

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO

LISBOA

1991

Composição e impressão na
LITOGRAFIA TEJO, LDA. / Rua das Taipas, 45
1200 Lisboa / PORTUGAL

Tiragem: 4 000 exemplares Janeiro de 1992
Depósito legal n.º 52833 / 92
ISSN 0870-7138

DIREITO COMUNITÁRIO

BOLETIM
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO COMPARADO

Aos Srs. Assinantes

Por razões de ordem técnica,
o volume duplo (n.ºs 43/44)
corresponde ao segundo semestre de 1990,
será distribuído posteriormente

A DIRECÇÃO

JOSÉ MARIA DE ALBUQUERQUE CALHEIROS
Advogado

*Assistente estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa
e da
Universidade Católica Portuguesa*

**ALGUMAS BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE
O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO
CONFORME
DO DIREITO INTERNO
FACE ÀS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS**

SUMÁRIO

1. Aplicabilidade directa e efeito directo – 2. Efeito directo vertical e efeito directo horizontal – 3. Delimitação do problema – 4. O processo 80/86; 4.1. Apreciação crítica – 5. Âmbito de aplicação do princípio da interpretação conforme. Limites. Justificação – 6. Nota final.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AUE – Acto Único Europeu
CDE – Cahiers de Droit Européen
CEE – Comunidade Económica Europeia
ELR – European Law Review
JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias
Proc. – Processo
RDE – Revue de Droit Européen
RIE – Revista de las Instituciones Europeas
RMC – Revue du Marché Commun
TCEE – Tratado que instituiu a CEE
TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
-

1. Aplicabilidade directa e efeito directo

"Le but des traités européens n'est pas un objectif de simple coopération interétatique: c'est un objectif d'intégration, c'est-à-dire une visée d'unification selon une idée d'ordre cohérente."⁽¹⁾

Esta ideia de PIERRE PESCATORE serve para ilustrar bem qual é o sentir (e o sentido) das considerações que aqui se irão fazer. Pese embora o nosso objectivo seja apenas o de levantar o problema da interpretação conforme do direito interno face às directivas comunitárias (ou talvez por isso mesmo), teremos de tratar para já da análise sucinta dos conceitos de aplicabilidade directa e efeito directo e, bem assim, da distinção entre efeito directo horizontal e vertical. É que, importa desde já notar, o princípio da interpretação conforme (naquele sentido estrito que é o único que aqui pretendemos analisar) surge para nós, não apenas como uma eventual alternativa para a recusa que o TJCE fez do efeito directo horizontal das directivas, mas sobretudo como um problema distinto da questão do efeito directo, como adiante se procurará demonstrar. É claro que seria interessante discutir se se pode (deve) falar de um princípio geral de interpretação conforme do direito interno face ao direito comunitário. Convém não esquecer que, apesar de tudo, estamos perante ordens jurídicas distintas e autónomas, ainda que não necessariamente antinómicas. De toda a maneira é uma questão que aqui

(1) P. Pescatore, "L'application directe des Traités européens par les juridictions nationales: la jurisprudence nationale", *RDE*,(5) 1969.

não queremos nem podemos aprofundar, embora se trate de matéria a necessitar de mais aturada reflexão.

Por nos parecer necessário tentar aclarar alguns conceitos, que não têm sido nada pacíficos para uma boa parte da doutrina e jurisprudência comunitária, tentaremos sumariamente esclarecer qual o sentido em que os vamos utilizar.

Creemos que o conceito de aplicabilidade directa se deve distinguir do do efeito directo, isto apesar de tal opinião não ser aceite por todos. Segundo ROBERT KOVAR⁽²⁾ esta distinção, apesar de real, torna necessária uma importante correcção, pois ao isolar demasiadamente a aplicabilidade directa do efeito directo, corre-se o risco de crer na ausência de toda e qualquer relação entre estas duas noções. Mais adiante este consagrado autor divide as disposições em dois grupos — as normas que produzem efeito directo e aquelas que não produzem senão um efeito indirecto, no sentido de que, embora vinculando os Estados, não podem por si próprias produzir efeitos na ordem jurídica interna.

Embora se concorde substancialmente com esta distinção, cremos que ela ofusca demasiado a distinção que importa fazer entre aplicabilidade directa e efeito directo, sendo certo que para nós se trata de conceitos que reportam a realidades diferentes, e que por isso importa não confundir.

Pegando na letra do art.º 189.º do TCEE, aí se diz que o regulamento é directamente aplicável em todos os Estados-membros. Seguindo a lição de vários autores⁽³⁾, a aplicabilidade directa mais não é do que uma técnica de incorporação do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados-membros, que assim não necessitaria de qualquer transformação ou aprovação pelo direito interno.

A ser correcto este conceito, só os regulamentos seriam directamente aplicáveis, já que seriam os únicos que gozam de "imediatividade" na ordem jurídica interna. Na verdade assim o regulamento comunitário converte-se imediatamente⁽⁴⁾ em direito vigente para todos os Estados-membros da Comunidade. Nem o próprio direito originário seria, neste sentido, directamente

(2) Robert Kovar, *As relações entre o direito comunitário e os direitos nacionais - Trinta anos de direito comunitário*, págs., 115 e segs..

(3) Podem ver-se no mesmo sentido, entre outros, Fausto Quadros, *Direito das Comunidades Europeias*, Almedina, 1984; Lucia Millan Moro, *RIE*, vol. 11, 1984, 2.

(4) No entanto, cfr. art.º 191.º do TCEE.

aplicável, tendo em conta a necessidade de aprovação e ratificação para a sua entrada em vigor nos Estados-membros.⁽⁵⁾

As directivas também não seriam assim actos directamente aplicáveis, uma vez que, ao contrário dos regulamentos, não entram desde logo em vigor na ordem jurídica dos Estado-membros.⁽⁶⁾ Mas isso não impede a eventual produção de efeitos directos (de actos não directamente aplicáveis), nem sequer que essas disposições sejam efectivamente obrigatórias para todos os Estados-membros. Essas são questões distintas que não justificam, quanto a nós, um alargamento do conceito de aplicabilidade directa.

Já o efeito directo diz respeito à criação de direitos e/ou obrigações em favor dos particulares, que assim os poderiam invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais. É sabido que o conceito de efeito directo não vem definido no TCEE e tem sido por isso fruto da elaboração pela jurisprudência comunitária. Dir-se-ia que enquanto a aplicabilidade directa diz respeito ao acto comunitário em si, o efeito directo reporta-se às normas de tal acto, que podem ou não produzir efeitos directos. Parece aliás que é este conceito de efeito directo que a jurisprudência tem defendido, embora nem sempre tenha ficado clara a sua distinção da própria aplicabilidade directa.⁽⁷⁾

A terminologia que fica exposta é aquela que vamos utilizar, por nos parecer adequada, não se prestando tanto a confusões terminológicas, que em nada auxiliam o desenvolvimento dos conceitos.

(5) Neste sentido, Lucia Millan Moro, op. cit., segundo a qual esta noção de aplicabilidade directa está pensada para sistemas de inspiração dualista, já que para os monistas o problema não se coloca; em sentido diverso, pode ver-se Moitinho de Almeida, *Direito Comunitário - A ordem jurídica comunitária, As liberdades fundamentais na CEE*, para o qual, para além dos regulamentos, também as directivas e decisões, bem como o direito comunitário em geral, beneficiariam da aplicabilidade directa.

(6) Isso não impede que as directivas sejam actos vinculativos *maxime* em relação aos Estados. O que não se pode dizer é que eles integram desde logo a ordem jurídica de cada Estado-membro.

(7) Ac. Reyners, Proc. 2/74, de 21/6/76, Rec. 1974, pág. 64 e segs.; Ac. Defrenne, Proc. 43/77, de 8/4/75, Rec. 1975, pág. 455 e segs.; Ac. Van Gend, Proc. 26/62, de 5/2/63, Rec. 1963, pág. 1 e segs..

2. Efeito directo vertical e efeito directo horizontal

Já vimos que a aplicabilidade directa se distingue do efeito directo, o qual consiste na possibilidade de invocação de uma norma comunitária por um particular contra o Estado (efeito directo vertical) ou contra outro particular, caso em que essa disposição concede direitos aos particulares e também lhes impõe obrigações (efeito directo horizontal).

Relativamente às normas constantes do TCEE é sabido que a jurisprudência comunitária já admitiu, por mais de uma vez, o efeito directo horizontal de algumas dessas disposições.⁽⁸⁾

Quanto aos regulamentos, também se não têm suscitado dúvidas quanto à possibilidade de as suas normas produzirem efeitos directos, quer verticais, quer horizontais. É importante notar que não é pelo facto de os regulamentos serem directamente aplicáveis que eles contêm necessariamente disposições susceptíveis de produzir efeitos directos.

Não cremos que a aplicabilidade directa arraste necessariamente, *de per se*, o efeito directo das respectivas normas, pois o regulamento pode não ser "suficientemente claro, incondicional e completo".⁽⁹⁾

De toda a forma, a situação normal é a de que as normas dos regulamentos produzam efeitos directos verticais e horizontais, e a isso nada há a opor.

Já quanto às directivas, que são aquelas que mais nos preocupam neste breve apontamento, muitos e variados problemas se têm colocado.

Na verdade, e embora hoje seja um dado adquirido na jurisprudência comunitária a possibilidade da produção de efeitos directos verticais pelas disposições das directivas⁽¹⁰⁾, tem-lhes sido recusado um eventual efeito directo horizontal.

(8) Apenas, a título de exemplo, os artigos 7.º, 48.º e 59.º no Ac. Walrave, Proc. 36/74, e o art.º 119.º no Ac. Defrenne II, de 8/4/76.

(9) Neste sentido, entre outros, Fausto Quadros, *Direito das Comunidades Europeias*, Almedina, 1984, que segue de perto Easson.

(10) Podem ver-se, entre outros, Ac. Grad, de 6/10/70, Rec. 1970, pág. 839; Ac. Van Duyn, de 4/12/74, Proc. 41/74, Rec. 1974, pág. 1349; Ac. Ratti, de 5/4/79, Proc. 148/78, Rec. 1979, pág. 1629; Ac. Becker, de 19/1/82, Proc. 152/84, Rec. 1986, pág. 724 e Ac. Clarke, de 24/6/87, Proc. 384/85.

Não é difícil compreender a argumentação do TJCE, pelo menos de um ponto de vista formal. No Acórdão Marshall, fruto de um reenvio prejudicial onde se solicitava a interpretação da Dir. 76/207, relativa ao princípio da não discriminação entre homens e mulheres, no que diz respeito ao acesso, formação e promoção profissional, bem como às condições de trabalho, o TJCE afirmou claramente que as directivas não têm como destinatários os particulares, mas antes os Estados, pelo que delas não poderiam decorrer obrigações para esses particulares, o que inviabiliza a ideia de efeito directo horizontal, no que às normas das directivas diz respeito.

Tem-se escrito muito sobre as vantagens e inconvenientes da produção de efeitos directos horizontais pelas normas das directivas, mas aqui não se pretende fazer uma enumeração exaustiva de todas essas posições e dos argumentos que cada uma foi trazendo à colação.

Sob o ponto de vista formal, que foi aquele que o TJCE adoptou, não há dúvidas de que as directivas têm como únicos destinatários os Estados-membros; e, não sendo publicadas obrigatoriamente no *JOCE*, não haveria razões para que elas pudessem impor obrigações aos particulares.

As directivas são um instrumento que assume um papel decisivo na harmonização de legislações.⁽¹¹⁾ O facto de se dar a cada Estado a liberdade de formas e meios para cumprir a respectiva obrigação de resultado, que deriva da directiva, é o sinal evidente da sua peculiaridade. Mas isso não nos deve fazer esquecer que as directivas são hoje utilizadas pelas autoridades comunitárias, para "regulamentar" um conjunto de matérias, sendo que, na prática, será muitas vezes difícil discernir sobre até onde vai o espaço de manobra dos Estados, dado o pormenor com que as questões são abordadas – é o fenómeno da "regulamentarização das directivas".

Seja como for, a verdade é que a recusa de efeitos directos horizontais às normas das directivas, pode levar a resultados que causam algumas preocupações, sob o ponto de vista da justiça material.

Pode referir-se, somente a título de exemplo, que entre dois cidadãos comunitários (do mesmo ou doutro Estado) podem estabelecer-se diferenças importantes – basta que um desses cidadãos trabalhe numa empresa privada, sem qualquer ligação ao Estado e outro exerça a sua actividade numa empresa pertencente ao Estado, ou a exercer poderes delegados pelo Estado.

(11) No entanto, cfr. art.º 100.º-A do TCEE (introduzido pelo AUE), que possibilita a aproximação de legislações com recurso e outros instrumentos, que não a directiva.

Enquanto no primeiro caso se trata de uma relação horizontal, no segundo já seria uma relação vertical, sendo certo que só nesta última o particular poderia valer-se da directiva, caso esta não tenha sido executada pelo Estado destinatário em questão, invocando-a contra ele.

Embora o termo Estado seja aqui entendido na sua mais larga aceção⁽¹²⁾, abarcando todas aquelas entidades que de alguma forma mantenham uma relação com o Estado, permitindo a imputação do não cumprimento da directiva, a verdade é que a discrepância se mantém, pois sempre haverá situações em que a outra parte possa ser um particular sem qualquer ligação ao Estado.

Este tipo de "desigualdade", baseada no único pressuposto de se estar perante uma relação vertical ou horizontal e cujo fundamento se relaciona com a necessidade de impedir que o Estado se valha do não cumprimento de uma obrigação jurídica, não parece de louvar, uma vez que constitui um desvio aos objectivos do direito comunitário, entendido como um todo coerente.

É claro que a aplicar-se a directiva à relação entre a empresa sem ligação ao Estado e o seu trabalhador, estar-se-ia também a desproteger a respectiva entidade patronal a qual, como entidade privada, não tinha de conhecer a directiva, que apenas é dirigida ao Estado.

Não vamos aqui tirar conclusões, que seriam sempre precipitadas, quanto à questão colocada, até porque o TJCE optou pela sua negação, não se antevendo para próxima uma mudança de posição. É conhecido o contributo do TJCE para a evolução do direito comunitário e não se pode duvidar do mérito dos seus acórdãos e do modo como normalmente se mantém fiel aos princípios que vai construindo.

Por tudo isto é para nós mais importante tentar encontrar alguns caminhos, que de alguma forma possam atenuar os resultados a que inevitavelmente se chega com a negação do efeito directo horizontal das normas das directivas. Aliás, cremos que admitir o efeito directo horizontal das normas directivas seria um salto demasiado grande, cujas consequências, em última análise, poderiam ser ainda mais gravosas para os particulares.

Questão muito diferente é, como veremos, admitir-se o princípio da interpretação conforme do direito interno face às directivas comunitárias.

(12) Vd. Conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral, Sir Gordon Slym, no Acórdão Marshall, já citado na nota (10).

3. Delimitação do problema

O princípio da interpretação conforme do direito interno faz pouco sentido, no que aos regulamentos diz respeito, já que como actos directamente aplicáveis, o juiz nacional não estará aí a aplicar direito nacional, mas antes o próprio regulamento, que como vimos se integra imediatamente na ordem jurídica nacional.⁽¹³⁾

É portanto no âmbito das directivas que propomos uma análise mais detalhada, pelo que importa desde já tentar distinguir os vários tipos de situações com que o juiz nacional se pode deparar.

Se o prazo para adoptar a directiva ainda não expirou, parece evidente que ao juiz nacional cabe aplicar o direito interno vigente, não havendo lugar a qualquer tipo de recurso à directiva, até porque o próprio Estado não se encontra numa situação de incumprimento. Faria pouco sentido conceder um determinado prazo para a adopção da directiva e, antes de ele findar, vir recorrer, na interpretação do direito interno, aos escopos da dita directiva.

Importa pois, antes de tudo, que tenha expirado o prazo para a adopção da directiva pelo direito interno, caso em que podem surgir várias hipóteses que não podemos confundir:

- o Estado toma as medidas necessárias de acordo com a directiva, implementando-a;
- o Estado adopta incorrectamente a directiva;
- o Estado, pura e simplesmente, não adopta a directiva.

Se o Estado adopta as directivas tomando as medidas necessárias para o efeito, não surgem problemas de relevo. O juiz nacional deverá aplicar à situação em litígio o direito interno, que já é, de *per si*, conforme à directiva. Se se suscitarem dúvidas na interpretação do direito interno, tal derivará das incertezas que a própria directiva possa conter, pelo que se deve recorrer ao art.º 177.º, al. b) do TCEE, para que o TJCE decida, a título prejudicial, sobre a interpretação da directiva, sendo certo que a decisão do juiz nacional se há-de conformar com tal interpretação.

(13) Questão interessante seria a de averiguar até que ponto se deverá fazer uma interpretação conforme do direito interno, no caso de o regulamento, ainda que directamente aplicável, não conter normas susceptíveis de produzir efeitos directos, hipótese que como vimos não é absurda.

Se, pelo contrário, o Estado adopta incorrectamente a directiva (será o caso em que o Estado, embora tomando medidas de implementação da directiva, não atinge os resultados que aquela visa) ou se de todo a não adopta, surgem duas situações possíveis:

- ou estamos perante uma relação vertical entre o Estado e um particular, sendo que nessa situação o juiz deve fazer valer os direitos do particular face à directiva, apesar de o direito interno ser eventualmente contrário, dado a directiva não ter sido devidamente adoptada pelo Estado destinatário.⁽¹⁴⁾
- ou estamos perante uma relação horizontal, *i.e.*, entre dois particulares, e o juiz deve aplicar o direito interno, já que as normas da directiva não produzem efeitos directos horizontais, conforme a jurisprudência comunitária.

Tudo está agora em saber, nesta última hipótese, de que modo deve ser interpretado o direito interno. Deverá o juiz nacional desprezar completamente a directiva, aplicando o direito interno como se aquela não existisse? Ou deverá, pelo contrário, interpretar o direito interno no sentido que for mais conforme à directiva, apesar de esta não ter sido ainda adoptada pelo respectivo Estado, ou tê-lo sido mas incorrectamente? Será esta hipótese uma mera faculdade ou uma verdadeira obrigação? Quais serão os limites desta interpretação conforme?⁽¹⁵⁾

Este é, portanto, o tema do nosso breve apontamento e é sobre aquelas perguntas que agora se fizeram que incidiremos a nossa atenção, sem no entanto perdermos de vista o facto de o princípio da interpretação conforme do direito interno ser um outro problema, diferente do do efeito directo e que com ele se não confunde, já que no primeiro caso se está, apesar de tudo, a aplicar direito interno, sendo que no segundo estamos a aplicar normas comunitárias que, de *per si*, podem produzir efeitos directos. Importa no

(14) Podem ver-se em geral os acórdãos supracitados na nota (10).

(15) Daí que se tenha referido logo no início do presente apontamento que iríamos analisar o princípio da interpretação conforme em sentido estrito, ficando em aberto a questão de saber se se deve ou não falar de um princípio geral da interpretação conforme do direito interno, face ao direito comunitário. Existem contudo muitas reservas a tal admissão.

conduzir por vezes a resultados que, de algum modo, se aproximam daqueles a que se chegaria por via do efeito directo horizontal das normas das directivas.⁽¹⁶⁾

Mas isso, longe de ser um inconveniente, pode ser um instrumento de grande utilidade para uma maior uniformização na aplicação do direito nos vários Estados-membros da Comunidade e, conseqüentemente, para uma maior identidade nas soluções dos vários litígios.

4. O processo 80/86

Ao iniciar a análise e discussão deste princípio, vamos antes de mais fazer referência a um importante acórdão do TJCE, que incidiu parcialmente sobre a questão que ora se nos coloca (Ac. Kolpinghuis, Proc. 80/86, de 8/10/87, Col. 1987, vol. 9, pág. 3969 e segs.).

Tratava-se aí de um reenvio prejudicial, ao abrigo do art.º 177.º, para interpretação da Directiva do Conselho 80/777, de 15/7/80, relativa à aproximação de legislações, no que diz respeito à exploração e comercialização de águas minerais.

A directiva foi notificada aos Estados-membros em 17/7/80, para que no prazo de quatro anos se interditasse o comércio de produtos não conformes com a directiva. No entanto, tal directiva não foi "adoptada" pela Holanda senão em 26/6/85, sendo certo que em 7/8/84 uma sociedade de responsabi-

(16) Neste sentido, Moitinho de Almeida, op. cit., citando Green e Von Gert.

lidade limitada detinha, em *stock*, destinada a venda, uma bebida denominada "água mineral", que no entanto era composta por água corrente e gás carbónico. Tal comportamento violava o art.º 2.º do Regulamento de inspecção (Keuringsverordening) de Nimégue, que interditava a detenção em *stock* de certos géneros de "composição defeituosa", conceito que no entanto não era aí explicitado.

Apesar de a directiva ainda não ter sido "adoptada" o Arrondissementrechtbank d'Arnhem considerou que, em certos casos, as normas das directivas podem ter efeitos directos, pelo que colocou ao TJCE algumas questões, das quais gostaríamos de destacar a seguinte:

"Quando o juiz nacional é chamado a interpretar uma regra de direito nacional deve (ou pode) deixar-se guiar pelo conteúdo de uma directiva aplicável?"

Esta foi a questão colocada ao TJCE que agora mais nos interessa, sendo certo que as outras tinham que ver com o problema do efeito directo das disposições das directivas, e o TJCE veio aí apenas confirmar aquilo que tem vindo sempre a defender, e que já se deixou atrás exposto.

Repare-se desde já que, quando na questão formulada se fala em directiva aplicável, quer-se por certo referir que se trata de uma directiva que vincula o Estado-membro, no sentido de este ter a obrigação de a adoptar. Não se trata, por isso, de reminiscências da aplicabilidade directa, conceito que como vimos não é adequado às directivas.

Foram apresentadas diversas observações escritas que, pela sua importância e pelo facto de ser muito escasso o número de processos que tocam este problema, importa também analisar, para uma melhor discussão do problema.

O governo holandês não excluiu que, na falta de uma norma nacional clara e precisa, o juiz nacional se deixe inspirar pelas disposições de uma directiva aplicável, mesmo que esta não tenha sido transposta para o direito nacional.

O governo do Reino Unido entende que, na interpretação das disposições que executam a directiva na ordem interna, o juiz nacional deve guiar-se pelas disposições da directiva aplicável.

O juiz nacional deve, na medida do possível, dar à lei que adopte a directiva uma interpretação conforme às exigências da directiva, mesmo que

ela não produza efeitos directos, embora isso já não deva ser assim na falta de qualquer medida de execução. Numa palavra, para o Reino Unido, o juiz nacional não se pode deixar guiar pelo objectivo geral de uma directiva, no caso de ainda não haver medidas nacionais que a tenham adoptado, donde se conclui, dizemos nós, que a interpretação conforme não vale nas situações de incumprimento puro e simples do Estado-membro.

Finalmente, a Comissão, depois de recordar que a directiva não contém em princípio disposições directamente destinadas às autoridades jurisdicionais, não exclui a possibilidade de o juiz nacional ter em conta, na interpretação do sentido de uma disposição nacional, as disposições de direito comunitário que não tenham efeito directo. No entanto, conclui, não existe nenhuma regra de direito comunitário que imponha tal comportamento ao juiz.

Importantes também são as observações feitas pelo Advogado-Geral, M. J. MISCHO, donde conclui que "não existe nenhum princípio de direito comunitário que imponha ao juiz nacional deixar-se guiar por uma directiva aplicável, ainda não adoptada pelo Estado-membro, para a interpretação de uma regra nacional de conteúdo impreciso. A questão de saber se ele o pode fazer para confirmar a interpretação feita segundo os elementos nacionais terá de ser resolvida pelo direito nacional. O que o juiz não poderá é basear-se na directiva para modificar, num sentido desfavorável ao particular, a interpretação que se retira dos elementos de interpretação nacionais."

Perante todas estas observações e conclusões, o TJCE veio a pronunciar-se, no que diz respeito à questão que lhe foi colocada, da seguinte forma:

"En appliquant sa législation nationale, la juridiction d'un Etat membre est tenue de l'interpréter à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par l'article 189, troisième alinéa, du traité; mais une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi prise pour sa mise en oeuvre, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions."

4.1. Apreciação crítica

Analisado descritivamente este importante processo, cremos que importa apreciá-lo criticamente, uma vez que existem algumas divergências

entre as várias afirmações feitas, quer nas observações dos Estados e do Advogado-Geral, quer no próprio acórdão do TJCE.

Refira-se mais uma vez que se sente aqui pouca nitidez nos conceitos de aplicabilidade directa e efeito directo – o Advogado-Geral e os governos holandês e do Reino Unido falam em directiva aplicável. Provavelmente aquilo a que se pretende aludir quando se fala em directiva aplicável é ao facto de ela vincular o Estado, sem que isso tenha que ver com a aplicabilidade directa.

Pode retirar-se, por argumento *a contrario*, das observações do governo holandês que, havendo no direito nacional uma norma clara e precisa, o juiz nacional não pode interpretar o direito nacional com referência à directiva.

Mais uma vez se acentua que o problema que estamos a tratar refere-se apenas àquelas situações em que uma directiva não é adoptada, ou é-o mas defeituosamente. Cremos que é aí que a questão se coloca com mais interesse. É claro que se a directiva é correctamente adoptada, a interpretação do direito nacional que a transpõe não pode deixar de ser uma verdadeira interpretação conforme, e caso se suscitem dúvidas, o juiz não deve hesitar no recurso ao art.º 177.º, para interpretação da própria directiva.

Evidentemente que a argumentação holandesa diz pouco sobre o nosso problema. O facto de a norma nacional ser clara e precisa pressupõe resolvido o problema da sua interpretação. Conforme dizia o saudoso professor BAPTISTA MACHADO⁽¹⁷⁾, "interpretar consiste em retirar do texto um determinado sentido ou conteúdo de pensamento. O texto comporta múltiplos sentidos e contém com frequência expressões ambíguas ou obscuras, mesmo quando aparentemente claras à primeira leitura... daí justamente a necessidade de interpretação."

Mas mesmo no caso de a norma nacional se tornar clara e precisa resta saber se, no caso de ela contrariar frontalmente uma directiva não adoptada, ela deve ser aplicada, *qua tale*, ao caso concreto, *maxime* a uma relação horizontal. É um problema que adiante se analisará.

O Reino Unido nas suas observações distingue o caso de haver medidas de execução da directiva do caso de as não haver. Neste último o juiz não pode, na interpretação do direito nacional, recorrer à directiva; no caso de já

(17) *Apontamentos de Introdução Geral ao Direito*, U.C.P., 1979.

haver lei que adopte a directiva, então o juiz deve fazer uma interpretação conforme às exigências da directiva, mesmo que as suas normas não produzam efeitos directos.

As observações inglesas têm pelo menos o mérito de distinguirem o problema do princípio da interpretação conforme, da questão do efeito directo. São, de facto, como já se afirmou, questões independentes e nada impede que a interpretação conforme se faça, mesmo em relação àquelas normas que não produzem efeitos directos verticais ou horizontais.

Deve mesmo dizer-se que a interpretação conforme pode constituir uma sólida base para a "adequação" do direito nacional àquelas normas comunitárias que não podem produzir efeitos directos horizontais, como é patentemente o caso das directivas, conforme a jurisprudência do TJCE.

Contudo, está bom de ver, o Reino Unido responde negativamente à questão de saber se, no caso da não adopção da directiva, o juiz deve ou não tê-la em conta na interpretação que fizer do direito nacional. O Reino Unido não se pronuncia na hipótese de incorrecção na adopção da directiva e isso seria importante, pois podem existir medidas de adopção que não sejam, elas próprias, totalmente conformes à directiva.

Sendo assim, segundo as observações inglesas, no caso de haver adopção da directiva vale o princípio da interpretação conforme, que é para o juiz nacional, mais do que uma faculdade, uma verdadeira obrigação; se não houver, o juiz não pode recorrer à directiva. Como adiante se verá, discordamos desta última observação, pois ela constitui, em última análise, a negação do princípio da interpretação conforme naquelas situações de não adopção, retirando-lhe assim a maior parte do seu sentido útil. As observações relativas às directivas já adoptadas são óbvias, pois as dúvidas que aí se suscitem repercutem-se na directiva, pelo que o juiz deverá recorrer ao art.º 177.º do TCEE, procedendo assim ao reenvio prejudicial para interpretação da própria directiva.

Vem a Comissão afirmar que as directivas não contêm disposições directamente destinadas às autoridades jurisdicionais. É verdade que a directiva, como fonte de direito comunitário e conforme o art.º 189.º, se destina aos Estados (*maxime* ao poder legislativo e executivo) vinculando-os quanto ao resultado a alcançar.

Temos no entanto fundadas dúvidas que a directiva não se destine também aos próprios tribunais – parece-nos que às autoridades jurisdicionais cabe um importante papel numa maior uniformização de soluções nos litígios em cada um dos Estados-membros pelo que, ainda que indirectamente, as

directivas também lhes são dirigidas, no sentido de que estes as devem ter em conta, dentro de certos limites, quando interpretam o direito interno. Defender outra coisa seria aliás, quanto a nós, contrariar o art.º 5.º do TCEE, segundo o qual os Estados-membros (diríamos, todos os órgãos dos Estados-membros) deverão tomar as medidas capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes dos actos das instituições comunitárias.

E com aquelas premissas, a Comissão concluiu que nada no direito comunitário impõe uma interpretação conforme, embora ela seja admissível como uma mera faculdade.

Espera-se bem que se possa vir a duvidar desta conclusão após a leitura deste apontamento, pois só assim ele terá o sentido que lhe pretendemos dar. Somos na verdade da opinião que, em determinadas circunstâncias, e dentro de certos limites que veremos, mais do que uma mera faculdade para o juiz, o princípio da interpretação conforme constitui uma verdadeira obrigação, um dever, que cabe ao juiz cumprir. Isto apesar de o Advogado-Geral afirmar claramente que se trata de uma faculdade e não de uma obrigação, secundando as observações da Comissão.

No entanto, neste acórdão de 8/10/87⁽¹⁸⁾, o TJCE vem reafirmar que a obrigação prevista no art.º 5.º TCEE impõe-se a todas as autoridades dos Estados-membros compreendendo-se aí também as autoridades jurisdicionais; e mais adiante acentua de novo a "obrigação de o juiz nacional se referir ao conteúdo da directiva quando interpreta o seu direito nacional."

Daí que fique para já claro que, onde possa desempenhar o seu lugar, o princípio da interpretação conforme é mais do que uma faculdade, uma verdadeira obrigação. Resta-nos ver em que circunstâncias e com que limites deve o juiz fazer uso deste princípio. Esse será o objecto do ponto que segue.

(18) Neste sentido, também o Acórdão de 10/4/84, Von Colson et Kamann, Proc. 14/83.

5. Âmbito de aplicação do princípio da interpretação conforme. Limites. Justificação

Torna-se agora necessário, e isso já ficou aflorado nestas páginas, saber qual o exacto âmbito de aplicação deste princípio.

Desde logo, responder à questão de saber se o princípio vale também na interpretação do direito interno, face ao direito originário. Importa aqui ter em atenção o seguinte: se se tratar de normas do Tratado que produzem efeitos directos horizontais (e já vimos que elas existem e são várias, *supra* nota 8) não faz sentido falar-se de interpretação conforme, na medida em que nessas situações o juiz nacional vai aplicar a própria norma do Tratado que se sobrepõe, por via do primado, à legislação nacional, tornando-a inaplicável. Não se trata aí de aplicar direito interno, pelo que não há lugar para o princípio da interpretação conforme.

Questão que aqui não vamos tratar é a de saber qual deverá ser o procedimento do juiz, no caso eventual da interpretação de uma norma de direito nacional aplicável a um litígio concreto entre particulares, face a uma norma de direito originário que não produza efeitos directos horizontais. Como atrás se disse, é um dos aspectos importantes deste problema, a merecer mais aturada reflexão. Este apontamento apenas se destina a analisar o problema, no confronto com as directivas, uma vez que aí sabemos de antemão que se não produzem efeitos directos horizontais, pelo que a questão tem um redobrado interesse prático. De toda a maneira parece-nos que o problema se coloca em moldes diferentes, na hipótese de normas de direito originário sem efeito directo. Na verdade, nada nos garante que o juiz nacional deva aqui fazer uma interpretação conforme do direito interno. Estamos em crer que tudo dependerá do conteúdo e dos objectivos da norma em questão. Talvez aí se não justifique tanto o peso que a interpretação conforme deve ter quando se trata de directivas, uma vez que a própria norma de direito comunitário pode ter querido protelar a consecução de certos objectivos, podendo ainda não se encontrar reunidas as condições ideais para a sua implementação. Queremos no entanto deixar claro que esta é apenas uma aproximação ao problema, que não pode ter respostas concludentes no âmbito do presente estudo.

No que diz respeito aos regulamentos, o problema da aplicação do princípio da interpretação conforme não se coloca, pelo menos em princípio. Trata-se de um instrumento directamente aplicável na ordem interna e, sendo

assim, é o próprio regulamento que o juiz vai aplicar e já não a lei interna, que será considerada inaplicável ao caso concreto. Na hipótese rara, mas ainda assim possível, de o regulamento não produzir efeitos directos por não ser suficientemente claro, incondicional e preciso, embora directamente aplicável, parece-nos que também haverá que ter em conta o conteúdo da norma em questão, tal como vimos para o direito originário. Aliás o fenómeno da "directivização" dos regulamentos tem vindo a aumentar, e embora aqui não se queira deixar resposta definitiva, inclinamo-nos para uma posição próxima daquela que se tomar para o direito originário.

É em relação às directivas que encontramos o campo propício para a aplicação do princípio da interpretação conforme, sobretudo em relação às directivas não adoptadas ou adoptadas, mas incorrectamente. E isso é assim porque se trata aí de aplicar o direito interno, *maxime* no caso de se tratar de uma relação entre particulares.

É aí que o problema surge com mais interesse e importará saber qual deve ser o posicionamento do juiz nacional perante ele.

É nossa convicção que o juiz nacional deve interpretar a norma de direito nacional (e não deve esquecer-se que a tarefa de interpretação é um passo prévio, decisivo e imprescindível na aplicação do direito) de modo a que se consigam otimizar dois objectivos essenciais, quais sejam, a segurança dos particulares envolvidos e a melhor prossecução possível dos objectivos que emanam da directiva em causa. Dir-se-ia que estes objectivos podem ser praticamente inconciliáveis, já que se a letra do direito interno contraria frontalmente a directiva será muito difícil a melhor consecução dos objectivos da directiva. Cremos no entanto que estes casos constituirão situações limite, sendo que normalmente o juiz, na sua tarefa interpretativa, deparar-se-á com mais do que um sentido possível em relação à norma de direito interno.

No entanto, nestas situações limite, importa saber qual deve ser a atitude do juiz, face a um litígio entre particulares, no caso de a norma interna contrariar frontalmente uma directiva não adoptada. Parece que dificilmente ele poderá deixar de aplicar o direito interno, com a consequência de assim se frustrarem os objectos da directiva. No entanto, e ainda aqui, quer-nos parecer que o juiz terá o poder-dever de, partindo da letra da norma de direito interno, a interpretar naquele sentido que causar menor prejuízo aos objectivos que a directiva visa prosseguir.

Mas, note-se bem, o juiz não pode utilizar o princípio da interpretação conforme para retirar daí a possibilidade de as normas das directivas produ-

zirem efeitos directos horizontais. De forma alguma. O juiz deve apenas, partindo da letra da lei, tentar chegar a uma interpretação que seja a mais conforme com a respectiva directiva. Obviamente que estes casos de contradição frontal serão casos limite. Onde o princípio da interpretação conforme terá consequências práticas mais importantes é naqueles casos em que, não havendo uma contradição frontal da norma interna, esta se encontra "desadequada", sendo que a sua letra comporta vários sentidos possíveis.

Aí, o juiz deve interpretar a norma de direito interno naquele sentido, de entre os possíveis (aqueles que a letra da lei ainda comporta, cumprindo assim a chamada teoria da alusão), que for mais conforme à directiva comunitária. Assim se alcançarão dois objectivos importantes – por um lado, uma maior "efectividade" da norma comunitária e por outro (como que por consequência), uma maior harmonização na aplicação dos vários direitos nacionais dos Estados membros, sem que isso se consiga à custa de uma maior insegurança para os particulares.

Creemos que se trata, não de uma mera faculdade, mas de uma verdadeira obrigação que incumbe ao juiz cumprir. Também a jurisprudência comunitária, como vimos, se pronuncia neste sentido.

Outra nota decisiva, e que tem que ver com os limites de aplicação do princípio da interpretação conforme, é a de que o juiz não pode chegar a um resultado que não tenha uma qualquer correspondência, ainda que mínima na letra da lei nacional. Se assim fosse, do que se tratava era, já não de interpretar o direito interno da forma mais conforme à directiva, mas sim de aplicar a própria directiva, dando-lhe efeitos directos horizontais. Esta fronteira, que nem sempre será tão nítida como parece transparecer, é de uma importância decisiva para a protecção das expectativas e segurança jurídica dos particulares.

Mas, é essa a nossa convicção, o espaço que medeia entre a aplicação pura e simples do direito interno (sem recurso ao princípio de interpretação conforme) e a concessão de efeitos directos horizontais à directiva não será assim tão restrito, e aí, o princípio da interpretação conforme, como obrigação a cumprir pelo juiz nacional, desempenha um papel decisivo no aproximar da aplicação dos direitos internos dos vários Estados-membros.

Importa aliás não esquecer que, além da letra da lei, o juízo de interpretação do direito interno postula outros elementos que o juiz não deve desprezar – o elemento racional ou teleológico, o elemento sistemático e o elemento histórico. Resta é saber da sua importância em relação ao princípio que fomos enunciando.

Parece-nos que o juiz não se pode desligar de todos estes elementos hermenêuticos. No entanto, não vemos que haja incompatibilidade em atender ao princípio da interpretação conforme, fazendo uso também dos outros elementos de interpretação. E não nos repugna que o juiz interprete a norma, valorizando mais um ou outro daqueles elementos (não nos vamos imiscuir na querela entre objectivistas e subjectivistas), no sentido de alcançar aquele sentido da norma que for mais conforme com a directiva em causa. Decisivo é que ele não chegue a uma solução que não tenha alguma correspondência na letra da lei. Só assim se conseguirá dar mais alguns passos para uma cada vez maior uniformização nas soluções a dar aos casos concretos com que o juiz se vai deparar, sem que com isso se prejudique a segurança jurídica e as expectativas legítimas dos particulares envolvidos.

Uma última e breve referência à experiência dos tribunais ingleses citada por NICHOLAS GREEN⁽¹⁹⁾, que nos dá algumas indicações sobre a aplicação do princípio que aqui estamos a analisar. Este autor teve o mérito de chamar a atenção para a questão, dando alguns exemplos de como os tribunais britânicos mostraram que, com um imaginativo uso das regras de interpretação, podem participar numa cada vez maior uniformização na aplicação do direito nos vários Estados membros. Sobretudo, naquelas matérias que vão sendo objecto de directivas, que no entanto não são devidamente implementadas num ou mais Estados membros.

Se isso foi possível no sistema anglo-saxónico, apesar de pertencer a uma família jurídica bem distinta da nossa, tal experiência deve constituir um bom ensinamento para os nossos tribunais.

Por tudo isso, na fase das relações entre os direitos internos dos Estados membros e o direito comunitário, entendido como uma "ordem coerente", parece que se poderá falar dum princípio de interpretação conforme do direito interno face às directivas comunitárias.

Que isto é assim decorre desde logo do art.º 5.º do TCEE que, como já vimos, obriga os Estados membros (todos os órgãos dos Estados-membros, na acepção da jurisprudência comunitária, inclusive os tribunais) a tomarem as medidas capazes de assegurar o cumprimento das obrigações resultantes dos actos das instituições comunitárias, facilitando à Comunidade o desenvolvimento da sua missão.

(19) NICHOLAS GREEN, "Directives, Equity, and the Protection of Individuals Rights", ELR, V. 9, n.º 5, Oct. 1984.

Mas este argumento é apenas uma das justificações do princípio. Na verdade, já se analisaram as consequências, em termos de justiça material, da recusa feita pelo TJCE dos efeitos directos horizontais das normas das directivas. Ora, parece que o princípio da interpretação conforme poderá certamente desempenhar aqui um papel decisivo, permitindo atenuar os efeitos negativos que resultam daquela opção feita pelo TJCE, que de resto é, sob o ponto de vista formal, dificilmente criticável. Não que o princípio deva funcionar como uma mera alternativa e muito menos como uma espécie de "fraude", que permitisse atingir o mesmo resultado a que se chegaria concedendo efeitos directos horizontais às normas das directivas. Obviamente que não é isso que se pretende, pois existem limites importantes ao princípio, que o juiz deve respeitar com todo o rigor possível.

Além de tudo isto parece ser inegável a existência, entre o direito comunitário e os direitos nacionais, de uma verdadeira complementaridade funcional, o que significa que, embora se trate de ordens jurídicas autónomas, é imprescindível uma intensa e recíproca colaboração na aplicação de um e dos outros.

O princípio da interpretação conforme desempenhará aí igualmente uma tarefa de relevo, já que permitirá ao juiz nacional, dentro de certos parâmetros, conjugar a aplicação do direito nacional com as directivas comunitárias, não adoptadas no respectivo Estado por incumprimento deste.

Numa altura em que se aproxima o objectivo do mercado interno, tal inter-colaboração torna-se ainda mais importante, pois nem sempre a harmonização de legislações é célere. Para que se verifique um melhoramento na igualdade de condições de todos os agentes, base da verdadeira concorrência, o princípio da interpretação conforme não será tudo, mas será certamente uma preciosa ajuda para "adequar" o direito nacional às directivas comunitárias.

Parece-nos, por isso, absolutamente justificada a necessidade de admissão do princípio de interpretação conforme, nos termos estritos em que o analisámos.

6. Nota final

Este breve apontamento serviu apenas para levantar algumas questões de um problema que nos parece importante, quer sob o ponto de vista teórico, quer pelo seu interesse prático, que tem sido muito pouco explorado na doutrina e sobre o qual a jurisprudência do TJCE é muito escassa.

Trata-se de pensar (repensar) as relações entre o direito comunitário e os direitos nacionais face ao actual estado de evolução da Comunidade, sem esquecer que cabe às autoridades jurisdicionais nacionais assumir o papel de jurisdição comum no âmbito do direito comunitário e que, como órgãos do Estado, lhes cabe dar cumprimento às normas de direito comunitário, facilitando a sua aplicação ao caso concreto.

É nesta perspectiva e partindo destes pressupostos, procurando não ficar cego pelo entusiasmo da integração, que parece importante o estudo destas matérias, sobretudo porque o juiz nacional muitas vezes se irá sentir embaraçado quando deparar com este tipo de problemas.

O princípio da interpretação conforme é apenas um dos meios para assegurar uma maior uniformização na aplicação do direito nos vários Estados - membros. Será também um caminho credível para atenuar os efeitos nefastos que resultem da negação do efeito directo horizontal das normas das directivas. Não se esqueça que o princípio só tem verdadeira aplicação ali, onde o efeito directo não existe, pois é nesses casos que ao juiz caberá aplicar, não o direito comunitário, mas o direito interno. Tudo estará depois na forma de o interpretar.

Levantar questões foi o nosso único objectivo. E nem poderia ser outro. O objectivo deste apontamento não permitia dar resposta concludente a todas as perguntas que fomos formulando. Outras questões ficarão certamente a necessitar de maior estudo e desenvolvimento.

Termos chegado a um ponto de partida que permita futuros aprofundamentos e soluções é motivo suficiente para supormos que apesar de tudo terá valido a pena.

Lisboa, Maio de 1991

BIBLIOGRAFIA

- A. MANGAS MARTIN, *La obligación de derogar o modificar el Derecho Comunitário: evolución jurisprudencial*, RIE, V. 14, 2, 1987.
- DERRICK WYATT, *The direct effect of Community Social Law – Not forgetting directives*, ELR, 1983.
- FAUSTO QUADROS, *Direito das Comunidades Europeias*, Almedina, 1984.
- J. BAPTISTA MACHADO, *Apointamentos de Introdução Geral ao Direito*, UCP.
- J. MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário, A ordem jurídica comunitária, As liberdades fundamentais na CEE*, Centro de Publicações do Ministério de Justiça, Lisboa, 1985.
- J. MARTENS DE WILMANS, *Reflexions sur les méthodes d'interpretation de la CJCE*, CDE, 1986, 1.
- JEAN BOULOMIS, *L'applicabilité directe des directives. A propos d'un arrêt Cohn-Bendit du Conseil d'Etat*, RMC, 225, Mars 1979.
- LUCIA MILLAN MORO, *Aplicabilidad directa e efecto directo en Derecho Comunitário, segun la jurisprudencia del TJ*, RIE, Vol. 11, 1984, 2.
- MACKENZIE STUART, *Legitimate expectation and estoppel in Community Law and English administrative law*, Legal issues of European integration, 1983, 1.
- NICHOLAS GREEN, *Directives, Equity and the protection of individual Rights*, ELR, V. 9, 5, Oct. 1984.
- P. PESCATORE, *L'application directe des Traités européens par les juridictions nationales: La jurisprudence nationale*, RDE, (5), 1969.
- P. PESCATORE, *L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problème des effets directs du droit communautaire*, RDE, (6), 1970.
- R. KOVAR, *As relações entre o direito comunitário e os direitos nacionais*, 30 Anos de Direito Comunitário.
- R. PELLIN ZAMORA, *Condiciones y tipos de invocabilidad de la directiva comunitária*, RIE, V. 12, 1, 1985.

MIGUEL ALMEIDA ANDRADE
Técnico Superior
do Gabinete de Documentação e Direito Comparado

**O PAPEL DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM
NA PROTECÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NO ÂMBITO COMUNITÁRIO**

1. Os direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária

Não existe em nenhum dos três tratados institutivos das Comunidades Europeias qualquer tratamento autónomo dos direitos fundamentais. Os seus autores centraram as atribuições das Comunidades no plano económico, não estabelecendo nenhum catálogo de direitos fundamentais a cujo respeito estivesse subordinada a sua actividade, nem tão pouco incumbiram nenhuma das instituições comunitárias da sua protecção e promoção.

Isto contrastava visivelmente com o ambiente de profunda preocupação em assegurar o respeito pelos Direitos do Homem que se vivia então na Europa. Por estarem ainda bem presentes, no espírito de todos, os horrores da II Guerra mundial, um pouco por todo o lado se desenvolviam esforços no sentido de criar organizações que se fundam na observância dos Direitos do Homem. É o caso do Conselho da Europa, cujos estatutos impõem, no artigo 3º, que os Estados-membros "devem aceitar os princípios da *rule of law* e o gozo por todas as pessoas submetidas à sua jurisdição dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais"⁽¹⁾.

Foi precisamente no seu seio que veio a ser adoptada a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), em Novembro de 1950⁽²⁾.

(1) Referências aos direitos fundamentais foram igualmente inseridas no Projecto de Tratado que instituiu a Comunidade Europeia de Defesa (1952) e no Projecto de Tratado da Comunidade Política Europeia (1953).

(2) Entrou em vigor em 3 de Setembro de 1953.

Ao lado desta movimentação no plano internacional, também as ordens jurídicas dos Estados-membros das Comunidades conferiam lugar de primazia à protecção dos direitos fundamentais, factor que se manteve com as sucessivas adesões de novos Estados. De facto, dos actuais doze Estados-membros, dez inseriram nas respectivas Constituições um elenco de direitos fundamentais⁽³⁾. Apenas a França e o Reino Unido não o fazem, sem que isso signifique que estes direitos não vigorem nas respectivas ordens jurídicas. No caso francês, a Constituição remete para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, enquanto que no Reino Unido, na ausência de uma Constituição formal, o seu reconhecimento é feito pela doutrina e pela jurisprudência.

O facto de os Tratados CEE, CEEA e CECA não incluírem um catálogo de direitos fundamentais, não quer dizer que estes sejam indiferentes ou irrelevantes no âmbito comunitário. Os poderes de regulamentação da actividade económica conferidos às Comunidades podem facilmente comprometer o gozo e o exercício de direitos fundamentais. Assim, por exemplo, como refere Dausés⁽⁴⁾, "as interdições de importação e de exportação, as regras de produção e de comercialização, as regulamentações dos preços, os sistemas de quotas nas organizações de mercado agrícolas e no sector siderúrgico, bem como as regras de concorrência têm estreitos pontos de contacto com o direito de propriedade e o direito ao livre exercício profissional. A liberdade de associação pode entrar em conflito com a ordem pública dos Estados-membros, que se incorpora no direito comunitário; a liberdade de religião e de consciência limita o poder de organização da Comunidade, enquanto empregador público, no quadro do direito da função pública".

