Toute personne qui possède l'intégrité nécessaire, une réputation honorable et les qualifications juridiques requises a le droit de devenir avocat et de continuer à en exercer la profession sans qu'on lui fasse grief d'une condamnation consécutive à l'exercice de droits civils ou politiques internationalement reconnus.

FORMATION DU PUBLIC EN MATIERE JURIDIQUE

76. Les avocats ont la responsabilité d'éduquer le public sur le principe de la primauté du droit et sur l'importance de l'indépendance de la magistrature et de la profession d'avocat; ils doivent également l'informer sur ses droits et devoirs ainsi que sur les recours appropriés qui lui sont accessibles.

DROITS ET DEVOIRS DES AVOCATS

77. Les devoirs de l'avocat à l'égard de son client consistent à:

- a) conseiller le client quant à ses droits et obligations juridiques;
- b) prendre les mesures juridiques nécessaires pour le protéger et protéger ses intérêts; et le cas échéant,
- c) le représenter devant les juridictions, tribunaux ou autorités administratives.

78. Dans l'accomplissement de ses devoirs, l'avocat agit en tout temps, en toute liberté, avec diligence et courage, conformément à la loi, dans le respect de la volonté de son client et de la déontologie de la profession d'avocat, sans se soucier des restrictions ou des pressions auxquelles il peut être soumis de la part des autorités ou du public.

79. Toute personne et tout groupe de personnes a droit de recourir aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts ou sa cause dans les limites de la loi et l'avocat a le devoir d'agir à cette fin au mieux de ses capacités. En conséquence ni les autorités ni le public ne doivent identifier l'avocat à son client ou à la cause de son client, quelle qu'en soit la popularité ou l'impopularité.

80. Nul avocat ne doit être victime ou menacé de sanctions pénales, civiles, administratives, économiques ou autres pour avoir conseillé ou représenté un client ou défendu la cause d'un client.

81. Aucun tribunal ni aucune autorité administrative ne peut refuser de reconnaître le droit d'un avocat de comparaître devant elle pour son client.

82. L'avocat est tenu des marques de respect dues à la magistrature. Toutefois, il a le droit de soulever une objection à la participation ou à la poursuite de la participation d'un juge à l'examen d'une affaire déterminée, ou une objection quant à la manière dont un juge conduit un procès ou une audience.

83. Si un avocat fait l'objet de quelque poursuite pour manquement au respect dû à une juridiction, aucune sanction contre lui n'est prononcée par un juge qui a participé à la procédure qui est à l'origine des poursuites contre l'avocat.

84. Sauf les cas ici prévus, un avocat jouit de l'immunité civile et pénale pour les déclarations pertinentes qu'il fait de bonne foi dans ses plaidoiries écrites ou orales, ou dans l'exercice de sa profession devant une juridiction, un tribunal ou une autre autorité judiciaire ou administrative.

85. Dans le cas d'individus détenus, l'indépendance des avocats est garantie de façon à assurer à ces individus une assistance judiciaire libre et équitable. On prend les mesures nécessaires pour éviter toute suggestion de collusion, d'entente ou de dépendance entre l'avocat qui représente un détenu et les autorités.

86. Les avocats bénéficient de tous autres avantages et privilèges nécessaires à l'exercice efficace de leurs responsabilités professionnelles, et notamment:

- a) de la protection absolue du caractère confidentiel des relations entre avocat et client;
- b) du droit de voyager et de rencontrer leurs clients librement aussi bien à l'intérieur de leur propre pays qu'à l'étranger;
- c) du droit de rechercher, de recevoir et, sous réserve des règles de leur profession, de communiquer librement des informations et des idées relatives à leurs activités professionnelles, et
- d) du droit d'accepter ou de refuser un client ou un mandat.

87. Les avocats jouissent des libertés d'opinion, d'expression d'expression d'association et de réunion; en particulier ils possèdent le droit:

- a) de participer aux débats publics sur les questions relatives à la loi et à l'administration de la justice;
- b) de constituer librement des organisations locales, nationales ou internationales, ou d'y adhérer;
- c) de proposer des réformes juridiques mûrement réfléchies dans l'intérêt public et d'informer la population de ces questions, et
- d) de participer pleinement et activement à la vie politique, sociale et culturelle de leurs pays.

88. Les règles et règlements applicables aux honoraires et à la rémunération des avocats tendent à ce que ces derniers touchent un revenu juste et suffisant, et que les services juridiques soient offerts au public à des conditions raisonnables.

SERVICES JURIDIQUES POUR LES INDIGENTS

89. Le concept de l'indépendance du barreau a nécessairement comme corollaire le devoir pour ses membres de mettre leurs services à la disposition de toutes les classes de la société de sorte que personne ne souffre de déni de justice et de promouvoir la cause de la justice en aidant à la protection des droits économiques, sociaux et culturels ainsi que droits civils et politiques des individus et des groupes.

90. Les pouvoirs publics ont la responsabilité de fournir des crédits suffisants pour les programmes de services juridiques à l'intention des défavorisés.

91. Les avocats qui participent à des programmes de services juridiques financés en totalité ou en partie par les fonds publics reçoivent une rémunération appropriée et leur indépendance professionnelle est pleinement garantie, en particulier par les dispositions ci-après:

La direction de ces programmes est confiée à un conseil indépendant, composé principalement ou entièrement de membres de la profession et doté des pleins pouvoirs sur les politiques, le budget et le personnel;

Il est reconnu que, dans son activité au service de la cause de la justice, l'avocat est responsable au premier chef envers son client qu'il doit conseiller et représenter en accord avec sa conscience et son jugement professionnels.

LE BARREAU

92. Il est créé dans chaque juridiction une ou plusieurs associations d'avocats indépendantes, autonomes et reconnues par la loi, dont le conseil ou autre organe exécutif est élu librement par tous les membres, sans ingérence d'aucune sorte de la part de quiconque. L'existence d'une telle association ne doit préjudicier en rien au droit des avocats de former, en plus, toute autre association d'avocats ou de juristes ou d'y adhérer.

93. Pour bénéficier du droit de comparaître devant les tribunaux, tout avocat doit être membre du barreau approprié.

FONCTIONS DU BARREAU

94. Les fonctions remplies par un barreau en vue d'assurer l'indépendance de la profession juridique sont entre autres:

- a) de promouvoir et défendre la cause de la justice sans crainte et en toute impartialité;
- b) de maintenir l'honneur, la dignité, l'intégrité, la compétence, la moralité, la déontologie et la discipline de la profession;
- c) de défendre le rôle des avocats dans la société et de préserver l'indépendance de la profession;
- d) de protéger et défendre la dignité et l'indépendance du pouvoir judiciaire;

- e) de promouvoir la liberté et l'égalité d'accès du public à la justice, et notamment aux services d'assistance judiciaire et juridique;
- f) de promouvoir le droit de chacun à ce que sa cause soit entendue équitablement et en public par un tribunal compétent, indépendant et impartial, en accord avec les procédures légales en vigueur en toutes matières;
- g) de promouvoir et de soutenir la réforme du droit, de faire des commentaires et de favoriser un débat public sur le contenu, l'interprétation et l'application de la législation actuelle ou projetée;
- h) de promouvoir l'exigence d'une formation juridique de haut niveau comme condition préalable à l'accès à la profession;
- i) de veiller à ce que l'accès à la profession soit librement ouvert, sans discrimination aucune, à quiconque possède la compétence professionnelle nécessaire et une réputation honorable et d'aider les nouveaux admis dans la profession;
- j) de promouvoir l'entraide parmi les membres de la profession et de prêter assistance aux membres de leur famille quand les circonstances l'exigent;
- k) de s'affilier aux organisations internationales d'avocats et de participer à leurs activités.

95. Quand une personne impliquée dans un différend désire retenir les services d'un avocat d'un pays étranger pour qu'il agisse avec un avocat local, le barreau coopère pour aider l'avocat étranger à obtenir le droit d'exercer devant les juridictions nationales.

96. Afin de pouvoir exercer sa fonction de protection de l'indépendance des avocats, le barreau est avisé immédiatement des raisons et motifs juridiques de l'arrestation ou de la détention d'un avocat; et pour les mêmes fins, le barreau reçoit un avis préalable de:

- i. toute perquisition sur sa personne ou ses biens,
- ii. toute saisie de documents en sa possession, et
- iii. toute décision d'entamer des procédures affectant ou mettant en question l'intégrité d'un avocat.

Dans des cas de ce genre, le barreau a le droit de se faire représenter par son président ou le délégué de celui-ci pour suivre la procédure et s'assurer en particulier du respect du secret professionnel.

POURSUITES DISCIPLINAIRES

97. Le barreau établit librement un code de déontologie pour les avocats et l'applique conformément à la loi.

98. Le barreau est seul compétent pour engager et mener des poursuites disciplinaires contre les avocats de sa propre initiative ou à la requête d'un justiciable. Bien qu'aucune juridiction ni autorité publique ne doivent engager elles-mêmes des poursuites disciplinaires contre un avocat, elles peuvent néanmoins informer le barreau d'une situation qui justifie l'institution de poursuites disciplinaires.

99. Les poursuites disciplinaires sont exercées en première instance par un comité disciplinaire constitué par le barreau.

100. Les décisions d'un comité disciplinaire peuvent être portées en appel devant un organe d'appel approprié.

101. Les procédures disciplinaires sont menées dans le respect complet des exigences de la loi et de l'équité, à la lumière des principes énoncés dans la présente Déclaration.

ESTUDOS

MARIA LEONOR MACHADO ESTEVES
DE CAMPOS E ASSUNÇÃO
Advogada

**«LA PEINE D'EMPRISONNEMENT
— QUELQUES CONSIDERATIONS»**

LE DROIT DE PUNIR — PETITE INTRODUCTION

I — «L'EVOLUTION DE LA PEINE»

- 1 — Le système penal du Moyen Age. Le cérémonial du châtimeut
- 2 — Les doctrines utilitaristes. L'humanisation de la peine.
- 3 — La peine de Prison

A — La Maison de Force de Gand et le «Panopticon» de Bentham.

B — Les prisons de la fin du XVIII ème siècle et debut du XIX.

- 4 — La Mesure de Sécurité. L'individualisation de la peine.

II — LA PRISON — AUJOURD'HUI

- 1 — L'espace/temps de la prison
- 2 — Le travail à la prison. L'espace comme «espace utile».
- 3 — Les rapports à l'intérieur de l'établissement. La thérapie de groupe.
- 4 — La prison-temps perdu.

III — LES MESURES DE REMPLACEMENT AUX PEINES PRIVATIVES DE LIBERTE

IV — CONCLUSION

NOTES

BIBLIOGRAPHIE

LE DROIT DE PUNIR — PETITE INTRODUCTION

«Si le droit de punir ne se confond pas avec la vengeance, cela ne résulte ni d'une disposition de notre nature ni d'une volonté morale, mais d'un simple fait historique. La justice n'est pas destinée à rendre l'homme meilleur où à le satisfaire individuellement, elle est un attribut du pouvoir»

THIERRY LEVY *«Le désir de Punir.
Essaie sur le privilège pénal»* p. 10

Avec la désagrégation du système vindicatoire inter-groupal des sociétés archaïques, c'est le chef (et postérieurement le souverain) qui réunit en soi les attributs d'élu par les desseins divins, et détenteur du pouvoir de décision en ce qui concerne la punition de ceux qui ont enfreint l'ordre social. Le droit de punir partage avec le pouvoir le mythe du surnaturel.

L'infracteur, en violant la norme qui, soulignons-le, possède un pouvoir agglutinant, ordonnateur et protecteur de ceux qui acceptent de s'y soumettre, se place en dehors de son atmosphère protectrice, s'exposant à la colère des dieux gardiens et inspirateurs de l'ordre établie par la norme. Le puniment est la contrepartie du mal commis par l'infracteur. La «punition» qui incarne le cérémonial du sacrifice de réparation, atteint parfois certaines limites comme la mort. Celle là est la purification par excellence. C'est, en effet, dans la mort de l'infracteur que l'idée de vengeance publique, qui prétend d'être proportionnelle à l'offense commise contre l'ordre social/divin, renforce la cohésion du groupe, momentanément perturbée.

La sanction répressive, devenue cette fois fonction de l'équilibre social, déclanchera des rapports d'autorité et d'intériorité. En répondant à un objectif de sanction, la peine est une souffrance, un mal imposé par l'autorité du groupe social.

Le système penal opposera la collectivité à l'individu qui transgresse ses prescriptions et interdictions.

Le droit de punir s'assume comme attribut du pouvoir.

«Le droit de punir est la justification de l'état».

«Il ne serait un droit que pour légitimer et moraliser un pouvoir de punir que l'état a capitalisé de plus en plus» observe M. Roehrer au Symposium sur le Droit de Punir (1). Et il ajoute que, au cours de l'Histoire, des penseurs ont cherché avec acharnement la justification de ce «pouvoir de punir» dans des arguments d'ordre religieux, humaniste, rationnel et scientifique.

Le pouvoir de punir est aujourd'hui, l'objectif d'une réflexion sérieuse dont l'urgence est proportionnelle à la perception qu'on ait du danger réel que peut représenter le dénommé «mythe de l'Etat Providence». Mettant en pratique l'exercice du pouvoir de punir qu'est son apanage, il est tout au moins prévisible que l'Etat, au nom d'une politique de protection sociale et de manutention de l'ordre public, vienne à institutionaliser de vrais modèles sociaux d'exclusion tels que l'internement dans les établissements de défense sociale, ce qui, de toute façon, propitiara la transformation de la «peine» en une thérapeutique de teint fondamentalement répressif «L'occident attribue à l'Etat le rôle d'empêcher le désordre et l'explication qu'on donne relève de la Mythologie. L'occident a créé le mythe de l'Etat nécessaire».(2)

Ainsi, il urge que la réflexion se penchant sur le pouvoir punitif aujourd'hui attribué à l'Etat soit d'analyse et non de justification de celui-là. Acceptant la problématisation de l'idée d'universalité on refuse implicitement la perspective radicale du grand rationalisme, conduisant inexorablement au totalitarisme.

(1) DE CELIS J. B. «Le droit de punir au III Séminaire de Criminologie Comparée du Bassin Méditerranéen» *Révue de Sciences Criminelles et Droit Pénal Comparé* 1981, 839 p.

(2) Op. cit. 844 p.

I

L'EVOLUTION DE LA PEINE

*1 — Le système penal du Moyen Age. Le cerimonial du châtiment
«Dans la région la plus sombre du champ politique, le condamné
dessine la figure symétrique et inversé du roi»*

M. Foucault «Surveiller et punir» p. 33

Aux royaumes européennes du Moyen Age, le pouvoir de punir est apanage du souverain. Les peines sont, pour la plupart le bannissement, la condamnation aux galères, le poing coupée, la langue coupée ou percée d'un fer chaud, le fouet le flétrissure, le pilori, le carcan. Exceptant des peines plus légères, tels que la blâme, l'admonition et les peines pécuniaires comme la confiscation, visant fondamentalement la satisfaction due à la victime, toute la punition médiévale comporte une caractéristique essentiellement infamante et d'exemplarité. Aux plus graves crimes correspond la peine de mort (la roue, la potence, le bucher o tête tranchée) précédée ou pas par plusieurs suplices représentant la quantité différenciée de souffrance implicite dans la peine infligée au condamné.

Cette graduation de la souffrance traduit (plus au moins) la gravité de l'offense que l'acte commis par l'infracteur a immédiatement causé à la victime et, médiatement à la personne du monarque et à l'ordre établie.

La châtiment poursuit deux objectifs: par son horreur il doit institutionnaliser la sacralité de la norme violé et dissuader les gens en générale de la pratique d'une même violation. De là, le cerimonial lié à l'expiation de la peine, la publicité de que la même se revêt.

Le supplice est la publique manifestation du pouvoir royal. Le cérémonial lié à la punition est d'autant plus nécessaire à la personne du souverain quant il s'inscrit dans l'ensemble des actes qui contribuent à la reproduction et au triomphe de l'irréversible déséquilibre des forces en présence — d'un côté le condamné, d'un autre le monarque.

2 — *Les doctrines utilitaristes. L'humanisation de la peine*

A la fin du XVIII^{ème} siècle et début du XIX, le spectacle offert par le cérémonial de la punition a tendance à être envisagé comme une caractéristique franchement négative du système pénal en vigueur.

L'horreur patente au public au moyen de l'exemplarité des punitions, avec son arsenal de techniques à faire souffrir le condamné, est sévèrement critiqué et remplacé par une autre technique, celle-ci administrative, qui porteuse néanmoins d'une certaine charge de violence, se manifeste de façon subtile et discrète «La punition tendra donc à devenir la part la plus cachée du processus pénal» (3)

L'affrontement direct exprimé dans le rapport immédiat bourreau/condamné est supprimé avantageusement à travers l'utilisation d'une technique mécanique, fonction d'une exécution austère et impersonnelle... «La guillotine, cette machinerie des morts rapides et discrètes avait marqué en France une nouvelle éthique de la mort légale.» (4)

Cette sobriété punitive accompagne le secretisme dont se revêt le procès pénal, imbu de toute une théorie inquisitoire et exprime une idée d'utilité et économie. La punition ne doit plus poursuivre une effet physique de terreur mais contenir en soi une symbolique, une technique de représentation manifestement plus efficace.

Au triomphe du souverain traduit par la punition médiévale se succède le triomphe de la loi. Chaque châtiment est symptôme de l'idée dont «les lois seront toujours accomplies». En effet «l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale et qu'elle est infaillible parce qu'elle est populaire est symbolisée par la théorie du contrat social, contrat d'adhésion qui laisse finalement très peu

(3) FOUCAULT M. «Surveiller et Punir» Gallimard. Paris 1979, 15 p.

(4) FOUCAULT M. Op. cit. 20 p.

de place à la liberté individuelle mais elle s'est réalisée comme négatif de la volonté royale, individuelle, spéciale et arbitraire.» (5)

La théorie du contrat social créée par Thomas Hobbes, dont les traits essentiels nous apparaissent dans le traité de John Locke* est adaptée par Cesare Beccaria dans son célèbre «*Dei delitti e Dele Pene*» « Les lois sont les conditions acceptées par les hommes indépendants et isolés pour se grouper lorsqu'ils prennent las de vivre en un état continuel de guerre et de jouir d'une liberté que son caractère précaire rendait inutile. Ils en sacrifièrent une partie pour jouir du reste en toute tranquillité. La somme de ces portions de liberté sacrifiées pour le bien de chacun, forme la souveraineté d'une nation et le souverain en est le dépositaire et l'administrateur légitime» (6)

Et c'est au nom de la défense des libertés individuelles et de la prévention efficace de la criminalité que Beccaria propose une nouvelle conception de droit pénal. Les peines trop rigoureuses, en outre de ne pas réunir en soi une condition d'efficacité, pourront se présenter comme préjudiciables aux vrais objectifs qui président à la sanction pénale. La rigueur indiscriminée des punitions conduit à «insensibilité des criminels». Ainsi, la vraie efficacité du châtiment a lieu dans une sagesse spécifique de calcul, proportion et utilité. La peine à appliquer devra toujours être la nécessaire et utile du point de vue social

Or, la peine privative de liberté paraît réunir justement ces conditions étant donné qu'elle permet la mise en pratique des idées d'intimidation pouvoir réformateur et exemplarité, qualités à attribuer intrinsèquement à la peine. C'est ainsi que l'emprisonnement commence à occuper une place prépondérante parmi les autres peines corporelles. (7)

(5) LEY THIERRY «Le désir de Punir» Essai sur le privilège pénal Arthème Fayard, 46 p.

* «Ensaio sobre A verdadeira Origem, Extensão e Fim do Governo Civil». Traduzido por João Oliveira de Carvalho. Londres, 1833 p. 13 e segs.

(6) Cité par LEVY Thierry Op. cit. 20 p.

(7) Seulement plus tard les punitions perdent dans leur conjoint les caractéristiques infamantes. Cependant, l'utilisation de l'emprisonnement comme punition a été à l'époque vraiment critiquée par beaucoup de juristes. Pendant longtemps l'affirmation d'Ulpiano «*carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*» a été l'argument des opposants au nouveau système punitif.

A l'origine de la dénommée «humanisation» de la peine, se trouve toutefois une idée utilitariste, véhiculatrice de toute une économie du pouvoir de punir. On punit l'infacteur dans le but de prévenir des infractions de la même espèce, néanmoins, dans la mesure du strictement nécessaire. En effet, le châtement devra contenir en soi même une technique corrective. A travers l'accomplissement de la peine le criminel reproduira publiquement la symbiose crime/châtement et en la renforçant, assurera cumulativement le processus de sa requalification comme sujet de droit, c'est à dire, sujet juridique du pacte social et, en conséquence, sa soumission.

3 — *La peine de prison*

La prison comme institution pénale, c'est à dire, comme pratique systématique faisant référence à une peine résultant d'une sentence judiciaire, surgit effectivement avec l'élévation de la liberté à la catégorie de bien plus précieux.

Cependant, les philosophes et réformateurs du siècle XVIII en découvrant la prison comme forme de punition, mettaient en pratique une théorie utilitariste qui permettrait la création de la structure idéale que s'occuperait de toute une classe de a-sociaux ou anti-sociaux, avant comme objectif sa correction et éducation. Effectivement la prison accompagne la «laïcisation généralisée de l'assistance et sera utilisée comme mesure tendant à combattre la mendicité et le vagabondage» (8). Date de cette époque la création d'hospitiaux généraux (ou on trouve les traits plus caractéristiques des établissements pénitentiaires du XIXème siècle: travail disciplinateur et moralisateur, médication progressive, conception architecturale spécifique) et la réforme d'établissements de charité. (9)

Toutefois, déjà à partir du siècle XVI, divers établissements d'internement avaient été créés. En 1557 le palais de Bridwell à London, est transformé en atelier de travail obligatoire destiné aux vagabonds. En Amsterdam est cons-

(8) Au Moyen Age les mesures de détention étaient utilisées comme des instruments de ségrégation et élimination (aux raisons de sécurité ou hygiène publiques) de bandes de nécessiteux qui, succédant aux plusieurs calamités (guerre et épidémie) terrifiaient l'Europe Occidentale.

(9) ROTH Robert «Pratiques Pénitentiaires et théorie sociale. L'exemple de la prison de Genève (1825-1862) Librairie Droz S.A. Genève. Paris, 17 p.

truit en 1896 le «Raspheus», une prison conçue pour mendiants ou jeunes malfeiteurs. À Florence, 1667, un moine, Filippo Franci, construit un centre destiné aux adolescents. En 1692, par initiative des Quakers sont construits dans la future Pennsylvannie «houses of correction» dont l'objectif est l'amendement des détenus. À Rome est édiée en 1700 la prison de Saint-Michel et en 1772 est construit à Grand une «maison de force» postérieurement transformée en «modèle» une fois qu'elle préfigurait la courant général du XIX ème siècle.

A l'origine des centres de détention, se trouve une appréciable influence religieuse. A vrai dire, les pratiques punitives de l'Eglise Médiévale dont l'objectif était «la santé des âmes», opposaient déjà un certain adoucissement à la rigueur et cruauté de la justice laïque. L'idéal de l'amendement intrinsèquement lié à une peine qui essaye autant de corriger comme de punir, est ainsi évidant et traduit la foi placée dans les potentialités régénératrices de la pénitence. L'idée qui preside à la conception de «celule» contient un principe: celui de l'isolement avec la réflexion intérieur qui lui est inhérent, l'aquelle conduit au remors et finalement au repentissement. ⁽¹⁰⁾

La peine de prison viendra réaliser une simbiose entre les sentiments d'honnêteté et charité chrétienne et les vrais intérêts de la société libérale et de la bourgeoisie fleurissante.

Le Raspheus d'Amsterdam en est un exemple.

La vie des détenus est réglé par des textes réglementaires, le travail obligatoire est difficile et intensif. On prétend que l'enseignement religieux, combiné avec le travail, poursuive l'objectif d'amélioration du détenu.

Ici confluent deux courants: idéologique et économique.

La «Maison de Force» de Gand est, de son côté représentative de cette confluence:

⁽¹⁰⁾ Ce concept présidera aux deux grands systèmes. Celui de Philadelphie qui prévoit le total isolement de l'arrêté obéissant à ce principe l'organisation interne de l'établissement (les prisonniers n'ont pas n'importe quel contact parmi eux, le travail étant exécuté dans les cellules). Celui d'Auburn: les arrêtés sont isolés dans la nuit dans les cellules individuelles mais ils font le travail diurne en commun, quoique avec l'obligation de garder du silence. Ce dernier régime viendrait à être considéré moins dispendieux que celui précédent et il apparentait pouvoir éviter la conséquence néfaste celle que le radicalisme du système de Philadelphie conduisait plus souvent-là démente des condamnés.

A — La maison de force de Gand et le «Panopticon» de Bentham.

L'emploi du temps des condamnés est ordonné strictement. Le travail que ceux-ci réalisent est enraciné dans l'idée de productivité possible laquelle pré-suppose une classification en catégories: hommes d'un côté et femmes de l'autre, criminels séparés des vagabonds.

La duration de la peine varie selon le comportement du détenu (système progressif) ⁽¹¹⁾ qui par inhérence est objet d'une étroite surveillance.

Le plan architectural de cette «maison de force» est pentagonal, avec une répartition des cellules en rayons à partir d'une cour centrale et incarne le principe créateur du «Panopticon» de J. Bentham. L'espace architectural proposé par l'idéologie Benthamienne s'ajuste, à vrai dire, aux nouvelles théories pénitentiaires reposant en critères d'«humanisation» tant au goût de l'époque. Il vient, d'un autre côté à la rencontre d'un principe d'économie de pouvoir, étant donné qu'il permet une économie de moyens et matériaux.

Ce modèle architectural permettait, en effet, un contrôle articulé et détaillé de l'intérieur de l'établissement constituant la prison. Le surveillant, placé dans la tour centrale, pourrait, sans grande effort, analyser et contrôler le comportement des détenus, lesquels étaient impossibilités de fuir cette étroite surveillance.

La peine de prison est, selon Bentham, la peine capable de présenter des conséquences réelles positives, une fois que d'un côté elle est fonction d'un contrôle social efficace (et ici est privilégiée une idée de prévention spéciale de la peine: neutralisation, réforme, intimidation) permettant, d'un autre côté, la rentabilité du travail en cachot.

Or, cette idée de rentabiliser le travail des détenus, que cependant n'est pas nouvelle, gagne avec Bentham un traitement plus attentif. De cette façon, selon lui, la législation pénale doit, dans son application, faire coïncider les intérêts des détenus qui travaillent pour assurer sa survie, aux de l'entrepreneur qui bénéficie de sa main-d'oeuvre à bas prix et de l'Etat, qui ainsi, assume la réforme et l'amélioration des détenus par le travail et, profitant d'un main-d'oeuvre utile, augmente la richesse nationale. ⁽¹²⁾

⁽¹¹⁾ Le commencement du système «progressif» ayant comme base la recherche empirique de l'amélioration de l'individu qui passe généralement d'un régime cellulaire au régime auburnienne, après une période de semi-liberté et, finalement à la liberté conditionnelle, se situe dans les ans quarante du XIX^{ème} siècle.

⁽¹²⁾ ROTH Robert. Op. Cit. 129 p.

B — Les prisons de la fin du XVIII ème siècle et debut du XIX

Cependant, malgré la «bonne volonté» des réformateurs et bien qu'en 1789 ait été proclamée la «Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen» un peu pour toute l'Europe l'état des prisons est vraiment déplorable.

John Howard, qui visite plusieurs prisons européennes, écrit en 1778 une oeuvre qu'il intitule «Etat des Prisons, des Hopitaux et des Maisons de Force» ou il raconte les conditions inhumaines en qui se trouvent les habitants des prisons de Liège:

«Ce sont des prisons les plus cruelles, les plus dangereuses qu'il y ait peut-être en Europe. En descendant l'appartement du geolier dans ces effrayantes demeures, on entend les gémissements des hommes précipités dans les cachots obscurs... rien dans ces centres funestes ne peut faire espérer une attention dictée par l'humanité... Ceux qu'y habitent y deviennent fous ou furieux et l'on entend leurs lamentables cris lorsqu'on y pénètre... (13)

En 1817 on constate que dans la prison de Namur «la situation des détenus était pitoyable» et en 1828 l'administration de la «Maison de Force» de Gand est accusée de notoire désintérêt de l'amélioration morale des délinquants et qu'elle allait même jusqu'à entretenir et favoriser l'acoolisme des détenus en les vendant des bières fortes et des liqueurs dans les cantines organisées à l'intérieur des prisons». (14)

A par des abus de l'administration concernant la prison, l'organisation du travail à l'intérieur de l'établissement est déficiente, les conditions sanitaires sont les pires.