A subordinação das Comunidades aos direitos fundamentais é, por isso, um imperativo. Todos os Estados-membros contam, como vimos, como um dos princípios-base estruturantes do seu modelo de sociedade, o do respeito pelos Direitos do Homem. Isto, quer através da sua consagração na ordem jurídica interna, quer através dos compromissos que assumiram internacionalmente pela ratificação ou adesão a inúmeros instrumentos que, no plano universal ou no plano regional, asseguram a sua protecção.

(3) São a Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos e Portugal.

(4) Dausés, Manfred, "La Protection des Droits Fondamentaux dans l'Ordre Juridique des Communautés Européennes", *Documentação e Direito Comparado*, nº41-42, 1990, pág.13.

Ao constituírem as Comunidades, os Estados abdicaram do exercício isolado de certos poderes, através da transferência do seu exercício para o plano comunitário. Ao fazerem-no não podem, no entanto, permitir que esses poderes passem a estar libertos das limitações que eram impostas ao seu exercício a nível interno, nomeadamente os que decorriam da sua subordinação aos direitos fundamentais, que os Estados internacionalmente se obrigaram a respeitar. Como diz Henry Schermers, "ninguém pode transferir mais poderes do que aqueles que tem"⁽⁵⁾ e um poder que nenhum Estado tinha, antes de se tornar membro das Comunidades, era o de permitir que, no respectivo território, se desrespeitasse o preceituado em convenções relativas aos Direitos do Homem a que se encontrava vinculado na esfera internacional.

Neste âmbito assume particular relevância a CEDH que, em 1957, data da criação da Comunidade Económica Europeia, sem dúvida a Comunidade de maior importância prática, se encontrava já ratificada por cinco dos seis Estados que, na altura, a compunham. A França constituía a excepção, embora a tivesse já assinado. Como veremos, esta Convenção veio a adquirir no sistema comunitário uma posição de muito particular realce.

Os Direitos do Homem ocupam portanto um lugar na ordem jurídica comunitária. Mas qual?

Se não existe qualquer abordagem sistemática dos direitos fundamentais nos Tratados, não deixam por isso de transparecer, ao longo do seu texto, alguns princípios e regras que os acolhem. A título de exemplo podem ser citadas as disposições que prevêm a liberdade de circulação de trabalhadores (artigos 48.º e seguintes do Tratado CEE), a liberdade de estabelecimento (artigos 52.º e seguintes do mesmo Tratado) e alguns preceitos em que é concretizado o princípio geral da igualdade (ou não discriminação). É o caso, por exemplo, do artigo 7.º (proibição de discriminação em razão da nacionalidade) ou do artigo 119.º (igualdade de remuneração entre homens e mulheres), ambos ainda do Tratado institutivo da CEE.

Foi, contudo, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) que, através da sua jurisprudência, foi ao longo dos anos elevando os direitos fundamentais a uma posição de relevo no quadro da ordem jurídica comunitária.

(5) Schermers, Henry, "The European Communities Bound by Fundamental Rights", *Common Market Law Review*, vol. 27, n.º 2, Verão 1990, págs. 249-258.

No processo 1/58, STORK⁽⁶⁾ é confrontado com a argumentação da empresa demandante que invoca a prevalência de direitos fundamentais previstos na maior parte das Constituições dos Estados-membros sobre o direito comunitário. Concretamente, pretendia a demandante a anulação de uma decisão da Alta Autoridade CECA (antiga denominação da Comissão), que julgava incompatível com o preceituado nos artigos 2.º e 12.º da Lei Fundamental alemã federal.

O TJCE baseou a sua resposta nas ideias de autonomia e independência das ordens jurídicas comunitária e nacionais, chamando a atenção para o facto de, por força do artigo 8.º do Tratado CECA, a Alta Autoridade só ter competência para aplicar o direito comunitário, estando portanto impossibilitada de fazer uma aplicação do direito interno dos Estados-membros. Do mesmo modo, por virtude do artigo 31.º do mesmo Tratado, o TJCE apenas é competente para assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação do Tratado e dos regulamentos de execução não tendo, regra geral, competência para se pronunciar sobre normas de direito interno. Por isso, não compete ao Tribunal a apreciação de eventuais contradições de uma disposição emanada de instâncias comunitárias com o preceituado no direito constitucional de um Estado-membro (no caso concreto, o da República Federal da Alemanha).

Refugiando-se na autonomia do direito comunitário face às ordens jurídicas dos Estados-membros, princípio que não podia deixar de levar em linha de conta, o TJCE acabou por não apreciar a posição dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico comunitário. Este era, no entanto, um ponto cuja consideração o Tribunal do Luxemburgo apenas poderia adiar.

A primeira tentativa séria de dar resposta a este problema pode ser encontrada nas conclusões apresentadas pelo advogado-geral Lagrange nos processos apensos 36, 37, 38 e 40/59, COMPTOIRS DE VENTE DU CHARBON DE LA RUHR⁽⁷⁾.

Mais uma vez se estava perante a invocação da violação de um direito fundamental reconhecido na Constituição alemã federal: o direito à propriedade privada. Embora reconhecendo, como havia já sido afirmado no acórdão STORK, que o TJCE não tem competência para aplicar as regras de direito interno dos Estados-membros, mesmo que estejam em causa preceitos de natureza constitucional, o advogado-geral chama a atenção para o facto de que

(6) Proc. 1/58, acórdão de 4/2/59, Rec. pág. 43.

(7) Conclusões de 24/5/60, Proc. 36, 37, 38 e 40/59, Rec. pág. 903.

essa impossibilidade é apenas uma impossibilidade de aplicação directa. Ou seja, o TJCE pode eventualmente inspirar-se nas referidas regras de direito interno para nelas buscar "a expressão de um princípio geral de direito susceptível de ser tomado em consideração na aplicação do Tratado".

Ficou, assim, feita uma primeira tentativa de inserção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, através da sua consideração como princípios gerais de direito. Ao mesmo tempo, referenciavam-se as ordens jurídicas nacionais como fontes de inspiração a que se recorreria para identificação dos direitos vigentes na ordem jurídica comunitária.

O TJCE não acolheu esta orientação no seu acórdão, mantendo-se na linha da sua anterior jurisprudência.

O ponto de viragem normalmente apontado na doutrina deu-se com o acórdão proferido no processo 26/69, STAUDER⁽⁸⁾. Estava em causa o artigo 4º da Decisão 69/71, de 12 de Fevereiro, que previa a venda de manteiga a preços reduzidos aos beneficiários de certos regimes de assistência social. Concretamente, questionava-se como atentatória da dignidade humana a divulgação do nome do beneficiário ao vendedor da manteiga.

O TJCE considerou que a disposição litigiosa deveria ser interpretada como não impondo - sem todavia o interditar - a identificação nominativa dos beneficiários, tendo cada um dos Estados-membros a faculdade de escolher o método de individualização que mais lhe aprouvesse. Importante para o assunto que nos ocupa é, no entanto, a conclusão retirada pelo TJCE desta interpretação:

"assim interpretada, a disposição litigiosa não revela nenhum elemento susceptível de pôr em causa os direitos fundamentais da pessoa compreendidos nos princípios gerais de direito comunitário, cujo respeito o TJCE assegura".

É evidente a importância deste acórdão. Pela primeira vez, o TJCE considera-se competente para assegurar o respeito pelos direitos fundamentais que, afirma, integram os princípios gerais de direito comunitário.

A questão não ficava, no entanto, esgotada. Em primeiro lugar era necessário que o TJCE confirmasse o sentido desta jurisprudência, de modo a que

(8) Proc. 26/69, acórdão de 12/11/69, Rec. pág. 419.

ficasse claro que não se tratava de um mero e acidental desvio à linha até então seguida. Caso o fizesse, seria então necessário desenvolver as linhas de base que tinham ficado expressas no acórdão proferido no processo STAU-
DER. Seria, sobretudo, indispensável definir quais os direitos fundamentais que, integrando os princípios gerais de direito, faziam parte do ordenamen-
to jurídico comunitário.

A resposta começou a ser dada em 17 de Dezembro de 1970, data em que foram emitidos dois importantes acórdãos.

No acórdão proferido no processo 25/70, KOSTER⁽⁹⁾ reafirma a ideia de que "o respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito, cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça".

Já no acórdão proferido no processo 11/70, INTERNATIONALE HAN-
DELGESELLSCHFT⁽¹⁰⁾, o TJCE vai mais longe. Mais uma vez, invocou-se a contradição de uma disposição comunitária com direitos consagrados na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Concretamente, estava em causa o Regulamento 129/67, que previa um regime de caução a que se subordinava a concessão de licenças para exportar cereais. A não restituição da caução prestada quando, por motivos de força maior, a exportação não fosse possível implicava, na concepção da empresa que colocava em causa o referido Regulamento, a violação do princípio da proporcionalidade, consagrado na Constituição alemã.

O TJCE começou por reafirmar os princípios que enunciara já no acór-
dão proferido no processo STORK: a validade dos actos emanados de insti-
tuições comunitárias não pode ser aferida através do seu confronto com dis-
posições de direito interno dos Estados-membros, inclusive, com disposições
de nível constitucional. Caso contrário, "seria colocada em causa a base
jurídica da própria Comunidade". Contudo, o TJCE não se fica por aqui.
Depois de repetir a fórmula que acabámos de ver expressa no acórdão KOS-
TER, refere que:

"a salvaguarda destes direitos, inspirando-se nas tradições constitu-
cionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no quadro da
estrutura e dos objectivos da Comunidade".

(9) Proc. 25/70, acórdão de 17/12/70, Rec. pág. 1161.

(10) Proc. 11/70, acórdão de 17/12/70, Rec. pág. 1125.

Desta maneira, o TJCE começava a dar conteúdo aos direitos fundamentais vigentes em direito comunitário. Quais eram eles? O Tribunal procura-os nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. São elas as fontes de inspiração do TJCE na identificação dos direitos fundamentais cujo respeito lhe cabe garantir.

No entanto, o TJCE não iria ficar por aqui na indicação das suas fontes de inspiração. De facto, no processo 4/73, NOLD⁽¹¹⁾, para além de, mais uma vez, reafirmar que os direitos fundamentais são protegidos pelo TJCE que, para assegurar o seu respeito, se deve inspirar nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, o Tribunal acrescenta que:

"os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos humanos, nos quais os Estados-membros tenham cooperado ou aos quais tenham aderido, podem igualmente fornecer indicações que convém ter em conta no quadro do direito comunitário".

Está assim encontrada a segunda categoria de instrumentos a que se terá de recorrer na tarefa de identificação dos direitos fundamentais integradores dos princípios gerais de direito que compete ao TJCE assegurar.

Em particular, há aqui que referir a Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, aliás, parece ter sido aquela em que o TJCE pensou em primeiro lugar ao elaborar o acórdão⁽¹²⁾.

Desde o princípio que seria lógico que ela adquirisse um especial relevo como "fonte de inspiração" nesta matéria, uma vez que se trata de um instrumento que incorpora princípios que constituem o núcleo essencial da concepção de sociedade comum a todos os Estados-membros. Pode dizer-se que a consideração da CEDH mais não é que o corolário lógico da consideração das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. Não admira, por isso, que o TJCE se lhe começasse a referir expressamente.

Foi o que logo sucedeu no processo 36/75, RUTILI⁽¹³⁾, em que o TJCE considerou que as limitações ao recurso pelos Estados à cláusula geral de or-

(11) Proc. 4/73, acórdão de 14/5/74, Rec. pág.491.

(12) Cfr. Cuenca Sancho, *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1989, pág. 103.

(13) Proc. 36/75, acórdão 28/10/75, Rec. pág.1219.

dem pública para restringir a livre circulação de trabalhadores são manifestação de um princípio geral consagrado nos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da CEDH e no artigo 2.º do Protocolo número 4 da mesma CEDH.

No processo 130/75, PRAIS⁽¹⁴⁾, o TJCE encontrou na CEDH inspiração para proteger o direito de liberdade religiosa na Comunidade.

No acórdão proferido no processo 44/79, HAUER⁽¹⁵⁾, estava em causa o direito de propriedade que o TJCE considerou "garantido na ordem jurídica comunitária em conformidade com as concepções comuns às Constituições dos Estados-membros, reflectidas igualmente pelo primeiro protocolo anexo à CEDH".

No processo 222/84, JOHNSTON⁽¹⁶⁾, o TJCE considerou que o direito a um recurso jurisdicional efectivo deve ser tido em conta no quadro do direito comunitário, não apenas por ser "expressão de um princípio geral de direito que se encontra na base das tradições constitucionais dos Estados-membros", mas também porque "há que ter em conta os princípios em que se inspira" a CEDH, instrumento em que o princípio que o TJCE analisava se encontra consagrado nos artigos 6.º e 13.º.

A indicação da jurisprudência do TJCE em que a CEDH é expressamente mencionada poderia multiplicar-se. Refira-se apenas que ainda recentemente, no processo C-260/89, ERT-AE⁽¹⁷⁾, o TJCE reafirmou o "significado particular" da Convenção no quadro dos instrumentos internacionais fornecedores de indicações relevantes para a protecção dos Direitos do Homem nas Comunidades.

2. A posição da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no ordenamento jurídico comunitário

É, portanto, grande o relevo atribuído à CEDH no âmbito comunitário. Esta atenção especial que merece e que, como acabámos de ver, começou por ser

(14) Proc. 130/75, acórdão 27/10/76, Rec. pág. 1589.

(15) Proc. 44/79, acórdão 13/12/79, Rec. pág. 3727.

(16) Proc. 222/74, acórdão 15/5/86, Rec. pág.1663.

(17) Proc. C-260/89, acórdão 18/6/91, ainda não publicado.

dada pelo TJCE através da sua jurisprudência, foi secundada pelas restantes instituições comunitárias que, por meio de uma declaração comum, emitida em 5 de Abril de 1977, realçaram a importância que conferiam à protecção dos direitos fundamentais, tal como resultam das Constituições dos Estados-membros e da CEDH.

Uma questão que naturalmente se tem, por isso, levantado é a de determinar, com rigor, qual é a posição desta face ao ordenamento jurídico comunitário.

Para uns autores, as Comunidades sucederam aos Estados-membros como parte na Convenção, na medida dos poderes que para elas foram, por estes, transferidos.

Um dos expoentes máximos desta corrente doutrinária, Pierre Pescatore⁽¹⁸⁾, afirma que a CEDH é expressão de uma forma de cultura política e jurídica baseada no respeito pela democracia, pelos direitos e liberdades individuais e pelo Estado de direito que é comum aos Estados-membros das Comunidades e que, por isso, não pode deixar de a envolver também. Sendo assim, enquanto "instituição comum" criada pelos Estados-membros, as Comunidades estão vinculadas pela CEDH da mesma forma que estes o estão.

O TJCE surge, deste modo, para efeitos da CEDH, como uma "jurisdição interna" que aplica o preceituado na CEDH não porque quer, mas porque a tal se encontra obrigado. Numa palavra, estaríamos aqui perante a manifestação de um "efeito de substituição" ou de "sucessão" dos Estados-membros pelas Comunidades, que o TJCE reconheceu já em relação ao GATT⁽¹⁹⁾.

O paralelismo entre o caso do GATT e o da CEDH foi posto em causa por largos sectores da doutrina⁽²⁰⁾, que criticavam esta posição. Para estes, o valor da CEDH é o de fornecer indicações que há que ter em conta no âmbito da protecção comunitária dos direitos fundamentais, excluindo-se, no entanto, qualquer efeito vinculante.

(18) Cfr. Pescatore, Pierre, "La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme" in *Protection des Droits de l'Homme: la Dimension Européenne, Mélanges en l'Honneur de Gérard Wiarda*, F. Matscher, H. Petzold (ed.), Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, pág. 441.

(19) Fê-lo no Proc. 21/72, acórdão 12/12/72, Rec. pág.1219.

(20) Cfr. Cuenca Sancho, op. cit., pág. 375; Lasagabaster Herrarte, Las Comunidades Europeas y los Derechos Fundamentales in *Revista Española de Derecho Constitucional*, A. 6, n.º18, Set.-Dez., 1986, pág. 51.

A tese da substituição parece, de facto, de repudiar. Mesmo que, como fazem alguns autores, se limite este efeito de substituição às disposições materiais da Convenção, não se percebe em que moldes ela operaria. A substituição envolve a ideia de sucessão na posição anteriormente ocupada por outra entidade. Neste caso, a assunção pelas Comunidades da posição previamente ocupada pelos Estados-membros. Mas, qual é essa posição? Os Estados-membros formularam diferentes reservas à CEDH e não ratificaram todos os mesmos protocolos adicionais. Acresce que um dos Estados-membros — a França — não foi durante muito tempo parte na Convenção (apesar de a ter assinado logo em 1950, apenas veio a ratificá-la a 3 de Maio de 1974). Não existe, portanto, um posicionamento uniforme dos Estados-membros face à Convenção, no qual as Comunidades lhes pudessem ter sucedido.

A discussão em torno deste ponto não pode, no entanto, perder de vista o ponto essencial, que é o de que os direitos resultantes da Convenção se aplicam na ordem jurídica comunitária. Se se entender que operou o "efeito de substituição", a justificação para a vigência dos direitos previstos na CEDH é óbvia. Se não se deu qualquer substituição, não podemos deixar de chegar à mesma conclusão. É óbvio que o exercício de poderes ao nível comunitário não pode deixar de respeitar os direitos que os Estados, isoladamente, têm de respeitar. Os particulares, a quem aqueles direitos são dirigidos, não podem ficar sem garantias do seu respeito pelo simples facto de determinadas competências terem deixado de ser exercidas isoladamente pelos Estados, para passarem a sê-lo a um outro nível.

Isto sucede em particular com a CEDH, porque ela é reflexo de princípios e valores básicos, aceites na civilização europeia ocidental. Como tal, os direitos nela consagrados fazem parte dos princípios gerais de direito comunitário sendo, conseqüentemente, nulo qualquer acto emanado das instituições comunitárias que lhe seja contrário. Aliás, sendo os princípios gerais "os pilares fundamentais de qualquer sociedade"⁽²¹⁾, eles prevalecerão inclusive sobre os Tratados institutivos das Comunidades. É que, "um princípio geral (...) não pode ser ignorado sem, simultaneamente, se colocarem em causa os fundamentos da ordem jurídica"⁽²²⁾.

(21) Dausen, Manfred, "The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order", in *European Law Review*, vol. 10, n°6, Dez. 1985, pág. 407.

(22) Lecheler, Helmut, citado por Dausen, op. cit. pág. 406.

Chegamos deste modo à conclusão da vigência, na ordem jurídica comunitária, dos direitos previstos na CEDH. É esta, aliás, a vontade das instituições comunitárias e dos Estados-membros, expressa através dos seus representantes no Conselho, na já referida declaração conjunta de 1977. E é igualmente neste sentido que vai a jurisprudência do TJCE. Ficou já suficientemente ilustrado o modo como este órgão se refere à CEDH. Pode-se, por isso, afirmar que hoje em dia não constitui novidade o recurso às disposições da Convenção para fundamentar as suas decisões. O último exemplo foi recentemente dado pelo acórdão de 18 de Junho de 1991, proferido no já citado processo C-260/89, em que se afirma que:

"as limitações aos poderes dos Estados-membros de aplicar as disposições dos artigos 66º e 56º do Tratado por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública, devem ser apreciadas à luz do princípio da liberdade de expressão, consagrada no artigo 10º da CEDH".

Fazendo parte dos princípios gerais de direito a que o TJCE recorre, os direitos que têm expressão na CEDH encontram-se garantidos a todos os que se encontram sujeitos ao ordenamento jurídico comunitário. Dito de outra forma, a CEDH é fonte de direito aplicável a nível comunitário⁽²³⁾.

Mas esta é apenas uma primeira conclusão. Há que determinar em que medida é que as Comunidades se encontram vinculadas à CEDH. Quais são os direitos nela previstos que vigoram e são protegidos a nível comunitário?

Há direitos consagrados naquele instrumento que não têm qualquer ponto de contacto com a área de actuação comunitária. Estão neste caso, como assinala Dausés⁽²⁴⁾, o direito à integridade da vida humana ou a interdição da tortura, da escravatura ou do trabalho forçado. Trata-se de matérias que, pela sua própria natureza, estão fora do âmbito comunitário e que, por isso, não merecem consideração. Como diz o TJCE:

(23) Cabe aqui referir que, no preâmbulo do Acto único Europeu, que constituiu a primeira revisão dos Tratados, aparece já uma referência à CEDH, bem como à Carta Social Europeia, como instrumentos em que estão previstos direitos fundamentais nos quais os Estados-membros se baseiam para a promoção da democracia.

(24) Dausés, Manfred, "La Protection des Droits Fondamentaux dans l'Ordre Juridique des Communautés Européennes", *Documentação e Direito Comparado* n.ºs 41/42, Abril/Junho de 1990, pág. 33.

"se é verdade que incumbe ao Tribunal assegurar o respeito dos direitos fundamentais no domínio próprio do direito comunitário, não lhe cabe, no entanto, examinar a compatibilidade com a Convenção Europeia, de uma lei nacional que se situa (...) num domínio que releva da apreciação do legislador nacional"⁽²⁵⁾.

Ou seja, a CEDH apenas vincula as Comunidades no quadro da competência destas.

Mas, mesmo com estas limitações, subsistem problemas relacionados com a definição de quais os direitos, previstos na Convenção, que integram os princípios gerais de direito de que o TJCE fala na sua jurisprudência. Eles decorrem designadamente de, como vimos já, a Convenção não vigorar com a mesma extensão em todos os Estados-membros. São diferentes as reservas por eles efectuadas, para além de não se verificar uma uniformidade em relação aos protocolos ratificados. Quererá isto dizer que as Comunidades têm que se contentar com um nível de protecção que constituiria um mínimo denominador comum?

A resposta não pode deixar de ser negativa. Princípios estruturantes de uma concepção de sociedade não podem ver a sua implementação depender de *nuances* com origem nos Estados-membros. Aliás, se é verdade que, por terem sido criadas pelos Estados-membros, as Comunidades devem respeito aos mesmos princípios a que estes se encontram vinculados, é também verdade que as Comunidades são uma entidade autónoma e diferente da soma dos Estados que a compõem. Como tal, as condições de vigência, na ordem jurídica comunitária, dos direitos previstos na CEDH são estabelecidas com recurso a critérios próprios e não com referência à posição dos Estados-membros em relação à Convenção.

O próprio TJCE não faz depender a relevância dos instrumentos de direito internacional, na ordem jurídica comunitária, das suas condições de vigência nos Estados-membros. Para que aqueles sejam considerados, lembre-se, basta que os Estados-membros tenham cooperado na sua adopção não sendo, portanto, sequer necessário que deles sejam parte.

Assim sendo, creio poder concluir-se que todos os direitos previstos na CEDH que sejam compatíveis com os objectivos, com a função ou com a

(25) Procs. apensos 60 e 61/84, acórdão de 11/7/85, Rec. pág. 2605. No mesmo sentido, cfr. Proc. 12/86, acórdão 30/9/87, Rec. pág. 3719.

competência das Comunidades integram os princípios gerais de direito cuja observância e respeito são garantidos pelo TJCE.

3. A necessidade de aplicação do artigo 25º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no âmbito comunitário

Para que os direitos sejam efectivos, não basta a sua consagração em textos legislativos ou a sua consideração como fonte não escrita de direito. É igualmente necessário que existam mecanismos que permitam assegurar a sua aplicação em cada caso concreto. Os tribunais têm aqui um papel decisivo. É assim que, ao assegurar o respeito pelo preceituado na CEDH, o TJCE tem, no âmbito comunitário, o mesmo papel e a mesma responsabilidade que as jurisdições nacionais no quadro do direito interno dos Estados-membros.

Muitos dos instrumentos internacionais de protecção dos Direitos do Homem prevêm mecanismos que visam assegurar a sua implementação e que vão para além do respectivo controlo por parte das jurisdições internas dos Estados que neles são parte. É precisamente o caso da CEDH que, no seu artigo 25.º, prevê a possibilidade de serem efectuadas petições, dirigidas à Comissão Europeia dos Direitos do Homem, sempre que o queixoso se julgue vítima de uma violação da Convenção por parte de uma das Altas Partes Contratantes.

O direito de petição pode ser exercido, quer por organizações não-governamentais, quer por particulares ou grupos de particulares, sempre que estejam esgotados os mecanismos de recurso interno e no prazo de seis meses a contar da data em que tenha sido emitida a decisão interna definitiva (cfr. artigo 26º da CEDH)⁽²⁶⁾. Caso a Comissão Europeia dos Direitos do Homem se pronuncie pela admissibilidade da petição, esta será apreciada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁽²⁷⁾ ou pelo Comité de Ministros⁽²⁸⁾ que,

(26) O artigo 27º acrescenta ainda que a reclamação não pode ser anónima nem essencialmente a mesma que outra já anteriormente apreciada pela Comissão ou submetida a outra instância internacional de inquérito ou decisão. Para além disso, as reclamações não podem ser incompatíveis com as disposições da Convenção, nem serem manifestamente mal fundadas ou abusivas.

(27) Se, no prazo de três meses a contar da data da transmissão ao Comité de Ministros do relatório em que a Comissão se pronuncia sobre se há ou não violação da CEDH, a mesma Comissão ou um dos Estados interessados submeter o assunto ao Tribunal.

(28) Se não se verificar a solicitação referida na nota anterior.

para estes efeitos, exerce uma verdadeira função jurisdicional. Num ou noutro caso, a decisão que for tomada é obrigatória, o que confere uma força muito particular ao direito de petição consagrado no artigo 25.º da CEDH.

Os particulares gozam, por esta via, de uma garantia adicional a que podem recorrer quando se julguem vítimas de uma violação de um direito previsto na Convenção. A possibilidade da sua actuação fica, no entanto, dependente do reconhecimento, feito mediante uma declaração da Alta Parte Contratante acusada, da competência da Comissão para apreciar petições desta natureza.

Todos os Estados-membros das Comunidades Europeias efectuaram esta declaração, como aliás todos eles reconheceram a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para os assuntos relativos à interpretação e aplicação da CEDH. Deste modo, todos aqueles que se encontrem sujeitos à ordem jurídica dos Estados-membros das Comunidades têm garantido o acesso ao mecanismo previsto na CEDH para protecção dos direitos por ela assegurados.

A transferência de competências dos Estados-membros para um novo centro de produção legislativa, que são as Comunidades, para além de não poder implicar a negação de direitos anteriormente garantidos, não se pode também traduzir numa diminuição das garantias que os particulares têm ao seu dispor para assegurar o pleno e eficaz gozo daqueles direitos.

No caso que nos ocupa, isso significa que, para além das Comunidades se encontrarem vinculadas aos direitos consagrados na CEDH que se incluam no seu campo de actuação, todos aqueles que estiverem sujeitos à lei comunitária devem ter a possibilidade de recurso ao mecanismo previsto pelos artigos 25º a 27.º da CEDH, sempre que se julguem afectados por comportamentos ou actuações comunitárias que entendam violadores do preceituado na mesma CEDH.

Sendo um dos principais objectivos dos Direitos do Homem o de garantir os particulares contra abusos das autoridades, nada pode justificar que os meios que eles tenham ao dispor para os assegurar sejam uns quando esteja em causa a autoridade estadual e outros quando se trate do exercício de poderes transferidos por aquela para a autoridade comunitária.

É por isso que não são admissíveis situações como aquela de que foi protagonista a Confédération Française Democratique du Travail (CFDT). A situação foi a seguinte: de acordo com o artigo 18º do Tratado CECA, existe junto da Alta Autoridade (Comissão) um Comité Consultivo que é composto, no que concerne à participação dos trabalhadores, por elementos de organi-

zações sindicais julgadas "representativas". A CFDT não obteve qualquer assento no referido Comité, o que questionou por se considerar representativa de grande parte dos trabalhadores franceses e, em particular, daqueles que desenvolviam a sua actividade nos sectores carbonífero e siderúrgico.

Interpôs, por isso, um recurso de anulação da decisão do Conselho que a excluiu do Comité Consultivo junto do TJCE. Este considerou o recurso inadmissível, uma vez que apenas os Estados-membros e a Alta Autoridade têm legitimidade para o efectuar⁽²⁹⁾.

Depois de recorrer sem sucesso ao Conselho de Estado francês atacando a actuação do governo (que esteve na base da sua exclusão do Comité), a CFDT utilizou o mecanismo do artigo 25.º da CEDH para levar a questão aos órgãos de Estrasburgo, perante os quais alegou ter sido vítima de uma violação dos artigos 11.º, 13.º e 14.º da Convenção. A queixa da CFDT foi dirigida contra as Comunidades, subsidiariamente contra a colectividade dos Estados-membros e, subsidiariamente ainda, contra os Estados-membros individualmente considerados.

Mais uma vez não obteve sucesso. De facto, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem considerou a petição inadmissível⁽³⁰⁾. Enquanto dirigida às Comunidades, a petição não foi considerada admissível por estas não serem parte na CEDH; enquanto dirigida à colectividade dos Estados-membros das Comunidades, a inadmissibilidade resultou do facto de, realmente, ela se dirigir ao Conselho das Comunidades, o que faz com que opere a mesma razão; finalmente, enquanto dirigida individualmente aos Estados-membros, a petição também não foi admitida porque, desde logo, a França não tinha, na altura, reconhecido o direito de petição individual. Quanto aos outros Estados, eles não tinham exercido a sua "jurisdição", para efeitos do artigo 1º da CEDH, ao participarem nas decisões tomadas no seio do Conselho das Comunidades.

Para quem defenda que as Comunidades sucederam aos Estados-membros como parte na Convenção, como Pescatore⁽³¹⁾, a atitude da Comissão Europeia dos Direitos do Homem é atacável por esta não ter percebido que

(29) Cfr. Proc. 66/76, acórdão 17/2/77, Rec. pág. 305.

(30) Cfr. petição nº 8030/77, Decisão sobre a admissibilidade de 10/7/78, *Décisions et Rapports*, vol. 13, Março de 1979, págs. 231-240.

(31) Cfr. Pescatore, op. cit., pág. 451.

a substituição operada não pode implicar a "deterioração da posição das pessoas protegidas pela Convenção". Mas, apesar de tudo, se logicamente este autor considera a adesão à CEDH como um "falso problema", já o reconhecimento do direito de petição individual e da jurisdição obrigatória do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é visto como útil e juridicamente possível, uma vez que o efeito de substituição englobaria os artigos da CEDH onde se prevêm as declarações nesse sentido.

A emissão destas declarações nas condições referidas pressupõe, no entanto, o reconhecimento do efeito de sucessão. Ora, este não é admitido, quer pelo TJCE, que nunca o referiu, apesar de se ter pronunciado sobre a CEDH em diversas ocasiões posteriores ao reconhecimento daquele efeito em relação ao GATT, quer pela Comissão, que já se pronunciou no sentido da adesão à CEDH por mais que uma vez⁽³²⁾. Por outro lado, como vimos, também a Comissão Europeia dos Direitos do Homem não o reconhece, considerando inadmissíveis as petições dirigidas contra as Comunidades.

Nestas circunstâncias existe uma impossibilidade prática de tais declarações serem efectuadas. Nem os órgãos comunitários tomam a iniciativa de as emitir, nem elas seriam admitidas pelos órgãos convencionais, uma vez que as Comunidades não são, nem para uns, nem para outros, uma das "Altas Partes Contratantes".

Como os particulares não podem ficar numa situação de menor protecção quando esteja em causa a violação da CEDH por parte das Comunidades, e como esta protecção não pode ficar dependente da resolução de questões académicas, impõe-se a adesão comunitária à CEDH, que deverá ser necessariamente acompanhada das declarações previstas nos artigos 25º e 46º (reconhecimento do direito de petição individual e da jurisdição obrigatória do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, respectivamente).

4. A conveniência do estabelecimento de um mecanismo de reenvio prejudicial entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Tanto o complexo normativo derivado da CEDH, como o comunitário, têm campos de aplicação próprios. Isto não quer dizer que não haja sobrepo-

(32) Cfr. Memorando relativo à adesão das Comunidades à CEDH, de 4 de Abril de 1979, que mereceu parecer favorável do Comité Económico e Social e do Parlamento Europeu (por duas vezes). Recentemente, a Comissão voltou a defender a adesão na sua comunicação "relativa à adesão das Comunidades à CEDH e a alguns dos seus protocolos", de 19 de Novembro de 1990.

sições de um sobre o outro. Como vimos, o TJCE faz uma aplicação sistemática da CEDH na esfera comunitária. Por outro lado, se o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tende a não considerar os actos emanados das instituições das Comunidades, por não considerar estas como parte na CEDH, nada impede que aprecie a compatibilidade desta com o preceituado em legislação ou práticas estaduais tomadas com base no direito comunitário.

Há assim uma interpenetração dos dois sistemas, que se tornaria ainda maior com uma adesão formal das Comunidades à CEDH: o TJCE, a quem cabe garantir a unidade do direito comunitário, vê assim surgir uma jurisdição que interpreta um direito cuja uniformidade de interpretação e aplicação lhe cabe a si assegurar, sem que possa, de alguma forma, garantir que essa interpretação seja a correcta. Por outro lado, existe também o risco de uma interpretação da CEDH, feita pelo TJCE, que seja contrária à orientação adoptada pela jurisdição de Estrasburgo.

A possibilidade de contrariedade entre os dois órgãos jurisdicionais na interpretação do mesmo complexo normativo é um grave risco para a credibilidade e para o prestígio de ambos os sistemas normativos. Há assim que encontrar um mecanismo que previna esse risco.

A melhor solução passa pela instituição de um mecanismo de reenvio prejudicial de uma para outra jurisdição, sempre que esteja em causa a interpretação de preceitos que relevem da competência natural da jurisdição à qual é submetida a questão prejudicial.

Assim, por exemplo, sempre que o TJCE fosse chamado a interpretar uma disposição da CEDH, seria obrigado a suspender o processo e a remeter a questão para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A este caberia, então, efectuar uma interpretação do(s) preceito(s) em causa, que servisse depois ao Tribunal do Luxemburgo para resolver a questão concreta. *Mutatis mutandis*, assim se passariam as coisas quando a iniciativa do reenvio pertencesse à jurisdição de Estrasburgo⁽³³⁾. O sistema seria, assim, baseado numa repartição de funções entre ambas as jurisdições, assente num profundo respeito pelas competências respectivas. A decisão final, com a aplicação do direito aos factos, caberia sempre ao órgão reenviante. A colaboração que lhe seria prestada esgotar-se-ia no fornecimento de uma interpretação dos

(33) Esta será, logicamente, o Tribunal mas também o Comité de Ministros que, como vimos, exerce uma verdadeira função jurisdicional quando aprecia as petições não submetidas ao Tribunal.

preceitos em causa, desligada do circunstancialismo do caso concreto, que permitisse uma solução final da causa baseada num entendimento correcto do direito relevante.

As vantagens de um sistema deste tipo são muito grandes e sobrepõem-se, naturalmente, a aspectos menos positivos que possa igualmente encerrar. É óbvio que a suspensão do processo até à resolução de uma questão prejudicial por outro órgão jurisdicional acarreta sempre indesejáveis atrasos na decisão final. Simplesmente, há que contrapor esta desvantagem ao factor extremamente positivo que é o de assegurar a coerência e a consequente credibilidade dos dois sistemas jurídicos aqui em causa e de que, aliás, depende muito do seu sucesso. O problema da morosidade processual não seria, inclusive, tão grave se o reenvio fosse dispensado sempre que houvesse decisão anterior da jurisdição cuja intervenção fosse solicitada, sobre a mesma questão, ou quando não houvesse dúvidas razoáveis quanto à interpretação a dar à disposição em causa. Além, evidentemente, dos casos em que a consideração do direito cuja interpretação seria solicitada, fosse irrelevante para a decisão final.

Numa palavra, trata-se de transpor para o plano das relações entre os órgãos jurisdicionais comunitário e convencionais de Estrasburgo um mecanismo que se encontra previsto nos Tratados institutivos das Comunidades⁽³⁴⁾ e que, trabalhado pelo TJCE, lhe permitiu, com enorme sucesso, desenvolver ao longo dos anos o direito comunitário e, acima de tudo, assegurar a sua unidade de interpretação e aplicação⁽³⁵⁾.

(34) Artigo 177º do Tratado CEE; artigo 150º do Tratado CEEA; artigo 41º do Tratado CECA.

(35) Os perigos de interpretações divergentes da CEDH existe também relativamente às jurisdições internas dos Estados parte. As mesmas razões que justificam a instituição de um mecanismo de reenvio prejudicial entre o TJCE e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aconselhariam igualmente a instituição de um esquema semelhante em relação aos órgãos jurisdicionais nacionais. A este respeito ver Andrew Drzemczewski, "European Human Rights Convention" in *Domestic Law: a Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, 1983, págs. 330 e segs..

DIREITOS DO HOMEM

ESTUDOS

**CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM**

CHRISTIAN JACQ

UNICRI

**LES PRATIQUES POLICIERES
ET PENITENTIAIRES
A L'EPREUVE DE LA CONVENTION
EUROPEENNE DE SAUVEGARDE
DES DROITS DE L'HOMME**

RAPPORT
PRESENTE LORS DU COURS DE FORMATION
SUR L'APPLICATION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX
RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME
ET A L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE,
ORGANISE PAR LE CENTRE DES NATIONS UNIES
POUR LES DROITS DE L'HOMME AVEC L'INSTITUT
DE DROIT HUMANITAIRE ET LE CONCOURS DU
GOUVERNEMENT ITALIEN

San Remo, 11 / 15 mars 1991

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE: LE ROLE DE LA POLICE DANS LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

I. LES LIMITES GENERALES AUX POUVOIRS DE POLICE

- A) *l'interrogatoire*
- B) *la fouille*
- C) *la prise de sang*
- D) *les saisies et confiscations*
- E) *les fichiers*
- F) *le recours à la force*
- G) *la surveillance*

II. LES LIMITES SPECIFIQUES A LA PRIVATION POLICIERE DE LIBERTE

- A) *l'arrestation*
- B) *la garde à vue*

TRANSITION: LA DETENCION AVANT JUGEMENT

I. L'EXIGENCE D'UNE PROCEDURE JUDICIAIRE

II. LE DELAI RAISONNABLE DE LA DETENTION

DEUXIEME PARTIE: LA PROTECTION DES PERSONNES
DETENUES OU EMPRISONNEES

I. LE RESPECT DE LA DIGNITE DES PERSONNES PRIVEES
DE LIBERTE

- A) *l'isolement cellulaire*
- B) *les soins médicaux*

II. LES DROITS DES PERSONNES PRIVEES DE LIBERTE

- A) *la portée relative de la Convention Européenne des Droits de l'homme en matière de conditions de détention*
- B) *les acquis*

CONCLUSION GENERALE

LISTE DES ABREVIATIONS UTILISEES (*)

- An. Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'homme.
- D.R. Décisions et Rapports de la Commission européenne des Droits de l'homme.
- R.D.C. Recueil des décisions de la Commission européenne des Droits de l'homme.

(*) Les opinions exprimées dans ce rapport le sont à titre personnel. Elles ne sauraient engager les instances du Conseil de l'Europe.

INTRODUCTION GENERALE

Parmi l'ensemble des textes relatifs aux Droits de l'homme, mes deux interventions seront limitées à la seule Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés Fondamentales (ci-après dénommée la C.E.D.H.) du 4 novembre 1950 entrée en vigueur le 3 septembre 1953 après dix ratifications.

Dans le processus de développement et la mise en oeuvre des instruments généraux relatifs aux Droits de l'homme, la C.E.D.H. occupe une place essentielle en raison de quatre caractères novateurs:

1. La C.E.D.H. est un instrument dont la signature, et à plus forte raison, la ratification et, plus encore, l'application effective est un critère de mesure du degré de démocratie d'un Etat;
2. La C.E.D.H. est un instrument normatif;
3. La C.E.D.H. établit un mécanisme de garantie collective des droits qu'elle reconnaît en instituant des instances indépendantes⁽¹⁾ de contrôle de son application: la Commission et la Cour européennes des Droits de l'homme (ci-après dénommée la Commission et la Cour⁽²⁾);
4. Les auteurs de la C.E.D.H. ont agencé ces stipulations en recherchant un équilibre entre l'exercice des droits reconnus à toute per-

(1) Tel n'est pas le cas du Comité des Ministres appelé à statuer lorsque la requête, après avoir été déclarée recevable puis examinée par la Commission, n'est pas déférée à la Cour.

(2) Ou encore sous l'expression plus générique d'instances de la Convention.

sonne relevant de la juridiction des Etats membres et les exigences du fonctionnement de ces Etats en prévoyant, en faveur de ces derniers, des clauses dites "échappatoires" qui légitiment, sous certaines conditions soumises au contrôle des instances de la convention, les atteintes à l'exercice d'un nombre déterminé de droits garantis. Selon les droits, les clauses échappatoires prennent la forme soit d'exceptions (art. 2, Droit à la vie; art. 4 § 2, Protection contre le travail forcé; art. 5 § 1, Droit à la liberté et à la surêté de la C.E.D.H. et le Protocole n.º 6 abolissant la peine de mort), soit de restrictions⁽³⁾ (art. 8 à 11 de la C.E.D.H.⁽⁴⁾; art. 1 du Protocole n.º 1, Droit au respect des biens; art. 2 du Protocole n.º 7, Droit de l'étranger en instance d'expulsions) ou encore de dérogation "en cas de guerre ou en cas d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation" (art. 15). Seuls échappent au domaine d'application de ces clauses, les droits garantis aux articles 3, (Protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants); art. 4 § 1, (Protection contre l'esclavage et la servitude), et art. 7, (Non rétroactivité de la loi pénale), de la C.E.D.H. et l'article 4 du Protocole n.º 7, (principe "non bis in idem"), ce qui leur confère, de ce fait, une protection que l'on qualifie d'absolue.

A ces quatre caractères originels, il faut encore en ajouter un cinquième qui résulte de l'interprétation des droits garantis par la Commission et la Cour: la C.E.D.H. est un instrument évolutif. Selon la Cour, en effet, "la Convention est un instrument vivant à l'interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle"⁽⁵⁾.

(3) Lesquelles doivent être "nécessaires dans une société démocratique". Le contenu de cette clause, de caractère politique, a été précisé par la Cour à l'aide critères juridiques. Pour être compatible avec la C.E.D.H., toute restriction à l'exercice des droits garantis doit:

- être prévue par une loi, même non écrite, laquelle doit être suffisamment précise et accessible;
- satisfaire à l'un des buts légitimes strictement énumérés par la disposition en cause;
- être proportionnée au but légitime poursuivi.

(4) Garantissant respectivement: art. 8, Droit au respect de le vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance; art. 9, Droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; art. 10 Droit à la liberté d'expression; art. 11, Droit à la liberté de réunion pacifique et d'association.

(5) Voir, notamment, arrêt *Tyrer c/Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A n.º 26, p. 15, § 31.

Dès lors, l'existence d'une violation est appréciée à la lumière des normes communément acceptées par les Etats membres du Conseil de l'Europe ou tout du moins par la grande majorité d'entre eux⁽⁶⁾. Cette méthode d'interprétation devait conduire à remettre en cause, notamment, les châtiments judiciaires corporels⁽⁷⁾, la répression de l'homosexualité masculine entre adultes consentants⁽⁸⁾...

Cela étant, mon intention de limiter mes deux exposés à la seule C.E.D.H. et mon insistance à en souligner les caractères principaux ne sauraient signifier que cet instrument doit être considéré comme le modèle de référence. MM. DIENG et N'GUEMA ont rappelé fort justement qu'il existe des spécificités africaines qui empêchent toute transposition "in extenso" d'un modèle d'une région à l'autre ou d'un continent à l'autre. Le paragraphe 5 du préambule de la Charte Africaine est clair à cet égard⁽⁹⁾. Incontestablement, la tradition juridique européenne à laquelle se réfèrent parfois les instances de la Convention pour fonder certaines décisions n'est pas identique à la tradition africaine. "Le besoin de conciliation" précédemment évoqué, qui aboutit à ce qu'en Afrique devant un tribunal les parties "ne discutent pas, mais se disputent" car le recours à un tribunal est ressenti comme un pis aller, illustre parfaitement la distance existante entre le système juridique et judiciaire africain et européen. Encore que le constant concernant le recours à un tribunal me paraisse devoir être nuancé selon les régions d'Afrique.

Comme celui des autres intervenants, mon propos s'inscrit dans le cadre de l'universalité des Droits de l'homme dont il donnera une illustration de leur application en Europe. Dans ce contexte, la référence à la C.E.D.H. est seulement un moyen de fournir des éléments d'information, d'une part, sur certaines notions propres à la matière "Droits de l'homme" comme par exemple le droit à la vie, la prohibition de la torture, le délai raisonnable de la privation de liberté telles qu'elles ont été interprétées et appliquées par les

(6) Nuance introduite par les arrêts *Guzzardi c/Italie*, 6 nov. 1980, série A. n.º 39, p. 34 § 95 et *Dudgeon c/Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A. n.º 45, p. 23-24, § 60.

(7) Arrêt *Tyrer*, précité.

(8) Arrêt *Dudgeon*, précité.

(9) Puisque cette Charte a été rédigée en "tenant compte des critères de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisations africaines qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des Droits de l'homme et des peuples".

instances de la Convention... Et, d'autre part, par un instrument auquel vos ressortissants peuvent se référer et opposer aux Etats contractants dès lors que, placés dans une situation qui les fait "relever de la juridiction" de l'un de ces Etats⁽¹⁰⁾, ils s'estiment victimes d'une violation des droits garantis en raison de l'action ou de l'omission d'une autorité ou d'un agent d'un de ces Etats.

Ces remarques préliminaires étant faites, et conformément aux thèmes qui m'ont été attribués, mais en inversant leur ordre de présentation pour respecter la chronologie pénale, le présent document comportera deux parties:

1. le rôle de la police dans la protection des droits de l'homme;
2. la protection des personnes détenues ou emprisonnées.

Il est vrai que la police et la prison ont en commun, eux aussi au plan universel, d'être des émanations du pouvoir politique, des expressions du pouvoir étatique et les symboles de l'appareil répressif. Dès lors, c'est logiquement qu'il existe une relation inévitable entre police et prison, d'une part, et Droits de l'homme, d'autre part.

Incontestablement la C.E.D.H. pose des limites à l'intérieur de chacun de ces deux domaines. Mais le but de ce rapport sera moins de présenter ces limites que de souligner les "possibilités d'action" laissées aux autorités policières et pénitentiaires telles qu'elles résultent de la nature des droits garantis⁽¹¹⁾ et de la portée de leur interprétation par les instances de la Convention.

(10) Article 1^{er} de la C.E.D.H.; la nationalité n'est donc pas l'une des conditions de la saisine de la Commission. Environ 10,5% des 1657 requêtes enregistrées en 1990 par la Commission émanaient de non ressortissants des pays du Conseil de l'Europe; environ 4% émanaient de ressortissants africains soit 34% du total des requêtes des non ressortissants européens. Doc. Conseil de l'Europe, aperçu des travaux et statistiques, Commission européenne des Droits de l'homme, 1990, p. 16.

(11) Voir supra p. 5, la distinction entre droits à protection absolue, droits assortis d'exceptions ou de restrictions.

PREMIERE PARTIE

LE ROLE DE LA POLICE DANS LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

De manière générale, on peut dire que la police a pour objet la préservation de l'intérêt public. Une mission que se traduit principalement par des responsabilités et des tâches de maintien de l'ordre et d'application de la loi. Dans le cadre de cette mission, la police protège les Droits de l'homme en veillant à leur application. Au plan de l'organisation, la protection supposerait⁽¹²⁾ – si l'on examine, par exemple, la Résolution 690 (1979) relative à la déclaration sur la police adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – la mise en place des filières sélectives de recrutement du personnel de police, l'organisation d'une formation adéquate en ce domaine⁽¹³⁾ et l'existence de recours légaux ouverts à toute personne contre les

(12) Employé au conditionnel car aucun des instruments internationaux concernés n'est doté d'une force obligatoire pour les Etats.

(13) Rejoignant en cela, notamment, le point c) de la Résolution (78) concernant l'enseignement sur les Droits de l'homme pour les membres civils et militaires de la fonction publique adoptée par le Comité des Ministres.

préjudices qui peuvent résulter des activités de la police ou du policier lui-même. Au plan de son fonctionnement, la police protège les Droits de l'homme en exigeant de ses agents qu'ils respectent au cours de leurs fonctions, et quelque soit le danger ou le péril encouru, les interdits et prescriptions contenus dans les instruments qui y sont relatifs. Notre exposé se bornera à une analyse de ce seul deuxième aspect.

Au préalable, il convient d'observer que la C.E.D.H. ne contient aucune disposition spécifique aux statuts, pouvoirs et activités de la police. Rédigée en des termes généraux, elle vaut pour toute personne exerçant des prérogatives de droit public. Partant, elle est indépendante, d'une part, de toute classification de droit interne telle que police judiciaire / administrative, police nationale / municipale, police militaire / gendarmerie... D'autre part, de toute distinction selon le cadre des activités à accomplir: enquête préliminaire, enquête de flagrance, exécution de commissions rogatoires, de mandat de justice; ou encore selon la qualité du titulaire des fonctions de police: commissaires, inspecteurs, agents, gendarmes, gardes, maires, fonctionnaires des douanes ou autres fonctionnaires administratifs⁽¹⁴⁾... En effet, par delà les apparences et le vocabulaire employé, les instances de la Convention s'attachent à cerner la réalité de l'éventuelle violation. Dès lors, c'est l'ensemble des activités de la police et du titulaire de pouvoirs de police qui peuvent être soumis au contrôle de la Cour et de la Commission.

Parmi l'ensemble de ces activités, l'une fait l'objet d'une "réglementation" spécifique par la C.E.D.H.: la privation de liberté.

L'article 5 § 1 précise, en effet, les conditions dans lesquelles elle doit intervenir. Certes, la privation de liberté n'est pas un acte propre à la seule police, mais il reste qu'en conséquence, les pouvoirs d'arrestation et de rétention ou de toute autre forme de détention policière sont directement concernés par cette disposition. C'est la raison pour laquelle nous distinguerons, en allant du général au particulier, deux types de limites:

- I. Les limites générales aux pouvoirs de police;
- II. Les limites spécifiques à la privation policière de liberté.

(14) Ainsi en France, les 51 codes administratifs (urbanisme, impôts, environnement...) donnent une compétence de police à 177 catégories d'agents publics. Cité par P. Lascoumes et C. Barberger, "Le droit pénal administratif instrument d'action étatique", Paris, Commissariat au Plan, 1987.

I. LES LIMITES GENERALES AUX POUVOIRS DE POLICE

Nombreuses sont les dispositions de la C.E.D.H. qui sont invoquées en liaison avec des actes de police. Concrètement, on peut insister, mais en les considérant isolément, sur les actes suivants:

A. *L'interrogatoire*

Aux termes de l'article 6 § 2, "toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie".

Dès lors, on comprend mieux l'interdiction absolue de soumettre une personne à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants stipulée à l'article 3 de la Convention.

Cet article vise à prescrire, en toute circonstance et quels que soient les agissements antérieurs et présents de la personne suspectée, les actes qui portent atteinte à sa dignité et à son intégrité physique.

Après avoir précisé le contenu de ce principe (1.), nous en analyserons la portée dans le domaine de l'action policière (2.).

1. Le contenu du principe d'interdiction

L'article 3 ne prohibe pas toutes les mesures qui auraient pour effet de provoquer des souffrances mais uniquement celles qui atteignent un degré minimum de gravité. C'est seulement au-delà de ce seuil que les souffrances sont susceptibles de niveaux distincts hiérarchisés entre eux. Selon leur intensité, elles peuvent constituer une torture ou revêtir un caractère inhumain ou dégradant.

L'appréciation de ce degré minimum de gravité est "relative par essence". Elle dépend de l'ensemble des faits de la cause. La Cour a estimé que l'appréciation de ce minimum, et partant, la classification hiérarchique des actes en cause dépend notamment "de leur durée et de leurs effets physiques ou mentaux ainsi que parfois du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime, etc"⁽¹⁵⁾. Mais ces éléments ne sont pas exhaustifs (comme en témoi-

(15) Arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, série A n.º 25, p. 65, § 22.

gne, selon la citation de l'arrêt de la Cour, l'emploi des termes "notamment", "ainsi que parfois", "etc").

Cette condition d'un degré minimum de souffrance a pour conséquence d'écartier du champ d'application de l'article 3 un certain nombre d'actes répréhensibles au regard de la morale, de l'éthique, voire du droit interne lorsqu'il est plus protecteur. Ainsi, le port des menottes en public imposé à un prévenu⁽¹⁶⁾, l'arrestation menée à l'aide de chiens policiers⁽¹⁷⁾, l'interrogatoire d'une mineure de dix ans et demi dans les locaux de la police⁽¹⁸⁾... ont été des pratiques justifiées par la Commission au regard de l'article 3. Dans chacun de ces faits d'espèce, elle a considéré que ces actes n'avaient pas atteint le degré de souffrance requis.

Mais, dès lors que ce degré minimum est atteint, il convient encore de le qualifier soit d'acte de torture, soit d'acte inhumain ou encore d'acte dégradant.

La frontière entre ces trois notions est difficile à cerner avec précision tant elles apparaissent imbriquées les unes dans les autres: d'abord, "toute torture ne peut être qu'un traitement inhumain et tout traitement inhumain ne peut être que dégradant"⁽¹⁹⁾. Ensuite, la torture est définie par rapport aux traitements inhumains. Enfin, il arrive également que la Commission et la Cour aient des avis divergents sur la qualification d'un acte⁽²⁰⁾.

La Cour, après la Commission, a précisé chacune de ces notions:

- la torture "est une spéciale infamie de traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances";
- le traitement inhumain "est celui qui cause de véritables lésions du moins de vives souffrances physiques ou morales";

(16) Req. n.° 2291/64, X. C/ Autriche, 1^{er} juin 1967, R.D.C. n.° 24, p. 20 et s..

(17) Req. n.° 4220/69, X. c/ Royaume-Uni, 3 fev. 1971, R.D.C. n.° 37, p. 51 et s..

(18) Req. n.° 3819/79, X. c/ R.F.A., 19 mars 1981, D.R. n.° 24, p. 158 et s..

(19) Rapport de la Commission dans la première affaire grecque, 5 nov. 1969, vol. 2, 1^{ère} partie, p. 1.

(20) Voir infra, p. 12: les cinq techniques dites de "désorientation sensorielle".

- le traitement dégradant "est celui qui est de nature à créer en lui-même des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, à avilir et à briser éventuellement les résistances physiques et morales⁽²¹⁾ des personnes auxquelles il est appliqué".

2. L'incidence de l'article 3 en matière d'interrogatoire policier

"En soi, la provocation, l'intimidation et les menaces ne sont pas constitutives de mauvais traitement"⁽²²⁾.

Néanmoins, certaines techniques d'interrogatoire ont été reconnues comme contraires à cet article. Tel a été le cas – pour limiter notre propos à la seule affaire de ce genre portée devant la Cour – des cinq techniques dites de "désorientation sensorielle" adoptées par les autorités britanniques pour lutter, au cours de l'année 1970 et du premier semestre de l'année 1971, contre l'accroissement des actes de terrorisme en Irlande du Nord. Ces cinq techniques consistaient en: encapuchonnement, station debout contre un mur en position de tension, privation de sommeil, privation de nourriture solide et liquide, soumission au bruit. Elles étaient employées de manière cumulative et durant plusieurs jours.

Ce qui est intéressant en l'espèce, c'est la différence de qualification des techniques au regard de l'article 3 retenue par la Cour et la Commission. A l'unanimité, la Commission a estimé que ces techniques étaient constitutives de tortures car selon cette instance "l'application combinée de méthodes qui empêchent l'usage des sens, en particulier, la vue et l'ouïe, a un effet direct sur la personnalité, physiquement et mentalement".

"La volonté de résister ou de s'abandonner ne peut dans ces conditions se former avec quelques indépendances. Les personnes les plus résis-

(21) Arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni*, précité, p. 66 § 167. En cela, elle s'inspire de la résolution 3452 (XXX) de l'Assemblée des Nations Unies du 9 décembre 1975.

(22) Req. n.º 7630/76, *Reed c/ Royaume-Uni*, 6 déc. 1979, D.R. n.º 19, p. 113 et s..

tantes peuvent céder rapidement lorsqu'elles sont soumises à cette méthode perfectionnée destinée à briser la volonté, voire la supprimer"⁽²³⁾.

A l'inverse, la Cour, par treize voix contre quatre, a refusé d'admettre cette qualification en estimant que ces techniques, bien qu'appliquées de manière cumulative et systématique, n'avaient pas "causé de souffrances de l'intensité et de la cruauté particulière qu'implique le mot torture"⁽²⁴⁾. Cependant, comme la Commission, la Cour a considéré que ces techniques constituaient des traitements inhumains et dégradants.

B. La fouille

On peut distinguer entre la fouille des personnes, du véhicule et d'autres lieux.

1. La fouille des personnes

L'affaire *Mc Veigh, O'Neill et Evans* contre Royaume-Uni relative à la lutte contre le terrorisme a montré que la fouille, la prise d'empreintes digitales et de photographies de suspects constituaient une ingérence dans le respect de la vie privée, mais la Commission a considéré que celles-ci étaient justifiées comme étant nécessaires à la sûreté publique et à la prévention des infractions pénales⁽²⁵⁾.

2. La fouille des véhicules

Un problème de compatibilité avec l'article 8 s'est, par exemple, posé dans une affaire où les forces de police avaient procédé à la fouille, sans le consentement de son propriétaire, d'un véhicule stationné sur la voie publique.

La Commission⁽²⁶⁾ a justifié cette fouille en relevant que:

(23) Rapport *Irlande c/ Royaume-Uni*, 25 janvier 1976, série B n.° 23, p. 410 et s..

(24) Arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni*, précité, p. 67 § 167 in fine.

(25) Rapport, 18 mars 1981, D.R. n.° 15 et s..

(26) Req. n.° 5488/72, *X. c/ Belgique*, 30 mai 1974, R.D.C. n.° 45, p. 20.

- les automobiles ne sauraient être assimilées à un domicile personnel "car le domicile est une notion précise qui ne pourrait être étendue arbitrairement";
- la fouille litigieuse constitue une ingérence dans la vie privée mais, dans la mesure où la police agissait dans le cadre de ses obligations, cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique à la prévention des infractions.

3. La fouille du domicile

Le respect du domicile est expressément garanti par l'article 8 de la C.E.D.H. Sa violation consécutive à des perquisitions ou visites domiciliaires effectuées par la police a quelques fois été invoquée, mais jamais semblait-il avec succès. Ainsi dans une affaire, où une visite domiciliaire avait permis d'établir, à la charge d'un hôtelier qu'il détenait des boissons spiritueuses en contravention avec une loi sur le régime de l'alcool, la Commission a estimé que cette visite policière était conforme à la Convention car placée sous le contrôle du juge par un article de ladite loi⁽²⁷⁾.

C. La prise de sang

La question de sa conformité aux articles 6 § 2 et 8 de la C.E.D.H. s'est posée en matière d'infraction à la circulation routière. En l'espèce, un automobiliste arrêté en état d'ébriété avait été condamné pour résistance aux forces de police car il avait refusé de se soumettre à une prise de sang.

Saisie, la Commission rejeta le grief en observant que les dispositions en vertu desquelles il avait été condamné étaient inspirées par le souci et la nécessité de protéger la société, et plus particulièrement la sécurité routière et la santé publique⁽²⁸⁾.

(27) Req. n.º 8307/78, *Deklerck c/ Belgique*, 11 juil. 1980, D.R. n.º 21 p. 116 et s..

(28) Req. n.º 8339/78, *Schertenleib c/ Suisse*, 11 juil. 1979, D.R. n.º 17, p. 180 et s..

D. Les saisies et confiscations

Elles doivent être, entre autres, conformes à l'article 1^{er} du Protocole n.° 1. Or, comparé aux autres articles de la Convention dont l'exercice est assorti de restrictions, cet article reconnaît aux Etats une plus grande marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en oeuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimes dans l'intérêt général que le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause⁽²⁹⁾. En effet, le paragraphe 2 de cet article prévoit que les dispositions (du paragraphe 1) ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens.... L'article 1^{er} du Protocole n.° 1 érige ainsi les Etats en seuls juges de la nécessité.

Cet article, dans des contextes autres que policier, a justifié des actes de confiscations⁽³⁰⁾, la perception de droit de douane pour des marchandises non déclarées⁽³¹⁾, la mise sous sequestre⁽³²⁾...

Mais les saisies et confiscations doivent également être conformes à l'article 8 lorsqu'elles affectent la vie privée. Là encore, force est de constater que, a été justifié sur le fondement du paragraphe 2 de cet article la saisie, puis la photocopie d'un document privé au motif que ces actes s'inscrivaient dans le cadre d'une enquête pénale et relevaient ainsi de la prévention des infractions⁽³³⁾.

Les saisies et les confiscations ont aussi posé problème au regard de l'article 10, lequel garantit le droit à la liberté d'expression. Ainsi, dans une affaire, où l'éditeur d'un livre intitulé le "little red school book" destiné à des écoliers avait été condamné pour publication obscène — ce livre contenant plusieurs passages sur le sexe et les pratiques amoureuses — les juges avaient alors ordonné la destruction des livres saisis. La Cour conclut à la non violation de l'article 10 en relevant, notamment, que "cette saisie tendait à la

(29) Arrêt *Agosi c/ Royaume-Uni*, 24 nov. 1986, série A. n.° 108, p. 13, § 52.

(30) Voir arrêts *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 déc. 1976, série A n.° 26; *Agosi précité*; *Muller et autres c/ Suisse* 24 mai 1988, série A n.° 133.

(31) Req. n.° 7287/75, X. c/ Autriche, 3 mars 1978, D.R. n.° 13, p. 27 et s..

(32) Req. n.° 7721/76, X. c/ Pays-Bas, 12 déc. 1977, D.R. n.° 11, p. 209 et s.; Req. n.° 10378/83, X. c/ Danemark, 7 déc. 1983, D.R. n.° 35, p. 235 et s..

(33) Req. n.° 6794/74, X. c/ R.F.A., 10 déc. 1975, D.R. n.° 3, p. 104 et s..

protection de la morale". Elle devait ajouter, sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n.º 1, que cet article, interprété à la lumière du principe de droit commun aux Etats contractants, "autorise la confiscation des biens en vue de leur destruction lorsque leur usage a été régulièrement jugé illicite et dangereux pour l'intérêt général"⁽³⁴⁾.

E. Les fichiers de police

Ils constituent l'un des instruments qui garantit l'efficacité de l'action policière. La Commission a estimé que la conservation des dossiers comprenant des empreintes digitales et des photographies relatives à des affaires pénales antérieurs est nécessaire, dans une société démocratique moderne, à la prévention des infractions pénales et donc à la sécurité publique⁽³⁵⁾ y compris, mais dans le contexte de la lutte anti-terroriste, après la mise en liberté des personnes sur lesquelles ne pèse aucun soupçon⁽³⁶⁾.

Au regard de la jurisprudence de la Cour, il ressort de l'arrêt *Laender* contre Suède du 26 mars 1987 qu'un fichier n'est légitime au regard de la Convention que s'il est assorti d'un certain nombre de garanties quant à, notamment, la collecte et la communication des informations⁽³⁷⁾.

F. Le recours à la force

Il doit principalement être conforme aux articles 2 et 3 de la C.E.D.H. Pour s'en tenir au seul article 2, il ne faudrait pas en déduire que les Etats

(34) Arrêt *Handyside*, précité, p. 26, § 53, et p. 30, § 63.

(35) Req. n.º 1307/61, *X. c/ R.F.A.*, 4 oct. 1962, R.D.C. n.º 9, p. 53 (55).

(36) Rapport *Mc Veigh*, O'Neill et Evans, précité.

(37) Série A n. 116. En l'espèce, était en cause la réglementation qui réserve à l'administration un droit d'accès aux fichiers de police en vue du recrutement de candidats à des emplois intéressant la Défense Nationale. La Cour conclut, cependant, à une non violation de l'article 8.

ont reçu la permission de tuer. En effet, "l'idée que le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi enjoint à l'Etat non seulement de s'abstenir de donner la mort intentionnellement, mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie"⁽³⁸⁾. En conséquence, dès lors que le recours à la force a abouti à la mort, les Etats doivent, devant les instances de la Convention, démontrer que l'emploi de la force était strictement proportionnée à la réalisation de l'un des buts strictement autorisés par le paragraphe 2 de l'article 2. En recherchant si tel était véritablement le cas, la Commission tient compte "de la nature du but recherché, du danger pour les vies humaines et l'intégrité corporelle inhérents à la situation et de l'ampleur du risque que la force employée fasse des victimes ainsi que de tous les éléments pertinents qui entourent la mort"⁽³⁹⁾.

Un tel problème s'est, notamment, posé dans l'affaire *Farrel* contre Royaume-Uni où des soldats avaient ouvert le feu sur des cambrioleurs les blessant mortellement. La Commission a déclaré recevable la requête introduite par la veuve de l'un d'entre eux alors même que les soldats avaient procédé à des sommations avant de tirer⁽⁴⁰⁾. Mais un règlement amiable a empêché qu'il soit statué au fond⁽⁴¹⁾.

G. La surveillance

Elle n'est pas, à priori, contraire à la Convention. Ainsi, dans l'affaire *Klass* contre R.F.A. du 6 septembre 1978, la Cour a relevé que l'Etat, pour combattre efficacement les formes très complexes d'espionnage et de terrorisme, doit être capable "de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur un territoire".

Cependant, elle ajoute: "pour autant les Etats contractants ne disposent pas d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger (...)

(38) Req. n.° 7154/75, *Association X. c/ Royaume-Uni*, 12 juil. 1978, D.R. n.° 14, p. 31 (36).

(39) Req. n.° 10044/82, *Stewart c/ Royaume-Uni*, 16 juil. 1984, D.R. n.° 39, p. 162 (182, § 19).

(40) Req. n.° 9013/80, *Farrel c/ Royaume-Uni*, 11 déc. 1982, D.R. n.° 30, p. 96 et s..

(41) *Ibid.*, D.R. n.° 38, p. 44 et s..

de saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre (...) les Etats ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée... Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus⁽⁴²⁾.

Ces principes ont justifié, sur le fondement de l'article 8 notamment, la mise sur la table d'écoutes, en vertu d'une ordonnance judiciaire conforme à la loi, la ligne téléphonique d'un avocat soupçonné de favoriser et de soutenir des activités terroristes. La Commission a, en l'espèce, invoqué la nécessité de protéger la sécurité nationale et la prévention des infractions pénales⁽⁴³⁾.

En fait jusqu'à présent, c'est seulement le manque de base légale des écoutes qui a fondé l'existence de violation⁽⁴⁴⁾. Ainsi dans l'affaire *Kruslin et Huvig* contre France du 24 août 1990, la Cour a jugé les écoutes judiciaires fondées sur les articles 81, 151 et 152 CPP français incompatibles avec l'article 8 de la Convention car le droit français n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités en ce domaine.

Enfin, en cette matière, il faut encore ajouter que dans l'affaire *Schenk* contre Suisse du 12 juillet 1988, les instances de la Convention ont estimé que l'utilisation des écoutes téléphoniques recueillies illégalement n'affectait pas l'équité du procès garantie par l'article 6 § 1. Mais, il est vrai qu'en l'espèce, l'enregistrement téléphonique n'avait pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation du requérant⁽⁴⁵⁾.

De ces quelques illustrations, il ressort que l'autorité policière continue à disposer d'une marge d'action importante. Il n'en reste pas moins qu'elle est encadrée par des dispositions qui ne sont pas spécifiques à la police. Il en va de même de la privation de liberté qui, toutefois, à la différence des autres actes de police, est réglementée de manière autonome.

(42) Série A, n.º 28.

(43) Req. n.º 8290/78, X. c/ R.F.A., 13 déc. 1979, n.º 18, p. 160 et s..

(44) Arrêt *Malone* c/ Royaume-Uni, 2 août 1984, série A, n.º 82; Arrêts *Kruslin et Huvig* c/ France, série A, n.º 176.

(45) Série A, n.º 140.

II. LES LIMITES SPECIFIQUES A LA PRIVATION POLICIERE DE LIBERTE

Au regard des autorités policières, ces limites tiennent, d'une part, aux conditions dans lesquelles doit intervenir la privation de liberté au regard de l'article 5 § 1 et, d'autre part, aux obligations prévues aux articles 5 § 2 à 5 § 5 qui affectent l'exécution des décisions privatives de liberté. Mais cet exposé ne précisera que le premier point.

Comme toutes les autres privations de liberté, la privation policière de liberté est, aux termes de l'article 5 § 1, soumise à trois conditions:

- 1 – être prévue par une loi en droit interne;
- 2 – intervenir dans des conditions qui respectent les prescriptions du droit interne;
- 3 – entrer dans le cadre de l'une des six exceptions strictement énumérées par l'article 5 § 1.

Là encore, mon propos visera seulement, à insister sur l'étendue des pouvoirs de police en distinguant les deux formes principales de privation de liberté: l'arrestation et la garde à vue.

A. L'arrestation

A l'exception de l'alinéa a), tous les autres alinéas de l'article 5 § 1 concernent l'arrestation. Mais nous limiterons notre intervention aux seuls alinéas qui la vise expressément: les alinéas b), c) et f).

1 – Article 5 § 1 b)

La privation de liberté peut sanctionner le manquement d'une personne, mais cette disposition en limite le recours à deux cas précis.

- a) *Une insoumission à une ordonnance rendue conformément à la loi par un tribunal*

Cette première disposition tend à assurer l'effectivité des ordonnances judiciaires. Ainsi cette disposition a justifié l'arrestation intervenant dans le

cadre d'une action en désaveu de paternité en vue de contraindre une personne à se soumettre à une prise de sang ordonnée par un juge⁽⁴⁶⁾.

Il existe toutefois, une limite au domaine d'application de ce paragraphe: il ne saurait justifier des arrestations destinées à empêcher l'accomplissement d'infractions contre l'ordre public ou contre la sureté de l'Etat⁽⁴⁷⁾.

b) *En vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi*

En dépit de son énoncé, cette disposition doit être interprétée restrictivement. En effet, la privation de liberté ne peut garantir l'exécution de n'importe quelle obligation. En vertu de l'article 1^{er} du Protocole n.º 4 en sont exclues en principe les obligations contractuelles⁽⁴⁸⁾ et en vertu de la jurisprudence les instances de la Convention, les obligations générales. Ajoutons encore que cette obligation doit, en toute hypothèse, être prévue par la loi et bien sûr être compatible avec la convention⁽⁴⁹⁾.

En excluant les obligations générales du champ d'application de cette disposition, les instances de la Convention exigent que ces obligations soient "spécifiques et concrètes"⁽⁵⁰⁾. Ce double caractère impose que la loi ou le tribunal lorsqu'il s'y réfère⁽⁵¹⁾ précise les conditions dans lesquelles nait l'obligation.

S'il est parfois aisé de ne pas qualifier une obligation de "spécifique et concrète" en raison d'une rédaction trop générale — "une personne assujettie à une mesure de surveillance ne peut pas s'adonner habituellement à d'autres activités contraires à la morale publique et aux bonnes moeurs"⁽⁵²⁾

(46) Req. n.º 8278/78, X, c/ Autriche, 13 déc. 1979, D.R. n.º 18, p.154.

(47) Rapport *Lawless c/ Irlande*, 19 déc. 1954, série B, n.º 1, p. 64.

(48) Req. n.º 5025/71, X, c/ R.F.A., 18 déc. 1971, R.D.C. n.º 39, p. 95 (97).

(49) Rapport *Mc Veigh, O'Neill et Evans*, précité, p. 82, § 176.

(50) Arrêt *Engel et autres c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A, n.º 22, p. 28, § 69.

(51) Rapport *Guzzardi c/ Italie*, 7 déc. 1978, série B, n.º 35, p. 39, § 103.

(52) *Ibid.*, art. 1^{er} de la loi du 27 décembre 1956 sur les personnes dangereuses pour la sécurité et pour la moralité publiques.

— ou au contraire de la qualifier comme telle — obligation pour un débiteur de faire une déclaration sous serment concernant ses biens⁽⁵³⁾ — il arrive que ce double caractère soulève des difficultés d'appréciation, notamment lorsque l'exécution de l'obligation est requise par les autorités policières. En effet, la privation de liberté qui en résulte peut alors s'inscrire dans un cadre répressif. Or, cette finalité est en dehors du domaine de l'alinéa b) puisque réglementée par d'autres dispositions de l'article 5.

Comme l'a précisé la cour dans l'arrêt *Engel et autres* contre Pays-Bas du 8 juin 1976, la privation de liberté doit avoir une spécificité autre que répressive sinon "on pourrait (...) en arriver à englober dans cet alinéa au nom de leurs vertus dissuasives, de véritables peines privatives de liberté que l'on soustrairait de la sorte aux garanties fondamentales de l'alinéa a)"⁽⁵⁴⁾.

Un tel problème s'est, par exemple, posé à l'occasion des contrôles complémentaires d'identité effectués par la police dans le cadre de la lutte contre le terrorisme au Royaume-Uni dans l'affaire *Mc Veigh, O'Neill et Evans*. En l'espèce, les réquerants qui revenaient d'un séjour passé en Irlande furent interpellés par la police aux fins de vérification d'identité. A l'issue de ce premier contrôle, pour s'assurer des renseignements fournis, ils sont conduits dans les locaux de la police où ils sont détenus pendant quarante-cinq heures.

Deux des multiples questions que posait cette affaire étaient celles de savoir, d'une part, si l'obligation de se soumettre à un contrôle d'identité est une obligation "spécifique et concrète" et, d'autre part, si la privation de liberté qui en était résultée avait une finalité autre que répressive. Dans son rapport, la Commission a répondu par l'affirmative à ces deux questions.

L'obligation est "spécifique et concrète" parce que "la législation limite le moment auquel intervient le contrôle (le passage de la frontière), la durée encourue de la privation de liberté (sept jours) et en précise l'objet (déterminer si les intéressés semblent participer ou avoir participé à des actes de terrorisme, à leur préparation ou à leur instigation). Peu importe alors que le concept de contrôle n'ait pas été expressément défini. Il englobe manifestement l'interrogatoire et la fouille"⁽⁵⁵⁾.

(53) Req. n.° 5025/71, précitée.

(54) Arrêt précité, p. 28, § 69.

(55) Ibid., p. 83, § 179.

Quant à la privation de liberté, même si elle présente une certaine analogie avec une procédure d'enquête, la Commission a estimé toutefois "qu'il n'a pas été établi qu'il existait des soupçons suffisamment solides ou une intention suffisamment ferme d'engager une procédure pénale pour que l'on puisse dire que les arrestations tombaient dans le domaine pénal"⁽⁵⁶⁾.

En conséquence, la Commission a conclu à l'absence de violation de l'article 5 dans le contexte particulier du contrôle du mouvement international des terroristes.

Toutefois, avec Stephan Trechsel⁽⁵⁷⁾, force est de reconnaître que cet avis de la Commission étend sensiblement le champ d'application de cet article au détriment des individus car elle ouvre "la voie à tout sorte d'action préventive qui, par nature, sont celles qui sont les plus attentatoires à la liberté".

Il reste que les mesures pénales dans le cadre d'un contrôle d'identité peuvent, selon les circonstances, être conformes à l'article 5 § 1 b) à condition de ne pas représenter une étape préparatoire d'une procédure répressive⁽⁵⁸⁾. Mais dans le cas contraire, elles entreraient très probablement dans le champ d'application de l'alinéa c).

2. Article 5 § 1 c)

Il autorise l'arrestation dans trois cas précis qu'il convient d'examiner successivement.

(56) Ibid., p. 85, § 187 in fine.

(57) A l'époque membre de la Commission – il en est aujourd'hui le vice-Président – Voir rapport précité, p. 99. Ajoutons que la Commission a, en revanche, conclu à une violation de l'article 8 car les requérants n'avaient pu communiquer avec leur famille pendant la durée de leur rétention égale à 45 heures.

(58) Déduit de l'arrêt *Engel et autres*, précité, p. 28, § 69.

a) *L'existence de raisons plausibles de soupçonner une personne d'avoir commis une infraction*

Trois remarques préliminaires s'imposent:

D'abord, cette disposition ne saurait exiger pour justifier l'arrestation ou la détention que la réalité et la nature de l'infraction soient définitivement établies puisque tel est le but de l'instruction dont la détention doit permettre le déroulement normal⁽⁵⁹⁾.

Ensuite, l'existence des soupçons s'apprécie à partir des circonstances de l'affaire telles qu'elles sont apparues au moment de l'arrestation. Ni l'article 5 § 1 c), ni l'article 5 § 3 avec lequel il forme un tout, n'exigent que la privation de liberté intervienne en vertu d'un mandat d'arrêt décerné par un juge⁽⁶⁰⁾. Mais en pratique, sa délivrance vaut preuve de l'existence de soupçons; ce qui permet alors à la Commission d'écarter, par exemple, les griefs fondés sur l'absence ou le caractère mensonger des soupçons⁽⁶¹⁾.

Enfin, le caractère plausible des soupçons est plus difficile à cerner. La Commission a admis qu'une privation de liberté peut intervenir sur la base de propos tenus par des co-accusés⁽⁶²⁾ ou par des tiers⁽⁶³⁾, de voyages fréquents⁽⁶⁴⁾, de dénonciations⁽⁶⁵⁾ de défaut de comparution répété devant un tribunal⁽⁶⁶⁾... Dans certains domaines, la Commission se montre encore moins exigeante. Ainsi, en matière d'espionnage, elle a reconnu que des soupçons

(59) Req. n.° 8224/78, *Bonnechaux c/ Suisse*, 5 déc. 1978, D.R. n.° 15, p. 221 (225); Req. n.° 8339/78, précitée, p. 196.

(60) Req. n.° 7755/77, *X. c/ Autriche*, 18 mai 1977, D.R. n.° 9, p. 201 (212).

(61) Req. n.° 8224/78, précitée, p. 224.

(62) Req. n.° 1936/65, *Neumeister c/ Autriche*, 6 juil. 1964, An. 7, p. 225 et s..

(63) Req. n.° 1602/62, *Stögmüller c/ Autriche*, 1^{er} oct. 1964, An. 7, p. 169 et s..

(64) Req. n.° 297/57, *X. c/ R.F.A.*, 22 mars 1958, An. 2, p. 205 et s..

(65) Req. n.° 7755/77, précitée, p. 210.

(66) Req. 8083/77, *X. c/ Royaume-Uni*, 13 mars 1980, D.R. n.° 19, p. 223 et s..

qui se fondent sur un petit nombre d'éléments tels que la possession d'un appareil de photo miniature peuvent être qualifiés de raisonnables⁽⁶⁷⁾.

b) *L'existence de motifs raisonnables de croire à la nécessité d'empêcher quelqu'un de commettre une infraction*

Selon la Cour "ce membre de phrase ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou catégorie de personnes qui (par exemple) à l'instar des mafiosi se révèlent dangereuses pour leur propension permanente à la délinquance. Il se borne à ménager aux Etats contractants le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée. Cela ressort, à la fois, de l'emploi du singulier ("une infraction", "celle-ci") et du but de l'article 5: assurer que nul ne soit arbitrairement dépouillé de sa liberté"⁽⁶⁸⁾.

En ce domaine encore, les autorités nationales bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation. La Convention s'en remet à l'intime conviction du juge (croire à la nécessité). La Commission et la Cour ne se montrent pas plus exigeantes. Elles n'ont pas précisé les éléments qui peuvent fonder cette conviction, dès lors qu'il s'agit de prévenir un risque de collusion⁽⁶⁹⁾ ou de récidive⁽⁷⁰⁾.

c) *L'existence de motifs raisonnables de croire à la nécessité de s'enfuir après l'accomplissement d'une infraction*

Il s'agit de s'assurer de la présence de la personne poursuivie. La Convention et ses instances n'ont pas précisé les éléments à partir desquels doit s'apprécier le danger de fuite.

(67) Req. n.º 8098/77, X. c/ R.F.A., 13 déc. 1981, D.R. n.º 16, p. 111 et s..

(68) Arrêt *Guzzardi*, précité.

(69) Notamment: rapport *Wenhoff* c/ Autriche, 1^{er} avril 1966, série B. n.º 5, p. 89, § 74; rapport *Haase* c/ R.F.A., 12 juil. 1977, D.R. n.º 11, p. 78 (109).

(70) Req. n.º 1602/62, précitée.

Néanmoins, la Commission a considéré comme raisonnable des motifs d'arrestation fondés, par exemple, sur l'absence de domicile fixe⁽⁷¹⁾, la mobilité professionnelle⁽⁷²⁾, l'importance des ressources financières à l'étranger⁽⁷³⁾, l'absence d'attaches de la personne poursuivie avec le pays où elle est détenue⁽⁷⁴⁾...

Sur le fondement de l'alinéa c), la liberté d'appréciation des autorités nationales est donc étendue. Elle est en revanche plus étroite lorsque le maintien en détention se prolonge car elle relève alors de l'article 5 § 3.

L'alinéa c) est applicable à toute personne, y compris les étrangers. Mais à l'égard de ces derniers l'alinéa f) a ajouté un cas supplémentaire.

3. Article 5 § 1 f)

La privation de liberté et la détention des étrangers peut aussi être ordonnée pour empêcher un étranger de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ou lorsqu'une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

Mais dans ce cadre, la C.E.D.H. ne subordonne pas la régularité de l'arrestation à la légalité de l'arrêté d'expulsion⁽⁷⁵⁾, ni à une décision juridictionnelle⁽⁷⁶⁾. Elle n'exige pas, non plus, que la mise en détention de la personne soit nécessaire à l'exécution de l'expulsion⁽⁷⁷⁾.

L'article 5 § 1 f) ne pose qu'une limite au motif de l'arrestation, puis de la détention: assurer l'expulsion ou l'extradition. Toutefois, cet article

(71) Req. n.° 7680/76, *X. c/ R.F.A.*, 16 mai 1977, D.R. n.° 9, p. 90.

(72) Ibid..

(73) Req. n.° 8224/78, précitée.

(74) Ibid..

(75) Req. n.° 6871/75, *Caprino c/ Royaume-Uni*, 3 mars 1978, D.R. n.° 109, p. 28.

(76) Req. n.° 8081/77, *X. c/ Royaume-Uni*, 12 déc. 1977, D.R. n.° 12, p. 207 (211).

(77) Req. n.° 6871/75, précitée, p. 26.

n'exige pas que la mise en détention d'une personne qu'on se propose d'expulser soit effectivement en vigueur contre-elle. Il suffit qu'une telle procédure soit en cours ou selon la version anglaise: "action is being taken (against him) with a view to deportation".

Encore faut-il observer que les procédures d'expulsion et d'extradition doivent rester indépendantes. La Cour, dans l'affaire *Bozano* contre France du 11 décembre 1986(78), a considéré qu'une extradition déguisée ou une expulsion dirigée enfreignait l'article 5 § 1.

En l'espèce, l'Italie avait demandé à la France l'extradition d'un de ses ressortissants qui avait été condamné par contumace à une peine de réclusion perpétuelle pour assassinat. La chambre d'accusation de la Cour d'appel de Limoges s'y opposa estimant la procédure italienne de contumace incompatible avec les règles de l'ordre public français. Quelques mois plus tard, le Ministre de l'Intérieur, considérant que la présence de ce ressortissant italien sur le territoire français constituait une menace pour l'ordre public en raison de sa condamnation en Italie et de son inculpation en France pour diverses autres infractions, pris à son encontre un arrêté d'expulsion. La police procéda alors à son interpellation, le conduisit de force dans ses locaux où lui est notifié l'arrêté d'expulsion. Il est alors immédiatement transporté, de nuit, menottes aux mains par plusieurs policiers non vers la frontière la plus proche — l'Espagne — ni vers celle de son choix, mais vers la Suisse où il est arrêté sur le champ en vertu d'un traité d'extradition liant ce pays avec l'Italie.

La Cour, se fondant sur les circonstances du transport forcé telles que la soudaineté de l'arrestation, l'absence de notification immédiate de l'arrêté de l'expulsion — un mois entre la décision du Ministre et sa notification — le choix par les autorités françaises du pays d'expulsion... considéra que "l'expulsion était en réalité une extradition déguisée destinée à tourner l'avis défavorable de la Chambre d'accusation et non une détention nécessaire dans le cadre normal d'une procédure d'expulsion⁽⁷⁹⁾."

Il est vrai que dans cette affaire, c'étaient davantage les conditions de la détention policière que l'arrestation qui étaient en cause. Une détention policière qui, dans le cadre de l'article 5 § 1 fait l'objet d'une réglementation spécifique quant à sa durée.

(78) Série A, n.º 111.

(79) *Ibid.*, pág. 21, § 60.

B. La garde à vue

Aux termes de l'article 5 § 3 toute personne arrêtée dans les conditions prévues au paragraphe 1 alinéa c) doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires. C'est donc le terme "aussitôt" – *promptly* en anglais – qui limite la durée de la garde à vue.

Jusqu'à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Brogan et autres* contre Royaume-Uni relatif – lui aussi – à la lutte contre le terrorisme, la Commission avait développé une jurisprudence empreinte d'une certaine souplesse en s'appuyant sur le terme anglais "promptly" et en appréciant l'exigence de célérité à la lumière des dispositions législatives en vigueur dans les pays qui ont ratifié la Convention⁽⁸⁰⁾. En effet, elle avait constaté que si ces législations "manifestent une tendance générale à traduire toute personne arrêtée devant un juge sans retard inutile (...), les délais fixés à cet effet varient quelque peu⁽⁸¹⁾. Ce raisonnement avait permis de justifier des délais atteignant quatre jours, et des dépassements de quelques heures dans des circonstances exceptionnelles tenant, par exemple, à une hospitalisation du prévenu indépendante des autorités judiciaires ou de police⁽⁸²⁾ ou encore à la lutte contre le terrorisme.

Par exemple, dans cette même affaire *Brogan*, la Commission avait déclaré conforme à cet article des délais atteignant quatre jours et six heures et quatre jours et onze heures. En revanche, elle avait considéré que des délais égaux à cinq jours et onze heures et six jours et six heures trente excédaient les limites posées par l'article 5 § 3.

Comparée à l'avis de la Commission, l'arrêt de la Cour est plus rigoureux dans l'appréciation des délais en faisant prévaloir le terme "aussitôt" de la version française sur celui de "promptly" de la version anglaise. Mais la Cour s'est refusée elle aussi à fixer une durée quantitative déterminée au délai de garde à vue⁽⁸³⁾.

(80) Req. n.° 2894/66, X. c/ Pays-Bas, 6 oct. 1966, R.D.C. n.° 22, p. 69 (74).

(81) Req. n.° 2874/66, X. c/ Pays-Bas, 6 oct. 1966, R.D.C. n.° 22, p. 69 (71).

(82) Req. n.° 4960/71, X. c/ Belgique, 19 juil. 1972, R.D.C. n.° 22, p. 49 (55).

(83) Arrêt *Brogan et autres* c/ Royaume-Uni, 29 nov. 1988, série A, n.° 145-B, p. 18, § 60.

Il reste que la Cour paraît se refuser à tenir compte du contexte de l'affaire. Si la lutte contre le terrorisme peut appeler des procédures spécifiques, elle ne saurait dispenser les autorités nationales de faire comparaître immédiatement les prévenus devant l'autorité judiciaire. Une telle interprétation aurait pour effet de porter sérieusement atteinte aux garanties de procédure au détriment des individus et entraînerait des conséquences dangereuses pour la nature même du droit protégé par cette disposition⁽⁸⁴⁾. En l'espèce, elle conclut donc à une violation de l'article 5 § 3 pour toutes les durées de garde à vue. En conséquence, une garde à vue de quatre jours et quelques heures fait obstacle à une comparution immédiate devant l'autorité judiciaire. Partant, la marge d'appréciation des Etats pour interpréter et appliquer l'exigence de rapidité formulée par l'article 5 § 3 se réduit.

En définitive, et ce sera la conclusion de cette première partie, le respect des Droits de l'homme par la police laisse à ses autorités de larges possibilités d'action. Les limites existantes ne sont qu'un cadre à l'intérieur duquel la police continue légitimement à exercer ses activités. Si la C.E.D.H. contient des clauses échappatoires et si les instances de la Convention justifient des restrictions par la nécessité de prévenir les infractions pénales, par la défense de l'ordre et de la sécurité ou sûreté publiques, ces instances n'en exercent pas moins un contrôle qui a pour objet la sauvegarde des valeurs démocratiques garanties par cette même Convention et la démocratie elle-même. Les premières en assurant que la police n'utilise pas, par intérêt ou conviction, ces pouvoirs au détriment des personnes; la seconde en veillant à ce que la police ne devienne pas un instrument d'oppression au service de l'Etat.

(84) Req. n.º 4960/71, X., précitée, p. 55.

TRANSITION:

LA DETENTION AVANT JUGEMENT(*)

Schématiquement, on peut dire qu'entre le suspect arrêté par la police et le condamné à une peine privative de liberté remis à l'autorité pénitentiaire, il y a le prévenu, l'inculpé ou l'accusé. Or, celui-ci peut faire l'objet d'une mesure de placement en détention avant même son jugement. L'article 5 § 3 reconnaît la légitimité de cette mesure, mais elle subordonne sa conformité à la C.E.D.H. à deux conditions:

- I. L'exigence d'une procédure judiciaire;
- II. Sa durée ne doit pas excéder un délai raisonnable.

1. L'exigence d'une procédure judiciaire

Cette exigence est commune aux paragraphes 3 et 4 de l'article 5. Comparé au paragraphe 3, le paragraphe 4 a une portée plus large parce qu'il vaut pour toute privation de liberté régulière, tandis que le paragraphe 3 ne vaut que pour les personnes arrêtées et détenues en vertu du seul alinéa c) de l'article 5 § 1. Toutefois, les instances de la Convention admettent la possibilité d'une application cumulative de ces deux paragraphes⁽⁸⁵⁾.

Si l'on se borne au seul paragraphe 3, il résulte qu'un placement en détention doit être prononcé par un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires. La Cour, dans l'arrêt *Schiesser* contre Suisse, du 4 décembre 1979, a précisé que si le terme "magistrat" a un sens plus large que celui de juge, l'article 5 § 3 s'attache moins à établir une distinction entre ces deux termes qu'à désigner l'exercice de fonctions

(*) Cette partie regroupe les garanties tenant, d'une part, à l'exigence d'une procédure judiciaire et, d'autre part, au délai raisonnable de la détention qui avaient été présentées séparément lors des exposés oraux.

(85) Arrêt *De Jong, Baljet et Van Den Brink c/ Pays-Bas*, 22 mai 1985, série A, n.° 77, p. 25-26, § 56.

judiciaires, lequel ne se limite pas nécessairement au fait de juger. En ce sens, cet article englobe les magistrats du parquet comme ceux du siège⁽⁸⁶⁾.

Pour être conforme à la Convention, l'exercice de ces fonctions doit offrir des garanties appropriées. "La première d'entre elles réside dans l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties. Elle n'exclut pas toute subordination à d'autres juges ou magistrats pourvu qu'ils jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue. A cela s'ajoutent (...) une exigence de procédure et une de fond. A la charge du magistrat, la première comporte l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui; la seconde, celle d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement"⁽⁸⁷⁾.

La comparution devant l'autorité judiciaire doit donc avoir pour but l'examen du problème de la privation de liberté ou un jugement sur le fond de l'affaire.

Il convient de préciser les différentes garanties attachées à l'exigence d'une procédure judiciaire.

a) *L'indépendance*

Au regard de l'article 5 § 3, elle s'apprécie par rapport aux parties et à l'exécutif.

A l'égard des parties, les décisions des instances de la Convention ont évolué en faveur de la protection des prévenus. Ainsi, lorsqu'on examine les décisions relatives au cumul des fonctions d'instruction, de poursuite voire éventuellement de jugement, on relève que la Cour examine, à la fois, l'effectivité matérielle du cumul — y a-t-il eu effectivement et réellement cumul? — mais aussi son effectivité formelle — le cumul est-il possible au regard de la loi? —. En conséquence, si un magistrat est engagé dans une procédure en qualité d'autorité d'instruction et qu'il existe une chance — ou un risque — qu'il devienne par la suite organe de poursuite devant la juridic-

(86) Série A, n.º 34, p. 12, § 28.

(87) Ibid., p. 13-14, § 31.

tion de jugement, ce magistrat n'offre pas des garanties suffisantes d'indépendance⁽⁸⁸⁾.

A l'égard de l'exécutif, l'indépendance suppose que le magistrat n'agisse pas en vertu de directives. Jusqu'à présent, cette exigence n'a été encore appréciée qu'«in concreto». Ainsi, même si dans certains cas la législation prévoit que de telles directives peuvent être adressées au magistrat, celui-ci continue à offrir des garanties d'indépendance suffisantes dès lors qu'en pratique, il n'a reçu, directement ou indirectement, aucune de ces directives avant d'avoir statué sur la privation de liberté⁽⁸⁹⁾.

b) *Les garanties de procédure*

Le magistrat doit donc entendre, personnellement, l'individu traduit devant lui. Cette garantie s'apprécie par rapport aux textes définissant la compétence du magistrat. Elle ne saurait être interprétée comme imposant la présence d'un avocat lors de cette audition⁽⁹⁰⁾.

c) *Les garanties de fond*

Aux termes de l'arrêt *Schiesser* précité, elles sont donc au nombre de trois:

- l'examen des circonstances qui militent pour ou contre la détention paraît exiger que la privation de liberté soit le résultat d'une délibération consciente et approfondie de la situation du prévenu;
- la garantie selon laquelle le magistrat doit se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons justifiant la détention est satisfaite lorsqu'il fonde la privation de liberté sur les prescriptions du droit interne;
- la dernière garantie implique que le magistrat soit doté d'un pouvoir de décision quant à l'élargissement éventuel du prévenu.

(88) Arrêt *Duinhof et Duijf c/ Pays-Bas*, 22 mai 1984, série A, n.° 79, p. 18, § 42; Arrêt *Pauwel c/ Belgique*, 26 mai 1988, série A, n.° 135, p. 18, § 37.

(89) Req. n.° 11013/84, *D. c/ Pays-Bas*, 4 mars 1985, D.R. n.° 42, p. 241 et s..

(90) *Ibid.*, p. 246.

Comme tel n'était pas le cas de l'auditeur militaire et de l'officier commissaire dans la procédure pénale militaire néerlandaise⁽⁹¹⁾, la Cour a conclu à une violation de l'article 5 § 3.

II. LE DELAI RAISONNABLE DE LA DETENTION

Si les instances de la Convention n'ont pas quantifié en jour ou en mois ce délai, elles ont précisé la détermination du délai et les critères d'appréciation du caractère raisonnable du délai.

a. La détermination du délai

Le point de départ de la détention est le jour de l'arrestation. Si la détention a été suspendue, le délai recommence à courir au jour de la nouvelle arrestation et s'ajoute à la durée de la première incarcération. Cependant, chacune des périodes est alors examinée séparément.

Après une controverse entre les instances de la C.E.D.H., la Commission s'est ralliée à l'interprétation de la Cour pour fixer le point final du délai au jour du prononcé du jugement de première instance. Passé ce terme, la conformité de la privation de liberté à la Convention s'apprécie sous l'angle de l'article 5 a).

b. Le caractère raisonnable du délai

Passé le stade de l'arrestation et de la première mise en détention, les motifs de privation de liberté de l'article 5 § 1 c) ne suffisent plus à fonder la régularité du maintien en détention. Celle-ci ne saurait en aucun cas dépasser

(91) Arrêts *De Jong, Baljet et Van den Brink*, précité p. 23, § 43; *Sluijs, Zuiderveld et Klappe c/ Pays-Bas*, 22 mai 1989, série A, n.º 78; *Duinhof et Duijf*, précité, p. 15, § 34, p. 17, § 40.

ser un délai raisonnable. L'appréciation de ce caractère par les instances de la convention se déroule en deux temps⁽⁹²⁾.

D'abord, les instances examinent les motifs indiqués dans les décisions relatives aux demandes de mise en liberté provisoire et les faits non controuvés indiqués par le requérant dans ses recours afin de déterminer si lesdits motifs sont pertinents et suffisants.