Les groupement des détenus dans les dénommées «maison d'arrêt» ou de «correction» n'obéit à aucun critère: condamnés et détenus préventifs, récidivistes et non récidivistes occupent sans discrimination les mêmes espaces.

4 — La mesure de sécurité. L'individualisation de la peine

Dans la Belgique du milieu du XIX ième siècle, la peine de prison est accomplie dans des établissements qui, d'une façon générale adoptent le système

(13) CONSTANT J. «L'évolution du Régime Pénitentiaire» Revue de Droit Pénal et de Criminologie 1950/1951 P.U.F. 1008 p.

(14) CONSTANT J. Op. Cit. 1013 p.

cellulaire. ⁽¹⁵⁾ La même chose arrive en France. Dans ce pays, de même qu'en Angleterre ⁽¹⁶⁾ a par des peines de détention accomplies dans les établissements concernant le prison en métropole, est mise en pratique la «transportation» des condamnés aux travaux forcés, lesquels, à partir de 1854 passeront à accomplir ses longues peines dans les colonies. Ces condamnés sont obligés aux travaux les «plus pénibles» et pendant le voyage aux colonies sont, comme mesure de prevention «enchainés deux à deux ou assujettis à trainer le boulet». ⁽¹⁷⁾

Déjà à la fin du XIX^e siècle, et à la suite des théories adoptées, appuyées sur le positivisme scientifique et le surgissement des nouveaux courants utilitaristes, liés à l'individualisation de la peine, est créée une mesure de sécurité: la «rélegation» qui, s'adressant aux «recidivistes», contient en soi une idée d'élimination des individus qui, du point de vue «scientifique» sont considérés de difficile, sinon impossible correction et intégration.

On assiste au triomphe des thèses lombrosiennes, au surgissement de la Criminologie de Garófalo et de la Sociologie Criminelle de Ferri. Il faut substituer la notion de «responsabilité morale» par celle de «l'état dangereux» du délinquant. La peine ne doit pas contenir en soi même une caractéristique de réprobation morale mais au contraire, doit être conçue scientifiquement à fin de ne pas permettre la réalisation des tendances criminelles aux individus. Avant en attention l'infracteur, le choix de la peine est effectué en fonction de la «classe criminelle» à laquelle on le fera appartenir.

Sous l'influence de ces idées, les condamnés à des peines légères sont placés dans des établissements différents et spéciaux selon la gravité pénale de leurs

⁽¹⁵⁾ C'est Dupétioux qui, au début du XIX^e siècle a fait triompher en Belgique le système cellulaire. Depuis 1850 jusqu'à 1870 ont été bâtis dix-huit prisons cellulaires. Entre elles la prison de Liège et la prison centrale de Louvain. Ce système a été abandonné seulement dès 1920 afin de faciliter l'exécution du travail pénitenciaire. Sur ce sujet, cf. CONSTANT J. «L'évolution du Régime Pénitentiaire» Op. cit. 1001-1013 pp.

⁽¹⁶⁾ L'Angleterre, qui depuis les fins du XVIII^e siècle envoyait les condamnés pour les travaux forcés pour l'Australie, vérifie après, l'insuccès de ce système, qui abandonne définitivement en 1852.

⁽¹⁷⁾ Cf. «La loi française de 1854» cité par LEAUTE J. «Les prisons» P.U.F. Coll. Que c'est je 35 p.

actes, selon leurs sexes, leurs âges, leurs états de santé physique ou mentale. De son côté, le travail pénitentiaire s'intifie, une fois qu'il est pris comme une des principales conditions de transformation et socialisation progressive des condamnés. A par du travail, «devoir», le système pénitentiaire prend à sa charge l'éducation des détenus, à travers l'utilisation des services de personnel technique qualifié.

La fin des peines privatives de liberté est «l'amendement», «le reclassement social» des condamnés, la punition devant ainsi être sagement dosée. Le traitement à appliquer au détenu sera adapté à son attitude et à son degré d'amendement.

Le sursis, la libération conditionnelle, le régime spécial des mineurs sont contemplés dans des diplômes légaux comme «formes d'individualisation».

Salleiles, dans son livre publié en 1898 «L'individualisation de la peine» affirme: «L'ère de la responsabilité est close, celle de l'individualisation commence».

L'individualisation de la peine vient en effet dans la séquence des thèses utilitaristes de Bentham et Beccaria et va influencer décisivement le droit pénal du XX^{ème} siècle. La Théorie de «défense social»⁽¹⁸⁾ raye du vocabulaire juridique le terme «responsabilité» et le substitue par celui de «dangerosité». L'objectif de la sanction est la défense de la société ou de «l'ordre social». L'idée de la peine est subvertie par l'idée de traitement⁽¹⁹⁾, celle-ci liée à la personnalité du délinquant qu'il est nécessaire connaître premièrement... D'où la diversification et progressivité des sanctions qui doivent être conçues pour corriger le délinquant, le transformer en un citoyen utile à la communauté, le réintégrer dans la société, finalement.

La prison est, ainsi, de même qu'un hôpital, une institution destinée au traitement des «malades sociaux», les criminels. Punir, n'est plus le seul ou tout au moins le plus important objectif du système pénal, lequel cherchera, tant

(18) Voy. ANCEL Marc «Responsabilité et Défense Social» «La responsabilité Pénale» Anales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg 1961. Paris Ed. Dalloz pp. 335-370

(19) L'idéologie de la «défense sociale» étendra son influence à l'ante-project définitif du Code Pénal français de 1978. Sur les théories utilitaires dans le système pénal français et sa critique. Voy. PONCELA Pierrette «Eclipse et réparations de la rétribution en droit pénal» in rétribution et justice pénal Travaux et Recherches del'Université de Droit, d'Econ. et de Sciences Sociales de Paris. P.U.F. 1982 pp. 11-18

que possible, contribuer à sélectionner, à l'intérieur de la société, ceux qui lui portent préjudice.

Le système penal, ainsi compris, présuppose une certaine sagesse qui accompagne de près les dénommées «sciences humaines»: l'anthropologie, la sociologie (20). Le rôle joué par la société dans la genèse de la délinquance est mis en avant.

«Le régime pénitentiaire doit tendre à combler sur le plan moral et professionnel les insuffisances qui ont conduit les condamnés à la délinquance ... Il convient que la détention permette la mise en oeuvre d'un traitement individualisé dont le but est le retour du condamné à une vie sociale normale». (21)

(20) En 1963 Le Centre d'Orientation Pénitentiaire est créé en Bruxelles dans une annexe à la prison de S. Giles. Ce centre permet l'observation des arrêtés (individuellement ou en groupe, pendant le travail et l'exécution des activités culturelles et récréatives) l'étude de leur personnalité afin de la détermination du traitement spécifique qui doit leur être appliqué, ayant en considération leur «reclassement».

(21) DUPREEL J. «L'évolution législative et réglementaire du traitement pénitentiaire» *Révue de Droit Pénal et de Criminologie* 1957-1967, 205 p.

II

LA PRISON — AUJOURD'HUI

Le système de prison est aujourd'hui une zone où confluent plusieurs théories qui ont sous-jacent une attitude critique en face à l'insuccès qui, depuis le début, accompagne la peine privative de liberté.

Corolaire des idéologies réformatrices qui se rencontrent à la genèse de la prison, ont voit se présenter modernement des thèses qui, avec ténacité, essaient d'adapter le système pénal aux nouveaux objectifs de réinsertion sociale des délinquants. A l'intérieur de cette ligne de pensée s'entend pressante la rénovation de l'appareil concernant la prison, dont l'image, qu'on associe à des murs vetustes et fenêtres gradés, inspire terreur, doit posséder une apparence asseptique «plus convenable avec les exigences de la nouvelle ère de la technologie, du degré atteint par notre civilisation».

Et, pourtant, l'espace de la prison doit se maintenir fermé, conçu comme le dépôt sûr de certains citoyens dont» les institutions familiales, religieuses, scolaires, d'assistance sociale et le monde du travail n'ont pas réussi à intégrer dans la vie normale». (22)

De là que, ayant en attention le besoin de sécurité du moyen citoyen, la prison doive être, avant autre chose, un système répressif, qui reconvertira toujours, neutralisera, tous les efforts mis en pratique pour la changer.

(22) Le Monde, le 15 Juin 1978. Cité par LEVY Thierry Op. cit. 225 p.

1 — L'espace/temps de la prison

Le condamné, après avoir fait un plus au moins bref passage par l'appareil judiciaire, dont la manifestation publique de pouvoir lui a conféré à l'immédiat un sentiment d'impotence, fonction d'un total égarement d'un processus qu'il ne domine pas et la plupart des fois se situe au delà de la frontière de sa compréhension, «doit faire l'apprentissage du monde de la prison». (23)

Cet apprentissage se fera inéluctablement. En transposant les murs qui entourent la prison, se réaffirme sa position «d'objet du système pénal». Le processus de stigmatisation se sédimente. (24) Dans ce micro-cosmos artificiel le détenu sera «chosifié», dépersonnalité.

L'espace/temps de la prison obéit à des règles préalablement conçues, qui pourront ou pas s'insérer dans un critérium de «traitement». De toute façon, la vie à l'intérieur de la prison se déroule en accord avec une sévère discipline, exprimée dans le règlement qui, de son côté, est créateur d'une micro-pénalité, celle-ci soutenue par un réduit mécanisme pénal: le pouvoir disciplinaire. (25) En effet le pouvoir disciplinaire exerce un contrôle serré sur le détenu, tendant à sa homogénéisation, à sa neutralisation, enfin, à sa requalification comme individu social. Ceci pressuppose, d'un autre côté, une connaissance intégrale et permanente du condamné, qui surviendra sur la plupart de ses manifestations comportementales. Ce savoir est indispensable à l'application qu'on prétend faire de toute une dynamique (traitement) qui le transformera et le rendra utile à la société.

En réalité la prison limitera l'individu en ce qui concerne toutes ses nécessités psychiques et motrices. Les rapports de l'univers géolier sont imposés, mécanisés, toutes les habitudes sont préalablement construites. A la dépersonnalisation du détenu, se suit une pathologie spécifique au niveau du comportement actuel et future. Le détenu, contraint à assimiler la «culture» de la prison, ses règles et hiérarchies, cherche sa propre voie d'adaptation à la réalité qui lui est sous-

(23) KELLENS Georges «La mesure de la Peine» F.D.E.S.S. Liège, 187 p.

(24) On parle de stigmatisation du système judiciaire, dès lors quand l'individu y entre: «les rites de passage». Voy. les expériences aux Etats Unis en vu de «soustraire le délinquant au système de justice pénale» in «Les mesures de substitution aux peines privatives de liberté» Rapport du Comité Européen pour les problèmes criminels sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté» Conseil de l'Europe 1976, 16 p.

(25) FOUCAULT Michel «Surveiller et Punir» 180 p.

-jacente. De cette façon se déviant une et autre fois du chemin tracé par les règles axiologiques en vigueur dans la communauté sociale, adoptant définitivement le statut de «déviant» qu'antérieurement lui avait été octroyé. L'espace de la prison, fonctionne ainsi comme producteur d'une pathologie de déviance.

2 — *Le travail à la prison. L'espace comme «espace utile»*

Le in travail obligatoire a commencé par faire partie inscindible de la peine comme instrument de conversion, d'amendement du condamné. Il contenait une idée de châtement, de pénalisation. Les détenus étaient astreints aux travaux les plus serviles, comparables à ce que se prétendait être son «ignorance», «paresse» et «obstination». En même temps, le travail devrait posséder des caractéristiques qui se révélèrent les plus convaincantes à la administration, permettant d'un côté, une inspection et vigilance continues qui ne se traduisent pas en de grands coûts, ne devant pas, d'un autre côté, exiger des condamnés de spéciales connaissances techniques.

Convenable avec ces exigences était le «tread-wheel» anglais: «Le fameux moulin à broyer ou à marcher dont la roue était actionnée par les prisonniers qui avaient à en escalader inlassablement les degrés comme des écureuils en cage, pendant sept heurs et demie ou dix heurs par jour selon la saison». (26)

Le caractère pénible du travailleur pénitentiaire fut laissant la place à l'idée reformatrice selon laquelle la privation de la liberté était en soi même un châtement, lequel ne devrait pas être aggravé par des travaux pénibles. Cette idée accompagnait de près certains critères productifs visant le travail effectué par les condamnés, le travail, malgré son obligation, devrait impliquer une retribution et permettre au détenu «d'améliorer sa destinée». Les condamnés devraient être «constamment employés à des travaux productifs pour leur faire supporter les frais de la prison pour ne pas les laisser dans l'inaction et pour leur préparer quelques ressources au moment où leur captivité devra cesser». (27)

(26) FAVARD Jean «Le labyrinthe pénitentiaire» Le Centurion. Justice Humaine. Paris, 1981 pp. 124, 125

(27) ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT «Des Prisons de Philadelphie» cité par FOUCAULT M. «Surveiller et Punir» Op. cit. 126 p.

On découvrait de cette façon les possibilités lucratives du travail en prison, lequel, cependant, maintiendrait, pendant longtemps ses caractéristiques punitives. (28)

Actuellement, le travail pénitentier n'est pas considéré comme un moyen de châtement. L'idée d'obligatoirement a été substituée par celle du droit. Le travail fait partie intégrante du «traitement» auquel se doit soumettre le détenu. Il y a encore ceux qui défendent que, malgré ses dimensions réduites, il pourra, avec avantage, être intégré à l'économie nationale. (29)

Les régimes de rémunération sont repensés bien comme ceux des accidents de travail. Les administrations des prisons emploient ses efforts dans le sens d'une approximation, tant que possible, de la situation du travailleur détenu à celle du libre ouvrier. On prétend, en outre, fournir aux détenus une formation professionnelle qui leur permettra d'obtenir un emploi à l'issue de leur mise en liberté. Des expériences sont essayées visant la future réintégration du prisonnier. (30)

Mais, en dépit de toute la bonne volonté manifestée par les défenseurs du travail pénitentiaire visant la résocialisation du délinquant, reste évidente l'artificialité des rapports créés à l'intérieur de la prison. Celle-ci qui se caractérise depuis le début par une énorme inadaptation aux nouveaux objectifs, tant au domaine du personnel comme à celui des moyens matériels mis à sa disposition, et que par soi est, attente à sa nature, empêchant à l'établissement de rapports laboraux normaux, malgré les tentatives d'approximation à la réalité sociale qui lui est inévitablement extérieure! La prison-usine à laquelle succède la

(28) Les «travaux forcés» qui consistaient en services à prêter par les condamnés «dans les bagnes des portes annexés aux arsenaux militaires» sont remplacés par la «transportation» ou «relégation» dans les colonies.