Ensuite, si tel est le cas, elles recherchent si la durée de la détention s'explique par des lenteurs anormales dans le déroulement de l'instruction, la préparation de l'acte d'accusation ou celle du procès.

L'examen des motifs implique, a fortiori, que les décisions privatives de liberté soient motivées. Mais ni la Convention, ni ses instances n'ont dressé une liste de motifs admissibles. mais parmi ceux-ci, elles ont considéré que pouvaient, notamment, figurer le risque de suppression des preuves, de répétition des infractions, de collusion et le danger de fuite. Mais quel que soit le motif invoqué, les instances exigent qu'il soit avéré.

La conduite de l'affaire doit donc obéir à un souci de célérité car il y va de la liberté d'une personne présumée innocente. Toutefois, ajoute la Cour "ce souci ne peut dispenser les magistrats qui, dans le système de procédure pénale en vigueur sur le continent européen, ont la responsabilité de l'instruction ou de la conduite du procès de prendre toute mesure de nature à faire la lumière sur le bien et le mal de l'accusation"⁽⁹³⁾. Dès lors, des retards justifiés liés à la complexité de l'affaire ne sauraient être imputables aux autorités judiciaires. En revanche, il en va autrement lorsque l'allongement de la procédure résulte de l'encombrement durable ou chronique des tribunaux⁽⁹⁴⁾ ou des négligences des magistrats qui, par exemple, ont attendu près de six mois pour entendre les co-accusés qui étaient pourtant détenus⁽⁹⁵⁾.

Toutefois, les autorités nationales ne sauraient être tenues responsables de toutes les lenteurs de procédure. La conduite de l'accusé peut être une

(92) Nous n'examinerons pas la controverse entre la Commission et la Cour quant aux critères et à la méthode d'appréciation de ce délai qui ne présente plus qu'un intérêt historique puisque la Commission s'est ralliée à la méthode définie par la Cour.

(93) Arrêt *Neumeister c/ Autriche*, 27 juin 1968, série A, n.° 8, p. 42, § 21.

(94) Req. n.° 2516/65, *X. c/ R.F.A.*, 23 mai 1966, R.D.C. n.° 20, p. 28 et s..

(95) Req. 7300/81, *Can c/ Autriche*, 14 déc. 1983, D.R. n.° 35, p. 46 et s..

cause de non imputation des retards, soit en raison de l'exercice abusif de ses droits, soit parce qu'il a choisi une attitude de non coopération, telle que la dissimulation de la vérité⁽⁹⁶⁾, l'exercice légal du droit au silence⁽⁹⁷⁾, ou le jet d'objet à la tête des juges⁽⁹⁸⁾.

En définitive, les éléments pris en considération pour apprécier le caractère raisonnable de la durée sont donc nombreux et complexes. Les circonstances de chaque affaire étant différentes, les délais admis comme raisonnables sont extrêmement variables et difficilement comparables en eux-mêmes. Ainsi pour s'en tenir aux seules infractions économiques, la Cour a jugé qu'un délai de plus de deux ans dans les affaires *Neumeister*⁽⁹⁹⁾, *Stögmüller*⁽¹⁰⁰⁾ et *Ringeisen*⁽¹⁰¹⁾ était déraisonnable tandis qu'un délai de cinq ans, cinq mois et dix-huit jours dans l'affaire *B. contre Autriche* du 28 mars 1990 satisfaisait à cette exigence. Selon la Cour, la durée de la procédure trouve sa justification dans l'exceptionnelle complexité de l'affaire qu'elle a déduit de la nature et de la quantité, à la fois, des infractions en cause — une série d'escroqueries qualifiées auxquelles s'ajoutaient diverses infractions à la législation sur le contrôle des changes — et des actes de procédure — commission rogatoire à l'étranger et contenu de treize volumineux dossiers, dont plus d'une centaine de pages d'expertise⁽¹⁰²⁾.

Mais les garanties de la Convention ne concernent pas seulement la privation de liberté. Les droits reconnus à toute personne affectent également les conditions d'exécution de la privation de liberté.

(96) Req. n.º 3376/67, *Rosenbaun c/ R.F.A.*, 4 fev. 1969, An. 12, p. 251 (279).

(97) Req. n.º 5874/72, *Berberich c/ R.F.A.*, 29 mai, 1974, An. 17, p. 387 (429).

(98) *Ibid.*.

(99) Arrêt précité.

(100) Arrêt *Stögmüller c/ Autriche*, 11 nov. 1969, série A, n.º 9.

(101) Arrêt *Ringeisen c/ Autriche*, 16 juil. 1971, série A, n.º 13.

(102) Série A, n.º 175. Cependant, la Cour conclut à une violation de l'article 6 § 1 concernant la durée de la procédure. En l'espèce, elle a estimé qu'un délai de rédaction de jugement égal à 33 mois est excessif.

DEUXIEME PARTIE

LA PROTECTION DES PERSONNES DETENUES OU EMPRISONNEES

Au regard de la C.E.D.H., cet intitulé appelle aussi plusieurs remarques préliminaires.

D'abord, la Convention à l'inverse du Pacte des Nations Unies sur les Droits civils et politiques ne contient pas de dispositions relatives au traitement des détenus. Certains, comme A. Spielmann, proposent de prévoir un nouveau Protocole additionnel à la Convention dont l'objet serait d'insérer un texte spécifique, concernant le traitement des détenus, analogue à celui de l'article 10 du Pacte⁽¹⁾. Mais à ma connaissance, cette proposition n'a pas reçu d'écho positif.

Ensuite, si le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a, à l'instar des Nations Unies, adopté des "règles minima" pour le traitement des détenus⁽²⁾, ces règles n'ont aucune force obligatoire pour les instances de la Convention. Ainsi dans la décision relative à la recevabilité de la requête *Eggs* contre Suisse du 11 décembre 1976, la Commission a précisé "qu'il n'est

(1) "La protection des Droits de l'homme, Quid des droits des détenus", in *Mélanges*, G. Wiarda, Ed. Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 589 et s..

(2) Résolution (73) 5 révisée par la recommandation n.º R. (87) 3 et adoptée par le Comité des Ministres le 12 février 1987.

pas établi (...) que les "règles minima" doivent être considérées comme des principes dont les Etats membres du Conseil de l'Europe doivent s'inspirer également pour les traitements des personnes privées de liberté". Elle a ajouté qu'«en tout état de cause, des conditions de détention qui, sous certains aspects, seraient en retrait par rapport aux "règles minima", ne constitueraient pas de ce seul fait, un traitement inhumain ou dégradant»⁽³⁾.

Enfin, la C.E.D.H. n'opère aucune distinction entre les différentes natures de détention résultant du lieu d'enfermement: prison, établissement psychiatrique, locaux de police, locaux administratifs... La C.E.D.H. dépasse donc le cadre du seul droit pénitentiaire pour concerner plus largement le droit dit de l'enfermement. Mais c'est au cadre pénitentiaire que nous nous limiterons.

A cet égard, l'article 5 – répétons-le – pose les bases d'un véritable droit commun de la privation de liberté. Et c'est sur cette base que se sont édifiés les principes relatifs à une exécution que nous nous proposons d'examiner.

Au regard de la C.E.D.H., l'exécution de la privation de liberté se heurte à deux obstacles principaux tenant l'un, à l'idée de respect de la dignité de tout être humain; l'autre, aux droits reconnus aux personnes privées de liberté.

I. LE RESPECT DE LA DIGNITE DES PERSONNES PRIVEES DE LIBERTE

La C.E.D.H. ne se réfère pas au principe de dignité en tant que tel. Mais cette idée est inhérente à l'existence même des Droits de l'homme. En particulier, elle se trouve exprimée dans certains arrêts de la Cour et paraît être entendue dans un sens large. On peut, en effet, déduire de l'arrêt *Tyler* contre Royaume-Uni du 25 avril 1978 que le respect de la dignité signifie qu'une

(3) Req. n.° 7341/76, *Eggs c/ Suisse*, 11 déc. 1976, D.R. n.° 6, p. 170 (176).

personne ne doit pas être considérée ou traitée en objet aux mains d'une personne publique"⁽⁴⁾.

Cette idée est sous jacente aux articles 2, 3 et 4 qui sont rédigés sous la forme d'interdits imposés aux Etats.

Pour se borner au seul article 3, dont le contenu a été antérieurement précisé⁽⁵⁾, trois aspects du régime de détention ont, principalement, prêté à contestation: l'isolement cellulaire, les soins médicaux et les brutalités du personnel de surveillance. Ce dernier aspect ayant déjà été examiné dans le cadre du recours à la force⁽⁶⁾, nous limiterons notre présentation aux deux premiers aspects.

A. *L'isolement cellulaire*

Seule la Commission a eu à se prononcer sur la question de sa conformité à la Convention.

Dans un premier temps, elle a reconnu que l'isolement n'était guère souhaitable pour les personnes placées en détention provisoire ou préventive⁽⁷⁾. Par la suite, elle a étendu ce principe aux personnes détenues après condamnation⁽⁸⁾.

Dans un deuxième temps, elle a introduit une distinction entre l'isolement sensoriel et social total et l'exclusion de la collectivité carcérale⁽⁹⁾. L'intérêt de cette distinction est que le premier type d'isolement est par principe un traitement inhumain et dégradant car il détruit ou peut détruire la personne et entraîner de graves souffrances mentales et physiques qui ne sauraient se justifier par les exigences de sécurité⁽¹⁰⁾ ou le maintien de l'ordre

(4) Série A, n.º 26, p. 16, § 83.

(5) Voir supra, p. 11 à 14.

(6) Voir supra, p. 17 à 18.

(7) Req. n.º 6038/73, X. c/ R.F.A., 11 juil. 1973, R.D.C. n.º 44, p. 115 (119).

(8) Req. n.º 7630/76, précitée, p. 165.

(9) Req. n.º 7572/76, 7586/76 et 7587/76, *Ensslin, Baader et Raspe* c/ R.F.A., 8 juil. 1978, D.R. n.º 14, p. 64 (84).

(10) *Ibid.*, p. 85.

et de la discipline pénitentiaire⁽¹¹⁾. En revanche, le second ne constitue pas un traitement inhumain ou dégradant.

Sur la base de ces principes, elle a posé une série de critères pour lui permettre de qualifier les mesures d'isolement ou seulement d'exclusion. Ces critères sont: la rigueur de la mesure, sa durée, l'objectif poursuivi, les conditions particulières de son exécution et ses effets sur le détenu.

Jusqu'à présent, dans les multiples affaires qu'elle a eu à connaître, la Commission n'a jamais conclu qu'un isolement était contraire à l'article 3. Et il faut constater que la Commission fait preuve en la matière d'une extrême prudence à l'égard des Etats comme l'illustre l'affaire *Kröcher et Möller* contre Suisse.

En l'espèce, les requérants de nationalité allemande sont arrêtés en Suisse le 20 décembre 1977, après un échange de coups de feu avec les douaniers. Reconnus comme étant des terroristes actifs, le juge d'instruction assortit leur détention provisoire de mesures rigoureuses. Durant le premier mois, leurs conditions de détention furent les suivantes: placement vingt-trois heures quarante par jour dans des cellules individuelles de 8,40 m², interdiction de lecture, de radio et de télévision, interdiction de se reconstrer ou de rencontrer d'autres détenus, de recevoir la visite de leur(s) défenseur(s) et, a fortiori, de toute autre personne. De surcroît, ils étaient surveillés par un circuit interne de télévision et leur cellule constamment éclairée par une lumière artificielle, leur fenêtre ayant été obturée avec du verre dépoli.

Dans son rapport du 16 décembre 1982, la Commission considéra par huit voix contre cinq que ce régime spécial ne présentait pas le caractère d'un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 en raison "des aménagements progressifs des modalités de la détention consentis par les Autorités et du comportement des intéressés eux-mêmes refusant certaines possibilités de contact"⁽¹²⁾.

Le raisonnement de la Commission est pour le moins surprenant. Comme l'ont reconnu quatre de ses membres, les assouplissements progressifs ont justifié rétroactivement une violation de l'article 3.

(11) Req. n.° 8458/78, X. c/ Royaume-Uni, 10 juil. 1980, D.R. 21, p. 95 (106).

(12) Req. n.° 863/78, *Kröcher et Möller* c/ Suisse D.R. n.° 34, p. 39, § 76.

Le contexte de l'affaire liée au terrorisme et les suicides dans les prisons allemandes de certains détenus appartenant à la bande "Fraction Armée Rouge" peuvent sans doute expliquer cette décision.

Mais à la décharge des autorités pénitentiaires suisses, on peut relever qu'elles avaient constamment vérifié les effets des mesures prises en soumettant les détenus à un contrôle médical et psychiatrique continu.

Hors de ce contexte et compte tenu de l'évolution générale de l'attitude de la communauté européenne en faveur des détenus, il est probable, que si une telle situation venait à se reproduire, la solution serait différente.

Il reste qu'en prison, la santé des détenus est un problème endémique.

B. Les soins médicaux

La C.E.D.H. ne garantit pas le droit à la santé. Cependant, la Commission n'exclut pas que la privation de liberté ou le maintien en détention de personnes malades pose un problème sous l'angle de l'article 3. Il incombe donc aux autorités chargées de la surveillance de veiller à la santé et au bien-être de tous les détenus, y compris ceux qui sont engagés dans des actions de protestations.

Toutefois, en dépit de ce principe la Commission a admis comme conforme à l'article 3 la détention d'une personne atteinte d'un glaucome⁽¹³⁾, de poliomyélite⁽¹⁴⁾, de diabète et de troubles cardio-vasculaires⁽¹⁵⁾, d'obésité héréditaire⁽¹⁶⁾...

Mais, par exemple, dans ce dernier cas, la Commission a conclu à une non violation eu égard aux nombreux traitements pratiqués depuis le début de son incarcération et l'engagement pris devant elle par les autorités italiennes de faire hospitaliser l'intéressé dans des centres ou cliniques spécialisées chaque fois que cela sera nécessaire.

(13) Req. n.º 6181/73, *X. c/ R.F.A.*, 5 oct. 1974, An. 11, p. 431 et s..

(14) Req. n.º 4340/69, *Simon Herold c/ Autriche*, 2 fév. 1971, An. 14, p. 353 et s..

(15) Req. n.º 8224/69, précitée, p. 211 et Rapport, 5 déc. 1979, D.R. n.º 18, p. 100 et s..

(16) Req. n.º 9044/80, *Chartier c/ Italie*, 17 déc. 1981, D.R. n.º 27, p. 200 et Rapport, 8 déc. 1982, D.R. n.º 33, p. 41 et s..

Dans une affaire plus récente où des détenus grévistes de la faim étaient restés plusieurs jours — vingt-six pour l'un d'entre eux — sans surveillance, la Commission a conclu, en regrettant la longueur de ce laps de temps, à l'irrecevabilité de la requête au motif que "les requérants étaient dans une large mesure responsables de cette situation en refusant de se faire examiner par le médecin de l'administration pénitentiaire et ultérieurement par une équipe médicale composée de médecins civils"⁽¹⁷⁾.

En fait, si cette série de décisions apparaît peu progressive, il reste qu'elle est fondée sur l'analyse des comportements des détenus et l'attitude des autorités pénitentiaires.

Principe majeur de l'exécution d'une privation de liberté, le respect de la dignité des personnes ainsi sanctionnées implique également que des droits leur soient reconnus.

II. LES DROITS DES PERSONNES PRIVEES DE LIBERTE

On peut distinguer entre les droits liés à l'exécution de la décision privative de liberté énumérés aux paragraphes 2 à 5 de l'article 5 et les droits liés aux conditions d'exécution de la privation de liberté qui naissent de toutes les autres dispositions. Faute de temps, nous nous bornerons à ce seul second aspect.

Les droits liés aux conditions d'exécution de la privation de liberté sont, en fait, ceux reconnus à "toute personne". En déclarant au paragraphe 69 de l'arrêt *Campbell et Fell* contre le Royaume-Uni du 28 juin 1984, "la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons"⁽¹⁸⁾, la Cour pose le principe selon lequel un détenu, même condamné, reste titulaire de droits.

(17) Req. n.° 9911/82 et 9945/82, *R., S., A et C c/ Portugal*, 25 mars 1984, D.R. n.° 36, p. 200 (204).

(18) Série A, n.° 80, p. 25.

Toutefois, dans ce même arrêt elle rappelle "qu'elle n'ignore pas que dans le contexte carcéral des raisons pratiques et de politique militent pour un régime disciplinaire spécial, par exemple des considérations de sécurité, l'intérêt de l'ordre, la nécessité de réprimer la mauvaise conduite, l'existence de sanctions "sur mesure" dont les juridictions de droit commun peuvent ne pas disposer et le désir des autorités pénitentiaires de garder la haute main sur la discipline dans leur établissement"⁽¹⁹⁾.

Dès lors, la portée de la Convention apparaît relativement limitée même si les décisions ont permis aux personnes détenues l'exercice de certains droits qui leur sont théoriquement reconnus.

A. La portée relative de la C.E.D.H. en matière de conditions de détention

Nombreux ont été les détenus qui, dans les années soixantes, ont cherché, sur le fondement de la C.E.D.H., à améliorer leurs conditions de détention. Nombreuses aussi ont été les requêtes qui ont été rejetées, soit parce que le droit invoqué n'était pas garanti, soit parce que sa privation ou sa restriction étaient justifiées par la Convention elle-même.

1. Les droits non garantis

La Convention ne garantit pas, en tant que tel, le droit d'un détenu: au secret de sa correspondance avec son avocat⁽²⁰⁾, à l'octroi du statut de détenu politique⁽²¹⁾, au bénéfice d'une mesure de grâce⁽²²⁾, à une libération

(19) Ibid., p. 21, § 45.

(20) Req. n.º 424/58, *X. c/ Belgique*, 1^{er} avril 1960, R.D.C. n.º 2, p. 9; comp. req. n.º 8317/78, *Mc Feeley et autres c/ Royaume-Uni*, 15 mars 1980, D.R. n.º 20, p. 44 et s. et Rapport, 2 oct. 1984, D.R. n.º 38, p. 11 et s..

(21) Req. n.º 8317/78, précitée.

(22) Req. n.º 1270/61, *Isle Koch c/ R.F.A.*, 8 mars 1962, An. 5, p. 126 (127); Req. n.º 2749/66, *Kenneth Hugh de Courcey c/ Royaume-Uni*, 11 juil. 1967, An. 10, p. 389 (413).

conditionnelle⁽²³⁾, que la Commission analyse en une mesure de faveur dont l'octroi relève des autorités nationales compétentes, à une révision du procès⁽²⁴⁾ à une réduction de peine⁽²⁵⁾, à l'obtention d'un sursis à l'exécu-

(23) Req. n.° 369/59, X. c/ Belgique, 6 juil. 1959, R.D.C. n.° 1, p. 7;

Req. n.° 703/60, et 1554/62, non publiées;

Req. n.° 1599/62, X. c/ Autriche, 16 janv. 1963, R.D.C. n.° 10, p. 5 (9);

Req. n.° 2219/64, X. c/ R.F.A., 31 mai 1965, R.D.C. n.° 16, p. 53 (56);

Req. n.° 2621/65, X. c/ Pays-Bas, 1^{er} avril 1966, R.D.C. n.° 19, p. 100 (103);

Req. n.° 2306/64, X. c/ Autriche, 19 juil. 1966, R.D.C. n.° 21, p. 23 (31).

(24) Req. n.° 704/60, X. c/ R.F.A., 4 août 1960, R.D.C. n.° 3, p. 6 et s.;

Req. n.° 1098/61, précitée, p. 54;

Req. n.° 1237/61, X. c/ Autriche, 5 mars 1962, R.D.C. n.° 8, p. 75 (77);

Req. n.° 864/60, X. c/ Autriche, 10 mars 1962, R.D.C. n.° 9, p. 17 (20);

Req. n.° 1852/63, X. c/ Autriche, 22 avril 1968, R.D.C. n.° 11, p. 33 (39);

Req. n.° 2343/64, X. c/ Autriche, 7 fév. 1967, R.D.C. n.° 22, p. 38 (43);

Req. n.° 2369/64, X. c/ Norvège, 3 avril 1967, R.D.C. n.° 23, p. 21 (25);

Req. n.° 2676/65, X. c/ Autriche, 3 avril 1967, R.D.C. n.° 23, p. 31 (36);

Req. n.° 2472/65, X. c/ R.F.A., 7 avril 1967, R.D.C. n.° 23, p. 42 (48);

Req. n.° 2465/65, X. c/ R.F.A., 2 juin 1967, R.D.C. n.° 24, p. 50 (61);

Req. n.° 2749/66, précitée, p. 413;

Req. n.° 3034/67, *Rey et Alice Fletcher c/ Royaume-Uni*, 19 déc. 1967, R.D.C. n.° 25, p. 76 (87);

Req. n.° 3475/68, *De Courcey c/ Royaume-Uni*, 5 fév. 1969, R.D.C. n.° 29, p. 50 (52);

Req. n.° 2795/66, X. c/ R.F.A., 22 mai 1969, R.D.C. n.° 30, p. 23 (39).

(25) Req. n.° 1789/63, X. c/ Autriche, 22 juil. 1963, R.D.C. n.° 11, p. 25 (28);

Req. n.° 2306/64, précitée, p. 31;

Req. n.° 1763/63, 8 juil. 1964, non publiée.

tion⁽²⁶⁾, à continuer de bénéficier d'une suspension de peine⁽²⁷⁾, à l'imputation de la durée de la détention provisoire sur la durée de la peine⁽²⁸⁾...

Para ailleurs, la Commission a circonscrit le domaine d'application de certains articles.

Ainsi, l'article 3 ne garantit pas le droit à une aide économique et sociale en faveur des condamnés libérés⁽²⁹⁾, à ce qu'une détention fasse l'objet d'un réexamen en vue d'une libération conditionnelle⁽³⁰⁾, à porter ses vêtements personnels⁽³¹⁾, à choisir un lieu de détention⁽³²⁾, à des privilèges afférents au traitement des détenus⁽³³⁾...

L'article 4, le droit a être rémunéré⁽³⁴⁾ et à être couvert par un régime de sécurité sociale pour le travail effectué pendant la détention⁽³⁵⁾...

(26) Req. n.º 1140/61, X. c/ Autriche, 19 déc. 1961, R.D.C. n.º 8, p. 57 (61);

Req. n.º 2306/69, précitée p. 31.

(27) Req. n.º 2428/65, X. c/ R.F.A., 5 oct. 1967, R.D.C. n.º 25, p. 1 (11).

(28) Req. n.º 2589/65, précitée, p. 20; Req. 2412/65, X. c/ R.F.A., 15 déc. 1967, R.D.C. n.º 23, p. 38 (40).

(29) Req. n.º 7697/76, X. c/ Belgique, 16 mai 1977, D.R. n.º 9, p. 194.

(30) Req. n.º 7994/76, *Kotälla c/ Pays-Bas*, 6 mai 1978, D.R. n.º 14, p. 238 (244).

(31) Req. n.º 8231/78, X. c/ Royaume-Uni, 6 mars 1982, D.R. n.º 28, p. 5 (63).

(32) Req. n.º 5712/72, non publiée.

(33) Req. n.º 3868/68, X. c/ Royaume-Uni, 25 mai 1970, R.D.C. n.º 34, p. 10 (17).

(34) Req. n.º 853/60, X. c/ Autriche, 20 déc. 1960, An. 3, p. 429 (440);

Req. n.º 1854/63, R. c/ R.F.A., 28 sept. 1964, non publiée;

Req. n.º 2066/63, V. c/ Autriche, 17 déc. 1965, non publiée;

Req. n.º 2413/65, X. c/ R.F.A., 16 déc. 1966, R.D.C. n.º 23, p. 1 (8);

Req. n.º 3134, 3172, 3188 à 3206/67 (jointes), *21 détenus c/ R.F.A.*, 6 avril 1968, R.D.C. n.º 27, p. 97 (111).

(35) Req. n.º 1451/62, G. c/ Autriche, 23 juil. 1963, non publiée;

Req. n.º 3134, 3172, 3188 à 3206/67 (jointes), précitée, p. 111..

L'article 6, le droit de téléphoner à un avocat si la personne détenue a pu lui écrire⁽³⁶⁾...

L'article 8, le droit de rencontrer d'autres détenus⁽³⁷⁾...

L'article 9, le droit de disposer des ouvrages nécessaires à la pratique d'une religion⁽³⁸⁾, à un statut préférentiel⁽³⁹⁾... La Commission a également précisé que si un détenu voulait jouir des avantages attachés à une religion, il fallait que celle-ci soit identifiable. Tel n'est pas le cas de la religion "Wicca"⁽⁴⁰⁾.

L'article 10, le droit de voter⁽⁴¹⁾, de connaître les noms des membres d'une commission administrative qui affectent les détenus dans les établissements pénitentiaires⁽⁴²⁾...

L'article 11, le droit de s'associer entre détenus. Dans ce domaine, la Commission a précisé que "comme les termes de l'article 11 le montrent, le concept de liberté de réunion, dont le droit de constituer des syndicats et de s'y affilier est un aspect particulier, vise le droit de constituer un groupe ou une organisation poursuivant des buts particuliers ou de s'y affilier. Il ne vise pas un droit pour les personnes détenues de partager la compagnie d'autres détenus ou de s'associer avec d'autres détenus dans ce sens là⁽⁴³⁾.

L'article 1 du Protocole n.° 1, le droit de bénéficier d'une permission de sortir pour mettre ses biens à l'abri⁽⁴⁴⁾...

(36) Req. n.° 5964/72, X. c/ R.F.A., 29 sept. 1975, R.D.C. n.° 3, p. 57.

(37) Req. n.° 8231/78, précitée, p. 71.

(38) Req. n.° 1753/63, X. c/ Autriche, 15 fév. 1965, R.D.C. n.° 16, p. 20 (27).

(39) Req. n.° 8317/78, précitée, p. 133, § 30.

(40) Req. n.° 7291/75, X. c/ Royaume-Uni, 4 oct. 1977, D.R. n.° 11, p. 55 (57).

(41) Req. n.° 6573/74, X. c/ Pays-Bas, 19 déc. 1974, D.R. n.° 1, p. 87;

Req. n.° 7096/75, X. c/ Royaume-Uni, 3 oct. 1975, D.R. n.° 3, p. 165 (167).
(comp. Req. n.° 2878/66, X. c/ R.F.A., 6 oct. 1967, R.D.C. n.° 25, p. 38 et s. fondée, sans succès, sur les articles 3 du protocole n.° 1 et 6 de la Convention.

(42) Req. n.° 8575/79, X. c/ Royaume-Uni, 14 déc. 1979, D.R. n.° 20, p. 202 (206).

(43) Req. n.° 8317/78, précitée p. 155.

(44) Req. n.° 3099/67, non publiée. En l'espèce, il s'agissait d'une collection de timbres.

L'article 2 du Protocole n.º 1, le droit d'exiger que les organes pénitentiaires fournissent des ouvrages juridiques⁽⁴⁵⁾, d'apprendre un métier⁽⁴⁶⁾, de suivre des études supérieures⁽⁴⁷⁾, de disposer d'instruments de musique, de manuels et d'un transistor nécessaires à la formation musicale⁽⁴⁸⁾...

Les restrictions strictement autorisées par la Convention concourent également à limiter les revendications des détenus.

2. Les restrictions à l'exercice des Droits garantis autorisées par la Convention

Sur ce fondement de nombreuses pratiques pénitentiaires, même depuis l'extension du contrôle de la validité des restrictions, ont été justifiées. Mais il arrive aussi que les contraintes de la vie carcérale suppriment, au préalable, en droit la réalité de la restriction.

a) Les contraintes de la vie carcérale

Elles tiennent tantôt à l'attitude des détenus, tantôt au cadre carcéral lui-même.

(43) Req. n.º 8317/78, précitée p. 155.

(44) Req. n.º 3099/67, non publiée. En l'espèce, il s'agissait d'une collection de timbres.

(45) Req. n.º 1854/63, précitée.

(46) Req. n.º 2617/65, non publiée.

(47) Req. n.º 5962/72, X. c/ Royaume-Uni, 13 mars 1975, D.R. n.º 2, p. 50 (51).

(48) Req. n.º 2617/65, précitée.

L'attitude des détenus peut justifier les restrictions qui leur sont imposées comme l'illustre l'affaire *Mc Felly et autres* contre Royaume-Uni.

En l'espèce, les requérants pour obtenir le statut de détenus politiques vivaient nus, avaient détruit les toilettes, les lavabos et le mobilier de leurs cellules qu'ils avaient de surcroît largement souillés. Selon les requérants, le fait, entre autres, de devoir vivre nus, d'avoir à vider chaque jour leur pot de chambre violait l'article 8. La Commission rejeta cette partie de leur requête en observant que "les faits incriminés sont imputables aux actes des requérants eux-mêmes dans la poursuite de leur protestation (...), s'ils ont à vider leur pot de chambre soit nus, soit vêtus seulement d'une couverture ou d'une serviette, c'est en raison de leur refus persistant de porter des vêtements de la prison. En conséquence, il n'y a pas, à cet égard, d'ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée"⁽⁴⁹⁾.

Le cadre carcéral peut aussi justifier en lui-même certaines atteintes aux droits reconnus aux personnes détenues.

Par exemple, dans une affaire où un détenu invoquait une violation de son droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Protocole n.° 1 parce qu'il était dans l'impossibilité de poursuivre des études de technologie, la Commission rejeta la requête notamment parce qu'«en partant de l'idée que la prison est dépourvue de moyens nécessaires à la poursuite de telles études, elle n'estime donc pas que les autorités pénitentiaires aient manqué de se conformer aux obligations résultant de l'article 2»⁽⁵⁰⁾.

Dans une autre affaire où un détenu de religion juive se plaignait de l'absence de célébration d'offices religieux dans la prison et d'avoir dû refuser la nourriture non kascher, la Commission conclut à l'absence de violation de l'article 9 après avoir observé que "les autorités pénitentiaires avaient fait leur possible pour respecter les convictions du requérant"⁽⁵¹⁾.

Toute restriction ne constitue donc pas une atteinte aux droits garantis, mais dès lors qu'elle est reconnue comme telle, il faut qu'elle entre dans le cadre des restrictions strictement autorisées. Sur ce fondement, d'autres pratiques ont été justifiées.

(49) Req. n.° 8317/78, précitée, p. 147, § 80.

(50) Req. n.° 5962/72, précitée, p. 51.

(51) Req. n.° 5947/72, X. c/ Royaume-Uni, 5 mars 1976, D.R. n.° 5, p. 8 (9).

b) *Les pratiques justifiées*

La plupart l'ont été par des décisions déjà anciennes. Ainsi ont été considérées comme nécessaires dans une société démocratique à la surêté publique et la prévention des infractions pénales, le port du costume pénal⁽⁵²⁾; à la protection de l'ordre, l'interdiction de se laisser pousser la barbe pour des raisons religieuses⁽⁵³⁾; à la protection de l'ordre public, l'interdiction de détenir un chapelet⁽⁵⁴⁾; à la protection de l'ordre public et à la sécurité, le huis clos dans les prétoires⁽⁵⁵⁾; à la protection des droits et des libertés d'autrui, la saisie d'un livre religieux contenant un chapitre illustré consacré aux arts martiaux et aux techniques de défense⁽⁵⁶⁾; à la défense de l'ordre, le refus de remettre un exemplaire du Règlement de service et d'exécution des peines privatives de liberté dont le détenu avait besoin pour discuter avec la presse de questions relatives au régime pénitentiaire⁽⁵⁷⁾; à la sécurité, les fouilles rapprochées⁽⁵⁸⁾ et les perquisitions des cellules en l'absence des détenus⁽⁵⁹⁾; à la protection de la santé et de la morale, l'interdiction des visites d'un enfant⁽⁶⁰⁾...

(52) Req. n.º 8317/78, précitée, p. 148, § 83.

(53) Req. n.º 1753/63, précitée, p. 185.

(54) Ibid..

(55) Sur le fondement de l'article 6 § 1 in fine: arrêt *Campbell et Fell*, précitée, p. 42, § 87. Comp. avis contraire de la Commission, *ibid.*, p. 74, § 138.

(56) Req. n.º 6886/75, X. c/ Royaume-Uni, 18 mai 1976, D.R. n.º 5, p. 100 (102).

(57) Req. n.º 1860/63, précitée, p. 47 (53).

(58) Req. 8217/78, précitée, p. 147, § 81.; Comp. avec grief identique fondé sur l'article 3: Req. n.º 7854/77, *Bonzi. c/ Suisse*, 12 juil. 1978, D.R. n.º 12, p. 185 et s..

(59) Req. n.º 3448/67, *Wemhoff. c/ R.F.A.*, 17 mai 1969, R.D.C. n.º 30, p. 56 (69).

(60) La Commission a développé une jurisprudence abondante sur cette question:

Req. n.º 2516/65, précitée, p. 39;

Req. n.º 2306/64, précitée, p. 33;

Req. n.º 5239/71, X. c/ Belgique, 14 déc. 1972, R.D.C. n.º 42, p. 172;

On peut également citer la décision relative à la recevabilité de la requête n.° 4338/69 où la Commission a estimé que la saisie provisoire d'une somme d'argent, en vertu de la loi autrichienne sur le recouvrement des frais pour garantir le paiement des dépenses auxquelles le requérant pourrait être éventuellement condamné, était justifié par le fait que le paiement équivalait à une contribution au sens de l'article 1 du Protocole n.° 1⁽⁶¹⁾.

Pendant, si la Convention légitime les restrictions à l'exercice des droits qu'elle ne garantit pas de manière absolue, cette longue énumération ne saurait faire oublier les acquis obtenus par les personnes détenues sur le fondement de la Convention.

B. *Les acquis*

La Convention n'empêche pas les Etats de réglementer les conditions d'exécution d'une privation de liberté. Toutefois, ceux-ci sont tenus de respecter la substance des droits garantis et de veiller à ce que les restrictions qu'ils autorisent soient conformes à la Convention.

L'application de ces deux principes aux personnes détenues a permis aux instances de la Convention de fixer des bornes à l'exécution des sanctions privatives de liberté.

1. Le droit des détenus au respect de la substance des droits garantis

Il va de soi que les mesures adoptées ne doivent jamais entraîner des atteintes à la substance des droits réglementés, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention⁽⁶²⁾.

(suite de la note 60)

Req. n.° 6564/74, X. c/ Royaume-Uni, 21 mai 1975, D.R. n.° 2, p. 105.

Req. n.° 7610/70, X, c/ Royaume-Uni, 9 mai 1977, D.R. n.° 9, p. 166 et s..

(61) X. c/ Autriche, 17 déc. 1970, R.D.C. n.° 36, p. 79, (82).

(62) Arrêt *affaire linguistique belge*, 23 juil. 1968, série A, n.° 6, p. 32, § 5; arrêt *Golder*, précité.

En matière d'exécution d'une sanction privative de liberté, il en résulte, par exemple, que la détention ne peut faire obstacle ni au droit d'accès aux tribunaux, ni au droit de se marier.

a. *Le droit d'accès des détenus aux tribunaux*

Ce droit est d'autant plus important qu'il n'est pas garanti en tant que tel par la Convention. Il a été posé par l'arrêt *Golder* contre Royaume-Uni⁽⁶³⁾.

En l'espèce, un détenu avait été accusé par un surveillant d'avoir participé à une émeute. Mis hors de cause quelques jours plus tard, il sollicita du Ministère de l'Intérieur l'autorisation de consulter un avocat afin d'engager une action civile en diffamation contre ce surveillant. Cette autorisation lui fut refusée⁽⁶⁴⁾.

Devant les instances de la Convention, le requérant invoquait, notamment, une violation de l'article 6 § 1 en tant qu'il garantit le droit à un procès équitable en matière civile.

La Cour exposa que s'«agissant d'un droit que la Convention reconnaît sans le définir au sens étroit du mot, il y a place, en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour les limitations implicitement admises»⁽⁶⁵⁾.

Toutefois, n'ayant pas à échaufauder une théorie générale des limitations admissibles dans le cas de condamnés détenus⁽⁶⁶⁾, la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1: "le Ministre n'avait pas à apprécier lui-même les chances de succès de l'action envisagée; il appartenait à un tribunal indépendant et impartial de décider éventuellement⁽⁶⁷⁾.

Les relations d'un détenu avec son avocat ressortent renforcées de cet arrêt. Dans l'affaire *Campbell et Fell*, les instances de Convention ont consi-

(63) Ibid..

(64) Par une formule elliptique: "il (le Ministre) n'aperçoit pas (...) de raisons de prendre des mesures quelconques" sur ce point.

(65) Ibid., p. 18, § 38.

(66) Ibid., p. 19, § 40.

(67) Ibid., p. 20, § 40.

déré qu'un retard mis à autoriser des détenus à consulter leurs avocats, au sujet d'une action civile en réparation des blessures subies, enfreignait également l'article 6 § 1 ainsi que l'article 8⁽⁶⁸⁾.

Dans cette affaire, la Commission a formulé l'avis "qu'il peut y avoir des cas précis où une ingérence dans les rapports entre un avocat et certaines personnes peut se justifier" (...) Cependant, continue la Commission, interdire tout rapport privilégié entre le détenu et son avocat avant le début d'un procès, sans que l'interdiction s'explique par des considérations particulières de sécurité, empiète exagérément sur le droit d'accès à un tribunal et ne saurait être compatible avec l'article 6 § 1⁽⁶⁹⁾.

Si l'article 6 § 1 garantit aux détenus un droit d'accès aux tribunaux, celui-ci n'a pas à revêtir un caractère automatique: "il peut donc être justifié d'exiger des détenus qu'ils fournissent des détails sur leurs plaintes à l'administration pénitentiaire avant de leur permettre de consulter un avocat et d'engager une action⁽⁷⁰⁾.

A propos de droit de disposer d'un recours, on ne peut manquer de rappeler que l'arrêt *Campbell et Fell* a posé le principe selon lequel les garanties du procès équitable énumérées à l'article 6 peuvent, sous certaines conditions⁽⁷¹⁾, être applicables aux procédures disciplinaires pénitentiaires⁽⁷²⁾.

Mais les acquis des détenus ne se limitent pas à ces seules garanties processuelles.

b) *Le droit au mariage des détenues*

L'article 12 stipule "qu'à 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".

(68) Arrêt précitée, p. 47 et s., § 105 à 110.

(69) Rapport précité, p. 79, § 159.

(70) Arrêt précitée, p. 49, § 11 à 113.

(71) Lesquelles imposent que la procédure ressorte, soit à la matière pénale, soit – pour adopter une terminologie symétrique – à la matière civile.

(72) Arrêt précité, § 42 in fine.

Dans une décision ancienne⁽⁷³⁾, la Commission avait admis que le refus d'autoriser un détenu à se marier n'était pas contraire à l'article 12. L'évolution des systèmes répressifs européens tendant à réduire les différences entre la vie en prison et la vie en liberté devait l'inciter à modifier sa jurisprudence dans les affaires *Hamer* et *Draper* contre Royaume-Uni.

Dans la première affaire, un détenu s'était vu refuser par le Ministre de l'Intérieur, l'autorisation de se marier car son mariage n'avait pas pour but la légitimation d'un enfant comme l'exigeait la loi anglaise. Devant la Commission, le gouvernement se référa une fois encore à la notion de limitation inhérente à la détention. Dans sa décision relative à la recevabilité de la requête, puis dans son rapport, elle écarta les arguments du gouvernement. Dans le rapport elle formula l'avis que "la liberté de la personne n'est pas un préalable nécessaire à l'exercice du droit de se marier"⁽⁷⁴⁾ avant d'ajouter que "différer l'exercice du mariage jusqu'à la libération doit, dès lors que le délai imposé par l'Etat est important, être d'une façon générale, considéré comme une atteinte à la substance de ce droit"⁽⁷⁵⁾.

La Commission devait confirmer — à plus forte raison — ce principe dans l'affaire *Draper* en faveur d'un détenu condamné à une peine à perpétuité⁽⁷⁶⁾.

Cependant, la Commission n'a pas été jusqu'à admettre le droit à "la consommation du mariage". Par exemple, elle rejeta la requête d'un couple marié détenu dans le même établissement qui n'avait pu se rencontrer sans surveillance. Non sans avoir auparavant "noté avec satisfaction le mouvement de réforme qui existe dans plusieurs pays européens en ce qui concerne l'amélioration des conditions de détention et des possibilités pour les détenus de maintenir, dans une certaine mesure, leur vie conjugale"⁽⁷⁷⁾. Elle motiva sa décision en observant "que la pratique générale dans les Etats parties à la Convention était pour le moment de ne pas permettre les relations

(73) Req. n.º 892/50, X. c/ R.F.A., 13 avril 1961, An. 4, p. 240 (255-256).

(74) Rapport *Hamer*, 13 déc. 1979, D.R. n.º 24, p. 17, (28, § 67).

(75) *Ibid.*, p. 30, § 30.

(76) Rapport *Draper*, 10 juil. 1980, D.R. n.º 29, p. 91 et s..

(77) Req. n.º 8166/78, X. et Y. c/ Suisse, 3 oct. 1978, D.R. n.º 13, p. 245. Voir également Req. n.º 3603/68, X. c/ R.F.A., 4 fév. 1970, R.D.C. n.º 31, p. 48 (50).

sexuelles en prison et que les impératifs de sécurité et de bon ordre dans les établissements pénitentiaires justifiaient le refus des autorités (...) au regard de l'article 8 § 2⁽⁷⁸⁾.

2. Le droit des détenus au respect du principe de la nécessité des restrictions

Les instances de la Convention reconnaissent qu'un certain contrôle de la correspondance des détenus se recommande et ne heurte pas en soi la Convention. Mais ce contrôle, qu'il entraîne ou non des interceptions, des retards ou encore des restrictions, doit respecter les prescriptions du paragraphe 2 de l'article 8 comme en témoigne en particulier l'affaire *Silver et autres* contre Royaume-Uni⁽⁷⁹⁾.

En l'espèce, les autorités pénitentiaires avaient intercepté ou censuré soixante-quatre lettres de plusieurs détenus en vertu de la loi de 1952 sur les prisons, complétée par des instructions et circulaires qui n'avaient pas été rendues publiques.

Après avoir constaté que ces mesures constituaient des ingérences dans l'exercice du droit de correspondre, les instances de la Convention ont conclu à une violation de l'article 8 § 2 sur un double fondement.

D'abord, elles ont considéré que les interceptions ou censures intervenues en application des instructions et circulaires confidentielles n'étaient pas prévues par la loi.

En effet, selon les instances de la Convention, il ne suffit pas que les restrictions à l'exercice des droits garantis aient une base légale en droit interne. Il faut, de surcroît, que la loi autorisant ces restrictions soit suffisamment accessible et énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite. Or, selon les instances européennes la confidentialité des instructions et circulaires avait entraîné une imprévisibilité tantôt de la

(78) Ibid., p. 246.

(79) Ibid..

mesure concrète d'ingérence litigieuse, tantôt de la règle même en vertu de laquelle a eu lieu l'interception⁽⁸⁰⁾.

Ensuite, elles ont relevé que la grande majorité des interceptions ou censures n'était pas nécessaire dans une société démocratique même si elle répondait à un but légitime. Par exemple, elles ont estimé que les restrictions à la correspondance avec une personne autre qu'un parent ou ami, ou encore, l'interdiction de formuler dans des lettres à des conseillers juridiques et à des parlementaires des griefs non encore examinés par les autorités et portant sur les conditions de détention n'étaient pas nécessaires au sens du paragraphe 2 de l'article 8. Elles ont aussi considéré que l'interdiction des lettres éludant ou tournant les règles en vigueur constituaient une mesure excessive⁽⁸¹⁾.

Les conclusions des instances de la Commission n'ont divergé que sur l'interdiction d'une lettre qui mentionnait une transaction commerciale en des termes qui pouvaient prêter à confusion. La Commission a considéré que le gouvernement défendeur n'avait pas rapporté la preuve de la nécessité de l'interdiction. La Cour trancha en sens inverse: "eu égard à la marge d'appréciation, les autorités étaient en droit de croire à la nécessité de saisir cette lettre pour assurer la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales au sens de l'article 8 § 2⁽⁸²⁾.

Depuis cette affaire de nombreuses requêtes concernant le droit de correspondre ont été déclarées recevables. De son côté, la Cour a eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence dans les affaires *Campbelle et Fell*⁽⁸³⁾ *Boyle et Rice*⁽⁸⁴⁾, *Schonberger et Durmaz*⁽⁸⁵⁾ et *Mc Callum*⁽⁸⁶⁾.

Ainsi était garanti, dans une certaine mesure, ce qui est essentiel pour une personne détenue: les contacts avec l'extérieur.

(80) *Ibid.*, p. 34 à 37, § 91 à 95.

(81) *Ibid.*, p. 38, § 99.

(82) *Ibid.*, p. 40, § 103.

(83) Arrêt précitée.

(84) Arrêt du 27 avril 1988, série A, n.º 131.

(85) Arrêt du 20 juin 1988, série A, n.º 137.

(86) Arrêt du 30 août 1990, série A, n.º 183.

En définitive, là encore, les pouvoirs laissés aux autorités pénitentiaires peuvent apparaître étendus et le bilan que l'on serait tenté de dresser de la protection des personnes pourrait apparaître décevant. Néanmoins, une telle perspective doit être nuancée.

D'abord, en rappelant que l'essentiel des décisions citées sont déjà anciennes. Et si des décisions des années soixante-dix semblent aujourd'hui anachroniques, elles correspondaient à l'époque, aux idées et à la majorité des normes existantes dans la grande majorité des systèmes nationaux européens.

Ensuite, une grande partie de ces décisions témoigne de la prudence de la Commission vis à vis, à la fois des requérants et des Etats. Des requérants car, jusqu'en 1968, les requêtes émanant de personnes détenues représentaient plus de la moitié du total des requêtes enregistrées. A trop faire droit à de telles demandes, la Convention risquait d'apparaître comme un instrument au service des personnes sanctionnées. Prudence aussi vis à vis des Etats car admettre trop largement de telles requêtes pouvait les dissuader de ratifier le droit de recours individuel prévu à l'article 25, et pour ceux qui l'avait déjà ratifié de renouveler leur déclaration en sa faveur.

Enfin, force est de constater que les plus grandes avancées débutent au milieu des années soixante-dix ce qui coïncide avec l'adoption au plan européen des règles minima pour le traitement des détenus.

Mais incontestablement, les droits de l'homme en prison progressent. Par le passé nombreux ont été les détenus qui invoquaient, par exemple, le droit à une révision de leur procès. La Commission s'est toujours refusée à interpréter extensivement les dispositions de la C.E.D.H. pour leur reconnaître. Mais, depuis le 1^{er} novembre 1988, date de l'entrée en vigueur du Protocole n.° 7 du 22 novembre 1984, ce droit est expressément reconnu, sous conditions, à l'article 2 de ce Protocole.

L'évolution actuelle des mentalités et des systèmes nationaux laissent augurer d'autres avancées significatives.

CONCLUSION GENERALE

Au terme final de ce rapport, les faiblesses des systèmes de protection issues de la C.E.D.H. sont nombreuses. Mais, il faut encore dissiper l'impression selon laquelle la C.E.D.H. ne serait pas un instrument de grande secours aux victimes d'actes de police ou aux personnes détenues.

En premier lieu, en effet, nombreuses sont les décisions de la Commission qui ont été rejetées pour des motifs d'ordre procéduraux: non épuisement des voies de recours interne, dépassement du délai de six mois pour la saisine de la Commission... Cela nous rappelle que la connaissance et l'assimilation du contenu des instruments Droits de l'homme reste un élément déterminant de la protection.

En deuxième lieu, la C.E.D.H. permet progressivement de rapprocher les Droits nationaux européens autour d'un dénominateur commun que sont les Droits de l'homme. Elle permet leur harmonisation sans les uniformiser car les instances de la Convention n'imposent pas un contenu précis aux Droits garantis comme en témoigne la notion non quantifiée de délai raisonnable.

En troisième lieu, la quantité des décisions de rejet et de non violation de la C.E.D.H. ne doit pas masquer la qualité des acquis et les évolutions significatives déjà soulignées de certaines décisions ainsi que les transformations des droits nationaux qui en sont résultées.

Une conclusion fut-elle générale ne permet pas d'étudier les effets de la C.E.D.H. sur les droits nationaux de pays membres⁽⁸⁷⁾. Toutefois, on peut

(87) A cet égard notre 2^{ème} partie de thèse, C. Jacq: Vers un droit commun de la sanction, l'incidence de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'homme, thèse dactylographiée, Paris XI, 1989, p. 391 à 573.

citer deux exemples d'efficacité de la C.E.D.H., l'un préventif, l'autre correctif.

Un exemple d'efficacité préventive des décisions des instances de Strasbourg peut être observé dans l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni* relative à l'emprisonnement administratif et à l'interrogatoire des personnes soupçonnées d'être des terroristes. Devant la publicité de ce qui était une requête interétatique, le premier Ministre Britannique pris l'engagement, le 2 mars 1972, devant le Parlement que "ces cinq techniques ne serviraient plus de moyen auxiliaire d'interrogatoire dans l'avenir"⁽⁸⁸⁾. Et il ajouta que "si un gouvernement devait considérer que des techniques supplémentaires d'interrogatoire s'imposent (...), il lui faudrait probablement inviter le Parlement à lui en donner pouvoir"⁽⁸⁹⁾.

Par la suite, toute une série de dispositions furent adoptées, dont une directive ministérielle sur le traitement à réserver aux personnes placées en garde à vue, qui autorise le "Director of Public Prosecutions" à engager des poursuites pour toute forme de mauvais traitements qu'on lui signalerait. Toutes ces mesures n'empêchèrent pas la Commission de déclarer, le 1^{er} octobre 1972, cette partie de la requête recevable et de conclure dans le rapport adopté le 25 janvier 1976 que ces cinq techniques constituaient une pratique de torture contraire à l'article 3.

Devant la Cour, le 8 janvier 1977, l'"Attorney General" pris l'engagement solennel, inconditionnel et irrévocable de ne jamais réintroduire ces cinq techniques. La Cour conclut cependant à une violation de l'article 3. Mais peut-être sensible à cette dernière intervention elle estima, rappelons-le, que ces cinq techniques n'étaient pas constitutives d'actes de torture mais seulement de traitements inhumains et dégradants. Ajoutons encore que depuis cet arrêt, l'article 5 du Northern Ireland Act 1987 rappelle que "les tribunaux doivent exclure tout aveu obtenu non seulement par la torture ou par des traitements inhumains ou dégradants, mais aussi par l'emploi de la violence ou d'une quelconque menace de violence".

S'agissant de l'efficacité corrective, on peut citer l'arrêt *Goldier* contre Royaume-Uni du 21 janvier 1975, dans lequel la Cour considéra que le refus du Ministre de l'Intérieur d'autoriser un détenu à correspondre avec un avocat afin d'engager une action civile contre un membre du personnel pénitentiaire

(88) Cité dans l'arrêt précité, p. 42, § 101.

(89) Ibid., p. 43.

constituait un refus d'accès à un tribunal contraire à l'article 6 § 1. Le 5 août 1975, le Gouvernement saisit le Parlement d'un projet de loi tendant à amender certaines dispositions du Règlement pénitentiaire de 1964. Mais sans attendre le vote de ce projet, le Ministre de l'Intérieur, dès le 6 août, envoya des instructions à tous les directeurs des établissements pénitentiaires d'Angleterre et du Pays de Galles, afin que tout détenu après leur avoir écrit, bénéficie de toutes les facilités nécessaires pour consulter un avocat sur l'opportunité d'engager une action civile, ou s'étant renseigné, pour engager cette action. Par la suite, des instructions identiques ont été adressées aux directeurs des établissements d'Ecosse et d'Irlande du Nord. L'article R 37 A (4) du Règlement pénitentiaire de 1976 devait reprendre le contenu de ces instructions.

Certes de nombreuses réticences sinon résistances accompagnent les transformations de droit national induites de la C.E.D.H. et des décisions des instances de la Convention. Mais progressivement le respect des Droits de l'homme s'impose dans les droits nationaux.

En fait, en Europe le problème du respect des droits de l'homme est moins politique que juridique car il se pose maintenant en priorité en termes de conformité ou de compatibilité des droits internes à la C.E.D.H. Les faiblesses et insuffisances du contrôle des instances de la convention rappellent qu'en cette matière et quel que soit le lieu, il faut rester vigilants.



LOUIS JOINET
*Membre de la Sous-Commission
de la lutte contre les mesures discriminatoires
et de la protection des minorités*

**L'INDEPENDANCE ET L'IMPARTIALITE
DU
POUVOIR JUDICIAIRE,
DES JURES ET DES ASSESSEURS
ET
L'INDEPENDANCE DES AVOCATS**

**RAPPORT
SUR L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE
ET LA PROTECTION DES AVOCATS
DANS L'EXERCICE DE LEUR PROFESSION,
CONFORMEMENT A LA RESOLUTION 1990/23
DE LA SOUS-COMMISSION
DE LA LUTTE CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES
ET
DE LA PROTECTION DES MINORITES**

TABLE DES MATIERES

| | Paragraphes | Page |
|---|--------------|---------|
| INTRODUCTION | 1 – 27 | 125 |
| PREMIERE PARTIE: | | |
| 'LES SERVICES CONSULTATIFS ET LES PROGRAMMES D'ASSISTANCE TECHNIQUE CONCERNANT L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE ET LA PROTECTION DES AVOCATS | 28 – 138 | 137 |
| I. SERVICES CONSULTATIFS ET ASSISTANCE TECHNIQUE DANS LE DOMAINE DES DROITS DE L'HOMME | 31 – 105 | 138 |
| A. Les "stages de formation", les "ateliers" et les "séminaires" | 35 – 45 | 139 |
| 1. En 1988 | 36 – 41 | 139 |
| 2. En 1989 | 42 – 44 | 143 |
| 3. En 1990 | 45 | 144 |
| B. Services consultatifs de la Commission des droits de l'homme à quelques Etats | 46 – 59 | 145 |
| 1. Le Guatemala | 49 – 51 | 146 |
| 2. Haïti | 52 – 55 | 147 |
| 3. La Guinée-Equatoriale | 56 – 59 | 149 |

| | Paragraphe | Page |
|---|------------|------|
| C. Assistance technique du Centre pour les droits de l'homme à quelques Etats | 60 – 84 | 151 |
| 1. Assistance technique à la Colombie | 62 – 67 | 151 |
| 2. Assistance technique au Guatemala | 68 – 76 | 154 |
| 3. Assistance technique à la Guinée équatoriale | 77 – 79 | 157 |
| 4. Assistance au Paraguay | 80 – 82 | 157 |
| 5. Assistance à la Roumanie | 83 | 159 |
| 6. Assistance aux autorités mongoles | 84 | 159 |
| D. Programme de bourses et de stages | 85 – 105 | 159 |
| 1. Bourses | 85 – 92 | 159 |
| 2. Stages | 93 – 105 | 161 |
| II. SERVICES CONSULTATIFS ET ASSISTANCE TECHNIQUE FOURNIE DANS D'AUTRES DOMAINES | 106 – 138 | 163 |
| A. Coopération technique dans le domaine de la prévention du crime | 107 – 131 | 164 |
| 1. Activités du Service de la prévention du crime et de la justice pénale | 108 – 111 | 164 |
| 2. Services consultatifs interrégionaux | 112 – 117 | 166 |
| 3. Activités des Instituts interrégionaux et régionaux des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants | 118 – 131 | 167 |
| B. Activités entreprises dans d'autres domaines | 132 – 138 | 171 |
| SECONDE PARTIE: | | |
| INFORMATION DE LA SOUS-COMMISSION SUR QUELQUES CAS DE MESURES ET PRATIQUES AYANT EU POUR EFFET DE RENFORCER OU D'AFFAIBLIR L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE ET LA PROTECTION DES AVOCATS | 139 – 312 | 175 |

| | Paragraphes | Page |
|---|-------------|------|
| I. CAS DE MESURES ET PRATIQUES VISANT A RENFORCER LES GARANTIES D'INDEPENDANCE ET DE PROTECTION | 139 – 206 | 175 |
| A. Autriche | 140 – 142 | 175 |
| B. Belgique | 143 – 144 | 176 |
| C. Brunei Darussalam | 145 | 176 |
| D. Bulgarie | 146 – 148 | 177 |
| E. Canada | 149 – 154 | 178 |
| F. Colombie | 155 – 159 | 179 |
| G. Cuba | 160 – 168 | 181 |
| H. Finlande | 169 – 174 | 183 |
| I. Maurice | 175 | 184 |
| J. Monaco | 176 – 178 | 184 |
| K. Norvège | 179 – 182 | 185 |
| L. Pakistan | 183 – 185 | 186 |
| M. Philippines | 186 – 190 | 186 |
| N. Samoa occidentale | 191 – 192 | 189 |
| O. Turquie | 193 – 196 | 189 |
| P. Tuvalu | 197 – 201 | 190 |
| Q. Yougoslavie | 202 – 206 | 192 |
| | | |
| II. CAS DE MESURES ET PRATIQUES QUI ONT AFFAIBLI LES GARANTIES D'INDEPENDANCE ET DE PROTECTION | 207 – 285 | 193 |
| A. Mesures et pratiques ayant affaibli l'application des garanties contre les "pressions physiques" envers les magistrats et les avocats | 212 – 248 | 195 |
| 1. Atteintes à l'intégrité physique | 212 – 229 | 195 |
| 2. Arrestations et détentions arbitraires d'avocats | 230 – 236 | 200 |
| 3. Autres cas de mesures et pratiques nationales | 237 – 238 | 202 |
| B. Mesures et pratiques ayant affaibli l'application des garanties concernant les conditions statutaires et la durée du mandat des magistrats | 249 – 264 | 206 |

| | Paragraphes | Page |
|---|------------------|------------|
| C. Mesures et pratiques ayant affaibli les garanties en matière de liberté d'association et d'expression des avocats | 265 – 276 | 213 |
| D. Mesures et pratiques ayant affaibli l'application des garanties lors de l'administration de la justice militaire ou d'exception | 277 – 285 | 218 |
| | | |
| CONCLUSIONS | 286 – 302 | 220 |
| A. Services consultatifs et assistance technique concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats | 286 – 300 | 220 |
| 1. Stages de formation, ateliers et séminaires organisés par le Centre pour les droits de l'homme | 286 – 289 | 220 |
| 2. Services consultatifs de la Commission des droits de l'homme | 290 | 221 |
| 3. Assistance technique dans les domaines des droits de l'homme | 291 – 292 | 221 |
| 4. Coopération technique dans le domaine de la prévention du crime | 293 – 294 | 222 |
| 5. La coopération au sein du système | 295 – 300 | 223 |
| B. Mesures et pratiques ayant eu pour effet de renforcer ou d'affaiblir l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats | 301 – 302 | 224 |
| | | |
| RECOMMANDATIONS | 303 – 312 | 225 |
| A. Services consultatifs et assistance technique concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats | 303 – 311 | 225 |

| | Paragraphes | Page |
|--|-------------|------|
| 1. Stages de formation, ateliers et séminaires | 303 | 225 |
| 2. Services consultatifs de la Commission des droits de l'homme | 304 | 227 |
| 3. Assistance technique | 305 | 228 |
| 4. Amélioration de la coopération au sein du système des Nations Unies | 306 – 311 | 228 |
| B. Mesures et pratiques ayant eu pour effet de renforcer ou d'affaiblir l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats | 312 | 231 |



INTRODUCTION

1. Par sa résolution 1990/23 en date du 30 août 1990, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités a, *inter alia*, "décidé de charger M. Joinet de rédiger un rapport dans lequel:

- a) Il analyserait à l'échelle du système les services consultatifs et les programmes d'assistance technique de l'ONU concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats dans l'exercice de leur profession, proposerait des moyens de renforcer la coopération entre les programmes et énoncerait des directives et des critères à prendre en considération dans la fourniture de ces services;
- b) Il porterait à l'attention de la Sous-Commission les cas où des mesures législatives ou judiciaires ou autres pratiques ont eu pour effet de renforcer ou d'affaiblir l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats dans l'exercice de leur profession conformément aux normes des Nations Unies" (par. 4).

Origines du rapport

2. En 1989, à sa quarante et unième session, la Sous-Commission, par sa résolution 1989/22, avait invité M. Louis Joinet à établir un document de travail sur les moyens par lesquels la Sous-Commission pourrait contribuer à garantir le respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats dans l'exercice de leur profession, conformément à la demande

formulée par la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 1989/32 en date du 6 mars 1989.

3. Le présent rapport a pour base le document de travail présenté à la Sous-Commission à sa quarante-deuxième session⁽¹⁾. Par ailleurs, l'Assemblée générale, dans sa résolution 45/166 du 18 décembre 1990 sur les droits de l'homme dans l'administration de la justice a accueilli avec satisfaction la décision de la Sous-Commission de charger M. Joinet de rédiger le présent rapport. Enfin, la Commission des droits de l'homme, à sa quarante-septième session, a, dans sa résolution 1991/39 en date du 5 mars 1991, "fait sienne la décision de la Sous-Commission de charger M. Joinet d'établir ce rapport" (par. 3).

Objectifs du rapport

4. Les objectifs de ce rapport ont été expliqués dans le document de travail précité. Il s'agit, d'une part, d'instaurer *un moyen de contrôle international des pratiques positives* (la "protection constitutionnelle, législative et pratique mise en place par de nombreux Etats") *et négatives* (les "violations des normes internationales") en matière d'indépendance du pouvoir judiciaire et de protection des avocats⁽²⁾, et, d'autre part, d'*améliorer les "activités internationales de promotion* [de ces garanties] telles que des cours de formation, des séminaires et d'autres manifestations éducatives"⁽³⁾.

5. Par ses résolutions 1989/32 et 1990/33, la Commission des droits de l'homme a suggéré la répartition de compétences suivantes: d'une part "laisser l'action normative et la présentation de rapports périodiques des Etats au service de la prévention du crime et de la justice pénale" de l'Office des

(1) E/CN.4/Sub. 2/1990/35.

(2) Ibid., par. 72, 74 et 75.

(3) Ibid., par. 73.

Nations Unies à Vienne, ainsi qu'aux organes rattachés, et, d'autre part, "concentrer les efforts de la Sous-Commission sur le contrôle"⁽⁴⁾.

6. Cette double approche nous paraît d'autant plus fondée que l'activité normative menée par le Service de la prévention du crime et de la justice pénale a augmenté sensiblement depuis plusieurs années⁽⁵⁾. En outre, avec l'adoption par le Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants des Principes de base relatifs au rôle du barreau et des Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet⁽⁶⁾, les procédures de rapports périodiques, incombant au Service de la prévention du crime et de la justice pénale, se sont multipliées⁽⁷⁾. A cet égard, on a souligné que le système de rapports périodiques:

"doit, para sa nature même, se limiter à rassembler les renseignements communiqués par les gouvernements et d'autres sources. Il ne peut exercer une véritable fonction de contrôle ni non plus porter à l'attention de la communauté internationale les cas où des mesures législatives ou pratiques ont servi à renforcer l'indépendance de la magistrature et la protection des avocats... ou au contraire des mesures ou des situations qui constituent des violations extrêmes de ces principes"⁽⁸⁾.

Interprétation et champ d'application du mandat

7. L'analyse des services consultatifs et des programmes d'assistance technique concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats portera sur l'ensemble du système des Nations Unies.

(4) Ibid., par. 65 à 69; le système de rapports périodiques est expliqué dans notre document de travail, par. 17 à 26.

(5) Voir *Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, 27 août - 7 septembre 1990* (A/CONF. 144/28).

(6) Ibid., instrument 3 et résolution respectivement. Ces principes ont été confirmés par l'Assemblée générale à la quarante-cinquième session; voir résolution 45/166 en date du 18 décembre 1990.

(7) Ibid., instrument 3, par. 5 et résolution 26, par. 8.

(8) E/CN. 4/Sub. 2/1990/35, par. 75.

relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents (art. 9 par. 3).

Ce principe sera encore applicable lorsque l'enfant et ses parents ne résident pas dans le même pays, comme le statue l'article 10 de la Convention.

- Corolaire de ce principe est encore le besoin de prendre des mesures contre les situations de *déplacements et non-retours illicites* d'enfants à l'étranger, considérées par l'article 11 de la Convention.

- Reflet de l'importance accordée à l'environnement familial est aussi l'attention dont la question de l'adoption a été traitée (art. 20 et 21).

Tout en déterminant qu'il s'impose d'assurer une certaine continuité à l'éducation de l'enfant et de tenir compte de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique, la Convention envisage différentes solutions à l'égard de l'enfant qui se voit *privé de son milieu familial: au sein de la famille naturelle, dans le pays d'origine ou, comme solution de dernier ressort, l'adoption à l'étranger.*

L'inclusion de cette réalité dans la Convention a permis de définir, de façon contraignante, le cadre de l'action de l'Etat qui, à la lumière de l'article 4 de ce même texte, doit adopter les mesures nécessaires pour garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est la *considération primordiale* dans la recherche de la meilleure solution visant à son intégration dans un environnement familial de remplacement.

L'on y énonce, donc, quelques éléments d'importance indéniable pour que l'adoption à l'étranger, dans le cas où *subsidièrement* l'on y fasse recours, constitue une *effective solution pour l'enfant*, garantissant le développement harmonieux de sa personnalité et tenant compte de son opinion, eu égard à son degré de maturité.

- Une mention particulière se justifie enfin à la question de la préservation de l'identité de l'enfant, considérée par l'article 8.

Derrière cette disposition est la terrible réalité des *disparitions* d'enfants, enlevés de leurs familles et enregistrés plus tard sous un autre nom, de fausses relations familiales, une nouvelle nationalité. Conscient de la gravité des problèmes en découllant, le texte de la Convention détermine que les Etats Parties devront accorder à l'enfant privé de son identité une *assistance*

14. Nous avons enfin estimé que dans la mesure où le mandat vise à soumettre à l'appréciation de la Sous-Commission des informations tant sur des cas positifs que négatifs, cela impliquait la mise en oeuvre d'une procédure contradictoire, permettant aux Etats d'apporter leurs commentaires ou leurs corrections aux informations reçues.

15. Les concepts "d'indépendance du pouvoir judiciaire" et de "protection des avocats dans l'exercice de leur profession" ont fait l'objet de l'étude de notre éminent et ancien collègue, M. L.M. Singhvi, intitulée "Etude sur l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, des jurés et assesseurs et sur l'indépendance des avocats"⁽¹⁰⁾. On rappellera que M. Singhvi, à partir d'une analyse systématique des dispositifs normatifs nationaux, a identifié les caractéristiques les plus fréquemment retenues de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la protection des avocats. La plupart sont aujourd'hui codifiées dans plusieurs instruments des Nations Unies (cf. *infra*). En outre, on pourra se référer aux décisions du Comité des droits de l'homme⁽¹¹⁾, et surtout aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹²⁾.

Recensement des "normes des Nations Unies"

16. Aux termes du paragraphe 4 b) de la résolution 1990/23 de la Sous-Commission, les pratiques positives ou négatives concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats doivent être examinées et appréciées au regard des "normes des Nations Unies".

(10) Voir, en particulier, E/CN. 4/Sub. 2/1985/18/Add. 1 et Add. 2.

(11) Décisions du 29 mars 1982 (n° 1077) *Altesor c. Uruguay*; du 3 avril 1987 (n° 155/1983), *Hammel c. Madagascar*; du 4 novembre 1988 (n° 203/1986), *Muñoz Hermoza c. Pérou*; du 2 novembre 1988 (N.ºs 241 et 242/1987), *Birhashwirwa et Mulumba c. Zaïre* du 8 novembre 1989 (n° 369/1989), *Samuels c. Jamaïque*.

(12) En particulier *Delcourt c. Belgique* (17 janvier 1970, série A, N° 112; *Le Compte, van Leuven et de Meyere c. Belgique* (23 juin 1981, série A, N° 43); *Piersack c. Belgique* (1^{er} octobre 1982, série A, N° 53); *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* (28 juin 1984, série A, N° 46), *Hamek c. Autriche* (22 octobre 1984, série A, N° 84); *de Cubber c. Belgique* (26 octobre 1984, série A, N° 86); *Ettl c. Autriche* (23 avril 1987, série A, N° 117); *H. c. Belgique* (30 novembre 1987, série A, N° 127); *Belilos c. Suisse* (29 avril 1988, série A, N° 132); *Hauschildt c. Danemark* (24 mai 1989, série A, N° 154).

17. Un nombre important d'instruments des Nations Unies posent le principe général du droit à un procès équitable, et notamment d'être entendu par une juridiction indépendante et impartiale, et défendu par un avocat; ceci dans des termes proches de ceux de la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 7, 8, 10, 11) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2, 14, 26)⁽¹³⁾. Mais les Nations Unies comptent aujourd'hui plusieurs instruments qui instaurent un régime spécifique garantissant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats. Il s'agit des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature⁽¹⁴⁾, des Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet et des Principes de base relatifs au rôle du barreau adoptés par le Huitième Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et la lutte contre la délinquance et confirmés par l'Assemblée générale à sa quarante-cinquième session⁽¹⁵⁾. En outre, la Commission des droits de l'homme, par sa résolution 1989/32 invita les gouvernements à "tenir compte" des principes énoncés dans le projet de déclaration sur l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, des jurés et des assesseurs et l'indépendance des avocats élaboré par M. L.M. Singhvi dans le cadre de son étude⁽¹⁶⁾, pour appliquer les "Principes Magistrats"⁽¹⁷⁾.

(13) Voir, en particulier, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (art. 5); Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 13); Convention sur les droits de l'enfant (art. 37); Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (art. 18); Convention relative au statut des réfugiés (art. 16); Convention relative au statut des apatrides (art. 16); Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir (art. 5); etc. On se référera également aux dispositions du droit international humanitaire sur le sujet, en particulier, Convention de Genève du 12 août 1949 (art. 3, par. 1 d) commun); Protocoles additionnels I (art. 75, par. 4) et II (art. 6, par. 2).

(14) Ci-après "Principes Magistrats"; voir *Septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Milan, 26 août - 6 septembre 1985; rapport établi par le secrétariat* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.86.IV.1) et résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985 de l'Assemblée générale et le *Recueil d'instruments internationaux sur les droits de l'homme*, chap. G. 38 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.88.XIV.1).

(15) Ci-après respectivement "Principes Parquet" et "Principes Avocats" (cf. *supra* note 6).

(16) E/CN. 4/Sub. 2/1988/20/Add. 1 et Add. 1/Corr. 1; ci-après "Projet de déclaration".

(17) Nous nous référons ci-après à ces instruments par l'expression "régime spécifique de protection". Tous les instruments mentionnés dans ce paragraphe, sauf les "Principes

18. Nous ne reviendrons pas sur le contenu des règles posées par les "Principes Magistrats"⁽¹⁸⁾ complétés par le Projet de déclaration, sinon pour souligner qu'ils couvrent les dimensions tant personnelle⁽¹⁹⁾ ou collective⁽²⁰⁾ de l'indépendance des magistrats, que leur indépendance fonctionnelle⁽²¹⁾ ou institutionnelle⁽²²⁾.

19. Quant aux "Principes Parquet", ils garantissent également l'indépendance personnelle, collective, fonctionnelle et institutionnelle des magistrats du parquet⁽²³⁾. Les principes sont au nombre de 24 et concernent la qualification, la sélection, la formation, la situation et les conditions de service, la liberté d'expression et d'association, le rôle dans la procédure pénale, le pouvoir discrétionnaire, les solutions alternatives aux poursuites judiciaires, la coopération avec d'autres organismes et institutions publiques et les procédures disciplinaires. On retiendra en particulier que l'indépendance personnelle des magistrats du parquet est garantie par le devoir des Etats de veiller à ce qu'ils puissent s'acquitter de leurs fonctions en toute liberté et, le cas échéant, à les protéger physiquement ainsi que leur famille lorsque leur sécurité est menacée⁽²⁴⁾. On relèvera également une garantie fondamentale de l'indépendance des magistrats du parquet selon laquelle ils doivent "s'atta-

(suite de la note 17)

Parquet", sont reproduits dans "The Independence of Judges and Lawyers: A Compilation of International Standards" *CIJL Bulletin*, N.ºs 25-26, April-October 1990.

(18) Voir E/CN. 4/Sub. 2/1990/35, par. 14.

(19) Exemple: recevoir une formation juridique suffisante.

(20) La liberté d'association comme garantie de la défense des intérêts collectifs de la magistrature.

(21) Exemple: la garantie de disposer de ressources suffisantes pour que la magistrature puisse s'acquitter "normalement" de ses fonctions.

(22) Exemple: organisation et déroulement de la carrière, inamovibilité, etc.

(23) Il convient de souligner que les "Principes Parquet" tels qu'ils ont été adoptés ne paraissent pas avoir suffisamment tenu compte de la diversité des systèmes juridiques, notamment en ce qui concerne l'étendue du principe de l'indépendance du parquet.

(24) Art. 4 et 5.

cher dûment" à engager des poursuites contre les agents de l'Etat et les auteurs de délits notamment lorsqu'il s'agit de violations des droits de l'homme⁽²⁵⁾; le devoir de ne pas utiliser les preuves obtenues au moyen de violations des droits de l'homme, voire même de ne pas les utiliser autrement que contre celui qui a recouru à ces méthodes est une autre garantie qui nous intéresse particulièrement⁽²⁶⁾.

20. En ce qui concerne les "Principes Avocats", le texte adopté reprend les grandes lignes du projet, exposées dans notre précédente étude⁽²⁷⁾.

On insistera sur le fait que certaines garanties traditionnellement retenues en faveur de la personne en matière pénale (droit de toute personne à être informée sans délai du droit à l'assistance d'un avocat, à communiquer promptement, recevoir la visite, s'entretenir avec lui et le consulter, etc.) sont affirmés dans les Principes comme autant de garanties du libre exercice de sa fonction par l'avocat; elles doivent être complétées par le droit de toute personne détenue de contester la légalité de sa détention, par exemple par voie de recours en *habeas corpus* ou d'*amparo*, encore récemment affirmé dans l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement⁽²⁸⁾. Dans l'esprit des "Principes Avocats", ce droit doit en effet être compris comme une garantie essentielle de la protection de l'avocat. Par ailleurs, concernant la protection des avocats en période d'état d'exception, il faut souligner que, d'après l'article 14 des "Principes Avocats", les avocats "(...) agissent à tout moment⁽²⁹⁾ librement et avec diligence, conformément à la loi et aux normes reconnues et à la déontologie de la profession d'avocat". Cette disposition, fondée sur un raisonnement identique à celui appliqué par la

(25) Art. 15.

(26) Ibid.

(27) E/CN. 4/Sub. 2/1990/35, par. 30 et 31.

(28) Résolution 43/173 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1988, annexe, principe 32.

(29) Souligné par nous.

Cour interaméricaine en matière d'*habeas corpus*⁽³⁰⁾, devrait conduire la Sous-Commission à s'interroger sur le caractère indérogeable des droits de la défense en tant que moyen de garantir le respect des autres droits indérogeables.

21. Dans notre document de travail, nous affirmions que les "Principes Magistrats" "constituent les premières normes intergouvernementales énonçant des exigences minima de l'indépendance judiciaire, et un étalon reconnu à partir duquel la communauté internationale mesure cette indépendance"⁽³¹⁾. Sous réserve de la question controversée du degré d'indépendance du parquet, cette remarque vaut sans aucun doute également en ce qui concerne les "Principes Parquet" et les "Principes Avocats". En effet, les règles posées par ces instruments reposent sur des normes internationales conventionnelles: le droit d'être entendu et jugé par une juridiction indépendante et impartiale, le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat ou, plus généralement, le droit à un procès équitable, dont elles constituent le régime d'application. Or, ce régime traduit au moins l'esprit commun des dispositifs normatifs nationaux en la matière et n'est bien souvent que le reflet des dispositions précises d'ordres internes; c'est notamment ce que M. L.M. Singhvi a remarquablement mis en valeur dans son étude⁽³²⁾. On est dès lors fondé à conclure que les règles affirmées dans ces trois instruments forment des principes généraux de droit international, au sens de l'article 38, paragraphe 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice.

22. Les "Principes Magistrats", les "Principes Parquet" et les "Principes Avocats" posent les normes des Nations Unies en matière d'indépendance du pouvoir judiciaire et de protection des avocats. Nous privilégierons donc la référence à ces instruments, en les complétant par les autres normes pertinentes. A cet égard, on fera d'ores et déjà mention des normes générales essentielles dans le cadre du présent rapport: le droit à l'intégrité physique, en particulier le droit à la vie, et le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, qui constituent – c'est un euphémisme – les premières conditions de l'indépendance de magistrats et de la protection des avocats.

(30) Voir les avis consultatifs désormais célèbres rendus par la Cour, OC – 8/87 du 30.01.1987 et Oc – 9/87 du 6.10.1987.

(31) E/CN. 4/Sub. 2/1990/35, par. 15.

(32) E/CN. 4/Sub. 2/1985/18/Add. 1 à 6.

Méthode

23. Concernant la deuxième partie, notre analyse s'est fondée sur des documents émanant de sources diverses et comportant des informations concordantes.

24. A cet égard, nous avons privilégié la référence aux réponses à la note verbale du Secrétaire général transmises par des gouvernements ainsi que par des ONG et des organisations professionnelles suivantes:

- a) Etats: Autriche, Belgique, Brunéi Darussalam, Bulgarie, Canada, Colombie, Cuba, Finlande, Maurice, Monaco, Norvège, Pakistan, Philippines, Samoa occidentale, Turquie, Tuvalu, Yougoslavie;
- b) Organisations intergouvernementales;
 - i) Organes, départements, instituts, agences et institutions spécialisées des Nations Unies: Département des Nations Unies des affaires économiques et sociales internationales, des affaires juridiques, du développement et de la coopération économique internationale, de l'information publique, de la prévention du crime et des questions politiques, ainsi que Cour internationale de Justice, PNUD, UNAFEI, OIT, FAO, UNESCO, OMS, BIRD, OMM, OMPI, AIEA;
 - ii) Autres organisations et organes: ASEAN, Commission interaméricaine des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme, INTERPOL, parlement européen;
- c) Organisations non gouvernementales: Association internationale de sociologie, Commission internationale des juristes, Fédération internationale des droits de l'homme, Isle of Man Lawyers Committee for Human Rights, Regional Council on Human Rights in Asia, Service Justice and Peace in Latin America;
- d) Associations professionnelles de juges et d'avocats: Association du barreau canadien, Association internationale des avocats, Association tchèque du barreau, General Council of the Bar, Japan Federation & Bar Associations, Ordre national des avocats de Belgique, Phillipines Bar Association, Union internationale des avocats.

25. Nous avons également procédé à l'examen systématique des documents de l'ONU sur le sujet, en particulier des rapports de la Sous-Commission et de la Commission, des rapports périodiques des Etats au Comité des droits de l'homme et des compte rendus analytiques des sessions de ces organes. En outre, nous avons procédé à une recherche traditionnelle en consultant plusieurs bibliothèques et banques de données, et en suivant la presse aussi souvent que possible. Enfin, nous avons assisté à plusieurs colloques.

26. En résumé, la quantité d'informations collectées dépasse largement les possibilités d'utilisation du présent rapport, déjà long en raison des deux mandats très différents qui nous sont conférés.

27. Dans le souci de respecter le principe du contradictoire⁽³³⁾, nous avons communiqué les informations reçues de source non gouvernementale aux Etats concernés.

(33) Cf. *supra*, par. 14.

PREMIERE PARTIE:

**LES SERVICES CONSULTATIFS ET LES PROGRAMMES
D'ASSISTANCE TECHNIQUE CONCERNANT L'INDEPENDANCE
DU POUVOIR JUDICIAIRE ET LA PROTECTION DES AVOCATS**

28. Au cours de nos investigations, nous avons pu constater que les départements, agences et institutions spécialisées ainsi que les instituts des Nations Unies entreprennent, selon leurs mandats respectifs, un nombre important d'activités de promotion et de formation qui concernent l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats – séminaires, cours de formation, ateliers, assistance et coopération techniques, bourses, stages – et notamment le Centre pour les droits de l'homme (Genève), le Service de la prévention du crime et de la justice pénale, rattaché au Centre pour le développement social et les affaires humanitaires des Nations Unies (Vienne), et les Instituts des Nations Unies pour la prévention du crime, principalement l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice (UNICRI), de Rome (Italie); l'Institut des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en Amérique latine (ILANUD), de San José (Costa Rica); et l'Institut des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en Asie et en Extrême-Orient (UNAFEI) de Tokyo (Japon).

29. Par ailleurs, le HCR et l'OMPI organisent des séminaires et des cours de formation dans leurs domaines respectifs auxquels participent régulièrement des magistrats et des avocats. Enfin, le Département de la

coopération technique pour le développement, qui gère le programme ordinaire de coopération technique de l'ONU⁽³⁴⁾ et le PNUD participent à des projets de coopération technique portant directement ou indirectement sur le sujet.

30. Au terme de ces constatations, il nous a semblé utile d'analyser les programmes mis en oeuvre tout d'abord dans le domaine des droits de l'homme (section 1) puis dans d'autres domaines (section 2), en dégagant des critères d'évaluation propre à chaque type d'activité concernant notre sujet. Nous examinerons au fur et à mesure la coopération au sein du système de l'ONU en matière de services consultatifs et d'assistance technique.

I. Services consultatifs et assistance technique dans le domaine des droits de l'homme

31. Le programme de services consultatifs et d'assistance technique de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme repose sur la résolution 926 (x) de l'Assemblée générale, adoptée le 14 décembre 1955, qui désigne l'ensemble du programme sous le nom de "services consultatifs dans le domaine des droits de l'homme", et autorise le Secrétaire général à fournir aux gouvernements qui le demanderaient, le cas échéant en collaboration avec les institutions spécialisées, l'assistance suivante: cycles d'études, services consultatifs d'experts, bourses d'études et de perfectionnement; en 1967 et en 1986, des cours de formation régionaux et nationaux ont été ajoutés au programme. Les priorités d'application sont dégagées par la Commission des droits de l'homme dans ses résolutions annuelles, et par le Secrétaire général, tant dans ses rapports de politique générale sur les droits de l'homme (par exemple les plans d'activités à moyen terme) que dans ses rapports à la Commission.

(34) On précise que, si le mandat de ce département ne se rapporte pas expressément aux droits de l'homme mais aux ressources naturelles, à la planification du développement économique, à l'administration publique et au développement social, il inclut implicitement le sujet de l'avis même du département. D'ailleurs celui-ci a des activités qui concernent les droits de l'homme parmi lesquelles l'administration de bourses, le recrutement et la fourniture d'experts et de consultants en matière de "développement social" et d'"activités juridiques et connexes", etc.

32. Mais les modalités d'application du programme ne paraissent pas avoir été définies de façon exhaustive pour chacune de ses composantes, même si, depuis 1990, un effort est fait par le Secrétaire général pour rationaliser l'assistance technique.

33. Il n'existe pas de programme consacré spécifiquement à l'indépendance du pouvoir judiciaire et à la protection des avocats. En revanche, surtout depuis 1988, le programme de services consultatifs en matière d'administration de la justice concerne très fréquemment le sujet, tant à l'occasion de séminaires, d'ateliers et de stages de formation que dans le cadre des services consultatifs et de l'assistance technique fournis respectivement par la Commission des droits de l'homme et le Centre pour les droits de l'homme à quelques Etats, de la gestion de bourses et de l'organisation de stages au Centre⁽³⁵⁾.

34. En l'absence – en l'état – de rapports propres à chacune des activités, nous nous référerons aux rapports annuels du Secrétaire général en matière de services consultatifs et d'assistance technique à la Commission des droits de l'homme, complétés par les dossiers internes du Centre.

A. LES "STAGES DE FORMATION", LES "ATELIERS" ET LES "SEMINAIRES"

35. Pour analyser ce type d'activité, l'objectif du séminaire, le choix des participants, des intervenants, le contenu et le suivi (rapport, évaluation), ainsi que la coopération entre les agents du système de l'ONU, nous paraissent devoir être les critères principaux.

1. En 1988

36. Un stage national de formation sur l'application des normes internationales a été organisé à Lomé (Togo) du 8 au 15 avril. Parmi les participants,

(35) Par exemple, début 1991, 23 nouvelles demandes de gouvernements concernaient les activités de formation en matière d'administration de la justice (E/CN. 4/1991/55, annexe III).

quatre magistrats et huit avocats étaient présents. Le stage a porté sur huit thèmes différents, parmi lesquels les droits de l'homme dans l'administration de la justice, sous l'angle du fonctionnement de la justice pénale. En l'absence de rapport sur le stage de formation⁽³⁶⁾, on se référera à l'évaluation qui a été faite par la Commission des droits de l'homme (CNDH) du Togo, selon laquelle:

"Le cours de formation a été l'occasion pour les membres de la CNDH, les magistrats, les avocats, les officiers de gendarmerie, de police et les fonctionnaires du Ministère des affaires étrangères de se familiariser avec les divers organes des Nations Unies en matière des droits de l'homme et leur mise en oeuvre."⁽³⁷⁾

37. Un second stage national de formation sur l'administration de la justice a eu lieu à Tunis (Tunisie) du 26 septembre au 1^{er} octobre. Il a été suivi par 51 participants, parmi lesquels 12 magistrats, ainsi que 14 avocats représentant soit des ONG soit des organisations professionnelles d'avocats. Furent notamment abordées les questions suivantes: procès équitable et administration de la justice; indépendance des juges et des avocats; protection des personnes détenues ou emprisonnées. Les objectifs du séminaire étaient en particulier de "promouvoir une meilleure compréhension du système international" de protection des droits de l'homme, et de "souligner la nécessité de renforcer les infrastructures nationales propres à promouvoir et à protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales". En l'absence de rapport plus élaboré sur ce stage⁽³⁸⁾, nous ne sommes pas en mesure d'en évaluer les résultats.

38. Un troisième stage de formation sur l'administration de la justice dans les pays d'Europe de l'Est a été organisé à Moscou (URSS) du 21 au 25 novembre. Y ont participé des gouvernements, représentants notamment par

(36) Les seules indications figurent dans le rapport annuel du Secrétaire général sur les services consultatifs et l'assistance technique à la Commission des droits de l'homme (E/CN. 4/1988/42, par. 26).

(37) CNDH, *Rapport annuel*, 1988, p. 21.

(38) E/CN. 4/1988/42, par. 30.

huit magistrats et des professeurs de droit international; les conférenciers étaient des fonctionnaires soviétiques, des fonctionnaires internationaux et des membres de la Sous-Commission et du Comité des droits de l'homme. Sur deux journées de stage, la première a été consacrée à l'exposé des fonctions législatives, d'application et d'information des Nations Unies en ce qui concerne les droits de l'homme. La seconde journée fut consacrée à des interventions sur la protection des droits de l'homme dans l'enquête policière et devant les juridictions d'instruction, les droits des personnes détenues ou emprisonnées, les droits de l'homme devant les tribunaux et les juridictions de recours, et dans le traitement des délinquants en milieu ouvert. On aura apprécié la publication par les Nations Unies d'un rapport sur ce stage⁽³⁹⁾, nonobstant la faiblesse du contenu de ce document. Les objectifs du stage, très généraux, on peut-être été atteints (il s'agissait de "faire connaître les normes internationales" et de "faire partager l'expérience des experts de l'ONU"⁽⁴⁰⁾) mais nous ne sommes pas en mesure de le préciser, étant donnée l'absence de suivi et d'évaluation du stage de formation.

39. Le Centre a organisé, en coopération avec l'Institut international de droit humanitaire, un quatrième stage de formation pour les pays d'Amérique centrale à San Remo (Italie) du 12 au 16 décembre. Les participants étaient des "représentants de six pays". Outre la description du système international de protection et de promotion des droits de l'homme, la question des "critères de base en matière d'administration de la justice, notamment le rôle de la police", fut abordée⁽⁴¹⁾.

40. Un atelier national sur les droits de l'homme et l'administration de la justice a été organisé à Manille (Philippines) du 5 au 7 décembre. De fait, cet "atelier" a rassemblé plus de 200 personnes, parmi lesquelles une cinquantaine de magistrats et d'avocats, une trentaine de représentants d'ONG ainsi que 60 représentants de la police et de l'armée. Le degré d'implication de la Commission nationale des droits de l'homme et du gouvernement dans

(39) HR/PUB/89/2.

(40) E/CN. 4/1989/42, par. 32.

(41) *Ibid.*, par. 35.

la préparation du séminaire témoigne de l'importance que lui accordaient les autorités. A cet égard, la participation conjointe des principaux acteurs de l'administration de la justice et de l'application des lois – magistrats, avocats, ONG, armée, police – a été particulièrement remarquable. Dans le contexte de l'époque, une telle manifestation procédait certainement plus du symposium national que de l'atelier. Par ailleurs, malgré la généralité des indications fournies dans le rapport du Secrétaire général à la Commission des droits de l'homme quant aux objectifs⁽⁴²⁾ et au contenu⁽⁴³⁾ de l'atelier, on a pu constater grâce aux documents de travail à disposition du Centre que les discussions ont été fructueuses, et ont donné lieu à des engagements de la part de tous les secteurs représentés. Firent notamment l'objet de discussions la nécessité de sensibiliser le pouvoir judiciaire à l'importance du traitement rapide des dossiers de violations des droits de l'homme, ainsi que de la protection des avocats lorsque leur sécurité physique est menacée. Des engagements ont été pris sur ces points par les autorités concernées, et l'instauration de principes directeurs sur la protection des avocats défenseurs des droits de l'homme a été proposée. La méthode de travail elle-même fut intéressante puisqu'elle consista à rassembler au sein de trois groupes de travail des militaires et des avocats; ils identifièrent les problèmes et les solutions éventuelles en matière de visite aux détenus et prisonniers, à la conduite de l'enquête, aux modalités des arrestations et de la détention, soit des thèmes particulièrement pertinents dans le contexte national. Ceci fait d'autant plus regretter l'absence de rapport sur l'atelier, ainsi que d'évaluation et de suivi du "programme d'action et d'assistance" qui y fut adopté. Par ailleurs, il eût été opportun que le Centre ainsi que l'Institut des Nations Unies pour la prévention du crime en Asie et en Extrême-Orient (UNAFEI) organisent cet atelier de manière coordonnée, voire ensemble, puisque l'un comme l'autre ont tenu aux mêmes dates un séminaire sur ce sujet (cf. *infra*).

41. Le Centre pour les droits de l'homme a organisé à Genève du 5 au 9 décembre un séminaire international sur l'enseignement des droits de

(42) "... encourager le respect des instruments internationaux", "promouvoir l'échange de connaissances" et "établir les bases d'une interaction et d'une coopération plus satisfaisante entre les pouvoirs publics et les ONG". Ibid., par. 33.

(43) "... rôle des divers secteurs; mesures concrètes visant à assurer la promotion et la protection des droits de l'homme", "programme d'action et d'assistance visant à encourager l'adhésion aux instruments internationaux". Ibid..

l'homme; un des trois thèmes abordés fut celui de l'enseignement des droits de l'homme dans les programmes de formation des personnels chargés de l'application des lois, des juristes et des magistrats. D'après les brèves informations à notre disposition⁽⁴⁴⁾, "les participants, au nombre de 70, représentaient 38 Etats, quatre institutions et agences du système, le Conseil de l'Europe et 15 ONG".

2. En 1989

42. Le Centre a organisé un stage national de formation sur l'application des normes internationales à Conakri (Guinée) du 17 au 22 avril. L'administration de la justice et les droits de l'homme, et les droits des personnes détenues ou emprisonnées y furent abordées. Parmi les 60 participants figuraient "des responsables de l'administration de la justice"⁽⁴⁵⁾. C'est là toute l'information dont nous disposons sur ce stage.

43. Un atelier sur les droits de l'homme pour les pays andins a été organisé par le Centre et, notamment, l'Institut équatorien et la Ligue équatorienne des droits de l'homme à Quito (Equateur) du 8 au 12 mai. Y ont participé l'Institut interaméricain des droits de l'homme, la Commission internationale des juristes, la Commission andine des juristes, ainsi que quelques magistrats. L'indépendance de la magistrature a fait l'objet d'un des trois exposés. Des groupes de travail sur "les normes internationales", "les droits de l'homme et la police" et "l'enseignement des droits de l'homme", instaurés "en raison de l'utilité qu'ils pouvaient présenter pour les gouvernements du Pacte andin, eu égard notamment à leurs politiques d'intégration"⁽⁴⁶⁾, ont formulé des recommandations intéressantes, parmi lesquelles: le souhait d'une procédure judiciaire rapide et effective en cas de violations des droits de l'homme, tant devant les juridictions ordinaires que spéciales; le souhait de voir l'autorité judiciaire dotée de pouvoirs de contrôle de l'exécutif en situation d'état d'exception; l'importance de mener une intense campagne

(44) *Ibid.*, par. 34.

(45) E/CN. 4/1990/43 et Corr. 1, par. 43.

(46) *Ibid.*, par. 92.

de formation, en particulier des juges et des avocats, pour mettre en oeuvre les recommandations formulées. Malheureusement, il semble que ces recommandations n'ont pas été rendues publiques. En l'absence de procédure de suivi, nous ne sommes pas en mesure d'apprécier si elles ont été appliquées.

44. Le Centre a organisé du 31 juillet au 4 août à Manille (Philippines) un atelier national sur les droits de l'homme au service de la paix et du développement. L'atelier a réuni "300 participants de niveau intermédiaire des institutions ou organismes philippins"⁽⁴⁷⁾ – en fait, 30 avocats dont la moitié officiant dans le cadre de l'aide judiciaire, 10 procureurs, 15 juges, ainsi qu'une vingtaine de militaires. L'atelier s'est déroulé comme le précédent au sein de groupes de travail. Le groupe III, consacré aux droits de l'homme dans l'administration de la justice, a porté sur les thèmes suivants: "la définition d'une perspective commune quant au système d'administration de la justice", "l'identification des questions de fond et de procédure touchant aux droits de l'homme", "de l'arrestation au dépôt des plaintes auprès du ministère public", "de l'enquête préliminaire à l'établissement du dossier", "du procès proprement dit à la prise d'une décision". Le groupe de travail a présenté un projet de résolution sur les questions de fond et de procédure touchant aux droits de l'homme, notamment sur l'accès des personnes arrêtées aux services d'un avocat ou à l'aide judiciaire. Les conclusions générales de l'atelier portèrent en particulier sur le rôle des tribunaux et du système judiciaire dans la promotion des droits de l'homme⁽⁴⁸⁾. D'après nos informations, les résultats de l'atelier organisé en 1988, en particulier les engagements sur lesquels il avait débouché, n'ont pas été pris en compte dans la préparation de celui-ci. En outre, nous ne sommes pas en mesure de savoir ce qu'il advint des conclusions et recommandations de l'atelier.

3. En 1990

45. Le Centre a organisé du 9 au 13 juillet un stage national de formation sur l'application des instruments internationaux et sur l'administra-

(47) Ibid., par.93.

(48) Ibid..

tion de la justice à Montevideo (Uruguay). Les objectifs du stage, là aussi définis très généralement, étaient de faire connaître les modalités d'application des instruments aux fonctionnaires concernés, et les obligations qui en découlent. On comptait notamment parmi les participants 16 magistrats et une soixantaine de membres de la police et de l'armée, mais pas d'avocat ni d'ONG. Les intervenants étaient des magistrats, des membres des organes internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme, un permanent de la Commission internationale des juristes et des fonctionnaires internationaux du Centre, du Service de la prévention du crime et de la justice pénale et de l'OMS. Furent notamment abordées les questions de la responsabilité du juge dans l'application nationale des instruments internationaux, les devoirs du juge pendant l'exécution des peines et les droits du condamné⁽⁴⁹⁾. Les recommandations adoptées, mais non publiées, portent sur la constitution d'une cellule d'information et d'évaluation destinée notamment aux tribunaux, le renforcement de la coopération en particulier entre les juges, le ministère public et les avocats, et l'amélioration du traitement des personnes arrêtées. Nous ne disposons pas – là encore – de rapport sur ce stage. A la suite du stage, le gouvernement aurait proposé au Centre un projet d'assistance technique, qui prévoit notamment des services d'experts et l'organisation de cours de formation.