(29) KELLENS. Georges Op. Cit. 80 p.

(30) On essaye des expériences dans le champ de la nouvelle technologie, visant la postérieure réintégration du prisonnier que se combinent avec plusieurs formes de traitement de groupe dont l'orientation appartient à Centres d'Orientation pénitentiaire (tel que le C.O.P. en Belgique). Pour ce qui concerne les expériences visant la professionnalisme des incarcérés, voy. la création d'Écoles d'informatique dans les prisons de Poissy et Santé in «L'informatique. Peut-elle aider les jeunes à acquérir une formation et à préparer leur sortie de prison dans de bonnes conditions? Les claviers de l'évasion. Pour rêver, se distraire ou apprendre» Le MONDE AUJOURD'HUI DIMANCHE, Lundi, 3 Septembre 1984.

prison-hôpital, reproduit les lignes de force que caractérisent l'idéologie répressive leur étant sous-jacente.

C'est ainsi que, prenant conscience de cette réalité, la tendance actuelle est celle de privilégier les établissements demi-ouverts, le régime de «probation», la semi-détention ou la semi-liberté, de façon à que le travail effectué par les délinquants se développe parallèlement à un contact avec la société, de façon à éviter une scission radicale avec la communauté sociale qui propicie, la plupart des fois, une rupture, qu'inexorablement faciliterait ou rendrait impossible la resocialisation du condamné.

3 — *Les rapports à l'intérieur de l'établissement. La thérapie de groupe.*

La prison, on l'a déjà dit, établit un espace/temps de vie dans lequel les détenus, réunis sous une même autorité, développent une activité programmée. La prison est une communauté artificielle, étant donné que les détenus ne se sont pas choisis eux-mêmes, au contraire, sont contraints à vivre les uns avec les autres, partageant entre tous l'espace réduit de la geôle. «Un groupe d'individus unitairement isolés, égocentriques dans la plupart des cas ne peut absolument pas former une masse spirituellement compacte et homogène» écrit un détenu. (31)

Or, les surveillants font aussi partie de la communauté de la prison, ne pouvant se négliger leur rôle, étant donné son importance.

En effet, se présentant aux yeux des détenus comme le symbole et la matérialisation du principe autoritaire qui régit l'établissement, ils se situent au-delà d'une barrière intransposable, empêchant toute communication. (32) Celle-ci, quand elle existe, se processe dans le sens vertical. Le surveillant, en cherchant quotidiennement renforcer les rapports de subordination que les détenus devront maintenir avec lui, renforce en surplus son auto-confiance, en permanence ébranlée, dû à une spécifique pathologie qu'a comme origine la peur. Mal entraîné

(31) Cité par BUFFARD Simone «Le froid pénitentiaire L'impossible réforme des prisons» Paris. Seuil 1973, p. 59

(32) D'ailleurs la communication entre des gardes et des arrêtés était tout à fait défendue il n'y a pas longtemps, devant respecter les limites du strictement nécessaire.

depuis toujours, ne disposant d'aucune formation professionnelle sérieuse, il ne se présente pas suffisamment intéressé à l'accomplissement de son rôle d'«éducateur» qu'aujourd'hui lui réserve l'administration, en accord avec des modernes théories qui privilégient la réintégration sociale du condamné. Ça lui est de toute façon difficile de comprendre comment concilier les besoins de sécurité et discipline inhérents à l'institution, avec les exigences de démocratie interne de l'établissement, ayant en attention le nouveau rôle de la peine.

En réalité et d'accord avec le principe de sécurité, aux détenus est exigé un comportement uniforme qui conduit à l'assomption d'un certain statut d'adaptation à l'institution, lui même incompatible avec la resocialisation dont on a la prétention de faire ultérieurement.

Dans une, a part ça, louable effort pour minimiser les barrières existantes entre gardiens et prisonniers, préservant tant que possible la dignité du détenu et préparant sa libération, plusieurs expériences ont été essayées, particulièrement dans le domaine de la thérapie de groupe. En Californie, au début des années 50, fut crée le «group counselling» lequel, utilisant le quotidien des détenus, propitait et fomentait une réflexion intérieure, en vie à une meilleure compréhension des problèmes individuels de chaque détenu et des autres éléments du groupe, bien comme à l'assimilation, par les détenus, de certaines valeurs sociales. Des expériences comme celle du «group counselling» furent après adoptés en quelques pays européens avec un bout thérapeutique ou éducatif.

Or, l'analyse d'évaluation qu'on fasse sur les techniques de thérapie de groupe, passe obligatoirement par une concrétisation des vrais objectifs qu'on prétend atteindre.

En effet, étant donné que des expériences de ce genre sont seulement une des multiples formes de la technologie de traitement en vu à la modification de la personnalité du délinquant, qu'on estime un malade qu'il faut soigner, l'efficacité de ces techniques est facilement mise en question. Il n'existe pas de sérieux indices dont le «group counselling» ou la «psychothérapie de groupe» contribuent de façon significative à la diminution des taxes de récidive ou influencent un changement radical au comportement des détenus soumis à cette expérience.

Un sans nombre de critiques se sont ainsi formulés à la dénommée «idéologie de traitement» (33) qui propicie, en ce qui concerne les techniques de thérapie de groupe, l'utilisation de modèles médicaux d'évaluation non appropriés. On critique fondamentalement qu'on ait fixé à des expériences telles que le «groupe counselling» des objectifs «irréalistes» n'ayant pas en attention l'atmosphère artificielle vécue à la prison. On accuse finalement l'«idéologie de traitement» de négliger les résultats obtenus en conséquence de l'introduction des techniques auxquelles on a fait allusion à l'ambiance de la prison et qui pourront être franchement positives.

Ce sont, particulièrement, la prise de conscience par les réclus de leur propre dignité, le renforcement de leur auto-confiance, de leur capacité de relation avec les autres et, finalement l'augmentation de la démocratie des rapports à l'intérieur de l'établissement.

4 — La prison. Temps perdu

Le monde fermé de la prison est pointé comme producteur d'un «handicap» que rendra impossible la réintégration du détenu dans la société, après sa libération. L'origine paraît se placer dans la mémoire de ce que l'ex-presidiaire a appris pendant qu'il a purgé sa peine et ira en s'affermissant à mesure que l'ex-détenu prend conscience de sa distance en ce qui concerne les autres composants de la société. Distance qui, depuis le début se manifeste à la position pas avantageuse au marché du travail. Sans formation professionnelle, ou avec, mais defectueuse face aux manques et sollicitations réelles de la société industrielle et technologique, il se soit immédiatement exclu en fonction d'autres candidats mieux munis et, que, en plus, ne transportent pas avec eux la marque d'un «casier judiciaire».

«La dette qu'ils (les ex-détenus) pensaient avoir payé c'est interminable. La sortie n'est qu'un dégnée. La prison se reproduit en dehors de la prison». (34)

(33) Sur la critique de l'idéologie du traitement voy. OSTAPZEFF G. et LAVOINE J.R. «Mythe du traitement penal» *Déviance et société*, Genève, 1981 vol. 5 n.º 2 pp. 133-152

(34) FALQUE Edith «Sortie de prison» Edition spécial-Editions et Publications Premières.

Ainsi, au niveau de l'inconscient de l'ex-détenu va se produire le désir de retour, la nostalgie. La prison pourra paradoxalement représenter (en particulier aux ex-présidaires qui purgent de longues peines) l'«homme», le «foyer» où ils se sentent à l'abri de l'hostilité sociale. La resocialisation prétendue résulte impossible.

C'est en effet impensable réintégrer socialement un individu qui, quoique temporairement, fut banni par la société. Forcé à couper toutes les amarres qu'a elle le liaient, limitée son existence à un espace et à un temps vides, parce que remplis avec de multiples gestes répétés, comment pourra l'ex-détenu faire le réapprentissage de la vie en société, laquelle, après avoir décidé de son exil, et étrangère à celui-ci, poursuit évolutivement en direction au futur? Ce détenu, à l'époque de sa libération, possède seulement son expérience de gêne, couplée à une image sociale décalée, parce que lointaine dans le temps. Le rencontre entre le nouveau libéré et la société se traduit en un vrai choc, dont la violence est gradée d'accord avec la majeure ou mineure aide extérieure qui lui est conférée. Cette aide, auquel on reconnaît un rôle fondamental dans la resocialisation du «déliquant», vient à être «institutionnalisée» moyennant la création de «foyers», maisons d'accueil pour des ex-détenus dont le principal objectif est la minimisation des problèmes, comme l'hébergement et le chômage.

Cependant, et malgré plusieurs efforts de ceux qui se trouvent liés à ces institutions, les résultats ne sont pas toujours fameux, du à de multiples difficultés qui s'achèvent dès le début à travers leur fonctionnement interne qui, de façon subtile, propitie la transposition en dehors de la prison de ces mêmes lignes de force qui s'y développent, établissant des rapports de contrôle en direction aux ex-reclus. A un tel point, qu'on parle déjà de «l'implantation de la prison dans la Cité»⁽³⁵⁾

Il est encore patent le manque de personnel technique dûment préparé pour faire face aux problèmes qui relèvent de la spécifique ambiance dans laquelle écoule son travail. Le principal problème avec lequel le personnel de ces centres d'appui on voit confronté, est le grand pourcentage de récidence qu'atteint des valeurs vraiment décourageantes, nommément dans les premières années que précèdent la libération.

(35) LOPEZ M.L. « Handicapés sociaux et resocialisation. Diversité des pratiques et ambiguïté de leurs effets» *Déviance et Société*. Masson Médecine et Hygiène 163 p.

La prison comme école de crime et récidive est mise en relief par M. Foucault: «... La prison, par conséquent, au lieu de remettre en liberté des individus corrigés essaime dans la population des délinquants dangereux... rend possible, mieux elle favorise, l'organisation d'un milieu de délinquants, solidaires les uns les autres, hiérarchisés, prêts pour toutes les complicités futures... La prison a fort bien à produire le délinquant comme sujet pathologisé». (36)

(36) FOUCAULT M. Op. cit. pp. 269-282

III

LES MESURES DE REMPLACEMENT AUX PEINES PRIVATIVES DE LIBERTE

En Mars 1979, le Comité de Ministres des Etats Membres du Conseil de l'Europe, a délibéré de rédiger un document, dans lequel, considérant les multiples inconvénients et l'insuccès de la politique criminelle dirigée jusque là à l'application aux délinquants à l'absence de discrimination, où tout au moins préférable, des peines privatives de liberté et, considérant encore que d'autres mesures de remplacement de ces peines pourraient à l'avantage» servir le but de la réadaptation des délinquants, tout en étant moins coûteuses que l'encarcération», décide de recommander aux Etats Membres de développement d'efforts en vue à l'élimination des obstacles légaux à l'application de mesures de remplacement aux peines privatives de liberté, bien comme la stimulation des mesures de remplacement déjà existentes.

Ces efforts devraient être accompagnés de providences enclins à la dotation des services responsables à l'application de ces mesures des ressources des structurelles et humaines nécessaires, associant tant que possible le pouvoir judiciaire à ce processus et informant le publique en ce qui concerne à ses avantages.

Quelles sont ces mesures de substitution des peines de prison?

Elles sont la «probation», le «surcis», la «suspension de prononcé de la condamnation», les «travaux correctifs sans privation de liberté: le service au profit de la communauté» la «semi-détention: la détention de fin de semaine».

La «probation», dont l'origine paraît remonter au Moyen Age ⁽³⁷⁾ consiste à mettre le délinquant à l'épreuve pendant une certaine période de temps, sous l'orientation et vigilance d'un agent. Terminée cette période, et cas le délinquant ait rempli les obligations qui lui ont été imposées, il est épargné à l'expiation de la peine privative de liberté. Cette mesure-modèle est, à l'application concrète combinée avec d'autres, telles le «surcis» «la suspension du prononcée de la condamnation», terminant par les compléter. Son champ d'application de préférence est celui des délinquants occasionnels et primaires, bien qu'il puisse s'élargir à d'autres cas pour lesquels se présente adéquate.

Le «service au profit de la communauté» dépendant du consentement du délinquant, lui impose une prestation de travail, presqu'un «service civique» à l'intérêt de la communauté.

Il semble être aujourd'hui publiquement accepté l'idée que d'une façon générale, les mesures de substitution des peines privatives de liberté, devraient être appliquées aux infractions mineures, dont les agents sont plus réceptifs aux méthodes de normalisation sociale, tels que l'éducation, l'emploi, l'assurance sociale, l'hébergement, ce que contribuerait de façon décisive à l'efficacité de ces mesures.

«Soustraire le délinquant au système de justice pénal» c'est contribuer à ce que le risque de stigmatisation, de soi même découlant s'amointrisse ou s'annule. D'un autre côté, la brusque coupure de relations entre le délinquant et la communauté est évitée, ce qu'arrive inexorablement quand celui-là est placé dans un établissement de prison.

A ces avantages évidents s'ajoutent ceux qui découlent du nécessaire engagement de toute la communauté à la mise en pratique de mesures telles que la «probation» «le service au profit de la communauté». En effet est insubstituable la complémentarité parmi les divers organismes officiels, étant donné qu'elle impose une préalable sensibilisation de l'opinion publique à des problè-

⁽³⁷⁾ La «recognizance» — Institut médiéval datant du siècle XIII qui permettait le remplacement du jugement de condamnation par un contrat «a gentlement agreemet» entre le juge et le délinquant où celui-ci se fait fort de remplir certaine obligation où à ne pas trombler la paix publique. La violation du contrat pour la part du délinquant l'obligeait à payer une somme en argent, Cette obligation est postérieurement remplacée par le placement du délinquant sous la surveillance d'une personne désignée par le juge «l'agent de probation» pendant une période minime de 3 ans. Sur ce sujet voy. KELLENS Georges Op. cit. 111 p.

mes spécifiques, tels que la délinquance, la réinsertion sociale, en vue à l'assomption de la responsabilité collective à sa résolution.

Six ans passés après la délibération du Comité de Ministres du Conseil de l'Europe mise en référence, on constate que par toute l'Europe souffle un vent rénovateur. La peine de prison est petit à petit substituée par des mesures non privatives de liberté, appliquées dans la plupart des cas à des infractions moins graves et à des délinquants primaires, bien qu'elles contemplent résiduellement quelques cas de récidive. (38)

De nouvelles structures sont créées en vue à octroyer de l'efficacité à ces mesures. Comme exemples de ces nouvelles structures on peut signaler «les foyers de probation» et «les centres de formation en Grande-Bretagne» (39), «les communautés vivantes (Wohngemeinschaften)» da R.D.A. (40) «les centres d'hébergement».