B. SERVICES CONSULTATIFS DE LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME A QUELQUES ETATS

46. La signification de l'octroi de "services consultatifs d'experts dans le domaine des droits de l'homme" n'a jamais été réellement définie. Mais l'objectif de telles procédures, l'examen des résolutions de la Commission, ainsi que l'interprétation par les experts de leurs mandats respectifs en précisent le sens: il s'agit de recommander aux gouvernements des politiques et des mesures qu'ils pourraient adopter pour protéger et promouvoir les droits de l'homme, et de faire des recommandations aux organes de l'ONU concernés quant à l'opportunité et aux modalités d'octroi de services consul-

(49) E/CN. 4/1991/55, par. 86 et 87.

tatifs et d'assistance technique. Le fondement de ces recommandations est l'évaluation de la situation des droits de l'homme dans le pays, qu'elle soit explicitement demandée par la Commission, ou déduite de son propre mandat par l'expert. Ces trois éléments (1. évaluation; 2. recommandations au gouvernement; 3. recommandations à la Commission) seront nos critères essentiels d'analyse des services consultatifs de la Commission.

47. On rappellera que la question de l'opportunité de l'octroi de services consultatifs et d'une assistance technique au Guatemala par exemple, a fait l'objet de vifs débats du fait de la persistance, voire de l'aggravation, des violations massives des droits de l'homme dans ce pays. Les options quant aux rôles possibles de la Commission des droits de l'homme – procédure de surveillance et/ou octroi d'une assistance – ont varié notamment selon que les violations étaient pour les uns attribuées en partie au gouvernement et, pour les autres, aux groupes militaires et paramilitaires seulement⁽⁵⁰⁾.

48. Trois Etats ont bénéficié des services consultatifs de la Commission des droits de l'homme depuis 1988⁽⁵¹⁾: le Guatemala, Haïti et la Guinée équatoriale. Si l'indépendance du pouvoir judiciaire a été abordée par les experts, la protection des avocats dans l'exercice de leur profession ne l'a jamais été directement.

1. Le Guatemala

49. En 1989, l'expert sur le Guatemala ayant évalué la situation du pouvoir judiciaire et constaté l'impuissance de ce dernier, a néanmoins proposé le maintien des services consultatifs et de l'assistance technique à l'intention des magistrats, en particulier par des cours de formation. Il s'est borné dans ce premier rapport à faire des recommandations générales⁽⁵²⁾.

(50) Pour une critique pertinente des services consultatifs et de l'assistance technique fournis au Guatemala (sur l'opportunité, la méthode, le contenu), voir Lawyers Committee for Human Rights. "The UN Advisory Services Program in Guatemala, Abandoning the Victims" (New York: February 1990), 101 pp.

(51) On rappellera que 1988 est l'année à partir de laquelle nous effectuons cette analyse.

(52) E/CN. 4/1989/39, *inter alia*, par. 48, 60, 66 et 69 a) ii).

50. En 1990, l'expert a constaté en premier lieu le "mauvais fonctionnement" du système judiciaire, en second lieu le fait que "le gouvernement n'a pas fait tout ce qui était en son pouvoir pour lutter contre les graves atteintes aux droits de l'homme", enfin les velléités d'indépendance de l'armée. Il a cependant maintenu sa proposition de recommander à la Commission la poursuite des services consultatifs et de l'assistance technique, au motif qu'ils "tendent à favoriser le développement d'une culture des droits de l'homme qui n'existait pas et à modifier les attitudes". A cet égard, il a préconisé l'organisation de cours de formation et de séminaires pour les magistrats, se limitant, cette année encore, à faire pour le reste des recommandations générales au gouvernement⁽⁵³⁾.

51. En 1991, l'Expert nouvellement nommé a "disséqué" le fonctionnement du système judiciaire, en particulier dans le traitement des cas de disparitions involontaires et d'exécutions sommaires, et en utilisant les analyses des rapporteurs spéciaux de la Commission ainsi que les excellents travaux effectués en 1990 dans le cadre de l'assistance technique (cf. *infra*). Tout en constatant le "manque d'énergie" du gouvernement en matière de "violence criminelle", le caractère "insatisfaisant voire futile" de l'action du parquet et du pouvoir judiciaire, ainsi que l'"indépendance" persistante de l'armée, l'expert a observé que, sans le maintien de l'assistance internationale, les "orientations politiques fondamentalement nouvelles" du gouvernement ont peu de chances d'aboutir. Des recommandations relativement précises ont été faites au gouvernement pour ce qui concerne l'administration de la justice; en revanche, il n'a pas été indiqué quelles formes pourraient prendre les services consultatifs et l'assistance technique⁽⁵⁴⁾. Si la dégradation de la situation des droits de l'homme dans ce pays devait se confirmer, les services consultatifs comme l'assistance technique ne pourraient être renouvelés sans risque d'en dévoyer la qualité. Il doit s'agir d'un remède et non d'une caution.

2. Haïti

52. En 1989, l'Expert de la Commission sur Haïti a dressé un bilan particulièrement noir de l'administration de la justice dans ce pays. Il a

(53) E/CN. 4/1990/45, par. 48, 49, 54, 58, 63, 66 c) m) et o), 71 c) et d) ii).

(54) E/CN. 4/1991/5, *inter alia*, par. 123 à 126, 140 et 142 à 145.

conclu que la justice "ne jouait pas son rôle", "était inefficace", et que les mesures nécessaires n'avaient été prises ni par le pouvoir judiciaire ni par le gouvernement d'alors, malgré les déclarations d'intentions de ce dernier. Il a recommandé à la Commission l'instauration d'une procédure de surveillance plutôt que l'octroi de services consultatifs à Haïti, et s'est abstenu de faire des recommandations au gouvernement. Toutefois, parmi les priorités de l'assistance technique à fournir si la Commission ne suivait pas son avis, il a insisté sur le renforcement et l'amélioration du service de la justice, pour lui permettre de remplir sa mission en toute indépendance⁽⁵⁵⁾.

53. L'expérience d'Haïti a incité l'Expert à proposer à la Commission une réflexion globale sur la finalité des services consultatifs, notamment quant à savoir:

"... si des critères minimaux de respect des normes internationales ne devraient pas être exigés pour pouvoir bénéficier des services consultatifs des Nations Unies"⁽⁵⁶⁾.

Nous reviendrons sur cette proposition essentielle.

54. Le mandat de l'Expert, légèrement modifié, ayant été renouvelé, il a présenté à la Commission en 1990 une évaluation de la situation des droits de l'homme et du fonctionnement de la justice aussi noire que l'année précédente, relevant en particulier:

"L'indépendance de l'autorité judiciaire n'est toujours pas assurée et ses pouvoirs restent réduits, puisqu'elle a été dans l'incapacité d'élucider un seul des nombreux crimes commis au cours des dernières années".

55. Tout en formulant des recommandations à la Commission identiques à celles de l'année précédente, l'Expert a insisté en 1990 sur ce qui nous semble être une condition fondamentale de l'octroi de services consultatifs: le consentement et la requête des autorités nationales. A cet égard, il sera utile de citer largement l'Expert:

(55) E/CN. 4/1989/40, *inter alia*, par. 89 à 97, 138 c) i) et 139.

(56) *Ibid.*, par. 141.

"L'affirmation du rapport 1989 selon laquelle la justice ne joue pas son rôle en Haïti, soit par incompetence, soit par manque de volonté ou d'indépendance tenant à ses liens avec le Duvaliérisme, voire par corruption, reste vraie. Il est frappant de constater que les magistrats de la Cour de cassation, à qui l'Expert proposait l'organisation d'un séminaire sur les droits de l'homme, n'en voient absolument pas la nécessité, indiquant que le Centre pour les droits de l'homme ne peut rien leur amener. Ils ne se sentent pas concernés... par l'impunité de toutes les atrocités de ces dernières années, qu'ils expliquent en grande partie par le fait que les victimes ou leurs familles ne sont pas venues déposer plainte. Ils s'estiment indépendants de l'Exécutif et n'ont pas la moindre conscience d'une quelconque responsabilité de la justice. Peut-on dans ces conditions continuer à proposer des services consultatifs à des personnes qui n'en veulent pas?"⁽⁵⁷⁾.

3. La Guinée équatoriale

56. Concernant la Guinée équatoriale, on pressent une certaine inadéquation du programme de services consultatifs, faute d'une évaluation suffisante, semble-t-il, de la situation des droits de l'homme dans ce pays et de ses capacités réelles en matière de protection des droits de l'homme.

57. Par exemple, en 1990, la consultation faite par le Centre pour faire le point sur la mise en oeuvre par le gouvernement du Plan d'action élaboré par le Secrétaire général au début des années 80⁽⁵⁸⁾ a permis de constater l'importance du retard pris par les autorités, notamment en matière d'administration de la justice. Des recommandations ont certes été faites au gouvernement quant à l'application du Plan d'action, ainsi qu'aux organes de l'ONU concernés quant aux services consultatifs et à l'assistance technique à four-

(57) E/CN. 4/1990/44 et Add. 1, *inter alia*, par. 55, 102 et 103, 106 e) et 107 c) et d).

(58) Voir E/CN. 4/1495; le gouvernement avait accepté ce Plan et l'ECOSOC en avait pris note dans sa résolution 1982/36.

nir⁽⁵⁹⁾. Mais nous pensons qu'à l'avenir une telle consultation devrait être complétée par une analyse des causes du retard constaté.

58. Dans son rapport de 1991 et lors de sa présentation à la Commission, l'Expert sur la Guinée équatoriale a regretté l'absence de coopération du gouvernement. Il a constaté aussi "l'absence de démocratie et de système institutionnel adéquat pour la protection des droits de l'homme dans ce pays depuis 1979", année où l'Expert a fait sa première visite dans ce pays⁽⁶⁰⁾. Même si ces propos sont généraux et non motivés, il s'agit là non seulement d'une brève évaluation de la situation dans ce pays qui manquait cruellement, mais aussi d'un certain constat d'échec des services consultatifs à la Guinée équatoriale. A cet égard, on les rapprochera du point de vue exprimé entre autres par Amnesty International à la Commission, selon lequel les droits de l'homme les plus fondamentaux ne sont toujours pas respectés dans ce pays depuis dix ans, en particulier en matière d'administration de la justice; en conséquence, la Commission devrait mieux assister le gouvernement afin qu'il trouve des moyens rapides et efficaces de mettre fin aux violations⁽⁶¹⁾.

59. A sa quarante-septième session, en 1991, la Commission a prié le Secrétaire général de renouveler et renforcer le mandat de l'Expert, en lui demandant d'étudier la situation des droits de l'homme dans ce pays⁽⁶²⁾. Nous proposons à la Sous-Commission d'appuyer une telle démarche qui devrait être le point de départ et le fil conducteur de la mise en oeuvre de tout programme de services consultatifs.

(59) E/CN. 4/1990/42 et Add. 1, *inter alia*, par. 20, 44 et 57.

(60) E/CN. 4/1991/54 et Add. 1 et 2, *inter alia*, par. 6 et 13.

(61) L'organisation dénonce en particulier le manque d'indépendance et d'impartialité des juridictions de jugement, ainsi que les atteintes aux droits de la défense; voir E/CN. 4/1991/NGO/27, *inter alia*, par. 4 et 13.

(62) Résolution 1991/80 en date du 6 mars 1991, par. 8.

C. ASSISTANCE TECHNIQUE DU CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME A QUELQUES ETATS

60. Nous suggérons que les critères suivants soient pris en compte pour analyser l'assistance fournie: la demande du gouvernement, la capacité logistique et substantielle du Centre à réaliser et évaluer les projets, la collaboration avec d'autres agents de l'ONU impliqués dans des projets, ainsi que, le cas échéant, les priorités dégagées (même implicitement) par l'Expert désigné par la Commission des droits de l'homme au titre des services consultatifs, par les rapporteurs spéciaux et par les organes conventionnels. Faute d'une documentation suffisante nous nous limiterons à l'énoncé de quelques idées déduites de la description des activités présentée annuellement à la Commission des droits de l'homme.

61. Depuis 1988, le Centre pour les droits de l'homme a octroyé une assistance technique concernant en particulier l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats à la Colombie, au Guatemala, à la Guinée équatoriale, au Paraguay et à la Roumanie.

1. Assistance technique à la Colombie

62. Le projet de "coopération technique" avec la Colombie, d'une durée de deux ans, a débuté en 1988; il était animé par le Centre pour les droits de l'homme conjointement avec le PNUD⁽⁶³⁾. L'objectif du projet était de renforcer les institutions et les infrastructures nationales propres à protéger et à promouvoir les droits de l'homme. Etaient notamment prévues les activités suivantes, qui intéressent particulièrement notre sujet:

- a) fournitures de services consultatifs d'experts internationaux pour la formation des juges d'un tribunal nouvellement établi, compétent en particulier en matière d'exécutions extrajudiciaires;
- b) octroi de bourses à des magistrats pour leur permettre de suivre les stages annuels de formation du Centre international de recherches et d'études sociologiques, pénales et pénitentiaires de Messine (Italie);

(63) Voir les rapports annuels du Secrétaire général sur les services consultatifs et l'assistance technique à la Commission des droits de l'homme (E/CN. 4/1989/42, par. 16 et 17; E/CN. 4/1990/43 et Corr. 1, par. 74 à 78; E/CN. 4/1991/55, par. 70 à 73).

- c) organisation d'activités de formation, dont un stage national de formation à l'intention de fonctionnaires chargés de la promotion et de la protection des droits de l'homme.

a) Services consultatifs d'experts

63. En 1988, les services d'un expert, ancien magistrat, ont été fournis pour assister le corps de juges nouvellement établi. Figuraient à son programme de travail de nombreuses activités concernant l'indépendance du judiciaire, notamment l'évaluation du système de procédure pénale, l'étude comparée de la législation colombienne sur les exécutions extrajudiciaires avec d'autres législations du même type et l'amélioration des méthodes de travail des magistrats. L'Expert, qui a séjourné plus d'un mois en Colombie et s'est entretenu avec de hauts responsables des pouvoirs exécutif et judiciaire, a donné des conférences devant une centaine de magistrats et de responsables de l'application des lois à Bogotá, Medellín et Cali; ses services ont été dispensés en collaboration avec le Service de la prévention du crime et de la justice pénale. En 1989, les autorités colombiennes ont pris des nouvelles mesures concernant l'indépendance du judiciaire, tandis que la Cour suprême rendait une importante décision selon laquelle, même en période d'état d'exception, les civils ne seraient pas jugés par des tribunaux militaires; selon le Secrétaire général, la plupart de ces mesures avait été recommandées aux autorités par l'Expert. Malheureusement les activités de l'Expert n'ont pas fait l'objet de la publication d'un rapport spécifique.

64. En 1990, le Centre a fourni au Conseiller du Président pour les droits de l'homme les services d'un expert chargé d'aider les autorités en matière de procédures à appliquer en cas de disparitions forcées ou involontaires. On soulignera là encore l'insuffisance des informations sur les services rendus.

b) Octroi de bourses

65. Une bourse a été fournie en 1988 à un magistrat pour suivre les cours du Centre de recherches et d'études de Messine, organisés cette année-là à l'intention des forces de police; en 1989, "quatre bourses" ont été

octroyées "à des magistrats et à des fonctionnaires de police" pour suivre ces cours. Il semble qu'à l'avenir, de telles bourses pourraient être attribuées de manière moins empirique. Nous ne disposons pas suffisamment d'informations sur ce sujet pour conclure.

c) *Cours de formation*

66. Le Centre a coopéré à l'organisation, par l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice, d'un stage de formation sur les droits de l'homme et les procédures pénales à l'intention des juges colombiens, qui s'est tenu du 11 au 22 septembre 1989 à Castelvando (Italie). Le choix des juges participants, au nombre de 35, l'objectif du stage (former des juges de sorte qu'ils puissent eux-mêmes former d'autres juges), le choix des thèmes abordés, caractérisés par leur technicité et leur adéquation aux problèmes colombiens (techniques modernes d'enquête et de recherche et instruments nécessaires pour analyser les faits et les éléments de preuve; terrorisme et infractions liées à la drogue; comparaison des procédures pénales; mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme), ainsi que la méthode de formation, privilégiant la pratique à la théorie (examen *in situ* des procédures italiennes, interventions de nombreux magistrats italiens spécialisés), font de ce stage un exemple du genre. Il est évident que sa réussite doit beaucoup à la compétence spéciale de l'Institut en matière de procédure pénale, et à sa vocation à organiser ce type d'activités. Par ailleurs, la définition précise des besoins des magistrats par les autorités colombiennes a permis de limiter la formation aux problèmes les plus importants que rencontre le pouvoir judiciaire. En outre, le stage a fait l'objet d'une évaluation *post facto* précise par les autorités colombiennes, ce dont nous devons les féliciter, et par les participants, portant tant sur la substance que sur l'organisation. Enfin, cette évaluation ainsi que la totalité des Actes du stage ont été publiées⁽⁶⁴⁾.

d) *Evaluation du projet par l'ONU*

67. En 1990 la mise en oeuvre du projet a fait l'objet d'une évaluation par un consultant indépendant. Ce dernier a conclu notamment que la forma-

(64) UNCHR, UNICRI, Ministero degli Affari Esteri Italiano, Diritti Umani ed Istruzione Penale *Corso di Formazione sulle Tecniche di Istruzione ed Investigazione*. UNICRI, Publ. N.º 39 (Roma: 1990), 245 pp..

tion offerte aux magistrats avait été "l'une des principales réussites du projet"⁽⁶⁵⁾. Nous nous demandons toutefois dans quelle mesure les différentes parties du projet ayant trait à l'indépendance du pouvoir judiciaire ont fait l'objet d'une coordination, en particulier entre les services consultatifs destinés au nouveau corps de juges et le stage de formation: les bénéficiaires des services consultatifs et les participants au stage de formation étaient-ils les mêmes? Le contenu des deux activités était-il complémentaire? Para ailleurs, nous insistons pour qu'à l'avenir des avocats, acteurs essentiels de l'indépendance du pouvoir judiciaire et cible importante des atteintes à ce dernier en Colombie, soient associés à de tels projets.

2. Assistance technique au Guatemala

68. Depuis 1988, le Centre pour les droits de l'homme a entrepris, notamment en collaboration avec le PNUD, un programme d'assistance technique au Guatemala, dans le but "d'aider le gouvernement à renforcer son infrastructure en vue de protéger et de promouvoir les droits de l'homme"⁽⁶⁶⁾.

69. Parmi les activités prévues par le projet, ont concerné particulièrement l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats:

- a) la fourniture de services consultatifs concernant les procédures en cas de disparition;
- b) l'organisation d'activités de formation.

a) *Services consultatifs d'experts*

70. En 1989, un expert, professeur de droit pénal à l'Université de Buenos Aires (Argentine), a séjourné un mois au Guatemala pour assister les autorités en matière de traitement et d'instruction impartiale des affaires

(65) E/CN. 4/1991/55, par. 72.

(66) Voir les rapports annuels du Secrétaire général sur les services consultatifs et l'assistance technique à la Commission des droits de l'homme (E/CN. 4/1989/42, par 19. et 20; E/CN. 4/1990/43 et Corr. 1, par. 79 à 81; E/CN. 4/1991/55, par. 74 à 76); voir également les rapports de l'Expert sur le Guatemala (E/CN. 4/1989/39; E/CN. 4/1990/45 et Add. 1; E/CN. 4/1991/5 et Add. 1).

survenues dans des circonstances suspectes, en collaboration avec le Service de la prévention du crime et de la justice pénale⁽⁶⁷⁾. Entre autres activités, il a donné des cours à des magistrats.

71. En 1989, un expert, chef du département juridique du Vicariat de la Solidarité de Santiago du Chili, a été chargé d'évaluer la qualité des enquêtes menées au Guatemala sur les disparitions forcées ou involontaires⁽⁶⁸⁾.

72. Les conclusions des experts concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire sont très étayées⁽⁶⁹⁾. Ainsi l'Expert sur les disparitions a conclu à l'existence de "carences dans les rapports entre les juges et le personnel de police" dues principalement "aux mauvaises méthodes de travail tant de la police que des tribunaux", et à l'insuffisance du rôle du ministère public, qui n'est "guère actif aux diverses étapes de la procédure", en particulier quant au déclenchement de l'action publique. L'Expert sur les procédures impartiales a remis en cause la procédure pénale de type inquisitorial (en particulier l'articulation des fonctions des magistrats du parquet et de juge d'instruction) qui, dans le contexte national, "ne sont pas compatibles avec un état de droit et encore moins avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme". Début 1991, l'Expert de la Commission des droits de l'homme sur le Guatemala affirmait dans le même sens:

"Il est clair que les mesures prises par la police, le parquet et le pouvoir judiciaire sont insatisfaisantes, voire futiles. Il est urgent, en se fondant sur une détermination résolue du nouveau gouvernement, (...) d'améliorer l'efficacité des travaux du ministère public et de rationaliser les procédures judiciaires dans les affaires pénales en appliquant le nouveau Code de procédure pénale"⁽⁷⁰⁾ (dont l'adoption par le Congrès était pendante en février 1991).

(67) E/CN. 4/1990/43, par. 80 k).

(68) E/CN. 4/1990/45/Add. 1, par. 3 et 4.

(69) Elles sont exposées en détail dans le document E/CN. 4/1990/45/Add. 1.

(70) E/CN. 4/1991/5, par. 144 et 145.

73. La publication d'un rapport d'activités très détaillé⁽⁷¹⁾ est remarquable même si l'on doit signaler une insuffisante évaluation des services rendus.

b) *Stages de formation*

74. Un premier stage national de formation a été organisé par le Centre en collaboration avec le CICR du 14 au 18 novembre 1988. L'objectif du stage était de familiariser des éducateurs appartenant principalement à l'armée et à la police, mais aussi à la magistrature, avec les normes et mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme et de droit humanitaire, notamment au moyen d'exercices pratiques⁽⁷²⁾. Ont compté sept magistrats et trois représentants d'ONG parmi les 60 participants. Ont été en particulier abordées les questions des enquêtes impartiales en cas de décès survenus dans des circonstances suspectes et sur la protection des personnes détenues ou emprisonnées.

75. Un second stage national de formation a été organisé par le Centre en collaboration avec le CICR du 23 au 27 octobre 1989, avec les mêmes participants, afin de faire le point sur la diffusion et l'enseignement des droits de l'homme. Nous ne disposons pas d'informations suffisantes pour savoir si – comme cela serait souhaitable – ce second stage a été l'occasion d'évaluer les résultats du premier.

76. L'insuffisante coordination entre les programmes d'expertise en matière d'administration de la justice a été relevée (pas moins de six programmes de coopération intergouvernementale bilatérale et d'assistance technique internationale se déroulaient en même temps au Guatemala en 1990⁽⁷³⁾, sans compter les activités des nombreuses ONG présentes sur le terrain).

(71) E/CN. 4/1990/45/Add. 1.

(72) Voir le programme du stage, E/CN. 4/1989/39, annexe II.

(73) E/CN. 4/1990/45/Add. 1, par. 60.

3. Assistance technique à la Guinée équatoriale

77. L'activité principale du Centre à l'égard de la Guinée équatoriale a consisté, depuis 1982, à envoyer dans ce pays des consultants⁽⁷⁴⁾ afin "d'aider le gouvernement à appliquer le Plan d'Action" et de "déterminer dans quelle mesure ce Plan avait été appliqué"⁽⁷⁵⁾.

78. A la suite de la demande très générale d'assistance technique formulée en mars 1990 par le gouvernement et portant sur "la révision de législation du pays, l'élaboration des codes civil et pénal, et la formation des juges et des magistrats", deux experts, un magistrat et un notaire, ont eu pour mission d'aider le gouvernement à:

- a) "codifier les lois fondamentales en matière civile et pénale";
- b) "codifier les lois de procédures propres à faciliter le fonctionnement des tribunaux judiciaires"⁽⁷⁶⁾.

79. Les experts ont été frappés par la mauvaise formation juridique des membres du pouvoir judiciaire. Leur rapport n'était toujours pas disponible en mai 1991. En outre le Centre a décidé de fournir en 1991 15 bourses en vue de la formation de personnel judiciaire.

4. Assistance au Paraguay

80. Depuis 1990, le Centre organise en coopération avec le PNUD un programme d'assistance technique dont l'objectif est "d'aider le gouvernement à mettre en place l'infrastructure nécessaire à la promotion et à la protection des droits de l'homme", à la suite des changements survenus en février 1989. L'objet principal de cette assistance est l'instauration d'un Office des droits de l'homme. Rattaché au Ministère de la justice, il aura notamment pour fonctions d'encourager les responsables de l'administration de la justice à "adopter de nouvelles méthodes de répression ou de contrôle

(74) Respectivement en 1982, 1986 et 1989.

(75) E/CN. 4/1991/54, par. 3.

(76) Ibid., par. 6 à 7.

afin d'assurer le respect des droits des personnes arrêtées, détenues ou emprisonnées"⁽⁷⁷⁾.

81. Dans ce cadre, un séminaire nacional sur l'application des instruments internationaux et l'administration de la justice a été organisé par le Centre en coopération avec le PNUD à Asunción du 18 au 20 juillet 1990. Parmi les 130 participants, on a pu compter un nombre important de représentants d'ONG et de syndicats, mais une dizaine de magistrats seulement, et aucun d'avocats. Les intervenants, des membres des organes internationaux, des fonctionnaires nationaux et internationaux, en particulier du Service de la prévention du crime et de la justice pénale, de l'OIT et du HCR, ont fait des exposés sur les instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme, en mettant l'accent, ce qui mérite d'être souligné, sur la protection des groupes vulnérables – femmes, enfants, réfugiés – ainsi que sur le rôle des ONG et sur celui de la police. Ces derniers, ainsi que l'exposé du Conseiller interrégional sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, portant sur les droits de l'homme dans le système pénitentiaire, ont été les seuls à concerner directement l'administration de la justice. Le séminaire a donné lieu à la publication d'un rapport intéressant, comprenant les Actes ainsi qu'en annexe un nombre important d'instruments internationaux sur les droits de l'homme dans l'administration de la justice⁽⁷⁸⁾.

82. Le Centre a en outre fourni au gouvernement les services consultatifs d'un expert, membre de la Sous-Commission, pour un stage intensif de formation (21 octobre - 2 novembre 1990) à l'intention de 30 fonctionnaires candidats à un poste auprès de l'Office des droits de l'homme, parmi lesquels des magistrats. Le stage a porté sur les procédures internationales et sur le fonctionnement d'un office national, au moyen "d'exercices de caractère éminemment pratique"⁽⁷⁹⁾.

(77) E/CN. 4/1991/55, par. 77.

(78) República del Paraguay, PNUD, CDHNU, *Seminario sobre la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la administración de la justicia*. Ministerio de justicia y Trabajo de la República del Paraguay, enero 1991, 302 pp.

(79) E/CN. 4/1991/55, par. 78.

5. Assistance à la Roumanie

83. En 1990, le Centre pour les droits de l'homme a organisé une consultation dans le cadre de la rédaction du projet de Constitution, en accueillant à Genève les membres de la commission parlementaire chargée de la rédaction, puis en fournissant, en 1991, les services consultatifs d'experts⁽⁸⁰⁾, qui se sont rendus en Roumanie. La consultation porte notamment sur l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats.

6. Assistance aux autorités mongoles

84. Un programme de coopération avec le Gouvernement mongol a été mis en oeuvre en novembre 1990 afin d'aider les fonctionnaires compétents à rédiger le projet de Constitution. En l'absence de renseignements plus précis, on ne saurait dire si l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats ont été pris en compte dans cette consultation⁽⁸¹⁾.

D. PROGRAMME DE BOURSES ET DE STAGES

1. Bourses

85. Chaque année, le Secrétaire général octroie une trentaine de bourses à des candidats proposés par leur gouvernement⁽⁸²⁾. Les demandes ont considérablement augmenté ces dernières années⁽⁸³⁾. Le Secrétaire général a

(80) *Ibid.*, par. 80 à 81.

(81) *Ibid.*, par. 61.

(82) Nous ne traitons ici que du programme ordinaire de bourses depuis 1988 (cf. E/CN. 4/1989/42, par. 39 et 40; E/CN. 4/1990/43, par. 58 à 62; E/CN. 4/1991/55, par. 51 à 56); pour celles octroyées dans le cadre de l'assistance technique à des Etats particuliers, cf. *supra*.

(83) *Ibid.*, 1988: 62 demandes émanant de 43 gouvernements; 1989: 65 demandes émanant de 45 gouvernements; 1990: 85 demandes émanant de 53 gouvernements.

donné davantage de renseignements sur le programme de bourses dans ses rapports annuels à la Commission depuis la restructuration du programme de bourses survenue en 1988, et en particulier depuis 1990.

86. La sélection doit, aux termes des résolutions de l'Assemblée générale, privilégier les candidats des pays en voie de développement et les femmes, en addition au critère géographique traditionnel. En outre, les candidats sélectionnés doivent exercer présentement ou dans un futur proche des fonctions touchant directement aux droits de l'homme, notamment dans le domaine de l'administration de la justice; il peut s'agir en particulier de membres des commissions nationales des droits de l'homme et des rédacteurs des rapports périodiques aux organes conventionnels. De fait, les boursiers sont en majorité des avocats et des magistrats.

87. La sélection par le Centre des candidatures présentées par les gouvernements est faite par le Groupe consultatif du Centre sur les services consultatifs et l'assistance technique⁽⁸⁴⁾. Elle prendrait désormais en compte la motivation et les besoins des boursiers.

88. Quant au contenu du programme, les boursiers passent deux semaines au Centre pour les droits de l'homme pour suivre les exposés des fonctionnaires du Centre et des institutions spécialisées, assister quelques jours aux sessions du Comité des droits de l'homme et des groupes de travail de la Sous-Commission, et "procéder à un échange de données d'expériences". Ils se rendent à l'Institut international des droits de l'homme de Strasbourg pendant trois semaines, pour suivre une formation sur les systèmes américain, africain et européen de protection des droits de l'homme.

89. Il est important, pour une meilleure compréhension du système international, de combiner théorie et pratique. On s'interrogera toutefois sur l'utilité de suivre une session du Comité et d'un groupe de travail pendant si peu de temps. Cette étape du stage deviendrait tout à fait inutile si les boursiers s'avaient en mesure de suivre l'intégralité de ces sessions en tant que représentants de leurs gouvernements.

84) Ce groupe est composé des hauts fonctionnaires du Centre pour les droits de l'homme. Voir E/CN. 4/1991/55, par. 15.

90. Sur le plan logistique, le séjour des boursiers est pris en charge par le Département de la coopération technique pour le développement, sur la base des directives du Centre. Ce Département gère 5 000 bourses par an dans le cadre du programme ordinaire de coopération technique de l'ONU. Il s'agit là d'une procédure exemplaire de coopération interagence de l'ONU qui pourrait être développée.

91. Sur le fond, le Centre propose 21 sujets d'étude au choix des boursiers; huit d'entre eux concernent directement l'administration de la justice⁽⁸⁵⁾. Le Centre octroie aussi exceptionnellement des bourses spéciales adaptées aux besoins des stagiaires⁽⁸⁶⁾.

92. Enfin, les boursiers ont l'obligation de remettre à la fin de leur séjour un "rapport complet". Ces rapports comportent parfois des analyses intéressantes, qui abordent en particulier la question des relations entre le droit international des droits de l'homme et le droit interne de l'Etat dont le boursier est ressortissant. Ces rapports pourraient être utilisés par le Centre d'une part comme critère d'évaluation, et, d'autre part, afin d'informer la Commission des résultats du programme de bourses.

2. Stages

93. Chaque année, le Centre pour les droits de l'homme accueille des stagiaires dont la plupart, étudiants en droit, se destineraient à une carrière juridique. Les stages sont offerts à des "étudiants particulièrement doués afin de leur permettre d'acquérir une connaissance de première main", en "participant activement aux travaux du Centre sous la supervision directe de fonctionnaires de rang élevé"⁽⁸⁷⁾.

94. A la différence des bourses, les stages n'entraînent aucune dépense de la part de l'ONU. Le stagiaire doit donc s'autofinancer, ce qui constitue un

(85) Par exemple, la procédure pénale et les droits de l'homme, le droit à un procès équitable, l'aide légale, l'administration de la justice en période d'état d'exception.

(86) Par exemple, un boursier souhaitant étudier les conventions relatives à la prostitution a été admis à effectuer un séjour à New York où sont rassemblées les données en la matière.

(87) E/CN. 4/1989/42, par. 41; E/CN. 4/1990/43, par. 64; E/CN. 4/1991/55, par. 57 à 58.

critère de "sélection" à deux titres: d'une part en excluant de fait un grand nombre d'étudiants des pays en développement, qui trouvent difficilement les moyens de séjourner à Genève pendant plusieurs mois – le programme de bourses remédie pour partie à cette situation, d'autre part en exigeant de facto des candidats une motivation sans failles, puisque le stage impliquera en général de leur part un effort financier important.

95. En outre, le programme de stages s'effectue sur une base ad hoc: les stagiaires ne bénéficient d'aucun statut, et donc d'aucune protection.

96. Malgré ces obstacles, les jeunes générations de juristes ont témoigné d'un intérêt accru pour le système international, puisque le nombre de stagiaires ayant séjourné au Centre pour les droits de l'homme depuis trois ans a été multiplié par trois, passant d'une trentaine en 1988 à 95 en 1990⁽⁸⁸⁾.

97. Dans ces conditions, l'ONU se doit d'autant d'offrir à ses stagiaires l'expérience la plus intéressante possible. C'est dans ce but que le Centre a entrepris en 1990 de restructurer le programme de stages⁽⁸⁹⁾.

98. Pour atteindre cet objectif, une sélection rigoureuse et une prise en main totale des stagiaires par les fonctionnaires du Centre sont essentielles.

99. Quanto à la sélection, les stages sont ouverts à des "étudiants diplômés particulièrement doués". De fait, bien que la sélection se soit opérée pendant longtemps sur une base empirique, les stagiaires sélectionnés avaient en général ces dernières années un niveau d'études élevé.

100. Etant donné le nombre important de stagiaires et leurs qualifications, il serait utile pour le Centre d'institutionnaliser une sélection en fonction de ses besoins, à la condition toutefois que les stagiaires soient totalement pris en charge par les fonctionnaires responsables des dossiers.

(88) Ibid..

(89) E/CN. 4/1991/55, par. 58.

101. Pour cela, il conviendrait d'améliorer encore le système actuel de prise en charge.

102. A cet égard, les capacités d'accueil limitées du Centre devraient également être retenues comme critère de sélection. D'une part, avec une trentaine de professionnels, il est évident que le Centre n'a pas les moyens de diriger et de former 90 stagiaires par an. D'autre part, d'un point de vue strictement matériel, le Centre ne dispose pas de l'espace nécessaire à un accueil convenable des stagiaires.

103. Quant au contenu des stages, il doit être défini en fonction de leur objectif, qui est de permettre aux stagiaires d'acquérir des "connaissances de première main". Il devrait s'agir en fait de réaliser l'adéquation entre les besoins du Centre et les attentes, voire les besoins, des stagiaires.

104. Il conviendrait pour cela que les activités des stagiaires soient définies et fassent l'objet d'un accord avant leur arrivée au Centre, une pratique qui ne semble pas généralisée pour l'instant. A cet effet, le Centre pourrait faire parvenir aux candidats l'organigramme et le détail de ses activités, la documentation sur les activités de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme, ainsi que les documents intéressant plus particulièrement chaque candidat.

105. Par ailleurs, une procédure d'évaluation du stage pourrait être instaurée, tant par le stagiaire lui-même que par le professionnel ayant assumé la direction du stage; enfin, une procédure de suivi des anciens stagiaires devrait être instaurée.

II. SERVICES CONSULTATIFS ET ASSISTANCE TECHNIQUE FOURNIE DANS D'AUTRES DOMAINES

106. L'objectif de cette section est double. Il s'agit d'une part d'identifier les activités de l'ONU concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats et, d'autre part, d'analyser les méthodes de travail appliquées à la mise en oeuvre des services consultatifs et de l'assistance technique.

A. COOPERATION TECHNIQUE DANS LE DOMAINE DE LA PREVENTION DU CRIME

107. L'objectif essentiel des responsables de la "coopération technique" est de permettre aux pays en développement d'acquérir les moyens de devenir autosuffisants en mettant en valeur leurs ressources humaines. La coopération technique dans le domaine de la prévention du crime – qui vise notamment à assister les Etats Membres à réduire la criminalité, à instaurer les normes minimales d'administration de la justice, etc. – concerne à maints égards l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats ainsi qu'en atteste l'analyse des activités du Service de la prévention du crime et de la justice pénale, du Conseiller interrégional et des Instituts des Nations Unies⁽⁹⁰⁾.

1. Activités du Service de la prévention du crime et de la justice pénale

108. Ce service centralise dans le système de l'ONU les connaissances techniques relatives à la prévention du crime et à la justice pénale, aux réformes de droit pénal et aux grands problèmes criminologiques.

109. Parmi les activités qui intéressent notre sujet, le service:

- a) joue un rôle de coordonnateur pour la mise en oeuvre de l'action internationale décidée par les organes de l'ONU dans ce domaine;
- b) sert de centre d'échange d'informations entre les membres d'un réseau mondial d'instituts, de chercheurs et de praticiens de la justice pénale.

(90) Voir en particulier les rapports du Secrétaire général au Comité sur la prévention du crime: E/AC.57/1988/2 et E/AC.57/1990/2; les documents établis par le Secrétariat pour le Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants: A/CONF.144/5 et A/CONF.144/18; ainsi que: *Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter*. Special double issue on UN activities in the field of crime prevention and criminal justice, UNOV, Center for social development and humanitarian affairs, N° 18/19, June 1990. (Prévention du crime et justice pénale. Bulletin d'information. N.°s 18 et 19, juin 1990. Numéro double spécial consacré aux activités des Nations Unies dans le domaine de la prévention du crime et de la justice pénale. Office des Nations Unies à Vienne, Centre pour le développement social et les affaires humanitaires.)

- c) favorise les activités de coopération technique demandées par les gouvernements, en fournissant notamment les services consultatifs du Conseiller interrégional (cf. *infra*). On citera par exemple les projets sur la justice pénale et la lutte contre la drogue, coexécutés par le Service, le PNUD et le Fonds des Nations Unies pour la lutte contre l'abus des drogues (FNULAD), visant notamment à former des magistrats et des policiers (Ouganda), à créer des tribunaux spécialisés (Bolivie) ou à améliorer la protection des juges et des témoins (Amérique latine⁽⁹¹⁾).

On retiendra également les domaines d'activités suivants:

- a) statut, sélection et formation du personnel de la justice pénale, y compris les juges et les procureurs; analyse fonctionnelle, organisation et structure des organes judiciaires;
- b) rôle des avocats et des avocats commis d'office;
- c) réformes du droit pénal, procédure pénale et droits de l'accusé, administration des preuves, procédures d'arrestation et protection des droits de l'homme;
- d) amélioration de l'efficacité et de l'équité du processus judiciaire;
- e) amélioration de l'accès à la justice des plus défavorisés, etc.

110. La reconnaissance par le Congrès des Nations Unies du rôle important de la prévention du crime et de la justice pénale dans le développement l'a amené à instaurer une procédure originale de présentation des demandes gouvernementales de coopération technique en matière de prévention du crime: le Congrès a suggéré aux gouvernements d'incorporer des activités d'amélioration du système de prévention du crime et de justice pénale dans les programmes que le PNUD exécuterait ou exécute déjà pour eux. Cette procédure est également importante sur le plan pratique, puisque les coordonnateurs du PNUD, qui animent les projets, déterminent dans la plupart des cas leurs activités en fonction des priorités dégagées par l'Etat lui-même.

(91) Projets réalisés conjointement avec ILANUD.

111. La majeure partie des activités du Service pour la prévention du crime et la justice pénale concernant l'indépendance du judiciaire et la protection des avocats s'effectue en collaboration avec le Conseiller interrégional et les Instituts des Nations Unies.

2. Services consultatifs interrégionaux

Mandat

112. Le Conseiller interrégional⁽⁹²⁾ dépend du Département de la coopération technique pour le développement de l'ONU et agit en collaboration avec le Service de la prévention du crime et de la justice pénale. Sa mission principale est d'aider les pays à traduire les normes des Nations Unies en termes concrets et à instaurer des programmes de suivi pour consolider l'application de ces normes. Ses fonctions consistent notamment, à la demande des gouvernements et en fonction du contexte économique, social et culturel, à formuler ou orienter des politiques nationales, à programmer des plans de formation du personnel et à assister les Instituts des Nations Unies dans leur cours de formation.

Activités

113. Les demandes des gouvernements au Conseiller interrégional et les avis qu'il a rendus ont porté, en ce qui nous concerne, sur des questions aussi variées que la formation des magistrats à l'administration et à la gestion du système judiciaire, la formation des avocats à l'administration de la justice pénale, l'accès des plus pauvres à la justice, le renforcement des systèmes de poursuite judiciaire et d'application des peines, ou les droits des personnes détenues ou emprisonnées.

114. Dans chacun de ses avis⁽⁹³⁾, le Conseiller a recommandé au gouvernement des politiques et des programmes à suivre en vue de l'application des

(92) Pour l'historique et le mandat du Conseiller, voir: résolution 1979/20 de l'ECOSOC, résolutions 35/171 et 36/21 de l'Assemblée générale ainsi que le rapport du Secrétaire général à l'Assemblée générale en 1981, A/36/442.

(93) Les avis rendus par le Conseiller ne font pas l'objet d'une publication officielle de l'ONU; en outre, ils demeurent confidentiels pendant l'année qui suit la date à laquelle ils sont rendus.

normes des Nations Unies, en particulier les "Principes Magistrats" et, plus récemment, les "Principes Avocats", ainsi que l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement. Les programmes sont composés d'activités "classiques", comme les cours de formation et les services consultatifs d'experts.

115. Le caractère indissociable du développement économique et de la justice sociale a amené le Conseiller à proposer des mécanismes destinés à garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire dans le contexte de programmes d'ajustement structurels soutenus par l'ONU. A cet égard, faire une place plus grande aux réformes du droit et du système judiciaire dans les activités de développement soutenus par les organisations internationales est considéré comme une tâche prioritaire.

116. On notera que, de 1987 à 1990, le Conseiller a effectué plus de 80 missions auprès des Etats Membres, des Instituts régionaux, des commissions régionales des Nations Unies, ainsi qu'auprès de certains pays donateurs potentiels. Entre avril 1988 et avril 1990, il a visité à leur demande plus de 30 pays et a fourni des services consultatifs aux pays suivants: Arabie saoudite, Argentine, Brésil, Chine, Chypre, Costa Rica, Egypte, Espagne, Ethiopie, Haïti, Iraq, Jordanie, Koweït, Malawi, Maurice, Ouganda, Paraguay, République arabe syrienne, Swaziland et Thaïlande.

117. Le Secrétaire général a confirmé l'impact de ces services en constatant que de nombreux gouvernements ont adopté les mesures législatives et politiques recommandées, ou entrepris les activités de coopération technique conseillées.

3. Activités des Instituts interrégionaux et régionaux des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants.

a) L'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice (UNICRI)

118. Parmi les activités concernant notre sujet, on rappellera que l'UNICRI a organisé avec le Centre pour les droits de l'homme un cours de

formation à l'intention des magistrats colombiens dans le cadre d'un projet d'assistance technique (cf. *supra*).

119. De plus, un séminaire de formation et d'information sur l'administration de la justice et le développement démocratique en Italie et en Amérique latine, qui s'est tenu à Saint Domingue du 24 novembre au 8 décembre 1989, a été organisé notamment par l'Institut interrégional, l'Institut pour l'Amérique latine (ILANUD) et l'Association internationale des magistrats. Un nombre important de magistrats y a participé.

120. L'Institut a également participé depuis 1988 à la première phase d'un intéressant projet réalisé par l'ILANUD sur les "tendances et perspectives du développement des tribunaux pour enfants en Amérique latine". Les résultats devraient être publiés.

121. En outre, l'UNICRI a développé récemment la coordination au sein du système de l'ONU en matière de drogue, en créant un Comité scientifique auquel participent l'OMS et le Programme des Nations Unies sur le contrôle de la drogue, qui s'est réuni en février 1991. Le Centre pour les droits de l'homme a été invité à y participer. Cette activité pourrait concerner la formation des magistrats chargés de la lutte contre les narcotrafiquants.

b) *L'Institut des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en Asie et en Extrême-Orient (UNAFEI)*

122. Dans le cadre de son programme ordinaire de formation, UNAFEI a organisé de 1985 à 1989 huit cours de formation et quatre séminaires internationaux, rassemblant 220 participants de 60 pays, qui ont notamment porté sur l'administration de la justice ainsi que des séminaires nationaux sur la prévention du crime, en particulier en Chine, à Singapour et au Sri Lanka.

123. Il a également coorganisé, en 1988 aux Philippines, avec la Commission économique et sociale de l'ONU pour l'Asie et le Pacifique un séminaire national sur l'administration de la justice pénale à l'intention des fonctionnaires nationaux qui a rassemblé près de 200 participants, parmi lesquels une vingtaine de magistrats de la Cour suprême, des avocats et des militaires; les thèmes abordés ont concerné directement l'indépendance du

judiciaire. Un rapport a été publié à l'issue du séminaire, incluant en annexe – ce qui mérite d'être souligné – les documents de travail qui avaient été soumis par les intervenants⁽⁹⁴⁾.

124. On relèvera enfin que les activités d'assistance technique de l'UNAFEI sont régulièrement l'occasion de publications spéciales complétant le bulletin semestriel de l'Institut⁽⁹⁵⁾.

c) *L'Institut des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en Amérique latine (ILANUD)*

125. L'ILANUD organise en moyenne cinq activités régionales par an à destination de magistrats. Elles portent en général sur l'administration de la justice pénale, les réformes de la procédure pénale et les méthodes de poursuites modernes. En 1988 et 1989, l'ILANUD a mené à bien:

- a) une réunion des présidents des Cours suprêmes d'Amérique latine et des Caraïbes, qui s'est tenue au Costa Rica;
- b) un cours régional à l'intention des magistrats du parquet, au Pérou;
- c) un voyage d'études sur l'administration de la justice pénale aux Etats-Unis pour 13 juges d'Amérique latine.

126. Ce sont surtout les activités nationales de l'ILANUD qui ont retenu notre attention: l'Institut a en effet organisé 34 cours et séminaires nationaux, qui ont été suivis par 1 830 magistrats de tous grades, par des commissaires de police, d'autres responsables de l'application des lois et par des professeurs de droit. En 1988 et 1989, ces activités se sont déroulées en Amérique latine et en Europe; elles ont notamment porté sur: le rôle du ministère public, des juges de paix, la procédure pénale, les solutions de rechange à la détention provisoire, les réformes du droit en général et du droit pénal en particulier.

94) UNAFEI Joint Seminar on Crime Prevention and Treatment of Offenders (Philippines-Japan), UNAFEI, Japan International Cooperation Agency, March 1989, 316 pp.

(95) Voir, par exemple, les rapports de séminaires publiés en coopération avec l'Agence internationale de coopération du Japon, *inter alia*: "An Introduction to the Criminal Justice Legislation of Singapore", January 1987, 528 pp; "An Introduction to the Criminal Justice of Sri Lanka", December 1987, 644 pp; ainsi que les "Resources Material Series", *inter alia*, N° 29, April 1986 N° 32, December 1987, qui contiennent les rapports des activités de l'Institut n'ayant pas fait l'objet de publications spéciales.

127. L'ILANUD entreprend également un nombre important de projets d'assistance technique, qui nous intéresseront tant par leur contenu que par la méthode suivie.

128. Sur le renforcement des systèmes de justice pénale, l'ILANUD a, en 1988, formulé des projets pour le Costa Rica, le Guatemala et le Honduras, et, pour 1990, l'Equateur. Sur la gestion des dossiers et les statistiques pénales, notamment à l'intention des magistrats, l'ILANUD a entrepris en 1988 et 1989 des projets en République dominicaine, au Honduras, au Costa Rica, au Guatemala, et, à la demande de la Cour suprême, au Nicaragua. Il mène également en collaboration avec l'UNICRI une étude sur la réforme des tribunaux pour mineurs en Argentine, en Colombie, au Costa Rica, au Guatemala, en Uruguay et au Venezuela.

129. On attirera l'attention de la Sous-Commission sur le projet intitulé "les systèmes de justice pénale et les droits de l'homme pour le développement"⁽⁹⁶⁾ entrepris en Amérique latine depuis 1988. Ce projet nous intéresse en particulier pour ses modalités d'exécution, puisqu'il était financé par le PNUD, exécuté par l'ILANUD en collaboration avec le Département de la coopération technique pour le développement, et suivi par le Service de la prévention du crime et de la justice pénale; d'autre part, les deux programmes du projet étaient composés dans une première étape d'activités pilotes ou de démonstration, et suivis d'activités d'évaluation des politiques nationales.

130. Depuis fin 1990, l'ILANUD élabore, à partir des résultats d'actions antérieures, un projet de grande envergure visant à l'"appui au système de justice pénale dans le contexte de la réforme de l'Etat". Ce projet, prévu pour durer trois ans, s'adresserait aux pays suivants: Argentine, Barbades, Bolivie, Colombie, Costa Rica, Cuba, Equateur, Salvador, Haïti, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou et Venezuela. Fondé notamment sur une évaluation de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans ces pays au regard de leurs situations politiques et sociales en mutation, le projet impliquerait en particulier les pouvoirs judiciaires des Etats concernés, en tant qu'acteurs principaux de l'évolution préconisée par l'Institut.

(96) Réf. RLA/88/001.

131. On mentionnera enfin les activités de recherche proprement dites de l'Institut, qui donnent lieu à des publications essentielles pour la formation des magistrats et des avocats⁽⁹⁷⁾.

B. ACTIVITES ENTREPRISES DANS D'AUTRES DOMAINES

132. D'après les informations reçues ou collectées par le Rapporteur, le PNUD, le HCR et l'OMPI organisent également des activités concernant l'indépendance du judiciaire et la protection des avocats.

133. En plus des activités qu'il réalise en commun avec d'autres agents du système de l'ONU (cf. *supra*), le PNUD anime seul quelques programmes de coopération technique sur la promotion des réformes judiciaires et l'amélioration des procédures qui, s'ils ne visent pas directement l'indépendance du pouvoir judiciaire, contribuent à la renforcer. La réponse qu'il nous a transmise en fournit quelques exemples.

134. En Uruguay, le PNUD aide le gouvernement à rationaliser l'administration de la justice⁽⁹⁸⁾. Le projet inclut un diagnostic de l'état de l'administration de la justice, une assistance pour la réforme des législations civiles, ainsi que des activités de formation des magistrats.

A cet égard, des séminaires, ateliers et cours de formation sont organisés sur les méthodes modernes de gestion des tribunaux, sur les critères de sélection des magistrats, la qualification, les méthodes de nomination et de promotion, les conditions de service des juges, etc.

135. Au Brésil, dans le cadre du projet de modernisation du système judiciaire fédéral⁽⁹⁹⁾, le PNUD doit identifier les obstacles institutionnels et

(97) Voir notamment: *El Rol del Poder Judicial en la Investigación de Casos de derechos Humanos*. ILANUD, 1989; *Alternativas a la Prisión en America Latina y el Caribe*, DEPALMA/ILANUD, 1990; *Sistema Penal y Derechos Humanos en Costa Rica*. EDUCA/ILANUD, 1990.

(98) Projet "Rationalisation de l'administration de la justice", URU/87/004.

(99) Projet "Modernisation du système judiciaire fédéral", Brésil/87/025.

administratifs à l'accès à la justice des plus défavorisés, et proposer un programme afin d'y remédier.

136. En Colombie, le Projet "Déconcentration juridictionnelle et administrative de la justice pénale"⁽¹⁰⁰⁾ prévoit notamment:

- a) l'amélioration du système d'information pénale des juges et des avocats;
- b) le développement de l'assistance juridique, en particulier pour les prisonniers;
- c) et surtout l'adoption des mesures spécifiques pour garantir la sécurité physique des juges.

Sur ce dernier aspect, le PNUD fournit une assistance logistique au Ministère de la justice pour améliorer sa capacité à prévenir et réprimer les meurtres de civils dans les "zones de violence critique". Le projet implique, par exemple, la fourniture de véhicules pour les magistrats chargés de ces affaires⁽¹⁰¹⁾.

137. En 1989 et 1990, le HCR a organisé plusieurs séminaires et cours destinés à former des avocats et des magistrats à l'application des normes internationales sur la protection des réfugiés, particulièrement dans les pays industrialisés. On soulignera pour s'en féliciter que les ONG sont fréquemment associées à ces activités. Par ailleurs, en Asie notamment, le HCR organise des séminaires d'évaluation et de suivi des activités passées. Le Centre pour les droits de l'homme et le HCR ont collaboré en 1990 en parrainant un séminaire commun qui s'est tenu au Chili⁽¹⁰²⁾.

138. L'OMPI privilégie les activités de coopération avec les pays en développement afin de permettre à leurs spécialistes, parmi lesquels des magistrats et des avocats, d'améliorer leurs connaissances relatives à la pro-

(100) COL/88/001.

(101) Projet "Soutien au Bureau national de la criminalité", COL/88/024.

(102) Voir les rapports du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés au Comité exécutif, *inter alia*, EC/SCP/57 et EC/SCP/60.

tection internationale de la propriété intellectuelle. Cette coopération prend la forme de cours de formation individuels ou collectifs, de consultations, de séminaires nationaux ou régionaux organisés en coopération avec les organisations intergouvernementales régionales et les ONG intéressées. En 1989, par exemple, ces activités ont porté tant sur les aspects normatifs que sur le déroulement des procès en matière de brevets. Sur le plan de la méthode, on retiendra surtout que l'OMPI a recours à des praticiens expérimentés, que chaque activité fait l'objet de rapports détaillés et que les documents de travail sont tous publiés⁽¹⁰³⁾.

(103) Voir les rapports du Directeur général AB/XXI/2, *inter alia*, par. 20 a) et j), 54, 76, 127, 194, 234, 329 et 405, et AB/XXI/3, *inter alia*, par. 71, 83 et 242. Voir en particulier les documents de travail de cours de formation organisés au Tchad, au Swaziland, au Lesotho et en Chine en 1989, respectivement OMPI/PI-DA/NDJ/89, OMPI/PI/SZ/89, OMPI/PI/LS/89 et OMPI/CR/BJ/89.

SECONDE PARTIE:

INFORMATION DE LA SOUS-COMMISSION SUR QUELQUES CAS DE MESURES ET PRATIQUES AYANT EU POUR EFFET DE RENFORCER OU D'AFFAIBLIR L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE ET LA PROTECTION DES AVOCATS

I. CAS DES MESURES ET PRATIQUES VISANT A RENFORCER LES GARANTIES D'INDEPENDANCE ET DE PROTECTION

139. Il s'agira principalement dans cette section de faire état des mesures et des pratiques qui nous ont été décrites par les gouvernements dans leur réponse à la note verbale du Secrétaire général.

A. Autriche

140. Dans sa réponse, le gouvernement indique que l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions est garantie par l'article 87, alinéa 1, de la Constitution fédérale; ils ne sont donc pas tenus de se conformer aux instructions d'autrui dans l'exercice de leurs fonctions. Pour garantir l'indépendance des juges, la distribution des affaires s'effectue à l'avance entre les juges d'un même tribunal, sur décision des chambres. Par ailleurs, les juges sont inamovibles jusqu'à l'âge légal de la retraite. Ils ne peuvent être suspendus de leurs fonctions, destitués, déplacés ou mis à la retraite contre leur gré que dans les cas et suivant les procédures prescrites par la loi, et en vertu d'un arrêt de justice formel. En outre, les débats sont oraux et publics devant les

juridictions civiles et pénales, et le peuple est associé à l'administration de la justice devant les cours d'assises et les chambres criminelles.

141. Les juges des juridictions de droit commun sont nommés par le Président de la République, conformément aux propositions du gouvernement fédéral, ou par le Ministre de la justice sur la délégation du Président de la République.

142. L'exercice indépendant de la profession d'avocat est assuré par la loi portant statut des avocats, RGB1 N° 96/1868. D'après le gouvernement, les mesures se dirigeant contre les avocats, telles que celles mentionnées aux paragraphes 34 et 36 du document de travail ⁽¹⁰⁴⁾, ne sont pas connues en Autriche.

B. Belgique

143. Dans sa réponse, le gouvernement fait parvenir au rapporteur les dispositions contenues dans la Constitution et le Code judiciaire concernant l'indépendance des magistrats et des avocats, ainsi que le projet de loi N° 974-1 du 28 mai 1990 visant à l'amélioration des conditions de recrutement des magistrats et de formation de ceux-ci.

144. En ce qui concerne le barreau, le gouvernement prépare les modifications de certaines dispositions du Code judiciaire relatives à l'inscription des avocats au tableau et au stage, ainsi qu'aux procédures disciplinaires à l'égard des avocats à la cour de cassation, afin d'assurer le respect intégral des droits de la défense dans ces procédures.

C. Brunei Darussalam

145. Dans sa réponse, le gouvernement indique que la loi sur la Cour suprême régit les conditions de nomination des juges, la durée et les conditions des mandats, ainsi que les salaires.

(104) Il s'agit de notre document de travail de l'année dernière, E/CN. 4/Sub.2/1990/35.

D. Bulgarie

146. Dans sa réponse, le gouvernement indique que quelques modifications importantes ont été apportées à la Constitution existante afin d'assurer l'indépendance du judiciaire dans l'attente de l'adoption d'une nouvelle constitution et d'une nouvelle loi organique en la matière. Ces modifications sont les suivantes:

- a) annulation du rôle directeur du Parti communiste et proclamation de l'état de droit démocratique et parlementaire;
- b) proclamation explicite de la séparation des pouvoirs et principe de légalité comme fondement de l'action de l'Etat;
- c) instauration de l'incompatibilité des fonctions de magistrat du siège et du parquet avec les postes directeurs des organes élus des partis politiques: l'article 14 de la nouvelle loi proscriit l'appartenance des magistrats à des parties politiques ou à des organisations, mouvements ou coalitions ayant des objectifs politiques. Il fut demandé aux juges qui étaient en fonction avant l'adoption de cette disposition supplémentaire de certifier par écrit dans les 30 jours leur non-appartenance à ces organisations, ou de les quitter. Dans le cas contraire, ils auraient été démis de leur fonctions.

147. En vertu de la loi actuelle sur l'organisation des tribunaux, les juges sont élus par le Parlement. Ce dernier est en train d'élaborer une nouvelle constitution et une nouvelle loi sur l'organisation des tribunaux. La Commission parlementaire constituante a déjà examiné les principes qui fonderait l'indépendance du pouvoir judiciaire:

- a) indépendance à l'égard de l'exécutif et du législatif;
- b) inamovibilité des magistrats du siège et du parquet;
- c) autogestion du système judiciaire par un Conseil supérieur des tribunaux, instauré de façon démocratique;
- d) fixation par la loi des salaires et pensions des magistrats.

148. Le gouvernement indique que la Commission parlementaire constituante s'est fondée sur les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature. On rappellera toutefois en ce qui concerne l'incompatibilité avec l'appartenance à des organisations politiques, que, aux termes de

l'article 8 de ces Principes, "les magistrats jouissent, comme les autres citoyens, de la liberté (...) d'association", sans réserve qu'ils se conduisent toujours "de manière à préserver la dignité de leur charge et l'impartialité et l'indépendance de la magistrature".

E. *Canada*

149. Dans sa réponse, le gouvernement indique que le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire est ancré dans l'histoire constitutionnelle. La Constitution de 1867 reconnaît la spécificité du concept lorsqu'elle pose les conditions de mandat et de service des magistrats. L'indépendance institutionnelle du judiciaire à l'égard de l'exécutif et du législatif est affirmée implicitement dans la Charte canadienne des droits et libertés, qui fait partie de la Constitution, ainsi que dans la Déclaration canadienne des droits. En outre, la loi, la jurisprudence et la doctrine ont reconnu et appliqué le concept depuis longtemps.

150. Récemment, la Cour suprême du Canada a interprété le principe d'indépendance en identifiant trois conditions essentielles (ou critères d'objectifs) de l'indépendance d'un tribunal. Il s'agit de la sécurité du mandat des juges, de la sécurité financière et de l'indépendance institutionnelle en ce qui concerne les aspects administratifs inhérents à l'exercice de la fonction judiciaire. Pour la Cour, la sécurité financière signifie que les salaires des juges ne sauraient être modifiés, si ce n'est pour être augmentés. Dans le même sens, le gouvernement souligne que la complexité de la procédure de détermination des salaires des juges fédéraux, qui prévoit les interventions successives d'une Commission indépendante, du Ministre fédéral de la justice, du Parlement et du Commissaire fédéral aux affaires judiciaires, vise à garantir l'indépendance vis-à-vis de l'exécutif.

151. Le gouvernement indique en outre que les dispositions constitutionnelles concernant le mandat ainsi que les conditions de suspension, mutation ou destitution des juges garantissent leur indépendance: ils ne peuvent être déplacés d'office sans leur consentement avant l'âge de la retraite, fixé à 75 ans, sauf à la suite d'une enquête indépendante menée par les plus hautes autorités judiciaires et après avis favorable du Conseil judiciaire canadien et du Parlement. Par ailleurs, les juges bénéficient de l'immunité civile, comme l'a récemment réaffirmé la Cour Suprême du Canada.

152. En ce qui concerne la procédure de nomination, les juges sont nommés par le gouverneur sur recommandation du Cabinet en fonction de leurs mérites. La nomination des juges fédéraux s'effectue après de larges consultations, et une évaluation des qualifications des candidats dans chaque province par un comité indépendant composé de magistrats, de représentants de l'Association canadienne du barreau, de la Société de droit et du gouvernement de la province, ainsi que d'une personne choisie par le Ministre fédéral de la justice représentant l'intérêt de la société. Des conditions de compétence et d'expérience doivent être remplies par les candidats. Les gouvernements, tant au niveau fédéral que provincial, font des efforts pour que les jeunes générations de magistrats reflètent la diversité culturelle et raciale du Canada, et pour augmenter la proportion de femmes juges.

153. Au plan promotionnel, les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature ont été largement diffusés auprès des organismes et institutions professionnels, et les juges peuvent participer aux activités d'information et de formation organisées par ceux-ci. En outre, un Centre judiciaire canadien a été créé en 1987, pour fournir des services de formation judiciaires aux juges fédéraux et provinciaux.

154. Dans sa réponse à la lettre du Secrétaire général, l'Association canadienne du barreau nous a transmis les rapports analytiques qu'elle a effectués sur les questions de "L'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada", "La nomination des juges au Canada" et "L'indépendance des agences et tribunaux administratifs fédéraux au Canada", dans lesquels des recommandations sont formulées visant à renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire.

F. Colombie

155. Dans sa réponse, le gouvernement indique les grandes lignes du régime général de l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui reposent sur les principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et de leur "collaboration harmonieuse à la réalisation des objectifs de l'Etat".

156. Partant du constat selon lequel "l'indépendance des juges a été compromise par l'intimidation, les menaces ou le risque latent de représailles

de la part d'organisations criminelles ayant une influence économique et une capacité d'action importante", le gouvernement a attiré notre attention sur les dispositions prises spécialement afin d'assurer la sécurité physique des magistrats "ayant à connaître et à juger des agissements ou des délits considérés comme attentatoires à l'ordre public". Les décrets N.º 2 790 de 1990 et N.º 0099 de 1991, visent ainsi à préserver l'anonymat des magistrats et des juges dans les procès auxquels ils sont associés. On retiendra par exemple que le Tribunal supérieur d'ordre public répartit désormais entre les magistrats les affaires relevant de sa compétence selon une procédure prévue à cet effet dans son règlement intérieur. De même les arrêts rendus sont signés, mais ils sont notifiés sur des copies où la signature n'apparaît pas. En outre le procès peut être déplacé s'il existe des raisons sérieuses de penser que l'intégrité physique du juge est en danger. Par ailleurs, le Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires ou arbitraires a fait état de la création par le gouvernement, en août 1989, d'un fonds destiné à financer la protection efficace des juges et des membres de leurs familles⁽¹⁰⁵⁾. Le gouvernement ne donne pas d'indication à ce sujet dans sa réponse à la note verbale du Secrétaire général. Le Rapporteur spécial se réfère également au décret N.º 1 855, publié en août 1989, qui "vise à répondre aux besoins de la magistrature en matière d'installations, d'acquisition et de livraison de matériel, de fourniture de services et de prêts"⁽¹⁰⁶⁾.

157. Il conviendra d'attendre la fin du processus de réforme de la Constitution de 1987 engagé récemment pour analyser le nouveau dispositif normatif en matière de statut des magistrats. D'après des informations reçues, la réforme impliquerait en effet des changements significatifs: la quatrième commission de l'Assemblée constituante, chargée de l'administration de la justice et du ministère public, aurait déjà adopté des modifications importantes concernant le droit pénal et l'organisation judiciaire, et proposé la création d'un département du ministère public en charge des droits de l'homme.

158. L'exercice de la profession d'avocat est régi en particulier par le décret N.º 196 de 1971 et par les décrets N.ºs 050 et 053 de 1987. Ils déter-

(105) Rapport sur une visite en Colombie, E/CN.4/1990/22/Add. 1, par. 69.

(106) Ibid., par. 58.

minent les missions de l'avocat et du barreau, l'accès à la profession, les incompatibilités, le régime disciplinaire, instaurent le défenseur public chargé de fournir une assistance juridique aux plus défavorisés, etc.

159. Des indications précises sur les garanties de protection des avocats en matière pénale sont fournies par le gouvernement dans le cadre du rapport du Secrétaire général sur la détention présenté conformément à la résolution 7 (XXVII) de la Sous-Commission⁽¹⁰⁷⁾. On se référera utilement aux paragraphes consacrés au "droit d'être informé des raisons ou des motifs de l'arrestation ou de la détention et de communiquer avec un avocat" et aux "droits de la défense".

G. Cuba

160. Dans sa réponse, le gouvernement indique que l'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie par la Constitution, ainsi que par les lois sur l'organisation du système judiciaire de 1973 (amendée en 1977), et de 1991.

161. Aux termes de l'article 125 de la Constitution, "dans leur fonction de rendre la justice, les juges sont indépendants et ne doivent obéissance qu'à la loi".

162. Les juges, qu'ils soient professionnels ou non, sont élus pour cinq ans par les assemblées compétentes du pouvoir populaire: les juges du Tribunal suprême sont élus par l'Assemblée nationale, ceux des juridictions provinciales par les assemblées provinciales, et ceux des juridictions municipales par les assemblées municipales. Les candidats aux fonctions de juge professionnel sont préalablement soumis à un concours, à la différence des candidats aux fonctions de juge non professionnels; par ailleurs, en vertu de la Constitution et de la loi organique en vigueur, tous les tribunaux rendent compte de leurs activités à l'assemblée qui les a élus; les magistrats peuvent être révoqués par l'organe qui les a élus.

163. Les juges non professionnels ont les mêmes droits et devoirs que les juges professionnels et participent à tous les procès, au pénal comme au civil,

(107) E/CN.4/Sub. 2/1991/19.

tant au stade de la procédure que du jugement. D'après un principe constitutionnel, leur intervention est pleinement justifiée "eu égard à l'importance sociale de leurs fonctions judiciaires"; c'est pourquoi la loi stipule que les tribunaux rendent la justice de manière collégiale.

164. En outre la loi pose le "principe de légalité" notamment en faisant obligation aux organismes d'Etat et autres organes publics, ainsi qu'à toutes les personnes physiques et morales privées de respecter et d'exécuter les jugements et autres décisions définitifs des tribunaux, qu'ils soient directement touchés par ces décisions ou que, bien que n'ayant pas d'intérêt direct dans leur exécution, ils soient tenus d'en assurer le respect.

165. La fonction de rendre la justice relève du peuple et est exercée en son nom par le tribunal populaire suprême, les tribunaux populaires provinciaux, les tribunaux populaires municipaux et les tribunaux militaires.

166. Ces derniers ont une structure territoriale et fonctionnelle distincte conformément à l'organisation hiérarchique des forces armées, et sont régis par des lois pénales propres. Ils sont toutefois rattachés à l'instance suprême par l'intermédiaire de la chambre des affaires militaires du tribunal populaire suprême.

167. Celui-ci, par le biais de son conseil de gouvernement composé de magistrats du siège et du parquet (le Ministre de la justice n'y a qu'une voix consultative), dispose d'un pouvoir d'initiative en matière législative et réglementaire; il élabore également des instructions obligatoires visant à uniformiser la pratique judiciaire sur le plan de l'interprétation et de l'application de la loi. De sorte que, conformément à l'article 122 de la Constitution, les tribunaux jouissent d'une indépendance fonctionnelle totale par rapport à tout autre organe local. Cette indépendance est confirmée par le fait que l'administration de la justice dispose d'un budget propre.

168. Concernant les avocats, le décret-loi N° 81 du 8 juin 1984 régit l'exercice de la profession et l'organisation au plan national des études d'avocat. L'exercice de cette profession est libre; les avocats sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi. Ils jouissent de tous les droits et garanties juridiques pour plaider la cause qui leur est confiée, "contribuent à l'adminis-

tration de la justice par l'observation et le renforcement de la légalité socialiste" et concourent à l'«éducation sociale» des individus qu'ils représentent et de tous les citoyens, ainsi qu'au respect des droits sociaux énoncés dans la loi.

H. Finlande

169. Dans sa réponse, le gouvernement indique que l'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie par la Constitution. Les juges bénéficient d'un large degré d'autonomie en ce qui concerne la répartition des affaires et la gestion des tribunaux en général. Les juges sont inamovibles; ils ne peuvent être mutés qu'avec leur consentement ou dans le cadre d'une réorganisation du système.

170. Le niveau des salaires et les conditions d'emploi des juges font l'objet de négociations collectives. Le gouvernement note que cette pratique ne correspond pas aux "Principes Magistrats" selon lesquels ces éléments doivent être "garantis par la loi". C'est en tout cas ce qu'a relevé l'Ombudsman parlementaire dans l'affaire Möller & Laineenkare (26 septembre 1989, DN: 0 357/4/89), à la suite de laquelle le gouvernement a engagé une réforme qui vise à garantir par la loi les salaires et conditions d'emploi des membres de la Cour suprême et du Tribunal administratif suprême; cette réforme entrera en vigueur en juillet 1991. Le niveau des salaires des magistrats a diminué ces derniers temps par rapport aux autres professions juridiques, ce qui rend la carrière moins attrayante. Le syndicat de magistrats est très concerné par cette évolution et a plusieurs fois envisagé de lancer un mouvement de grève.

171. L'emploi de "magistrats temporaires" dans quelques juridictions inférieures afin de remédier à la charge excessive de travail, ainsi que le recours à des "magistrats auxiliaires" pour assurer les remplacements, ont également été critiqués par l'Ombudsman lorsque ces magistrats occupent par ailleurs des fonctions d'officier de justice, les doubles emplois pouvant être préjudiciables à l'image d'une justice qui se veut indépendante.

172. Par ailleurs, depuis novembre 1989, les tribunaux administratifs régionaux ont été séparés des organes exécutifs régionaux; selon le gouvernement, il conviendra toutefois de renforcer cette séparation en termes de

procédure, étant donné la supériorité traditionnelle du gouvernement par rapport au particulier en la matière.

173. Enfin, en mai 1990, le gouvernement a accédé à la Convention européenne des droits de l'homme, qui a acquis valeur "quasi-constitutionnelle" depuis sa ratification par le Parlement. Le droit interne est actuellement révisé aux fins d'harmonisation avec la Convention, notamment son article 6.

174. Concernant les avocats, est mentionnée l'importance de l'Association du barreau, qui bénéficie d'un statut et d'une protection uniques en droit public.

I. Maurice

175. Dans sa réponse, le Gouvernement de Maurice nous a informé que l'indépendance du pouvoir judiciaire est un des piliers de la Constitution nationale. Quant à la protection des avocats, elle est assurée par l'Association nationale du barreau.

J. Monaco

176. Dans sa réponse, le gouvernement indique que le système repose sur la séparation des fonctions administratives, législatives et judiciaires; le monarque s'abstient donc de toute intervention dans le domaine de la justice, directe ou indirecte, par un procédé quelconque, conformément à l'article 88, alinéa 2, de la Constitution qui pose le principe de l'indépendance des magistrats.

177. La loi N° 783 du 15 juillet 1965 régit l'organisation, la compétence et le fonctionnement des tribunaux, ainsi que le statut des juges, qui, aux termes de l'article 88, alinéa 3, de la Constitution, sont fixés par la loi. Les juges sont inamovibles. Des mesures disciplinaires peuvent leur être appliquées par le Directeur des services judiciaires et la Cour de révision en cas de faute professionnelle grave. Aucune décision en la matière n'est rendue

sans qu'au préalable le magistrat poursuivi n'ait été personnellement entendu ou dûment appelé.

178. La loi N° 1 047 du 28 juillet 1982 sur les professions d'avocat-défenseur et d'avocat régit les conditions d'admission à l'exercice de ces professions, les normes gouvernant l'ordre des avocats-défenseurs et avocats, leurs droits et obligations, les règles disciplinaires, celles relatives au remplacement en cas d'incapacité physique ou de mesure disciplinaire, etc. Mais c'est le Conseil de l'ordre qui donne sa cohésion à la profession. Cet organe a pour mission de veiller au maintien de la discipline ainsi qu'à l'exécution des lois, ordonnances et règlements les concernant, de prévenir ou concilier tous différends entre membres de l'ordre ou entre membres et tiers, d'assurer la défense des professions d'avocat-défenseur et d'avocat et, le cas échéant, de prendre des sanctions. Il est l'entité gérante et de régulation de la profession, ainsi que l'organe de défense et de protection de sa spécificité.

K. Norvège

179. Dans sa réponse, le gouvernement indique que la Constitution du 17 mai 1814 pose le principe de la séparation des pouvoirs, toujours en vigueur même si le principe du gouvernement parlementaire a été introduit en 1884.

180. La magistrature est ouverte sur concours aux juristes de toutes origines professionnelles. Les juges sont nommés par le Roi sur recommandation du Ministre de la justice. Les juges sont inamovibles jusqu'à l'âge de la retraite. Ils peuvent être démis de leurs fonctions par jugement d'un tribunal en cas de poursuite pénale ou d'action civile engagée contre eux, par exemple en cas d'incapacité permanente d'exercer de façon satisfaisante du fait d'une maladie, ou en cas d'insolvabilité. Les précédents sont très rares.

181. Les juridictions ordinaires sont compétentes pour juger de la légalité des décisions administratives; elles connaissent également du contentieux de l'abus de pouvoir. Par ailleurs, en vertu du droit coutumier constitutionnel, les tribunaux peuvent écarter les textes adoptés par le Parlement s'ils sont jugés inconstitutionnels. Enfin, le Tribunal d'accusation est compétent pour connaître toute action intentée contre les ministres du gou-

vernement, des membres du Parlement et des juges de la Cour suprême, en cas d'infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions.

182. Quant aux avocats, le titre professionnel est octroyé par le Ministre de la justice aux candidats qui remplissent les conditions de compétence requises. Les avocats souscrivent au Fonds professionnel de garantie.

L. Pakistan

183. Dans sa réponse, le gouvernement indique que l'indépendance du pouvoir judiciaire est assurée par la Constitution, qui pose le principe de la séparation des pouvoirs.

184. Les fonctions judiciaires sont définies par la Constitution, dans le but d'empêcher des actions arbitraires ou despotiques de la part de l'exécutif, et afin d'inspirer la confiance du peuple. Le régime de l'indépendance du judiciaire garantit l'état de droit.

185. Concernant la protection des avocats, l'accès de toute personne à l'assistance d'un avocat est libre. Le gouvernement assure la protection des avocats dans l'exercice de leur profession contre les entraves et les pressions non fondées. Les restrictions visant à empêcher les avocats d'exercer et de créer des associations professionnelles sans crainte de répression et de poursuite sont interdites. Les avocats peuvent communiquer avec leurs clients confidentiellement ou ouvertement. L'opportunité et les moyens de s'entretenir avec leurs clients détenus ou emprisonnés leur sont fournis.

M. Philippines

186. Dans une réponse très détaillée, la Commission philippine des droits de l'homme présente au nom du gouvernement le dispositif normatif de protection de l'indépendance du pouvoir judiciaire, dont la pierre angulaire est la Constitution de 1987. Bien que celle-ci ait été récemment adoptée, ses dispositions reposent en grande partie sur la jurisprudence ancienne de la

Cour suprême visant à garantir l'administration de la justice en conformité avec le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire⁽¹⁰⁸⁾.

187. L'article VIII de la Constitution de 1987, intitulé "Le département judiciaire", repose d'après le gouvernement sur sept principes visant à assurer l'indépendance du pouvoir judiciaire; on en retiendra en particulier:

- a) la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire ayant pour fonction essentielle de contrôler le respect des limites de l'exercice des pouvoirs exécutifs et législatifs telles que définies dans la Constitution. Le "pouvoir de révision" de la Cour suprême inclut celui d'établir, à la demande de tout citoyen, la suffisance de la base factuelle de la proclamation de l'état d'exception ou de la suspension du recours en *habeas corpus*;
- b) l'autonomie budgétaire du judiciaire: le budget ne peut être inférieur à celui de l'année précédente et doit être régulièrement et automatiquement augmenté;
- c) l'inamovibilité des juges;
- d) la procédure autonome de nomination des juges;
- e) la non-diminution du traitement des juges;
- f) l'incompatibilité de la fonction judiciaire avec des fonctions "administratives ou quasi-judiciaires".

188. Quant à la profession d'avocat, la Cour suprême détient le pouvoir exclusif d'en régir l'exercice et, partant, d'assurer la protection des avocats. Cette compétence de la Cour suprême, affirmée par une jurisprudence constante⁽¹⁰⁹⁾ et confirmée par la Constitution de 1987, repose sur l'idée selon laquelle la pratique du droit étant d'ordre judiciaire, elle ne saurait être régie par l'exécutif ou le législatif. Il revient donc à la Cour suprême d'organiser le fonctionnement du "Barreau intégré" instauré en janvier 1973. L'«intégration» signifie selon la Cour la participation du barreau à toutes les procé-

(108) Voir les arrêts *People and the Hong Kong & Shanghai Banking Corporation v. Jose O. Vera*, 65 Phil. 56; *Wenceslas Laureta*, 148 SCRA 382; *Nestlé Philippines, Inc. v. Sanchez*, 154 SCRA 542.

(109) Voir, *inter alia*, les "proclamations" de la Cour suprême dans les arrêts *Cunanan et al.*, 94 Phil. 534 (1954); *Andres v. Cabrera*, 84 O.G. 864; 127 SCRA 82 (1984).

dures de gestion de l'administration de la justice pour en préserver l'indépendance, comme, par exemple, l'association des avocats à la nomination des juges ou aux procédures disciplinaires engagées contre ces derniers; l'intégration vise notamment "la protection des avocats et des justiciables contre les abus des juges tyranniques et du ministère public".

189. Le gouvernement reconnaît qu'il existe certains risques que les avocats peuvent rencontrer dans l'exercice de leur profession", en particulier lorsqu'ils défendent des personnes détenues ou lorsqu'il s'agit de cas de violations des droits de l'homme. A cet égard, le gouvernement se réfère aux mesures prises pour assurer leur protection, il s'agit de:

- a) la loi N° 857 du 16 juin 1953, qui punit tout fonctionnaire qui aurait empêché, interdit ou autrement gêné l'exercice du droit des avocats à rendre visite et s'entretenir avec une personne arrêtée;
- b) la signature, le 6 mai 1988, par les autorités supérieures de la défense, de la police, de la sécurité et du judiciaire d'une "déclaration conjointe". Celle-ci stipule leur engagement à "observer et appliquer strictement" la "déclaration sur les droits de l'homme" de la Commission nationale des droits de l'homme⁽¹¹⁰⁾, ainsi que les lignes directrices sur la visite, la conduite de l'enquête, l'arrestation, la détention et autres activités connexes également rédigées par la Commission nationale. Cette "déclaration conjointe" témoigne de la volonté politique des plus hautes autorités concernées de respecter l'indépendance du judiciaire et la protection des avocats.

En outre, le gouvernement indique que le pouvoir judiciaire peut ordonner que la protection des avocats dont la sécurité est menacée soit assurée par la police. On rappellera que, selon l'article 16 des "Principes Avocats", ce sont les "pouvoirs publics" dans leur ensemble qui veillent à ce que les avocats puissent s'acquitter de toutes leurs fonctions professionnelles sans entraves, intimidation, harcèlement ou ingérence indue et que, selon l'article 17, ce sont les "autorités" qui doivent protéger comme il convient les avocats lorsque leur sécurité est menacée dans l'exercice de leurs fonctions.

(110) Il s'agit d'une déclaration de principes qui réitère l'attachement aux droits fondamentaux de l'homme tels que définis dans la Constitution, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

190. On a également pu apprécier le travail d'investigation de la Commission nationale des droits de l'homme – organe constitutionnellement mandaté pour enquêter, sur la base de plaintes ou *ex officio*, sur toute forme de violation des droits civils et politiques – dans les cas d'atteinte à la protection des avocats⁽¹¹¹⁾.

N. Samoa occidentale

191. Dans sa réponse, le gouvernement indique que le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire est garanti par la Constitution de 1962, ainsi que par la loi sur le pouvoir judiciaire de 1961. Depuis l'accession à l'indépendance, l'Etat a renforcé l'indépendance du judiciaire par des mesures telles que:

- a) la loi sur l'avocat du peuple de 1969, très proche des législations adoptées par d'autres pays du Commonwealth;
- b) la loi sur les praticiens du droit de 1976, qui a créé l'Association du barreau;
- c) l'amélioration de l'accès du public à la justice.

192. Le gouvernement indique que, en revanche, l'indépendance du pouvoir judiciaire est mise en cause dans certaines circonstances par:

- a) le fait que le Président de la Cour suprême est nommé par le Premier Ministre, ce qui pourrait faire dépendre l'octroi et l'exercice de ce poste de considérations politiques;
- b) une publicité négative dans les médias locaux concernant l'exercice des fonctions judiciaires;
- c) des critiques importantes de décisions judiciaires par des politiciens de haut rang.

O. Turquie

193. Dans sa réponse, le gouvernement indique que l'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie par la Constitution. En vertu de l'article 138

(111) Voir notamment la fiche d'information de la Commission nationale de mai 1989.

de cette dernière, les juges statuent conformément à la Constitution, à la loi et à leur intime conviction, sans être l'objet de pressions d'aucune sorte. A titre d'exemple, une affaire en cours de jugement ne peut pas faire l'objet de questions, de débats ou d'interventions à l'Assemblée législative.

194. Selon l'article 139 de la Constitution, les magistrats du siège et du parquet ne peuvent être démis de leurs fonctions avant l'âge fixé par la Constitution, ni être privés de leur salaire et des avantages liés à leur statut, même en cas de suppression de poste.

195. Sont définis par la loi les conditions de qualification, de nomination, les droits et devoirs, les salaires et avantages des magistrats du siège et du parquet, leur promotion, la procédure disciplinaire, les conditions de destitution et de suspension, ainsi que les incompatibilités de fonction. L'âge de la retraite est fixé à 65 ans. Au plan administratif, les magistrats dépendent du Ministère de la justice.

196. Concernant les avocats, ils sont totalement libres dans l'exercice de leurs fonctions. Les barreaux gèrent l'exercice de la profession. Le législatif et l'exécutif ne peuvent interférer dans les activités professionnelles d'un avocat s'agissant de la défense d'un client. Les services de conseil juridique sont inclus dans les droits de la défense et sont donc inaliénables.

P. Tuvalu

197. Dans sa réponse, l'Avocat général de Tuvalu indique que l'indépendance du pouvoir judiciaire est garanti par la Constitution de 1986, qui instaure la séparation des pouvoirs et prévoit les conditions de nomination et de service des juges de juridiction supérieure. Les juges sont nommés par le Chef de l'Etat sur recommandation du Cabinet qui détermine notamment la durée du mandat. La terminaison du mandat avant terme ne peut qu'être le fait du Parlement agissant sur recommandation d'un tribunal indépendant. La nomination et les conditions de service des juges des juridictions inférieur sont déterminées par la Commission du service public, organe indépendant de l'exécutif instauré par la Constitution, et avec l'approbation du Président

du tribunal supérieur. La Charte des droits de l'homme, qui a valeur constitutionnelle, pose le droit de tout individu à un procès équitable dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi.

198. Concernant le ministère public, la Constitution prévoit que l'Avocat général de Tuvalu, principal conseiller juridique du gouvernement, est indépendant en matière de conduite des poursuites pénales; les modalités d'exercice de ses fonctions ne peuvent être déterminées que par la loi et par les décisions des tribunaux. L'Avocat général est nommé par le Chef de l'Etat, sur recommandation du Cabinet et après consultation avec la Commission du service public. Il peut être démis de ses fonctions avant terme par le Chef de l'Etat sur la recommandation d'un tribunal indépendant nommé par celui-ci et après consultation avec le Premier Ministre.

199. L'Avocat du peuple, instauré par une loi de 1988, a pour mandat de fournir une assistance juridique et de représenter toute personne poursuivie au pénal comme au civil. Il est nommé par le Chef de l'Etat sur recommandation de la Commission du service public. Il peut être démis de ses fonctions dans les mêmes conditions que l'Avocat général. L'Avocat du peuple est indépendant dans l'exercice de ses fonctions, sauf du point de vue administratif, comme pour toute autorité publique. Il est également tenu par les directives juridictionnelles, en matière d'aide judiciaire et de représentation par exemple.

200. Les budgets du pouvoir judiciaire, de l'Avocat général et de l'Avocat du peuple sont gérés de façon autonome par le Premier Ministre, qui est aussi Ministre de la justice. Les budgets sont approuvés par le Parlement, dans les limites imparties à une économie tributaire de l'aide internationale.

201. En 1990, la Conférence des ministres et responsables de l'administration de la justice des îles du Pacifique a chargé l'Avocat général de Tuvalu de remédier à l'inexistence de magistrats qualifiés au niveau local. Par ailleurs, la possibilité de publier les textes juridiques en langue tuvalu plutôt qu'en anglais seulement est à l'étude.

Q. Yougoslavie

202. Dans sa réponse, le gouvernement indique que, depuis les dernières informations qu'il a transmises à l'ONU sur le sujet, des amendements à la Constitution ont été adoptés ou sont en cours d'adoption, et la coopération internationale s'est développée afin de renforcer l'indépendance du judiciaire. Les amendements IX à XLVIII à la Constitution fédérale, adoptés en 1988, concernaient l'indépendance du judiciaire.

203. Quant à la durée du mandat des juges, les projets d'amendements à la Constitution soumis pour adoption prévoient la suppression du régime actuel (mandat de huit ans avec possibilité illimitée de réélection) car il permettait de priver sans motif du droit à réélection menaçant ainsi l'indépendance du judiciaire.

204. Par ailleurs, les études de droit comparé et de droit international ont été développées afin d'incorporer dans la législation interne les normes internationales reconnues. Les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature ainsi que d'autres documents internationaux ont été publiés dans des revues spécialisées. Les magistrats ont également eu l'opportunité de participer à des conférences internationales sur le sujet comme, par exemple, à l'atelier sur l'indépendance du judiciaire organisé à Bled en février 1991 notamment par l'American Bar Association, le secrétariat fédéral de la justice et le secrétariat de la justice de la République slovène. A la suite de cet atelier et suivant les recommandations qui y furent adoptées, un amendement a été proposé qui supprime la condition d'éligibilité des juges concernant leur prédisposition morale et politique. En outre, un amendement prévoit que la loi fédérale doit énoncer les principes régissant l'établissement et la composition des tribunaux ordinaires, ainsi que l'élection et la destitution des juges.

205. Ces amendements ont passé la première phase de la procédure parlementaire, et sont actuellement révisés en fonction des débats ayant eu lieu à l'Assemblée fédérale.

206. La rédaction de ces amendements s'est fondée sur les principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, dont certains ont

déjà été pris en compte dans la législation yougoslave (ceux sur les tribunaux et les procédures judiciaires).

II. CAS DE MESURES ET PRATIQUES QUI ONT AFFAIBLI LES GARANTIES D'INDEPENDANCE ET DE PROTECTION

207. Dans notre document de travail de l'année dernière, nous rappelions la typologie des obstacles à l'indépendance des magistrats et à la protection des avocats réalisées par M. Singhvi dans son étude. Il avait identifié 26 types de déviations affectant les magistrats et 26 autres affectant les avocats⁽¹¹²⁾.

208. On ne rappellera jamais assez que selon les informations reçues au stade préliminaire de ce rapport, les pressions physiques demeurent le principal obstacle à l'indépendance et à la protection dans la majorité des cas qui nous ont été signalés. De fait, les exécutions sommaires ou arbitraires, les disparitions forcées ou involontaires, les détentions arbitraires ou la torture de magistrats et d'avocats n'affaiblissent pas les garanties d'indépendance et de protection; elles les annihilent. Aux cas d'atteintes à l'intégrité physique et à la liberté et la sécurité de la personne, proscrites par les garanties du "droit commun" des droits de l'homme, s'ajoutent les cas de menaces, harcèlement, entraves, etc., envers les magistrats et avocats, interdits par le "régime spécifique de protection".

(112) E/CN.4/Sub. 2/1990/35, par. 34 à 36.

209. En outre, concernant les autres garanties posées par le "régime spécifique", et toujours d'après les informations reçues, certaines semblent davantage affaiblies que d'autres par des mesures et pratiques nationales restrictives.

210. Il s'agirait, pour les magistrats de l'affaiblissement:

- a) des garanties contre les pressions, les menaces, le harcèlement, etc.;
- b) des garanties contre les atteintes aux conditions statutaires⁽¹¹³⁾ et de mandat;
- c) des garanties contre les atteintes à la liberté d'expression.

Concernant les avocats, il s'agirait de l'affaiblissement:

- a) des garanties contre les pressions, les menaces, le harcèlement, etc.;
- b) des garanties de protection contre l'assimilation au client ou à sa cause;
- c) des garanties en matière pénale (exemple: possibilité de présenter un *habeas corpus*, ou persécutions pour l'avoir fait);
- d) des garanties contre les atteintes à la liberté d'association, notamment professionnelle;
- e) des garanties contre les atteintes à la liberté d'expression.

211. En outre la plus grande partie des obstacles à l'indépendance et à la protection des magistrats et des avocats, garanties tant par le droit commun des droits de l'homme que par le "régime spécifique de protection", surviennent dans le cadre d'états d'exception ou sont fondées sur des mesures d'exception.

(113) "Conditions de service" dans les "Principes Magistrats".

A. *MESURES ET PRATIQUES AYANT AFFAIBLI L'APPLICATION DES GARANTIES CONTRE LES "PRESSIONS PHYSIQUES" ENVERS LES MAGISTRATS ET LES AVOCATS*⁽¹¹⁴⁾

1. **Atteintes à l'intégrité physique**

212. Les statistiques concordantes qui nous ont été transmises par le Centre pour l'indépendance des magistrats et des avocats (CIMA) de la Commission internationale des juristes⁽¹¹⁵⁾, et par le Lawyers Committee for Human Rights⁽¹¹⁶⁾ font état de:

- 34 exécutions sommaires ou arbitraires de magistrats et avocats entre janvier 1988 et juin 1989;
- 64 exécutions sommaires ou arbitraires de magistrats et d'avocats entre juillet 1989 et juin 1990.

Pour 1990, les dernières informations qui nous ont été transmises font état de 57 exécutions sommaires et sept disparitions.

213. On notera que, malgré les efforts des autorités, un nombre important de ces faits serait survenu en Colombie. Selon le Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires et arbitraires, un ministre de la justice, un procureur général de la nation, plusieurs juges de la Cour suprême et de nombreux magistrats sont à compter parmi les victimes de ces dernières années; un cinquième des 4 379 juges en fonction dans ce pays vivent sous la menace de mort⁽¹¹⁷⁾. De fait, les ONG estiment à 300 le nombre de juges et fonctionnaires de justice à avoir été assassinés en Colombie depuis 1980, dont 37 entre juillet 1989 et juin 1990. Des statistiques récentes font état de l'assassinat ou de la disparition de 13 magistrats et de 29 avocats entre mai 1990 et mai 1991.

(114) "Droit commun" des droits de l'homme; "Principes Magistrats", art. 2; "Principes Parquet", art. 4; "Principes Avocats", art. 16.

(115) *Attacks on Justice, The Harrasment and Persecution of Judges and Lawyers, January 1988 - June 1989*. Reed Brody (Ed.) (Geneva: CIJL/ICJ, idem. July 1990 - June 1991).

(116) *In Defense of Rights, Attacks on Lawyers and Judges in 1989* (New York: Lawyers Committee for Human Rights), 118 pp; *idem.*, in 1990, 174 pp.

(117) E/CN.4/1990/22/Add. 1, par. 43.

214. Les assassinats et disparitions viseraient autant les magistrats des juridictions supérieures que ceux des juridictions inférieures dès lors que leurs activités concernent les trafiquants de drogue, ou qu'ils tentent de découvrir ou de poursuivre les auteurs de violations des droits de l'homme.

215. Le cas de María Elena Díaz Pérez, troisième juge de l'ordre public à Medellín, assassinée le 28 juillet 1989, malgré la protection dont elle bénéficiait grâce aux autorités, est topique. Le juge Díaz enquêtait sur le massacre d'employés d'une plantation de bananes au nord d'Uraba; elle remplaçait le juge Marta Lucía González, qui avait fui le pays après avoir reçu des menaces de mort alors qu'elle venait d'ordonner l'arrestation de plusieurs leaders du cartel de Medellín et de deux officiers de l'armée, et dont le père sera assassiné le 4 mai 1989 à Bogotá⁽¹¹⁸⁾. Le juge Díaz fut assassinée après avoir émis des mandats d'arrêt envers trois membres de l'armée, deux leaders du trafic de drogue et le maire d'une localité⁽¹¹⁹⁾.

216. Le 27 juin 1990, Samuel Alonso Rodríguez Jacome, second juge de l'ordre public du Bucaramanga⁽¹²⁰⁾ a été assassiné avec sa femme. Il était chargé de l'enquête concernant la mort de trois personnes durant une opération militaire, et aurait été accusé par l'armée d'appartenir au groupe de guérilla ELN. Il avait également reçu des menaces de mort émanant d'un groupe de guérilla sur lequel il enquêtait.

217. Autre exemple, celui de Carlos Campo Donado, magistrat au tribunal supérieur de Barranquilla, assassiné le 13 août 1990. Le même jour, Carlos Enrique Castillo, Lucas Morales Duque et Abraham Nader, magistrats dans la même localité, auraient été menacés par téléphone de subir le même sort.

(118) Ibid. par. 34.

(119) Voir également E/CN.4/1990/22/Add. 1, par. 34 et 43.

(120) Le décret N° 1631 d'août 1987 a institué la fonction de juge de l'ordre public, chargé de mener des enquêtes et statuer sur les infractions qui semblent avoir pour but de "persécuter ou intimider toute personne établie sur le territoire colombien, en raison de son appartenance à un parti politique ou de toute autre conviction ou opinion".

218. Les magistrats du parquet sont également visés. Ainsi María Esther Restrepo, procureur régional de la municipalité d'Apartado, fut assassinée ainsi que son garde du corps à l'entrée de son bureau, le 24 juillet 1990. Elle supervisait l'enquête sur l'assassinat de 42 paysans de Pueblo Nuevo le 17 janvier 1990, à la suite de laquelle des procédures disciplinaires furent engagées par les autorités contre des officiers de l'armée suspectés de complicité avec le groupe paramilitaire responsable des exécutions.

219. En ce qui concerne les avocats, le Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires ou arbitraires fait régulièrement état de meurtres d'avocats en Colombie⁽¹²¹⁾. Les informations concordantes reçues dans le cadre du présent rapport laissent penser que les avocats sont autant, voire plus exposés que les magistrats en Colombie, particulièrement ceux engagés dans la défense des droits de l'homme.

220. Parmi les cas signalés, on compte des exécutions et des disparitions, comme celle de Alirio de Jesús Pedraza Becerra; des preuves crédibles lieraient certaines sections des forces de sécurité à son enlèvement le 4 juillet 1990 dans la banlieue de Bogotá, par des hommes se faisant passer pour des membres de la police judiciaire. On mentionnera également les cas d'exécution et de disparition des avocats suivants: Bohada Bernal (assassiné le 24 juin 1989), Saul Baguero Tinsa (30 juin 1989), César Arcadio Cerón (10 juin 1989), Abelardo Daza Valderrama (2 août 1989), Guillermo Gómez Murillo (16 septembre 1989), María Mercedes Marengo (27 novembre 1989), Alberto Jaime Palaez (19 janvier 1990), Francisco Morales Valencia (15 février 1990), Tarcisio Roldán Palacios (13 mars 1990), Isias Cuadros (24 mai 1990), Blanca Elisa Cabra (2 juin 1990), Alvaro Caicedo Millán (9 juillet 1990), Flavio Hernando Marino Porras (7 septembre 1990), etc..