En même temps, des organismes sont institués, à leur grande partie officiels ayant comme but le contrôle d'exécution des mesures appliqués par la Cour, avec laquelle d'étroites relations de collaboration sont maintenues, arrivant à exercer une influence considérable sur la décision à être prononcée par le juge, moyennant des rapports envoyés à la Cour par ses agents et qui contemplent des informations sur le milieu social du délinquant en cause, et les éventuelles réactions de celui-ci aux plusieurs mesures.

(38) Voy. les «Centres de jour par récidivistes» et les «Centres d'hébergement contrôlé» en Belgique. Conseil de l'Europe «Les mesures de substitution aux peines privatives de liberté» Rapport du Comité Européen pour les problèmes criminels sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté. 1976 pp. 25 e ss.

(39) Centres expérimentaux de formation non résidentiels où les délinquants préalablement sélectionnés reçoivent une formation à temps entier pendant une période au moins de 60 jours. Le programme qu'on doit suivre comporte généralement le «counselling» «Les Mesures de substitution aux privatives de liberté» Op. cit 27 p.

(40) Des maisons louées par des associations privées où les délinquants vivent en commun avec non délinquants (généralement étudiants). Op. cit. 29 p.

(41) Cet organisme a été créé officiellement après le début de l'application du nouveau Code Pénal, lequel, privilégiant la resocialisation du délinquant dans les objectifs à attaquer à la peine, pré-suppose plusieurs mesures (mesures non institutionnelles) qui puissent remplacer les peines de prison. Se sont elles l'amende «a multa», le sursis «suspensão de execução da pena» qui étaient déjà appliqués pendant la durée de l'antérieur Code Pénal, la probation «regime de prova», l'admonestation «admoestação» et le service au profit de la communauté «presta-

Voyons par exemple la «Comission de Probation» belge «les Conseils de Réadaptation» en Suède, pays-Bas, «lés Comités de Patronage» en Belgique et encore les comités locaux, dont en font partie des magistrats, la «Nationale Parole Board» en Angleterre et l'«Instituto de Reinserção Social» en Portugal. (41)

ção de trabalho a favor da comunidade». Le Code Pénal prévoit encore un régime de semi-détention et un régime de détention de fin de semaine «prisão por dias livres».

L'«Instituto de Reinserção Social» mis dans la dépendance directe du Ministre de la Justice se trouve capable pour couvrir tout le champ d'intervention sociale pour ce qui concerne les mesures pénales institutionnelles ou non «on préssupposant l'élargissement de son action à la prévention criminelle liée à des phénomènes de déviance et encore à l'intervention sociale des gens qui par eux sont affectés» On prétend encore que le travail exercé par les fonctionnaires de l'Institut» vienne être un indispensable appui aux tribunaux, un facteur de contention de dépenses et une fois que l'on décide par une mesure de substitution à une peine privative de liberté, un stimulateur et un moyen de rendre conscient la communauté sociale» Préambule du Décret-Loi n.º 319/82, le 11 Août.

IV

EN CONCLUSION

Analysée progressivement l'histoire de la prison tant que châtement, punition, endroit de traitement, de modification de la personnalité, afin de la réintégration du délinquant dans la société, on vérifie son total insuccès. Insuccès que d'ailleurs a été franchement senti il y a déjà longtemps et accompagne son apparition comme institution. A l'exemple de cela il y a les réformes successives dont elle a été object, lesquelles, monobstant, n'ont pas réussi l'altération de leur nature; univers fermé où des tensions sont entrecroisées et où les dispositives de vigilance sont fonction d'une technologie disciplinaire qui, réglémentant et contrôlant toute l'activité des reclus, traduit l'idéologie répressive qui inévitablement lui préside.

La prison dépersonnalise le délinquant, conditionnant une régression du même à tous les niveaux de l'apprentissage. Elle crée ainsi une typique pathologie de comportement qui en vain essaye d'être colmatée par des techniciens (médecins, assistants sociaux, psychologues) qui y rendent service, lesquels, renonçant à une analyse de réflexion profonde sur les causes qui pourront être à son origine, assument de cette manière leur fonction de «pièces du système» contribuant pour sa manutention.

La prison sédimente la rupture entre le délinquant et la société. Elle est finalement le lieu d'élimination (qu'on prétend provisoire) de certains individus malvoulus par la communauté sociale et où ceux-ci adoptent définitivement le statut de «déviant».

Et si la peine privative de liberté ne peut pas être bannie des actuels systèmes de pénalité, elle doit toutefois être objet d'une grave réflexion, ce que pratiquement conduira à sa considération comme «ultima ratio» et à sa substitution lorsque possible par des mesures qui aient en égard à la spécificité des cas concrets.

Et parce que nous pensons que resocialisation à l'opposé de «traitement» qui implique la modification de la personnalité supposée dangereuse du délinquant est synonyme de responsabilité individuelle; parce que nous trouvons que resocialisation signifie humanisation en cours d'exécution des peines, de manière à renforcer, aussitôt que possible, les garanties de l'individu dans l'intérieur de l'établissement de prison, cherchant approcher le régime de la prison avec ce que l'on vit à l'extérieur d'elle. (42) Parce que resocialisation consiste en dernier ressort à «créer des possibilités de participation aux systèmes sociaux, offrant alternative à la conduite criminelle» (43), elle devra impliquer nécessairement l'engagement de la communauté dans sa exécution, ce qui, conduira en définitif à l'assomption par la même communauté de la responsabilité qui lui appartient dans la résolution des problèmes décourants de la «déviance» qui naît et se développe dans son sein.

Louvain — La Neuve, 1984

•
M. LEONOR ASSUNÇÃO

(42) MIR PUIG «Introducción a las bases del Derecho Penal» Barcelona. 1976. Cité par ARZAMENDI J. L. de C. «El Sistema Pénitenciaro. Reforma o abolición R.I.C.A.S.V. 1983, 28 p.

(43) ARZAMENDI Op. cit. 29 p.

BIBLIOGRAPHIE

ANCEL M «Les Méthodes modernes de traitement pénitentiaire» *Révue de Droit Pénal et le Criminologie* 1950-1951, 1001 p.

ANCEL M. «Responsabilité et défense sociale. La responsabilité pénal» *Anales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg* 1961 Paris Ed. Dalloz, pp. 335-370

ARZAMENDI J. L. de LA CUESTA «El Sistema Pénitenciario. Reforma o abolicion» *Revista Del Ilustre Colégio de Abogados del Senõrio de Viscaya*. Mayo-Junio 1983

BARATTA Alessandro «Criminologia Critica y Politica Penal Alternativa» *Révue International de Droit Pénal* 49 année 1978, 435 p.

BLOMBERG D. «Les Etudes Socio-Culturelles portant sur le milieu de détention où de traitement. L'efficacité des peines et autres mesures de traitement» Strasbourg. Conseil de l'Europe. 1967

BLONDIEAU F. «La prison, centre de la penalité contemporaine». Rétribution et Justice Pénal. *Travaux et Recherches de l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris*. P.U.F. 1982

BRIGGS Dennie «Fermer les Prisons» Paris. Seuil. 1977

BUFFARD Simone «Le Froid Pénitentiaire. L'Impossible Réforme des Prisons» Paris. Seuil. 1973

BULTHÉ Bruno et JANSSEN Christiane «Les Prisons et la Contestation Collective» C.N.C. Pub. n.º 12 Bruylant Bruxelles 1984

CONSEIL L'EUROPE «Les droits de l'homme dans les prisons» Commission Européenne des Droits de l'homme. Strasbourg. Sujets de Jurisprudence 1971.

CONSEIL DE L'EUROPE «Les mesures de substitution aux peines privatives de liberté» Rapport du Comité Européen pour les problèmes criminels sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté. 1976

CONSEIL DE L'EUROPE « Le Rapport sur La décriminalisation» Strasbourg. 1980

CONSEIL DE L'EUROPE «Traitement des délinquants en groupes et en communauté» Comité Européen pour les problèmes criminels. Strasbourg. 1974

CONSTANT J. «L'Evolution du régime pénitenciaire» Rev. Dr. Pen. et Crim. 1950-1951, 1001 p.

DE CELIS J.B. «Le Droit de Punir au IIIe. Séminaire de Criminologie Comparée du Bassin Méditerranéen» Révue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé 1981 pp. 831-851

DUPREEL J. « Evolution Législative et Réglementaire du Traitement Pénitentiaire 1957-1967». Rev. Dr. pen. et Crim. 1967-68, p. 303

ELIAERTS C. «Les Règles minima pour le traitement des détenus et les nouvelles conceptions de la Penologie» Bulletin de L'Administration Pénitentiaire 1974 pp. 11-41

FALQUE Edith «Sortie de Prison» Edition Spéciale Editions et Publications Premières.

FAVARD Jean «Le Labyrinthe Pénitentiaire» Le Centurion. Justice Humaine Paris 1981

FIZE Michel « Historique de la formation professionnelle en prison depuis 1945» Révue Internationale de la Police Technique 1982 pp. 33-46

FOUCAULT Michel «Surveiller et Punir. Naissance de la Prison» Gallimard 1979

GOFFMAN Erwing «Asiles: Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus» Minuit Paris 1968

GONSA Helmut «la prison. Ce qu'elle devrait être» Bul. Ad. Pén. 1982 pp. 45-48

- HALS H. KELLER « L'intégration du travail pénitentiaire dans l'Economie Nationale» Rév. Int. de Pol. Crim. n° 14 1959 pp. 13-20
- INGSTRUP Ole «Après la Prison» Rev. Int. Crim. Pol. Tec. 1982 pp. 386-387
- KELLENS Georges «La Mesure de la Peine» F.D.E.S.S. Liège 1983
- LEAUTÉ J. «Les Prisons» Que sais-je P.U.F. 1968
- LEY Thierry «Le désir de punir. Essai sur le privilège Pénal» Lib. Arthème Fayard
- LOPEZ M. L. « Le concept d'handicapé social. Jalons pour une typologie de formes de comportement sociales» B.A.P. 1974-1973
- LOPEZ M. L. « Handicapés sociaux et resocialisation. Diversité des Pratiques et ambiguïté de leurs effets» Déviance et Societé Masson Médecine et Hygiène.
- MATHIESEN Thomas «Problèmes et Possibilités pour l'Avenir» 3ème Conférence Européenne de Directeurs D'Instituts de Recherches Criminologiques à Strasbourg. 1965
- MONARD E. «Le travail Pénitentiaire en Belgique» B.A.P. 1967 pp. 107-121
- NAZLIOGLU A. «L'assistance post-pénitentiaire et sa place dans le régime pénitentiaire belge» Univ. Liège 1972
- OSTAPZEFF G. et LAVOINE J. R. «Mythe du Traitement Penal» Déviance et Societé 1981 vol. 5 n° 2 pp. 133-152
- PERROT Michèle «L'impossible prison» Ouvrage Collectif. Paris Seuil 1980
- PICCA Georges «La récidive en prison: à propos d'une nouvelle recherche Rev. Int. C.P.T. 1982 pp. 33-46
- PICCA G. «Faut-il démocratiser les prisons?» Rev. Sc. C.D.P.C. 1973 pp. 926-932
- PINATEL J. «Criminologie et Societé Répressive» R.S.C.D.P.C. 1981, 765-776
- PINATEL J. «La crise pénitentiaire» A.S. 1973 pp. 926-932
- PONCELA Pierrette «Eclipses Et Réparitions de la Rétribution en Droit Pénal» Rétribution et Justice Pénal P.U.F. Paris II
- ROTH Robert «Pratiques Pénitentiaires et Théorie Sociale. L'Exemple de la Prison de Genève (1925-1862)» Lib. Droz S.A. Genève Paris

SALLEVILLES Jacques « Les Prisons de la Démocratie. Une Réforme est-elle possible» C.E.R.F.

SCHOCKWELLER F. «Fondement du droit de punir. Réflexions sur l'évolution des conceptions» R.D.P.C. 1982 pp. 467-484

SCREVENS Raymond, BULTHÉ Bruno et RENARD André «La violence dans les prisons» Centre National de Criminologie Pub. n° 6 Bruylant Bruxelles 1978

SPRINGORUM Horst Schuller «La prison et ses alternatives» B.A.P. 1982 pp. 151-153

VAN HELMONT M. «Les communications et la démocratisation dans le régime pénitentiaire en matière de relations externes» B.A.P. 1973 pp. 227-241

VAN HELMONT M. «Tendances actuelles de l'action post-pénitentiaire» B.A.P. 1973 pp. 339-355

VARAUT J. M. « La prison pour quoi faire» La Table Ronde. Paris 1972

VERDIER Raymond «Contribution de l'éthnologie au problème de la rétribution» Rétribution et Justice Pénal. Op. Cit

VERIN Jacques «Le surveillant de prison» Rev. Sc. C.D.P.C. Comp. pp. 940-946

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA

*(Investigador no Instituto de Direito Público
da Universidade de Freiburg — R.F.A.)*

**A POSIÇÃO JURÍDICA DA MULHER
NA SOCIEDADE ISLÂMICA**

*Este estudo constituiu a nossa participação para a 6.ª Tübinger Gespräch
zu Entwicklungsfragen, em 17/18 de Maio de 1985, organizado pelo Institut für Wissenschaftlich
Zusammenarbeit mit Entwicklungsländern, Tübingen. O seu título original é:
Die juristische Stellung der Frau in der islamischen Gesellschaft.*

SUMÁRIO:

I. Princípios Fundamentais do ordenamento jurídico-religioso da sociedade islâmica: 1) Significado e interpretação do islamismo e do cristianismo para os seus crentes: a palavra do Corão poderá ser palavra de Deus no que concerne a situação da mulher?; 2) princípios e fontes fundamentais do sistema jurídico islâmico.

II. A mulher no direito islâmico: 1) o casamento; 2) a poligamia; 3) a dissolução do casamento; 4) o direito de custódia dos filhos; 5) a herança da mulher; 6) Sinais de mudança.

III. Resultados a considerar.

O papel da mulher na sociedade islâmica em geral e, em especial, a sua situação jurídica são de há muito tempo tema de acesa controvérsia no Oriente como no Ocidente. Embrião desta controvérsia é a vinculação à tradição e a necessidade de progresso dos países islâmicos, dilema de séculos que se apresenta ainda hoje de solução complexa. Véu, sela (Arime — compartimento exclusivamente privado à mulher no qual não é permitida a entrada de qualquer estranho) ou exclusão da vida pública e poligamia valem em primeiro lugar como sinais da repressão da mulher e da sua discriminação social relativamente ao homem (véu, 24,31; 33,59; sela 33,53/55) (¹).

(¹) Com particular interesse, M. Hartmann, *Die Frau im Islam*, Halle 1909; al-Masry, *Die Tragödie der Frau im arabischen Orient*, München 1963. Os números que ao longo do texto surgem entre parêntesis referem-se a versículos e parágrafos do Corão.

Objecto deste estudo será a discussão teórica e a observação analítica dos principais preceitos normativos do direito islâmico no que concerne aos direitos e obrigações da mulher em confronto com os direitos e obrigações do homem, numa análise da sua evolução histórica e actual manifestação. Procurarei ilustrar os diversos aspectos do problema com exemplos da vida real, ainda que aqui esteja naturalmente limitado aos exemplos mais paradigmáticos. Para a minha análise tomarei em consideração, fundamentalmente, o chamado direito da família na sua necessária íntima relação com o ordenamento jurídico-religioso fundamental da sociedade islâmica, o Corão.

I

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO-RELIGIOSO DA SOCIEDADE ISLÂMICA

1. Significado e interpretação do Islamismo e do Cristianismo para os seus crentes. A palavra do Corão poderá ser palavra de Deus no que concerne à situação da mulher?

Na sociedade islâmica não existe uma separação entre Religião e Estado. O muçulmano cumpre as leis de Deus, seja na Igreja, seja na vida social, ou nas relações privadas familiares. Esta interpenetração da vida social com a vida religiosa permite que os dirigentes da Igreja sejam ao mesmo tempo chefes do Estado. Sendo a Igreja o único organismo verdadeiramente poderoso, a religião transformou-se — ainda que de modo indirecto — num elemento de manipulação do poder.

Esta situação não é, aliás, nova na história da humanidade. Sem maiores detalhes, tivemos e temos no Cristianismo fenómenos bem próximos: As «Guerras Santas» (chamadas cruzadas) feitas pelos cristãos, a «evangelização» colonial como imposição de uma cultura e fenómeno exploratório mais do que verdadeira propagação da palavra de Deus (naturalmente que também houve evangelização na verdadeira acepção da palavra) e as actuais

guerras religiosas da Irlanda e do Líbano onde os católicos travam a «batalha da verdadeira religião», não se distanciam muito das «guerras santas» do Irão, do Iraque, de Marrocos, da Líbia etc. Aqui permito-me fazer uso das palavras do Prof. Küng⁽²⁾ de que «nenhuma religião está isenta de culpa» pelas guerras que têm flagelado a humanidade.

Analisada a questão do mundo islâmico actual a partir da nossa mentalidade ocidental-europeia, a perplexidade perante os acontecimentos é tão grande que nos deixa muitas vezes aterrorizados pelo «fanatismo islâmico». Isto porque ainda não tomamos a devida consciência do respeito que devemos ter pelas ideias, vale dizer, pelas crenças dos outros. De modo correspondente, o mundo islâmico de «ditadura religiosa» não está também disposto a reconhecer a verdade, fora da sua verdade. Mas se recuarmos um pouco, facilmente desaparecerá o motivo da «admiração». Não ensinaram Cipriano e Agostinho que «Extra Ecclesiam nulla salus» (fora da Igreja não há salvação)! Assim, também para todo o sempre: Extra Ecclesiam nullus propheta (fora da Igreja não há profetas)! Como resultou do Concílio Ecuménico de Florença, de 1442, «a santa igreja romana... considera que ninguém fora da Igreja Católica, seja pagão, judeu, ateu, ou separado da igreja, participará da vida eterna, mas, antes pelo contrário, suportará o fogo eterno preparado pelo demónio e seus anjos se antes da sua morte não se reconciliar com a sua igreja» (a igreja católica) (vers. 714). A Igreja Católica tem desenvolvido nos últimos anos um considerável esforço com vista à celebração de um compromisso entre as fórmulas «fora» e «dogma», a partir do necessário «novo entendimento». Daí que a Igreja Católica de hoje (especialmente depois do Concílio Vaticano II — 1964) não seja mais a Igreja Católica tradicional. Com o auxílio da «experiência católica» podemos admitir que também o Islamismo pode ser um caminho para a salvação. Aliás, como o Prof. Küng referiu, uma significativa parte da moderna teologia católica distingue hoje entre caminho «ordinário» (dos cristãos) e «extraordinário» (dos não cristãos) ⁽³⁾ para a salvação.

⁽²⁾ Küng, Estudo apresentado na 6.^a Tübinger Gespräch, sob o título: Christentum und Islam, pág. 1 e 2.

⁽³⁾ Assim, Küng, loc. cit. (nota 2), pág. 9 e 10.

Assim, visto o problema do islamismo de uma perspectiva pouco egoísta no sentido de que «nem só a minha religião é verdadeira» podemos admitir, para efeitos teóricos, Maomé como um verdadeiro profeta e, por conseguinte, a palavra do Corão como Lei de Deus (ou como referiu Küng, «palavra de Deus na palavra humana») (4). Esta possibilidade teórica, durante séculos proibida, permite-nos compreender um pouco melhor a razão do «fanatismo islâmico», isto é, analisar o problema da situação da mulher tomando também em consideração a perspectiva do crente islâmico e a não cair na ignomínia de apelar o «fanatismo islâmico» de «um sistema obscurantista», «retrogrado» e «subdesenvolvido», com base unicamente nos padrões da mentalidade ocidental (5).

Depois destas considerações podemos fazer uma ideia do significado do Corão (Sari'a) como fonte fundamental do ordenamento jurídico, social e religioso da comunidade islâmica (6). Ele é ao mesmo tempo, por assim dizer, a Bíblia e a Constituição da sociedade islâmica. A controvérsia que vai ser objecto deste nosso estudo é, assim, a posição da primazia que do Corão resulta para o homem relativamente à mulher, como «palavra de Deus».

2. Princípios e fontes fundamentais do sistema jurídico da sociedade islâmica.

A estrutura social que Maomé encontrou na península árabe no séc. VI d.C., foi a da grande família patriarcal. O indivíduo não era em si considerado, antes, ele era visto como membro de uma grande comunidade ligada pelo sangue. Sangue, parentesco e proveniência foram com Maomé substituídos pela crença num Deus. Mas o próprio Maomé confessou não pretender fundar uma

(4) Küng, loc. cit. (nota 2), pág. 15 e 16.

(5) Para uma boa apresentação da «mentalidade islâmica» no que concerne à sua interpretação do Corão, Cfr. em especial Ali Ameer, *The Spirit of Islam*, Londres 1949; Susanne Diwald, *Religiöse Richtungen und Sekten im Islam*, estudo apresentado na *Tübinger Gespräch* cit.; B. Thurston, *Islam Faces the Religions of the East*, Estudo apresentado na *Tübinger Gespräch* cit.

(6) Cfr. sobre este ponto, Christof Jäger, *Die Stellung der Frau im Islamischen Ehe — und Scheidungsrecht der Vereinigten Arabischen Republik*, Diss. Stuttgart 1969, pág. 1; Küng, loc. cit. (nota 2), pág. 13.

religião (28,52 e seg.; 61,6 e seg.). Ele quiz apenas renovar a «falsa» doutrina de Abraão, Moisés e de Cristo, e purificá-la da heresia e do politeísmo (chamada doutrina da trindade — 4,171).

Mas, entre Maomé e Jesus, existiu uma considerável diferença, mesmo abstraído de considerações teológicas: Jesus pregou a fé em Deus sem qualquer ligação com um sistema de Estado (Jo. 18.36; Heb. 1,8) enquanto Maomé foi pregador e dirigente político de uma comunidade. Por outras palavras, enquanto o cristianismo toma a Igreja separada do Estado, já o islamismo toma, desde a sua origem, o Estado e a religião como inseparável unidade.

O Direito tem assim, no entendimento islâmico, proveniência divina. Deus é fonte de salvação e legislador supremo (7). Deus é, em todas as relações jurídicas, «terceiro interessado». Todo o agir ou omitir humano devem ser confrontados com a palavra de Deus e, assim, serão qualificados de «bom», «mau», «permitido», ou «proibido».

Do Corão, como palavra de Deus revelada através do profeta Maomé, retira o direito islâmico o seu princípio mais importante: se um facto foi regulado por Deus, ao ser humano não é permitido alterar, com as suas acções ou omissões, o que está escrito.

Mas o Corão não contém apenas normas jurídicas (8). Ele contém também preceitos dogmático-religiosos e ético-morais. Por outro lado, importantes aspectos da vida social e privada não estão previstos no Corão, necessitando, assim, de complementos legislativos.

A segunda fonte do direito islâmico é constituída pelos documentos que relatam a vida e os exemplos de Maomé, escritos pelos seus contemporâneos.

(7) Cfr. Jäger, ob. cit. (nota 6), pág. 3.

(8) Dos 6234 versos do Corão, apenas cerca de 80 se ocupam de questões de natureza jurídica. Para a história do direito islâmico, cfr. em especial Coulson, N. J.: *A History of Islamic Law*, Edinburg 1964; R. Charles, *Le droit musulman* (série «que sais-je?»), Paris 1956; A. Rahim, *The principles of Muhammadan Jurisprudence*, Lahore 1963; J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964; Konrad Dilger, *Tendenzen des Rechts im islamischen Orient*, estudo apresentado na 6.ª Tübinger Gespräch cit.

II

A MULHER NO DIREITO ISLÂMICO

1. *O Casamento*

No islamismo, o noivado não é pressuposto do casamento. Em muitos países não está fixada a idade para contrair casamento. Na Tunísia e em Marrocos, ela é de 15 anos; no Egípto e no Paquistão, de 16, e na Jordânia e na Síria, de 17. Para os homens, ela está fixada, em regra, nos 18 anos⁽⁹⁾.

O contrato de casamento não se distingue de qualquer outro contrato, pelo que se lhe aplica o regime do direito civil ⁽¹⁰⁾. A este propósito escreveu muito ilucidativamente Feder ⁽¹¹⁾ que «o casamento islâmico não é nenhuma ligação religiosa para a vida mas, antes pelo contrário, um contrato de direito privado concluído por tempo indeterminado a que o marido pode, dentro do prazo legal de denúncia, a qualquer momento, pôr termo». Na verdade, ainda que esta formulação pareça à primeira vista não enquadrável na mentalidade religiosa da comunidade islâmica ela corresponde inteiramente à verdade. O princípio do cristianismo «só a morte vos separará», que aliás é aceite pela

⁽⁹⁾ Cf. Coulson/Hinchcliffe, *Women and Law Reforms in Contemporary Islam*, in: *Women in the Muslim World*, pág. 39; Abbot, N.: *Women and state in early Islam*, in: *Journal of Near East Studies*, Vol. 1 (1942), pág. 106 e seg.; al-Masry, Y.: *Die Tragödie der Frau im arabischen Orient*, München 1963; Frederking, *Die Frau im osmanischen Reich*, in: *Materialia Turcica* 9, 1983 pág. 52-72.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Jäger, ob. cit. (nota 6) pág. 16.

⁽¹¹⁾ *Islamisches Scheidungsrecht*, pág. 16, in: *Die Welt des Islams*, I, 1913, pág. 7-17.

humanidade, em geral, e pelos cristãos em especial, no sentido de que o casamento constitui uma ligação para a vida (Mat. 19,3-9), não tem para o casamento islâmico qualquer relevância ou obrigação moral. A morte é apenas uma das várias possibilidades de dissolução do casamento. O direito do cônjuge viúvo relativamente à contracção de um novo casamento é, de igual modo, diferente. A viúva tem de respeitar um prazo mínimo de quatro meses e dez dias (nomeadamente, para a verificação da sua possível gravidez), enquanto que o viúvo não tem qualquer limitação temporária.

O casamento é celebrado entre o noivo e o representante da noiva — o seu parente masculino mais próximo — na presença de duas testemunhas. A própria noiva não está muitas vezes sequer presente. Os principais pontos a contratar são a fixação da data de casamento assim como a fixação do montante do dote de casamento que será pago directamente à noiva (4,24).

Como impedimentos de casamento valem, antes de mais, um determinado grau de parentesco sanguíneo (4,22 e seg.). Na prática, é muitas vezes legítima a celebração do casamento entre primo e prima. Esta permissão não reforça apenas os interesses sociais e económicos das grandes famílias. Para o homem foi, e é em certa medida ainda hoje, a única possibilidade que ele tem de desposar uma mulher conhecida pois ele apenas conhece habitualmente a sua esposa nas próprias bodas de casamento. Só neste momento pode a mulher mostrar-se ao seu marido sem o véu. Inicialmente era proibido ao cidadão islâmico, homem ou mulher, o casamento com alguém pertencente a outra comunidade religiosa (2,221). Esta proibição foi, todavia, modificada a favor do homem: o homem islâmico foi autorizado a desposar quer judias, quer cristãs (5,5).

2. *A poligamia*

A regra tradicional do islamismo é a de que, o homem islâmico pode desposar no máximo quatro mulheres desde que as trate de igual modo no que concerne a alojamento, alimentação e vestuário.

O homem não está subordinado ao consentimento do tribunal ou da(s) sua(s) anterior(es) esposa(s) para poder contrair um novo casamento. Porém,

está obrigado a tratar as suas esposas com igualdade. Esta regra geral, que vigorou durante séculos, sofreu todavia nos últimos anos importante evolução. A poligamia foi proibida desde 1962 no Este asiático, na Tunísia, em Israel e na Turquia, sendo a poligamia subsequente nula. O art. 16 da Lei de Protecção da Família do Irão (de 1975) submeteu o segundo casamento à autorização do tribunal, o qual só o autorizará mediante certas condições, como por ex. no caso de o marido não recorrer à droga, não se embriagar, não ter vícios de jogo, não ter sido condenado nos últimos 5 anos, não ter abandonado a família, etc.⁽¹²⁾.

No Iraque, em Singapura e no Malawi, o marido tem de obter primeiramente a permissão do tribunal. No Paquistão, tal autorização só será permitida mediante um parecer favorável de uma comissão da qual fazem parte autoridades governamentais e representantes do marido e da mulher. Todavia, os casamentos contraídos contra estas disposições são válidos embora o marido esteja sujeito a sanções criminais. No Irão e no Paquistão, no caso de o marido transgredir as suas obrigações, a mulher pode pedir a dissolução do casamento.

Em Marrocos e no Líbano não foi restringido, de modo directo, o direito à poligamia mas a mulher pode incluir no contrato de casamento uma cláusula pela qual obriga o homem à monogamia sob condição de dissolução do seu casamento no caso de o marido pretender desposar uma segunda mulher.

3. *A dissolução do casamento*

Indubitavelmente que a reforma das leis do divórcio constitui o maior problema do mundo islâmico no que concerne ao respeito pelos direitos da mulher⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Cfr. Coulson/Hinchcliffe, ob. cit. (nota 9), pág. 40.

⁽¹³⁾ Cf. Feder, Ernst: Islamisches Scheidungsrecht, in: Die Welt des Islams, I 1913, pág. 7-17.

Assim, a regra até há pouco tempo vigente era a de que o direito de pedir o divórcio pertencia exclusivamente ao marido. Hoje, todavia, esta regra tende a sofrer cada vez maiores exceções, chegando a estar totalmente revogada em certos daqueles países.

O Islamismo conhece duas formas de divórcio por repúdio ou «talaq» (14).

A primeira forma consiste em um só «talaq» ou declaração de repúdio do marido, a qual apenas se torna eficaz com o decurso do «tempo de espera» (cidda — tempo de espera igual a três ciclos menstruais, ou se estiver grávida, até ao nascimento do filho). O marido pode também declarar o repúdio três vezes consecutivas (uma por mês). O tempo de espera destina-se a permitir uma maior reflexão do problema (pelo marido) e, possivelmente, uma reconciliação(15). A declaração de repúdio não está sujeita a fundamentação.

Sem possibilidade de reconciliação é o «talaq al-bid» (talaq de inovação). O homem ao pronunciar o «talaq» três vezes consecutivas consegue o divórcio de modo irrevogável (2,228 e seg.). Se o homem depois do divórcio pretender voltar a casar com a mesma mulher, esta terá de, entretanto, ter casado com outro homem e já se encontrar novamente divorciada(16).

Desde 1975 que se vem verificando um esforço no sentido da salvaguarda dos interesses da mulher, sobretudo no sentido de atribuir também à mulher o direito de poder recorrer ao divórcio.

Hoje na maior parte dos países islâmicos, a mulher pode pedir a dissolução do seu casamento se o marido a isso a autorizar ou provar que a continuação do seu estado de casada é perigoso para si (p. ex. por razões de saúde),

(14) Sobre o direito de repúdio — Talaq, Cfr. Coulson/Hinchcliffe, ob. cit. (nota 9), pág. 37.

(15) Coulson/Hinchcliffe, ob. cit. (nota 9), pág. 42 e seg.

(16) Cf. ainda Jäger, ob. cit. (nota 9), pág. 92. Naturalmente que na prática se recorre muitas vezes a casamentos fictícios com terceiros para que seja possível um novo casamento (2,230 e seg.). Isto porém, pressupõe o consentimento da mulher. Esta forma de «talaq al-bid a» não é reconhecida pela seita Ithna Ashari dos Cheiitas. Sobre o repúdio no Paquistão, cfr. Coulson/Hinchcliffe, ob. cit. (nota 9) pág. 43.

ou ainda no caso de o marido a tratar com crueldade, a abandonar ou deixar de contribuir para o seu sustento económico⁽¹⁷⁾.

Na Tunísia e na Argélia, as mulheres podem pedir o divórcio mas apenas contra o pagamento ao seu marido de uma compensação financeira.

No Paquistão, o Supremo Tribunal já admitiu a dissolução com base em «incompatibilidade de temperamentos» mas, neste caso, a mulher tem de devolver todos os bens que recebeu do seu marido a título de dote de casamento.

Em alguns países islâmicos, a mulher pode obter a dissolução do seu casamento com base na «crueldade» do marido ou na sua «intolerabilidade para com pessoas do seu estatuto social» (fórmula vigente no Egípto) ⁽¹⁸⁾. Deste modo, a «classe social da mulher» desempenha um papel importante no respeito que o marido lhe deve.

Também na Índia e no Paquistão a mulher pode pedir a dissolução do seu casamento se o marido tiver para com ela «condutas cruéis», sendo estas entendidas, em regra, por insultos corporais.

Na Tunísia, Iraque e Yémen do Sul, verifica-se uma maior tendência para que o divórcio passe a ser apenas possível através do tribunal judicial. No Irão e no Yémen do sul, o poder de repúdio do marido foi totalmente abolido na década de 70.

Assim como na Tunísia, a lei de protecção da família do Irão (de 1975) colocou os cônjuges em relativa igualdade em matéria de divórcio. Todavia, diferentemente da Tunísia, isto não foi conseguido através da atribuição à mulher de um direito de repúdio (talaq) mas através da concessão de um direito de impugnação judicial do repúdio declarado pelo marido.

Modernamente, na maior parte dos países islâmicos é permitido à mulher, através do seu representante, introduzir uma cláusula no contrato de casamento que leve à sua dissolução no caso de o homem não cumprir determinadas condições (condições de dissolução). A mulher pode desta maneira limitar também outros direitos do homem, como por exemplo, obrigá-lo à monogamia. Ela pode do mesmo modo incluir uma cláusula de indemnização no caso de dissolução do casamento por culpa do marido.

⁽¹⁷⁾ Coulson/Hinchcliffe, ob. cit. (nota 9) pág. 41.

⁽¹⁸⁾ Coulson/Hinchcliffe, ob. cit. (nota 9), pág. 42.

Uma outra possibilidade de dissolução do casamento é também — como vimos — garantida a ambas as partes através de decisão judicial. As causas de divórcio são, todavia, muito limitadas. A par da já referida «crueldade», são ainda de citar determinadas doenças de um dos cônjuges, impotência do homem, incuprimento da obrigação de sustentação e, adultério. Porém, na medida em que esta última forma de dissolução do casamento só pode ser feita se o recorrente apresentar pelo menos quatro testemunhas, esta possibilidade apresenta-se de pequena revelância prática.

A mulher dispõe assim, teoricamente, de três possibilidades de separação: a dissolução pela verificação da cláusula imposta no contrato de casamento, a indemnização e a separação judicial⁽¹⁹⁾. Claro que na prática falta-lhe a necessária independência e auto-consciência para se poder movimentar livremente no campo estreito que a comunidade islâmica, nos seus usos e tradições, princípios, regras e crenças, lhe proporciona. A educação que lhe é dada desde criança de obediência ao pai e de posterior obediência ao marido, como base moral, apresentam-se como limites que condicionam a garantia dos seus poucos direitos. Não esqueçamos que em caso de desobediência ao marido, o Corão permite inclusivamente os açoites corporais (4,34) ⁽²⁰⁾.

A mulher separada não tem qualquer direito de sustentação relativamente ao seu anterior marido. Ela pode, na verdade, dispôr livremente dos seus bens mas claro que depois da sua separação não lhe resta, em regra, qualquer outra alternativa para a sua segurança e garantia de sobrevivência do que regressar à sua família e se submeter novamente à autoridade do parente masculino mais próximo.

⁽¹⁹⁾ Cf. Jäger, ob. cit. (nota 6) pág. 71.

⁽²⁰⁾ Como refere Paul Vieille, a mulher deve «obediência e submissão» ao seu marido. Cfr. Paul Vieille, *Iranien Women in Family Alliance and Sexual Politics*, in: *Women in the Muslim World*, Harvard 1982 pág. 459. Cfr. com interesse sobre este assunto, Wiebke Walter, *Die Frau im Islam*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1980.

4. *Direito de custódia dos filhos.*

A mulher tem por regra um direito muito limitado no que concerne à educação dos seus filhos, em especial os do sexo masculino. A lei de custódia dos filhos é muito rígida.

Na lei Ithna Ashari a mulher detém o poder de custódia apenas até aos dois anos, para os filhos do sexo masculino e até aos sete anos, para as filhas; na lei Hanafi, até aos sete anos, para os filhos e até aos nove, para as filhas; na lei Maliki, até à puberdade dos filhos e à puberdade ou casamento das filhas; na lei Shafi'i, as crianças ao atingirem os sete anos podem escolher livremente por quem querem ser orientadas. Na Lei Hanbali, são concedidos os mesmos direitos para os filhos e filhas até aos sete anos, mas as filhas ao atingirem os sete anos passam para a orientação exclusiva do pai. A representação legal dos filhos pertence ao pai.

A mulher divorciada detém a custódia dos seus filhos apenas por um limitado período de tempo, passando, decorrido este prazo, para a responsabilidade exclusiva do marido.

Durante o período em que a mulher detém a custódia, o marido ou parente mais próximo do sexo masculino (p. ex. em caso de morte do marido) tem o direito de «controlo» da educação que os seus filhos recebem da sua mulher. A ele está igualmente reservado o poder de contrair casamento para os seus filhos (hoje, em muitos países verifica-se uma tendência para deixar o casamento a cargo dos contraentes). Em suma, a mulher nunca detém um poder de custódia absoluto dos seus filhos⁽²¹⁾.

Modernamente tem-se, todavia, verificado grandes reformas neste sector. Já em 1929 que no Egipto foi aprovada uma lei segundo a qual só o tribunal decide a quem compete a educação das crianças a partir dos sete anos (rapazes) e a partir dos nove anos (raparigas). No Sudão verificou-se, pouco depois, uma reforma semelhante. Na Síria, Tunísia, Iraque e Yemen do sul, o tribunal decide sobre esta questão, devendo atender em primeiro lugar aos interesses da criança. Algo parecido é também a situação actual na Índia e no Paquistão.

⁽²¹⁾ Coulson/Hinchcliffe, ob. cit. (nota 9) pág. 45.

5. A herança da mulher islâmica.

Uma das mais importantes reformas operadas nos últimos anos no direito islâmico foi a admissão da mulher no direito de sucessão. Este direito apresenta-se, todavia, muito discriminatório⁽²²⁾. A mulher herda em regra metade do que corresponde aos outros membros masculinos da família (4,11 — 176)⁽²³⁾. Em certa medida pode-se concluir, não só deste preceito do Corão como também do valor testemunhal da mulher (que é metade do do homem), que a mulher «vale» na comunidade islâmica metade do homem⁽²⁴⁾. Isto provém de uma velha crença de que ela não teria imortalidade⁽²⁵⁾. Aliás este exemplo não nos deve surpreender muito, pois também entre os católicos foi até há pouco tempo fomentada, ou pelo menos tolerada, a submissão da mulher (o chamado «respeito» pelo marido, que aliás encontra um certo apoio na letra da Bíblia) relativamente ao homem, mesmo do ponto de vista da sua «dignidade moral». Finalidade primeira desta discriminação de sexos é, naturalmente, com o apoio do Corão, retirar a independência económica da mulher para melhor garantir o sucesso da sociedade dominada pelo homem.

6. Sinais de mudança

Se confrontar-mos o sistema descrito com o sistema ocidental, é claro que o direito da família islâmico se apresenta muito antiquado. Ele apresenta um carácter anacrónico e, mesmo do ponto de vista islâmico, só pode ser susten-

⁽²²⁾ Para uma evolução histórica do direito sucessório da mulher islâmica, cfr. Coulson/Hinchcliffe, *ob. cit.* (nota 9).

⁽²³⁾ Cf. Coulson/Hinchcliffe, *ob. cit.* (nota 9), pág. 37.

⁽²⁴⁾ Klaus Timm/Aalami, *Die muslimische Frau zwischen Tradition und Fortschritt*. Veröffentlichungen des Museums für Völkerkunde zu Leipzig, Caderno 29, Berlin 1976.

⁽²⁵⁾ Cf. O. Pesle, *la femme musulmane dans le droit, la religion et les moeurs*, Rabat 1946; Frederick, *ob. cit.* (nota 9).

tado numa base de estreita ligação com uma determinada interpretação tradicional de alguns preceitos do Corão. O seu ponto de partida é uma legislação entorpecida ligada a um passado remoto. A actual legislação regulamenta a tradição do noivado pré-islâmico, melhorando-o significativamente a favor da mulher. Ela foi, p. ex. no tempo da Gahiliyya, totalmente excluída da herança e crianças recém-nascidas do sexo feminino foram frequentemente enterradas vivas.

Ainda que o Corão proíba a morte de recém-nascidos (16,59), ele constitui ainda hoje o primeiro suporte religioso e jurídico da posição discriminatória da mulher na sociedade islâmica.

Com a introdução de regulamentações jurídicas no ordenamento jurídico-social islâmico, foi dado o primeiro passo para a autonomia e independência da mulher. No começo da islamização encontramos ainda muitas mulheres que escolhiam livremente o seu parceiro conjugal ou escolhiam a sua carreira profissional, como aliás aconteceu por exemplo com a própria primeira mulher de Moahmed, Hadiga. Como parte determinante da “sagrada palavra de Deus”, gozam todos os preceitos do Corão de um respeito religioso sem se atender às suas consequências práticas. É assim que a observação de velhos princípios morais e tradições se apresentam como barreiras ao progresso jurídico-social imposto pela moderna civilização. Sobretudo desde o sec. XIX, devido aos intensos contactos do oriente com o ocidente, a inapropriação das leis então vigentes e a sua deficiente capacidade de adaptação tornou-se manifesta. As primeiras ideias de reforma foram introduzidas por intelectuais islâmicos antes que a própria mulher para isso tivesse acordado e, no seu interesse, reivindicado.

Nos ultimos anos tem-se assim verificado importantes reformas que têm permitido uma alteração substancial de importantes preceitos do direito civil e penal. Em muitos Estados, a transformação tem sido mesmo radical ⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Frederking, *Die Frau im osmanischen Reich*, pag. 53. Cfr. ainda W. Ende/v. Steinbach, *Der Islam in der Gegenwart*, Munique 1984 pag. 155 e seg.; Anderson, J.N.D. : *Reforms in Islamic Law*, Londres 1977; Vanessa Maher, *Women and Social Change in Marocco*, in: *Women in the Muslim World*, Harvard 1982, pag. 100 e seg.; Anderson, J.N.D., *Recent Reforms in the Family Law in the Arab World*, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 65 (1963), 1-17; do mesmo, *Law Reform in the Muslim World*, Londres 1976.

Vejamos pois os marcos mais importantes da evolução verificada nos últimos anos:

Em 1917 surgiu uma “Lei da Família” no Líbano e em Israel, a qual reformou alguns aspectos do direito da família.

Entre 1920-1929, o Egipto e o Sudão procederam a uma importante reforma das leis da família, em especial no que concerne à idade mínima para a contracção de casamento e concedeu o direito de divórcio à mulher em determinados casos, ao mesmo tempo que restringiu o “talaq”.

Em 1939, uma disposição da lei do casamento concedeu o direito de divórcio à mulher na Índia e no Paquistão.

Em 1951, a “Lei dos Direitos da Família” da Jordânia previu uma cláusula de renúncia à poligamia que podia ser incluída no contrato de casamento. Esta lei concedeu igualmente à mulher o direito de divórcio em determinados casos e restringiu o “talaq”.

Em 1953, a Lei do Estatuto Pessoal Síria previu uma idade mínima para a contracção do casamento e restringiu a poligamia e o “talaq”.

Em 1956, a Tunísia previu no seu Código do Estatuto Pessoal a idade mínima para o casamento, extinguiu a poligamia, proibiu que o divórcio possa ter lugar fora do tribunal judicial e concedeu à mulher os mesmos direitos de “talaq” do homem.

Em 1958 foi aprovado em Marrocos o Código do Estatuto Pessoal, o qual previu uma idade mínima para a contracção do casamento e restringiu o “talaq”.

Em 1959, uma norma da Lei do Estatuto Pessoal iraquiana previu uma idade mínima para a contracção do casamento, introduziu restrições à poligamia e ao “talaq” e previu reformas na lei das sucessões no que concerne à sucessão da mulher.

No mesmo ano, a Argélia introduziu, através do regulamento do casamento, a proibição do divórcio fora do tribunal e permitiu que a mulher possa, em certos casos, pedir o divórcio.

Em 1961, a Lei da Família paquistanesa introduziu restrições ao “talaq” e à poligamia e previu certos casos de sucessão da mulher.

Em 1967, o Irão alterou a sua lei de Protecção da Família proibindo o “talaq” e restringindo a poligamia.

Em 1974, o Yemen do sul proibiu, com restritas excepções, o divórcio.

Em 1975, o Irão substituiu a Lei de Protecção da Família e restringiu a poligamia.

Infelizmente, nos últimos 10 anos tem-se verificado em alguns destes países um fenómeno contrário a esta evolução (a chamada reislamização), em especial no Irão de Khomeni, em Marrocos, na Líbia e no Iraque (27).

Para a análise do espectro jurídico actual, deve-se distinguir três categorias de países: 1) aqueles em que o Corão (Sari'a) continua a ser observado na sua essência, como a Arábia Saudita e o Irão de Khomeni; 2) aqueles em que o Corão foi totalmente eliminado e a legislação secularizada, como a Turquia e as repúblicas soviéticas de população islâmica; 3) aqueles — que aliás são a maioria — que através de modificações e complementos legais celebram um compromisso entre a tradição islâmica e a evolução ocidental moderna.

Dispensam-se maiores complementos relativamente aos países do primeiro grupo pois a actual situação apresenta-se em perfeita consonância com as leis citadas.

A Turquia, representante do segundo grupo, tem lugar particular, na medida em que a evolução verificou-se ali, desde o seu início, numa outra orientação (28).

Nos povos de origem turca da Ásia Central, na Anatólia, predomina a igualdade entre os membros da raça. A este propósito escreveu muito justamente Frederking (29): “Se o Corão trouxe algum progresso para a mulher árabe, ele significou para a igualdade de direitos da mulher da Anatólia um retrocesso, uma limitação à liberdade de acção”. Depois da moderna revolução turca (1908), reacendeu-se a discussão do papel da mulher. Ziya Gökalp, defensora do nacionalismo turco, exigiu uma modificação dos princípios até então vigentes. Hoje a Turquia é um Estado laico. No seguimento da reforma de Atatürk em 1926, o Corão foi, em matéria de direito civil, substituído pelo direito civil suíço. Mas, se do ponto de vista teórico, o Corão deixou de ser fundamento da jurisprudência, na prática religiosa continuou a desempenhar um papel importantíssimo, antes de mais, nas camadas sociais mais baixas.

(27) Cfr. Konrad Digler, estudo cit. (nota 8).

(28) Cfr. Ruth Woodsmal, *Der Aufstieg der Mohammedanischen Frau* pág. 307.

(29) Frederking, ob. cit. (nota 26), pág. 5.

Porque o indivíduo aceita a religião islâmica, aceita automaticamente o Corão e, assim, as leis religiosas; o direito e a religião, como já vimos, formam no islamismo uma inseparável unidade.

No que concerne à terceira categoria de países, naturalmente que, devido ao seu grande número, não pode ser aqui feita uma análise individualizada de cada um deles. Entre os mais modernos que procuram a reforma através da reformulação das leis, é de citar, antes de mais, o Egipto onde os intelectuais, que são geralmente conhecidos como defensores dos interesses da mulher, impuseram importantes progressos. De entre eles, deve ser aqui citado Muhammad Abduh (1849-1905) que foi um dos primeiros a chamar à atenção para determinados preceitos do Corão — como por exemplo a poligamia — que não devem ser aceites em absoluto, mas apenas podem ser entendidos em estreita ligação com determinados aspectos sociais e históricos.

Em resumo, a mulher islâmica — como a mulher de outras religiões — está excluída de determinadas funções religiosas e continua, em certa medida, como um “ser sem alma imortal”⁽³⁰⁾. Da situação existente, defendeu Badr a necessidade de alteração das leis canónicas e, antes de mais, a reforma das relações sociais, da educação e a necessidade de formação escolar da mulher. Ele exigiu ainda a igualdade da mulher do ponto de vista social e comunitário na base de uma educação e de uma formação igualitária, assim como da sua participação na vida pública e política.

As primeiras escolas femininas foram fundadas no Egipto em 1873, no Iraque em 1899 e no Irão em 1917. Todavia, apenas em 1962 abriu a universidade egípcia al-Azhar as suas portas a estudantes do sexo feminino. Na Turquia foi fundada a primeira universidade feminina em 1913; em 1922 a primeira médica turca — que estudou na Alemanha — abriu ao público o seu consultório em Istambul. No mesmo ano, a universidade de Istambul abriu as suas portas às mulheres, tendo entrado logo seis. Desde então o número tem aumentado constantemente. Em Direito, as primeiras três mulheres concluíram o seu curso na Turquia em 1924 e as duas primeiras juízes formaram-se em 1930. Hoje existem algumas centenas de mulheres com profissão de polícia de segurança pública. Na Turquia a mulher adquiriu o direito de voto em 1934

⁽³⁰⁾ Siham Badr, *Frauenbildung und frauenbewegung in Ägypten. Ihre Geschichte und ihre Probleme*, Wuppertal 1968, pág. 36.

(³¹). Em 1928, numa população de um milhão e meio de habitantes, havia no ensino cerca de 14.000 raparigas islâmicas e cerca de 40.000 raparigas cristãs, sendo que os cristãos não ultrapassavam os 30% da população global. No Irão, só em 1938 foram as mulheres admitidas no ensino superior. O direito de voto foi-lhes reconhecido, no Egipto em 1956, e na Turquia, por fases, entre 1930 e 1934, na Síria e no Paquistão, em 1954, e no Irão, em 1963.

A par de na participação na vida pública, foram também reformulados: o véu, os sinais exteriores de virgindade e a privatização (sela). As primeiras mulheres caminharam publicamente sem o véu, na Turquia em 1910 e no Egipto apenas 15 anos depois. No Irão o véu foi, inclusivamente, proibido em 1936 mas claro que aqui ficou demonstrado que o inimigo da reforma, a tradição, foi mais forte. O véu não é apenas uma peça de vestuário mas expressão da crença islâmica e uma imagem religiosa. Por isso esta lei foi revogada em 1941.

As reformas no domínio do direito da família são frequentemente mínimas. Em muitos casos trata-se de uma codificação de disposições do Corão dando-lhe um carácter de instituição jurídica.

A exigência de modernização esbarra com uma prática tradicional contrária. Países como o Irão ou o Iraque onde se procura a reislamização, procuram retirar os poucos direitos da mulher. Claro que também nos outros Estados não é previsível uma alteração rápida, pois toda a tradição só é ultrapassada através de um processo lento de gerações.

(³¹) Para maior detalhe, cfr. Ruth Woosmall, *Der Aufstieg des Mohammedanischen Frau*, Leipzig pág. 309 e, em especial, 316.

III

RESULTADOS A CONSIDERAR

Para que a posição discriminatória da mulher islâmica possa ser definitivamente ultrapassada impõe-se, antes de mais, uma interpretação realista do Corão que vá ao encontro da natureza dos seus destinatários: «os crentes como seres humanos, obra de Deus». Para que esta interpretação seja possível não chegam as propostas bem intencionadas de uma classe intelectual que é capaz de compreender as consequências do problema na sua verdadeira dimensão. A sua missão é indispensável e deve desempenhar um papel de locomotiva, procurando trazer atrás de si o povo islâmico em geral, mas em primeiro lugar as mulheres. As mulheres islâmicas são chamadas a desempenhar um papel fundamental nesta evolução pois, sendo elas as primeiras interessadas, não poderão acomodar-se e esperar que o homem, crente numa tradição que julga corresponder a vontade de Deus e desfrutando de uma situação de privilégio, abra mão de livre iniciativa. A limitada esfera de acção em que a mulher islâmica se encontra ainda hoje obriga a que a «luta pela libertação» seja feita, não a título individual — só isso seria demasiado perigoso, pois certamente que acabaria num desastre familiar e económico — mas organizada. Os movimentos internacionais de emancipação da mulher não podem negar o seu apoio pois, indirectamente são também interessados nesta luta. A ajuda exterior é fundamental na medida em que poderá eficazmente levar a mulher islâmica a reflectir melhor a sua situação da qual, na maior parte das vezes, ou não tem consciência, ou está com ela conformada, para evitar problemas familiares ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Não é raro encontrar-se mulheres, até mesmo intelectuais, nos países islâmicos que, ou por razões de convicção religiosa, ou por apego a uma tradição de milénios ou, finalmente, por mero comodismo aliado ao receio de contrariar a vontade do marido e dos familiares mais próximos, continuam a sustentar, às vezes energicamente, a situação actual.

Mas o homem também tem de modificar radicalmente a sua posição, primeiro distinguindo o que é palavra de Deus e o que é palavra humana e tradição. Dado este passo, não pode cair no pacifismo, mas deve colocar os interesses gerais da comunidade islâmica em plano superior aos seus próprios interesses. Por isso, ele é chamado a participar activamente neste processo de “humanização” da sociedade islâmica, e talvez do próprio islamismo.

Da parte oficial é necessário que se proceda a uma renovação da legislação anacrónica e retrógada. Este fenómeno deve, todavia, operar-se à medida que a população se mostrar pronta a aceitar as reformas propostas.

De todas as possíveis, a reforma mais importante a curto prazo é a da alteração da educação e do ensino em geral. O acesso ao ensino e os seus métodos e programas têm de passar nos próximos anos por uma reformulação radical sem a qual não é possível garantir que, pelo menos no espaço de uma ou duas gerações, as mulheres islâmicas sejam finalmente respeitadas na sua íntegra dignidade.

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

Perspectivas de realização do Mercado Interno
Acto Único Europeu

Nuno Ruiz 7

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Pinheiro Farinha

Sumários das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do
Homem n.ºs 96 a 100

Barthold contra a República Federal da Alemanha	25
X e Y contra a Holanda	27
Bönisch contra a Áustria	29
Ashingdane contra o Reino Unido	30
Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra o Reino Unido	32

Comissão Europeia dos Direitos do Homem

Queixas da França, Noruega, Dinamarca e Suécia contra a Turquia	34
--	----

Tribunal dos Direitos do Homem

Decisão proferida no caso Rees contra o Reino Unido	75
---	----

Comité de Ministros (Resolução DH (85)2)

Relativa à decisão do Tribunal Europeu do Direito do Homem de 10 de Julho de 1985 no caso Guincho contra Portugal	97
--	----

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Conselho da Europa

Comissão de Recurso — M. T. Stevens e outros contra
o Secretário-Geral 103

Assembleia Parlamentar

Recommandation 934 (1982) — relative à l'ingénierie génétique 123

Nações Unidas

Comissão dos Direitos do Homem — Subcomissão da luta
contra medidas discriminatórias e protecção das minorias

Projecto de deliberação sobre a independência da justiça 131

ESTUDOS

La peine d'emprisonnement — Quelques considérations

Maria Leonor Machado Esteves de Campos e Assunção 155

A posição jurídica da mulher na sociedade islâmica

António Francisco de Sousa 191

**PREÇO DAS ASSINATURAS DO BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
INCLUINDO SUPLEMENTO DE LEGISLAÇÃO (BMJ)
E BOLETIM DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO (BDDC)**

Continente, Regiões Autónomas e Macau, bem como Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau e S. Tomé e Príncipe	Brasil	Outros países
BMJ 8 500\$00	11 500\$00	16 000\$00
BDDC 2 000\$00	3 000\$00	8 000\$00
BMJ+BDDC 10 000\$00	14 000\$00	20 000\$00

**PREÇOS DE COLEÇÕES COMPLETAS DE ANOS ANTERIORES
E DE NÚMEROS AVULSOS**

	Continente, Regiões Autónomas e Macau bem como Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e S. Tomé e Príncipe	Brasil	Outros Países
Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)			
5 anos (coleções completas de 21 volumes/ano)	34 000\$00	46 000\$00	56 000\$00
1 ano (coleções 21 volumes/ano)	7 250\$00	10 000\$00	13 600\$00
Cada número avulso	1 000\$00	1 250\$00	3 000\$00
Boletim de Documentação e Direito Comparado (BDDC)			
5 anos (col. compl. 4 vol/ano) (1980 a 1984)	8 000\$00	12 000\$00	32 000\$00
1 ano (coleção completa)	1 800\$00	2 500\$00	6 800\$00
Cada número avulso	600\$00	1 000\$00	2 500\$00
Boletim do Ministério da Justiça + Bol. Documentação Dt.º Comparado (BMJ+BDDC)			
1981 (col. compl. 25 vol/ano)	7 000\$00/ano	9 000\$00	16 000\$00
1983 " " " "		ano	ano
1984 " " " "			
1985 " " " "			

Assinaturas podem ser pedidas a
Subscriptions may be addressed to
Abonnements pourront être adressés à

**GABINETE DE GESTÃO FINANCEIRA — MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
PRAÇA DO COMÉRCIO — 1000 LISBOA — PORTUGAL**

A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
Other communications concerning this Review shall addressed to
Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
RUA DA ESCOLA POLITÉCNICA, 140-4.º — 1200 LISBOA — PORTUGAL
(Tel 67 28 62/67 47 79) — Telex 42701 PROCUR P**

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
Lisboa