221. Au moment où, grâce au sens des responsabilités des uns et des autres, les mouvements de guérilla ont rejoint, ou dialoguent pour rejoindre, par la participation populaire, la lutte pour la démocratie, le Rapporteur tient à rendre ici hommage aux initiatives prises par le gouvernement (cf. *supra*,

(121) Voir, par exemple, E/CN.4/1990/22, par. 128 b) et E/CN.4/1991/36, par. 109 e), a) la loi N° 857 du 16 juin 1963, qui punit tout fonctionnaire qui aurait empêché, interdit ou autrement gêné l'exercice du droit des avocats à rendre visite et s'entretenir avec une personne arrêtée.

première partie), et à l'esprit de coopération qui anime de plus en plus les forces politiques en présence.

222. Au Pérou, les magistrats et les avocats les plus fréquemment victimes d'assassinats seraient ceux qui enquêtent dans des affaires de terrorisme ou défendent des personnes accusées d'actes de terrorisme et ceux qui sont impliqués dans les procédures concernant les violations des droits de l'homme, qu'elles soient attribuées aux groupes d'insurgés, aux groupes paramilitaires, ou aux forces de sécurité et à l'armée.

223. On citera en ce sens le cas de l'avocat Luís Fernando Colonio Arteaga, ancien membre du Comité exécutif du barreau d'Ayacucho, il a été assassiné le 20 juillet 1990 vers 2 heures du matin. Il aurait assuré la défense d'étudiants appartenant à l'université nationale dans des affaires de violations des droits de l'homme des étudiants, et se serait occupé en particulier de défendre des étudiants accusés d'avoir des liens avec la guérilla. La veille de sa mort, il aurait dénoncé, lors d'une conférence publique á Ayacucho, l'implication des forces armées dans plusieurs cas de disparitions, de massacres et d'autres exactions, et aurait prôné le rétablissement du pouvoir civil dans les zones sous état d'exception depuis décembre 1982. Selon le Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires ou arbitraires, ce meurtre aurait été commis à un moment où seules les patrouilles de sécurité étaient autorisées à circuler, ce qui mettrait en cause la responsabilité des groupes paramilitaires ou des forces de sécurité⁽¹²²⁾. Les mêmes informations ont été portées à notre attention.

224. Autre exemple, celui de Angel Escobar Jurado, avocat et vice-président du Comité des droits de l'homme d'Huancavelica, qui aurait été enlevé par les forces de sécurité. Certaines informations font état de la mention de son nom sur une liste de "personnes à abattre" datée d'août 1989 et attribuée au groupe paramilitaire Commando Rodrigo Franco.

225. Parmi les autres cas de meurtres d'avocats qui nous ont été signalés pour 1990, on retiendra en particulier ceux de Oswaldo Calderón Almoncio (assassiné le 5 octobre 1990), Máximo Rico Bazán (19 juillet 1990), Luís Volán (3 septembre 1990).

(122) E/CN.4/1991/36, par. 365 b) et 366.

226. Quant aux magistrats, les informations reçues font état d'atteintes à l'intégrité physique visant particulièrement les juges de paix et les membres du parquet travaillant au niveau local. On a relevé notamment les cas de Francisco Flores (juge de paix, assassiné en octobre 1989), Delfín Morales (juge de paix, 31 octobre 1989), Jorge Padín Aragón (juge de paix, 16 avril 1990), Dario Quispilaya Yauri (juge de paix, assassiné le 26 septembre 1990), César Alberto Ruiz Trigoso (juge au huitième tribunal d'instruction, assassiné le 16 novembre 1990), Javier Sucllupua Meneses (juge de paix, 29 septembre 1989), Abel Vidal Flores (juge de paix, assassiné le 13 octobre 1990), Arturio Zapata (juge de paix, assassiné le 18 janvier 1990), ainsi que les cas de Fausto Gutarra Guerra (procureur, assassiné le 2 juillet 1990), Omar León Vásquez (procureur, qui aurait été battu le 25 août 1990 par des hommes armés entrés de force à son domicile), Orlando Zamalloa Alcocer (procureur supérieur, qui aurait été gravement blessé par balles par des hommes non identifiés le 11 décembre 1990).

227. Aux Philippines, malgré les efforts, là encore, des autorités (cf. *supra*, première partie), la situation demeure préoccupante. Outre le cas de Gervancia Cadavos, juge au tribunal régional de Leyte, assassiné le 26 mars 1989, et celui de Gil Getes, procureur, assassiné le 4 mars 1990, les informations reçues ou collectées concernent surtout, pour la période 1986-1990, les avocats. Le Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires ou arbitraires cite l'assassinat d'Oscar Tonog, vice-président du barreau des Philippines, le 21 mars 1989, et d'Alfonso Surigao en juin 1988. Dans le cadre du présent rapport, nous avons reçu et collecté des informations, de sources gouvernementale et non gouvernementale, sur les cas de David Bueno (assassiné le 22 octobre 1987), Vicente Mirabueno (6 février 1988), Ramos Cura (18 juin 1988), Emmanuel Mendonza (2 juillet 1988) et Eliodoro Gonzales (9 octobre 1989).

228. Au Sri Lanka, le Rapporteur spéciale sur les exécutions sommaires ou arbitraires lie directement les meurtres de certains avocats et les menaces de mort reçues par d'autres "au recours en *habeas corpus* qu'ils avaient formé devant les tribunaux au nom de personnes illégalement détenues ou de personnes disparues". Il cite plusieurs cas dans lesquels les forces de sécurité seraient impliquées⁽¹²³⁾. Ces préoccupations sont partagées par le Groupe de

(123) E/CN.4/1990/22, *inter alia*, par. 382, 386 b) et 389.

travail sur les disparitions forcées ou involontaires, qui attribue la diminution impressionnante du nombre de recours en *habeas corpus* concernant des personnes disparues aux meurtres récents de trois avocats. A eux trois, ils avaient introduit 400 recours⁽¹²⁴⁾. Par ailleurs, les informations reçues dans le cadre du présent rapport font état de l'assassinat, de la disparition ou du décès à la suite du traitement reçu en détention d'une dizaine d'avocats de fin 1988 à mi-1990. On citera en particulier les cas de Wijedasa Liyanarachchi, Neville Nissanka et Sam Tambimuttu.

229. En Turquie, le 20 avril 1990, trois avocats, Sezin Atmaci, Dilek Bosut et Rasim Os, auraient été battus par des membres de la police alors qu'ils se rendaient à la cour de sécurité d'Ankara devant laquelle ils devaient défendre deux leaders communistes. En août et septembre 1990, quatre avocats, Ulutan Gün, Fethiye Peksen, Hasan Hüseyin Reyhan et Hedii Yarayici, auraient été battus pour avoir tenté de rendre visite à leurs clients détenus ou emprisonnés. Des ONG lient ces événements au fait que, en juin 1990, le Ministère de la justice avait émis une circulaire restreignant le droit de visite des avocats et, dans certains cas, interdisant toute communication directe.

2. Arrestations et détentions arbitraires d'avocats

230. Les statistiques établies à partir d'informations émanant d'ONG⁽¹²⁵⁾ font état de 165 cas d'arrestation et de détention arbitraire d'administrateurs de justice – principalement des avocats – entre juillet 1989 et juin 1990 dans près de 50 pays. Pour 1990 seulement, 193 cas de détention arbitraire ont été recensés.

231. Ces pratiques sont parfois massives et concomitantes. Ainsi au Népal, d'après des informations concordantes, une quinzaine d'avocats, membres du barreau de la Cour régionale occidentale, auraient été arrêtés le 24 septembre 1989 alors qu'ils participaient à une conférence sur les droits de

(124) E/CN.4/1991/20, par. 339 et 346.

(125) Notamment: Amnesty International, le Centre pour l'indépendance des magistrats et des avocats de la Commission internationale des juristes, la Fédération internationale des droits de l'homme, le Lawyers Committee for Human Rights.

l'homme et la constitution, et détenus sans charges pendant de courtes périodes. Par ailleurs, pendant le premier trimestre 1990, 70 avocats, dont le Président et l'ex-Président du barreau national ainsi que huit membres du Comité exécutif du barreau, auraient été arrêtés et détenus sans charges pendant des durées variant de quelques jours à plusieurs semaines dans le cadre de la loi sur la sécurité publique. Ils auraient pour la plupart été arrêtés en février et mars, après que le barreau national ait appelé à une grève générale le 20 février, et relâchés fin mai.

232. Au Nigéria, l'avocat Olu Onagoruwa aurait été arrêté en juin 1990 alors qu'il quittait la Haute Cour de Lagos et qu'il portait encore sa robe d'avocat. D'après les informations reçues, il venait de refuser de retirer une plainte contre le gouvernement pour détention illégale d'un client. Il aurait été détenu pendant dix jours, sur la base du décret N° 2 de 1984, sur la sécurité de l'Etat, qui autorise la détention administrative pendant six semaines renouvelables de toute personne suspectée d'être une menace pour la sécurité nationale, sans que cette décision puisse être contestée par la voie juridictionnelle.

233. Au Soudan, les informations reçues font état de l'arrestation et de la détention arbitraire de 28 avocats depuis juillet 1989 sur la base du décret d'exception N° 2 du 30 juin 1989, qui autorise, là encore, le gouvernement à arrêter toute personne sans mandat et à la maintenir en détention administrative sans charges, et qui ne prévoit pas de possibilité de contester la détention devant une juridiction. La plupart des cas qui nous ont été signalés concernent des avocats ayant protesté auprès du gouvernement après qu'il eut interdit les organisations professionnelles. Des cas de détention *incommunicado* et de torture nous ont aussi été signalés. Parmi les cas transmis, on citera notamment ceux de Kamal al-Gizouli (arrêté le 10 août 1989), Gelal El din al-Sayid (29 juillet 1989), Adnan Zahir al-Sadat (4 janvier 1990), Abdel Azim Awad Surur (15 septembre 1989), Abdel Rahman al-Zain (7 décembre 1989), ainsi que ceux de Santino John Akot, Al Sir Khider Abdel Aziz, Bakri Mohamed Gibril Babiker, Shams El Din Abdalla Khalil, Abu Taleb Mohamed Osman, Saleh Mahmoud Mohammed Ousman, Mohamed Abdullahi Saleh dont la date d'arrestation n'est pas connue. Sous réserve d'information, tous les avocats mentionnés seraient encore détenus aujourd'hui.

234. Concernant les territoires occupés par Israël, des craintes ont été exprimées quant au nombre d'arrestations arbitraires d'avocats dans les ter-

ritoires occupés par Israël. Le régime d'exception autoriserait le Ministre de la défense et certains officiers de l'armée à émettre des mandats de détention administrative, qu'il y ait ou non des charges, chaque fois que des "raisons de sécurité" le justifient. L'interprétation large de cette motivation et l'absence d'exigences de charges seraient à l'origine de l'arrestation et de la détention d'avocats en raison de leurs activités professionnelles dans ce domaine.

235. Les cas de Adnan Abu Leila, Shaher Aruri et Mohammed Abdul Rahim Shadid seraient typiques. Ces avocats qui s'occuperaient de la défense des personnes placées en détention administrative, auraient eux-mêmes été placés en détention administrative pour des raisons de sécurité intérieure. Ils auraient en fait été suspectés d'appartenir à des organisations interdites, mais n'auraient jamais eu accès à leurs dossiers, classés confidentiels, et la preuve contradictoire de leur culpabilité n'aurait jamais été apportée en raison de leur caractère secret.

236. Le nombre d'autres cas de détention arbitraire et d'atteintes à l'indépendance des magistrats et des avocats exigerait une étude approfondie qui ne peut entrer dans les limites du présent rapport.

3. Autres cas de mesures et pratiques nationales

237. Parmi les cas sur lesquels nous avons reçu ou collecté de l'information, nous porterons à l'attention de la Sous-Commission ceux de deux pays où les mesures et pratiques en vigueur sont concernées au regard des normes internationales.

a) Mesures et pratiques au Pérou

238. Outre les atteintes au "régime spécifique de protection" précédemment étudiées concernant l'intégrité physique, des "pressions" envers les magistrats et les avocats sont attribuées aux groupes d'insurgés (Sentier lumineux, Mouvement révolutionnaire Tupac Amaru...), aux groupes para-

militaires (Commando Rodrigo Franco...) ainsi que, dans certains cas, aux forces de sécurité. La plupart surviendrait dans les zones sous état d'exception, qui, en 1990, concernerait près de la moitié des 183 provinces du pays.

Allégations de "pressions" au sens du "régime spécifique de protection"

239. Les "pressions" qui nous ont été signalées consistent surtout en des "menaces"⁽¹²⁶⁾, indirectes (menaces de mort par téléphone, par exemple) et directes (allant jusqu'à l'attentat à l'explosif).

240. Les avocats suivants auraient été menacés de mort: José Burneo Labrín (de février à mai 1990), Wilfredo Mujica Contreras (février 1990), Wilker Ruiz Vela (depuis début 1990, époque à laquelle il aurait déposé des plaintes contre des membres de la police), Francisco Soberón (depuis mars 1990)⁽¹²⁷⁾.

241. Parmi les magistrats, on relèvera les cas de: Cesar Fernández Arce, président de la Cour suprême, qui aurait reçu de nombreuses menaces de mort avant son élection à cette fonction le 6 décembre 1990, dues selon certaines informations à ses engagements contre des cas de corruption au sein du pouvoir judiciaire; Omar León Vásquez (cf. *supra*) qui, le 25 août 1990, aurait été menacé de mort s'il n'abandonnait pas ses fonctions, ce qu'il aurait été finalement contraint de faire.

242. Plusieurs cas d'attentats à l'explosif contre des avocats et des magistrats nous ont été signalés. Ainsi le 27 octobre 1990, le domicile de l'avocat Johnny Lescano Anzieta aurait été dynamité; il en aurait été de même le 9 février 1990 du domicile du juge de paix Ernesto Castro; le procureur José Maceda Tito aurait été blessé le 14 juillet 1990 par l'explosion d'une bombe placée à côté de son domicile, etc..

(126) Au sens des "Principes Magistrats", art. 2.

(127) Voir aussi le rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires ou arbitraires, E/CN.4/1991/36, par. 363 g).

Autres obstacles

243. Le régime de l'état d'exception et les modalités d'administration de la justice militaire seraient des facteurs importants d'atteintes aux garanties prévues par le "régime spécial". D'autres obstacles potentiels ont été portés à notre attention: la faiblesse du contrôle judiciaire des actions des pouvoirs exécutif et militaire, principalement à l'occasion de recours en *habeas corpus* ou d'*amparo*⁽¹²⁸⁾, et les méthodes de nomination des juges. A noter, compte tenu de la particularité du climat politique, que l'inamovibilité, prévue comme une garantie d'indépendance des magistrats, pourrait géographiquement constituer un facteur de vulnérabilité des juges face aux tentatives de corruption et aux pressions institutionnelles.

244. Certaines réformes seraient actuellement entreprises qui permettraient de combler certaines lacunes dans le domaine des garanties (par exemple, la protection des avocats en matière pénale pourrait être améliorée par la modification de dispositions d'exception).

b) Mesures et pratiques aux Philippines

Persistance alléguée de "pressions" sur les avocats au sens du "régime spécifique de protection"

245. Outre les cas d'exécutions arbitraires d'avocats et de magistrats (cf. *supra*), les informations concordantes reçues d'ONG⁽¹²⁹⁾ font état de 51 cas d'"entrave, intimidation, harcèlement ou ingérence indue" envers des avocats⁽¹³⁰⁾ survenues entre août 1986 et janvier 1991 (12 cas en 1990-1991). Les attentats anonymes à la bombe et les raids effectués par des militaires contre les cabinets et les domiciles d'avocats tendraient à diminuer alors que sur-

(128) Dans le même sens, voir les préoccupations exprimées par le Rapporteur spécial sur les exécutions sommaires ou arbitraires, E/CN.4/1991/36, par. 363.

(129) Notamment Amnesty International, le Centre pour l'indépendance des magistrats et la protection des avocats, le *Free Legal Assistance Group*, le *Lawyers Committee for Human Rights*, le *Regional Council on Human Rights in Asia*.

(130) Au sens des "Principes Avocats", art. 16.

viendraient encore très fréquemment les menaces de meurtre anonymes par téléphone et par lettre, et les filatures par des véhicules sans plaques d'immatriculation. Ont également été signalées: la diffusion par un groupe paramilitaire de listes d'avocats "à abattre", et par la sécurité militaire de listes ("ordres de bataille") sur lesquelles figureraient des noms d'avocats; des menaces de mort proférées par un officier de l'armée à l'encontre d'un avocat alors qu'il rendait visite à un client détenu; le cambriolage du domicile d'un avocat, au cours duquel des dossiers ont été fouillés ou détruits.

246. Les avocats les plus visés seraient ceux qui défendent des personnes suspectées d'être communistes, des personnes détenues ou, plus généralement, qui ont en charge des dossiers de violations des droits de l'homme. On retiendra en particulier les cas de Romeo Capulong, Solema P. Jubilán et Nerio G. Zamora.

247. Les informations reçues démontrent que ces avocats sont très souvent "assimilés" à leurs clients ou à leur cause⁽¹³¹⁾.

Obstacles normatifs potentiels dans d'autres domaines

248. Les informations reçues d'ONG⁽¹³²⁾ et les rapports présentés à la Commission par le Rapporteur spécial sur la torture et par le Groupe de travail sur les disparitions⁽¹³³⁾ font état de plusieurs obstacles potentiels à l'application du "régime spécifique de protection"; il s'agit en particulier de la loi de la République N° 1 700, qui aggrave le risque d'assimilation des avocats par rapport à la cause de leurs clients⁽¹³⁴⁾, voire de les criminaliser par rapport à ceux-ci, ou encore du décret N° 272 et de la jurisprudence récente de la Cour suprême, qui risquent d'amoinrir les garanties en matière pé-

(131) Au sens des "Principes Avocats", art. 18.

(132) E/CN.4/1991/36, par. 363 g).

(133) Respectivement E/CN.4/1991/17, par. 203 à 275 et E/CN.4/1991/20/Add. 1.

(134) Voir l'article 18 des "Principes Avocats".

nale⁽¹³⁵⁾, ainsi que du décret présidentiel N° 1 850, qui risque d'étendre la compétence des juridictions militaires à des infractions d'ordre non militaire⁽¹³⁶⁾. Ces obstacles ayant déjà été largement commentés lors de la session de la Commission des droits de l'homme, on se limitera à renvoyer aux rapports des visites effectuées par le Rapporteur spécial et par deux membres du Groupe de travail sur les disparitions⁽¹³⁷⁾, ainsi qu'aux comptes rendus analytiques des séances.

***B. MESURES ET PRATIQUES AYANT AFFAIBLI L'APPLICATION
DES GARANTIES CONCERNANT LES CONDITIONS
STATUTAIRES ET LA DUREE DU MANDAT DES MAGISTRATS⁽¹³⁸⁾***

249. Selon des informations concordantes, une situation de violations systématiques de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la protection des avocats prévaudrait au Soudan depuis 1989. C'est l'application des garanties en matière de conditions de service et de durée du mandat des magistrats qui se heurterait aux obstacles les plus importants. Les avocats seraient loin d'être épargnés par les mesures et pratiques en vigueur. Le régime d'exception en vigueur serait la cause des obstacles à l'indépendance des magistrats et à la protection des avocats.

Le contexte: des mesures d'exception absolument contraires au "régime spécifique de protection"

250. Selon des informations portées à la connaissance du Rapporteur, le Conseil de commandement révolutionnaire de sauvegarde nationale a an-

(135) "Principes Avocats", art. 5 à 8 et Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement.

(136) Voir l'article 5 des "Principes fondamentaux" complété par l'article 5 f) du "Projet de déclaration".

(137) Note 133, *op. cit.*

(138) "Principes Magistrats", art. 11, 12 et 17 à 20.

noncé le 30 juin 1989 l'entrée en vigueur du décret N° 2, instaurant l'état d'exception sur l'ensemble du territoire, et qui serait encore en vigueur aujourd'hui. Les informations reçues traduiraient alors une contradiction absolue entre les dispositions de ce décret et le "régime spécial".

251. En premier lieu, l'indépendance du pouvoir judiciaire aurait été affaiblie par l'instauration de juridictions d'exception. Dénommées "tribunaux militaires spéciaux" dans le décret N° 2 puis rebaptisées "tribunaux de sécurité révolutionnaire" en septembre 1989⁽¹³⁹⁾, ces juridictions seraient compétentes pour juger les civils arrêtés en vertu de la législation d'exception, ce en contradiction flagrante avec l'article 5 des "Principes Magistrats" et de l'article 5 f) du "Projet de déclaration"⁽¹⁴⁰⁾. De plus, les jugements ne seraient pas susceptibles d'appel devant les juridictions ordinaires, contrairement à l'article 4 des "Principes Magistrats" et à l'article 5 f) du "Projet de déclaration". En outre, si les tribunaux spéciaux étaient composés de militaires, il n'en serait pas obligatoirement de même des tribunaux de sécurité et des tribunaux militaires, créés pour juger les officiels suspectés de sédition et de corruption, dont les juges peuvent être "toute autre personne compétente"; en tout état de cause, il reviendrait au seul Conseil de commandement révolutionnaire de nommer les juges. Ces dispositions sont contraires à l'article 10 des "Principes Magistrats" et aux articles 9 à 11 du "Projet de déclaration".

252. Par ailleurs, la protection des avocats serait très affaiblie par la suppression des garanties essentielles en matière pénale: le décret N° 2, qui autoriserait en effet les autorités à arrêter et détenir quiconque est susceptible de représenter un danger pour la sécurité politique et économique, les autoriserait également à arrêter sans mandat toute personne et à la placer en détention administrative indéfiniment, sans que soient exigées des charges, et sans qu'elle puisse contester sa détention devant une juridiction, le décret

(139) Le nouveau système a instauré six tribunaux et une Haute Cour de sécurité révolutionnaire.

(140) S'il ne s'agit certes que d'un projet, on rappellera cependant que la Commission des droits de l'homme, par sa résolution 1989/32 du 6 mars 1989, a "invité les gouvernements à tenir compte des principes énoncés dans le projet de déclaration pour appliquer les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature" (par. 2); cf. *supra*, par. 17.

ne prévoyant aucune procédure à cet égard. Ces dispositions semblent court-circuiter en amont l'application des articles 5 à 8 des "Principes Avocats" et du principe 32 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement.

253. D'après les informations reçues, les procédures prévues devant les juridictions d'exception instaurées par le décret N° 2 et par les législations ultérieures auraient suspendu, ou pour le moins sérieusement limité, le droit à l'assistance d'un avocat, contrairement à l'article premier des "Principes Avocats" et à l'article 6 des "Principes Magistrats".

254. Enfin, le décret N° 2 aurait également interdit les organisations professionnelles d'avocats, parmi lesquelles l'Association soudanaise du barreau et l'Association soudanaise de l'aide judiciaire, en contradiction avec les articles 23 et surtout 24 et 25 des "Principes Avocats".

Des pratiques annihilant l'indépendance du pouvoir judiciaire

255. L'opposition des juges à ces changements institutionnels aurait d'abord été sporadique; elle aurait donné lieu à la destitution de quelques juges par le Conseil de commandement révolutionnaire en août 1989. En outre, le cas du juge Nimeiri d'Omdurman nous a été signalé; il aurait été arrêté en été 1989 du fait de son opposition aux mesures prises par le gouvernement et serait toujours en détention.

256. A cette époque, déterminés à sauvegarder leur indépendance, les magistrats auraient été de plus en plus nombreux à réagir: une grève de magistrats aurait eu lieu le 21 août 1989; une lettre signée de 50 juges aurait été envoyée le 25 août au Conseil de commandement révolutionnaire pour réclamer notamment l'annulation immédiate des décrets instaurant les juridictions et les procédures d'exception, l'annulation de leurs jugements et le transfert des affaires aux juridictions ordinaires compétentes auparavant, ainsi que l'engagement du gouvernement de reconnaître et de garantir l'indépendance du judiciaire, l'état de droit, la séparation des pouvoirs et le respect des principes généraux concernant les droits de l'homme.

257. En réaction à ces protestations, le gouvernement, le 27 août, aurait destitué, suspendu ou mis à la retraite 58 juges de tous grades. En 1990, le mouvement se serait amplifié puisque 70 juges auraient subi le même sort⁽¹⁴¹⁾.

258. D'après les informations reçues, les décisions du gouvernement ne seraient pas motivées, et seraient simplement notifiées à l'intéressé, en dehors de toute procédure. S'il semble s'agir le plus souvent de mises à la retraite, celles-ci revêtent de facto la forme de destitutions, en tout cas de mise à l'écart.

259. Les juges nommés en remplacement n'auraient été choisis par le Conseil de commandement révolutionnaire qu'en raison de leur acceptation des mesures prises depuis 1989 et de leur disposition à appliquer la *chari'a*; certains n'auraient pas de formation juridique.

260. Les juges dont les noms suivent figureraient parmi les 128 magistrats démis de leurs fonctions en 1989 et 1990:

en 1989⁽¹⁴²⁾.

Juges de Cour suprême

Hakeem al-Tayeb
Sayed Abdalla Attoam
Salil al-Sharif
Al-Tahir Zain al-Abdin

(141) Entre-temps, le gouvernement, en décembre 1989, avait autorisé les nouvelles juridictions à appliquer la *chari'a*, à laquelle nombre de magistrats étaient opposés. On rappellera que la *chari'a* fut introduite en septembre 1983, complétée par le principe jurisprudentiel de l'"interprétation libre", autorisant le juge à y rechercher des incriminations non formulées dans le droit codifié. Depuis 1983, l'opposition des juges à l'application de la *chari'a* aurait toujours été circonscrite par des pressions importantes de l'exécutif. En 1984, l'instauration dans le cadre de l'état d'exception de tribunaux spéciaux aurait eu notamment pour but de systématiser le recours à la *chari'a* par les magistrats. D'ailleurs, ces tribunaux spéciaux seraient restés en fonction sous le nom de "tribunaux de justice rapide" lorsque l'état d'urgence fut levé fin 1984 et qu'une nouvelle loi sur le pouvoir judiciaire fut adoptée.

(142) Au 1^{er} mai 1991, aucun d'entre eux n'aurait été réintégré.

Hassan Mahmoud Babiker
Abd El Aati al-Asad
Obied Gismalla

Juges de cour d'appel

Nadir al-Sayed Abbas
Al-Rayyah Widatalla
Abd Elhafiz al-Fadi al-Hassan
Kamal Eddin Ali Suleiman
Alamin al-Tayeb Aby Qanaya
Abderahman Mohammed
Abdelsadik
Ibrahim Ali Gadalla

Juges de province

Mohammed Abdalla Ata
Mohammed al-Hafiz Mahmoud
Mahdi Mohammed Agied
Babikr al-Grayie
Abdelmoniem Khorasani
Hamza Amin Ahmed
Salah Hussein
Abdel Aziz Hamatto
A'mna Awad Mahmoud
Ahmed al-Tigani al-Tahir

Juges de première classe

Ahmed Ahmed Abu Bakr
Bashier Ahmed al-Mustafa
Abdel Hamed Abelde Kadir
John LualBabikr Saad Tashin
Yousif Mohammed Dakien
Anwar Izzeddin
Mohammed Ahmed Mustafaabu Raida
Mamoon Mekkawi Babikr
Hashim Ibrahim Ahmed
Haseeb Mansoor ali Haseeb
Fadlalla al-Amin
Saif-Eddola Hamadnalla

Bashier Maaz
Abdelmoniem Swar-Eddahab
Tag-Eddin Nouri
Taha Ahmed Taha Sorig
Atalla al-Imam
Al-Nimeiri al-Hag al-Nimeiri
Mohamed Mustafa Elhag
Mohamed El-Hassan Mohamed Osman
Sediq Hakiem
Elfatih Mohamed Maghtar

Juges de seconde classe

Abdediem Osman Ahmed
Ahmed Mohammed Ahmel al-Magbool

Juge de troisième classe

Husham Babikr Abdalla el-Shaikh

en 1990:

Juges de Cour suprême

Abdel Meniem al Zik al Nahas
Mahdely Mohamed Ahmed (Khartoum)
al Ashry riad Sakla Shakaek (Khartoum)
Mohamed Mohamed al Hassan (Khartoum)
Ahmed Gadin al Zahzahi (Khartoum)
Moustafa Hasab Alla (Khartoum)
Abdel Wahab al Mubarak (Khartoum)

Juges de cour d'appel

Ahmed Ibrahim Mahmoud (Madani)
Hashim Mahgoub al Said (Al Madamer)
Ahmed Hamed al Teni (Fiala)
Abdel Rahman Kath Starah (Khartoum)

Juges de province

Atta al Manaf Mohamed Ahmed Saad
Mohamed al Meki Abu al Khir
Hassan al Mahl

Juges de district

Nadia Mousa (Obdurman)
Salah Kasamalla (Al Hasahis)
Abdel Razik Abdel Rahim Abu Akla (Rashad)
Tarek Said Ahmed Abdel Alla (Madani)
Abdel Alla (Madani)
Salah al Sidik Abdel Habaki (Berker)
Mohamed Abdella Ismail (Kialla)
al Sheikh Hassan Fadlalla (Al Abiad)
Ahmed Salah al Din Awoodah (Madani)
Abdel Elah Mohamed Osman (Madani)
Amal Gilati (Madani)
Salwa Houssin Yosti (Obdurman)
Tahani Abdel Wahab (Obdurman)
Khadija al Hegaz (Obdurman)
Magdi Zin al Abedin (Port Sudan)
Salah Abuli al Fateh Hagg al Nour (Tendelty)
Abubaker Omar Ahmed (Al Katina)
Houssin al Gala (Al Damer)
Idris Saleh Farah (Atbara)
Osman Fadl al Mawla Abbas AbdelKader Blah (Kosty)
Ismail al Tag Moustafa (Atbara)

261. On rappellera que d'après les "Principes Magistrats", "la durée du mandat des juges, leur indépendance, leur sécurité, ... leurs conditions de service ... sont garanties par la loi" (art. 11), et que "les juges ... sont inamovibles tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge obligatoire de la retraite ou la fin de leur mandat" (art. 12); en outre, "un juge ne peut être suspendu ou destitué que s'il est inapte à poursuivre ses fonctions pour incapacité ou inconduite" (art. 18); il doit alors bénéficier d'une procédure disciplinaire équitable (art. 17, 19 et 20).

262. Par ailleurs, les "Principes Magistrats" garantissent la liberté d'expression des magistrats, sous la seule réserve qu'"ils se conduisent de manière à préserver la dignité de leur charge et l'indépendance de la magistrature" (art. 8).

Pratiques affaiblissant la protection des avocats

263. D'après les informations reçues, l'Association du barreau et l'Association de l'aide judiciaire auraient fait parvenir au gouvernement le 1^{er} août 1989 un mémorandum demandant que soit annulée la dissolution des organisations professionnelles prononcée par le décret N° 2 du 30 juin 1989, et que soient respectés les traités internationaux ratifiés qui garantissent la liberté d'association. En juillet-août-septembre 1989, les principaux signataires du mémorandum auraient été arrêtés en vertu du décret N° 2 et, à ce jour, la majorité d'entre eux demeurerait détenue sans charges ni procès.

264. Au total, les cas de 28 avocats arrêtés et détenus arbitrairement nous ont été signalés (cf. *supra*). La libération de six d'entre eux seulement aurait été confirmée, l'une en octobre 1990, les autres en 1991.

C. MESURES ET PRATIQUES AYANT AFFAIBLI LES GARANTIES EN MATIERE DE LIBERTE D'ASSOCIATION ET D'EXPRESSION DES AVOCATS⁽¹⁴³⁾

265. Parmi les cas sur lesquels nous avons reçu ou collecté de l'information, nous porterons à l'attention de la Sous-Commission ceux de trois pays où les mesures et pratiques en vigueur semblent significatives au regard des normes internationales.

a) *Pratiques en Indonésie*

266. Les informations reçues font état d'*ingérences croissantes de l'exécutif dans la profession juridique, en réaction aux activités de certaines organisations professionnelles en faveur de l'état de droit et des droits de l'homme*, et qui viseraient en particulier l'Association du barreau d'Indonésie (IKADIN).

267. Dernièrement, l'exécutif aurait poussé à la création d'une organisation professionnelle d'avocats unique afin d'«harmoniser la profession» et

(143) "Principes Avocats", art. 23 à 25.

d'«améliorer la qualité des services juridiques». Cette organisation, la Fédération des associations juridiques d'Indonésie, aurait été créée, malgré d'importantes critiques, lors de rencontres nationales tenues du 7 au 10 mai 1991 à Cipanas, Java occidentale. Elles auraient été inaugurées par plusieurs membres du gouvernement – le Ministre de la justice, le Ministre de l'intérieur et le Commandant des forces armées. A cette occasion, le Président de l'Association indonésienne des magistrats (IKAHI), Djazuli Bahar, aurait refusé de considérer ce qu'il aurait qualifié de "création politique" comme une organisation professionnelle. Dans le même sens, quatre des dix organisations professionnelles d'avocats – IKADIN, PUSBADHI, PERADIN et BBH – auraient annoncé leur refus de participer à cette organisation. Des craintes ont été exprimées quant à la possibilité pour ces dernières de poursuivre leurs activités. A cet égard, plusieurs réunions de l'IKADIN auraient été interdites sans motif légitime.

268. On rappellera que l'article 23 des "Principes Avocats" garantit aux avocats la liberté d'association et de réunion.

b) *Mesures et pratiques au Kenya*

269. Les informations reçues font état d'une augmentation des atteintes à la liberté d'expression des avocats pour 1990. Le fondement juridique de ces atteintes serait très souvent la "loi sur le maintien de la sécurité publique", qui autoriserait la détention sans charges ni procès "aussi longtemps qu'il est nécessaire au maintien de l'ordre public". La détention serait légale dès parution de l'ordre de détention au Journal officiel; il ne serait pas possible d'en contester la légalité devant une juridiction.

270. Parmi les cas portés à notre attention, on relèvera celui de Gitobu Imanyara, avocat et rédacteur en chef du *Nairobi Law Monthly*, mensuel sur les problèmes juridiques et de droits de l'homme en Afrique orientale. En mars 1990, il aurait été accusé par un membre du gouvernement de "se moquer en permanence" de celui-ci en publiant des articles "subversifs" sur l'indépendance du pouvoir judiciaire et les droits de l'homme au Kenya. Le 22 mars, il aurait refusé d'obéir à un agent de la sécurité nationale qui lui aurait demandé de le suivre sans présenter de mandat d'amener. Il aurait été détenu en vertu de la "loi sur le maintien de l'ordre public" du 5 au 25 juillet,

et maintenu en isolement pendant cette période. Il aurait été arrêté à nouveau le lendemain de sa libération pour sédition, une incrimination qui semblerait liée à la parution dans son magazine d'un article sur le multipartisme, et pour ne pas avoir respecté les règles d'enregistrement des publications posées par la loi sur les livres et les journaux. Il aurait été libéré sous caution le 1^{er} août. Son mensuel aurait été interdit le 8 octobre, et Imanyara aurait obtenu le sursis à l'exécution de la mesure le temps qu'un tribunal se prononce sur la légalité de l'action du gouvernement. Il aurait été arrêté à nouveau le 1^{er} mars 1991 et la liberté sous caution lui aurait été refusée. Début mai 1991, aucune date de procès n'aurait été fixée.

271. Autre exemple, celui de Mohamed K. Ibrahim, avocat kényen d'origine somalienne, qui aurait refusé le 10 avril 1990 de répondre à une convocation de la sécurité nationale concernant un article paru au *Nairobi Law Monthly* de novembre 1989, dans lequel il qualifiait de discriminatoire et inconstitutionnelle l'obligation de tous les Kényens d'origine somalienne de posséder une carte d'identité distincte. Le 5 juillet 1990, il aurait été arrêté et détenu sur la base de la "loi sur le maintien de la sécurité publique", pour avoir tenté de renverser le gouvernement. Il aurait été relâché 20 jours plus tard, sans avoir jamais bénéficié de l'assistance d'un avocat.

272. On rappellera que, selon l'article 23 des "Principes Avocats", "les avocats, comme tous les autres citoyens, doivent jouir de la liberté d'expression (...)".

c) *Mesures et pratiques en Turquie*

273. D'après les informations reçues, les atteintes à la liberté d'association professionnelle des avocats auraient constitué des obstacles majeurs à la protection des avocats. Elles font également état d'atteintes aux garanties contre les "pressions" et aux garanties en matière pénale.

Atteintes alléguées à la liberté d'association

274. En juillet 1990, le Procureur de la République d'Istanbul aurait initié une procédure tendant à démettre de leurs fonctions les membres du Comité exécutif de l'Association du barreau d'Istanbul. Cette action serait survenue alors qu'en 1986, le Comité exécutif avait accepté la réinscription

au barreau d'un avocat qui venait d'achever une peine de prison pour avoir été convaincu d'appartenance au Parti des travailleurs turcs par un tribunal militaire. La décision du Comité se fondait sur le fait que sa condamnation n'avait aucun rapport avec la pratique du droit. Toutefois le Comité revint sur sa décision en 1987, à la demande du Ministre de la justice selon certains. En 1989, ayant examiné une nouvelle demande d'inscription de cet avocat, le Comité le réinscrivit au barreau; c'est cette décision qui aurait motivé le déclenchement de l'action publique. Le procès s'est déroulé en novembre-décembre 1990 en présence d'observateurs internationaux; il s'est terminé avec la disparition des charges retenues contre les membres du Comité exécutif, du fait de l'expiration de leur mandat et de l'élection d'un nouveau comité. On rappellera que les "Principes Avocats" garantissent aux avocats le droit de constituer des organisations professionnelles autonomes, et aux membres de ces associations d'élire leur organe directeur, "lequel exerce ses fonctions sans ingérence extérieure"⁽¹⁴⁴⁾.

Atteintes alléguées aux garanties en matière pénale

275. En outre les informations reçues font état de plusieurs cas d'atteintes aux garanties en matière pénale, principalement au droit de toute personne arrêtée ou détenue de communiquer avec un avocat, en tout cas dans un délai de 48 heures, garanti par les "Principes Avocats"⁽¹⁴⁵⁾. A cet égard, mention particulière a été faite du régime d'exception en vigueur dans les provinces kurdes de Turquie, renforcé par le décret-loi N° 430 de mars 1990, qui, en autorisant la garde à vue pendant plusieurs semaines, rendrait plus difficile l'accès à un avocat. Plus généralement, des atteintes aux droits de la défense dans le cadre de la procédure pénale applicable aux affaires judiciaires des cours militaires nous ont été signalées. On rappellera que, selon les "Principes Avocats", les avocats "agissent à tout moment librement" (art. 14), y inclus donc en période d'état d'exception.

(144) Art. 24.

(145) Art. 7.

Allégations de "pressions" envers les avocats

276. Les cas suivants ont été portés à notre attention:

- a) l'inculpation pour "insultes à la police" et la condamnation à 10 mois de prison en décembre 1990 de l'avocat Emin Deger; il aurait en fait simplement présenté au nom de son client une demande de clarification auprès de la police, celui-ci ayant fait état de tortures infligées par des membres de cette dernière. On rappellera que, selon les "Principes Avocats", les avocats ont le devoir d'assister leurs clients par tous les moyens appropriés et bénéficient de l'immunité pénale pour toute déclaration pertinente faite de bonne foi lors de leur parution devant toute autorité juridique ou administrative⁽¹⁴⁶⁾;
- b) l'arrestation le 28 mai 1990, suivie de l'inculpation, de Hasin Sahin et de Gurbuz Ozaltinli pour appartenance à une organisation interdite; des craintes ont été exprimées selon lesquelles ces avocats auraient en fait été arrêtés en raison de l'appartenance de leurs clients à des partis politiques d'extrême gauche. Les "Principes Avocats" proscrivent l'assimilation des avocats à leurs clients ou à leurs causes⁽¹⁴⁷⁾;
- c) l'explosion d'une bombe placée dans la poubelle publique située face au domicile de Orhan Dogan le 22 juin 1990; cette action a été perçue comme une menace dirigée contre cet avocat, alors que venait d'être condamné par un tribunal l'officier de l'armée qui, en janvier 1989, avait forcé les clients de Dogan à manger des excréments. On rappellera que les "Principes Avocats" posent le devoir des pouvoirs publics de veiller à ce que les avocats puissent s'acquitter de leurs obligations sans entraves, intimidation ni harcèlement, et de protéger les avocats lorsque leur sécurité est menacée⁽¹⁴⁸⁾.

(146) Art. 13 b) et 20 *in fine*.

(147) Art. 18.

(148) Art. 16 et 17 *in fine*.

**D. MESURES ET PRATIQUES AYANT AFFAIBLI L'APPLICATION
DES GARANTIES LORS DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE
MILITAIRE OU D'EXCEPTION⁽¹⁴⁹⁾**

277. Les informations reçues sur les mesures en vigueur à Myanmar font état d'un certain nombre d'obstacles majeurs à l'application des garanties en la matière, tant en ce qui concerne les règles de compétence que les procédures suivies par les tribunaux militaires.

278. Le décret sur la loi martiale N° 1/89 du 17 juillet 1989, proclamé par le Conseil de la restauration de l'ordre et de l'état de droit, aurait conféré aux autorités militaires le pouvoir d'instaurer des tribunaux militaires dans tout le pays, d'y juger toute personne contrevenant à la loi martiale, en suivant une procédure sommaire. Sur la base de ce décret, 15 tribunaux auraient été créés dans les trois régions militaires, complétés par des comités militaires ad hoc destinés à l'administration de la justice au niveau local.

Compétence des tribunaux militaires

279. Le champ de la compétence de ces tribunaux aurait été précisé par le décret sur la loi martiale N° 2/89 du 18 juillet 1989; entre autres champs de compétence, les tribunaux militaires auraient à connaître de toute action qui "semblerait violer les ordres et les décrets des autorités militaires", qu'ils soient ou non incriminés dans le Code pénal. Ce décret autoriserait *a fortiori* les tribunaux militaires à juger des civils.

280. En fait, les informations portées à notre attention font mention d'une utilisation large des législations existantes par ces tribunaux, dans le but d'éradiquer toute opposition même non violente sans avoir à se heurter à l'esprit d'indépendance de la justice de droit commun. Les dispositions suivantes auraient en particulier été utilisées à cet effet: la loi sur les associations illégales, la loi sur le régime d'exception, la loi sur la protection de l'Etat contre les dangers des éléments destructeurs, ainsi que les articles du Code pénal sur la trahison et sur la tranquillité publique.

(149) "Principes Magistrats", *inter alia*, art. premier, 4, 5, 6; projet de déclaration, *inter alia*, art. 5.

Règles de procédure

281. Quant aux procédures utilisées, il nous a été signalé que les membres des tribunaux, qui tous sont militaires, auraient, en vertu du décret N° 2/89, le pouvoir de refuser les "témoins non nécessaires", et de refuser une nouvelle audition des témoins ayant déjà comparu. De plus, les tribunaux pourraient condamner sans entendre les griefs ni examiner les preuves de l'accusation, lorsque leurs membres ont "l'intime conviction" que l'infraction a été commise. En outre, les procès seraient à huis clos et les droits de la défense supprimés. Les jugements seraient définitifs; si des possibilités de faire appel semblent prévues par le décret pour certaines infractions, elles s'apparenteraient en fait à un recours gracieux devant l'autorité militaire sous la juridiction de laquelle le tribunal aurait été instauré. Enfin, les tribunaux ne seraient pas tenus par le principe de légalité des peines.

282. Concernant les règles de compétence, nos préoccupations vont dans le même sens que celles exprimées par le Comité des droits de l'homme dans son commentaire à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Celui-ci affirme en effet que l'existence de tribunaux militaires ou d'exception compétents pour juger des civils dans de nombreux Etats pourrait poser de sérieux problèmes en ce qui concerne l'administration d'une justice indépendante, impartiale et équitable; pour le Comité, si le Pacte n'interdit pas formellement les juridictions militaires ou d'exception, ses dispositions indiquent néanmoins clairement que le jugement de civils par ces juridictions devrait être très exceptionnel et respecter toutes les garanties posées à l'article 14⁽¹⁵⁰⁾.

283. Quant au "régime spécifique de protection", on rappellera que, selon l'article 5 des "Principes Magistrats", "chacun a le droit d'être jugé par les juridictions ordinaires selon les procédures légales établies. Il n'est pas créé de juridictions n'employant pas les procédures dûment établies conformément à la loi afin de priver les juridictions ordinaires de leur compétence". Ces dispositions sont complétées par celles du projet de déclaration, selon lesquelles "il n'est établi aucun tribunal d'exception pour connaître d'affaires relevant normalement de la compétence des tribunaux ordinaires" (art. 5b)); de plus, en cas de danger public exceptionnel, "l'Etat veille à ce que les civils

(150) CCPR/C/21/Rev. 1, General Comment N° 13 (21) (art. 14), par. 4.

accusés d'une infraction pénale, quelle qu'en soit la nature, soient jugés par les tribunaux civils ordinaires" (art. 5 e)); en tout état de cause, "la compétence des tribunaux militaires se limite aux infractions d'ordre militaire (...)" (art. 5 f)).

284. Concernant les règles de procédure, selon les "Principes Magistrats", "en vertu du principe de l'indépendance de la magistrature, les magistrats ont le devoir de veiller à ce que les débats judiciaires se déroulent équitablement et à ce que les droits de parties soient respectés" (art. 6). Quant aux possibilités de recours, les "Principes Magistrats" posent le droit des autorités judiciaires de procéder à une révision (art. 4); d'après le projet de déclaration, "(...) il existe toujours un droit d'appel des jugements des tribunaux militaires devant une cour d'appel ou une instance compétente en vertu de la loi, ou une voie de recours en annulation" (art. 5 f)).

285. Quant aux liens qui existeraient entre le judiciaire militaire et l'exécutif, on renverra aux articles 1 et 2 des "Principes Magistrats" déjà cités.

CONCLUSIONS

A. SERVICES CONSULTATIFS ET ASSISTANCE TECHNIQUE CONCERNANT L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE ET LA PROTECTION DES AVOCATS

1. Stages de formation, ateliers et séminaires organisés par le Centre pour les droits de l'homme

286. En l'absence des moyens constamment demandés par le Centre, l'absence corrélative de suivi n'est pas surprenante. Elle signifie en particulier que ces activités font rarement l'objet d'un rapport plus complet que celui

fait annuellement par le Secrétaire général à la Commission. Quant à l'évaluation, les questionnaires remplis par les participants⁽¹⁵¹⁾ ne suffisent pas à évaluer la mise en oeuvre *post facto* des recommandations adoptées ou des engagements pris par les participants.

287. On constate par ailleurs qu'une distinction n'est pas suffisamment faite entre les séminaires, les ateliers et les stages de formation: ils ne répondent pas aux mêmes objectifs (information/réflexion pour les uns, formation pour les autres, etc.), et impliquent donc différents types de suivi.

288. On soulignera l'insuffisante présence d'avocats et de représentants d'ONG.

289. On a pu constater qu'existaient des opportunités pour améliorer la coopération au sein du système de l'ONU⁽¹⁵²⁾ et de nombreux secteurs étaient prêts à prendre des initiatives en ce sens.

2. Services consultatifs de la Commission des droits de l'homme

290. Il est apparu – du moins dans le secteur qui nous incombait – que les services consultatifs perdaient leur sens lorsqu'ils étaient fournis à des Etats ne remplissant pas les conditions d'un respect minimal des droits de l'homme (infrastructure, volonté politique clairement et régulièrement affirmée ...). Au-delà des questions d'éthique, ce minimum est indispensable à leur efficacité.

3. Assistance technique dans les domaines des droits de l'homme

291. L'opportunité et la préparation d'une assistance technique, ses modalités d'exécution, son contenu et son suivi devraient répondre à des cri-

(151) Comme ce fut le cas, par exemple, à Manille et à San Remo en 1988.

(152) Dans le même sens, voir la résolution 1991/50, par. 9 de la Commission des droits de l'homme.

tères plus précis et ne pas s'en tenir aux seuls critères avancés par le gouvernement concerné. On attirera tout particulièrement l'attention de la Sous-Commission sur l'initiative du Centre qui vient d'élaborer un excellent instrument inspiré de la pratique du PNUD: les "Principes directeurs pour la formulation des projets", mentionnés dans le dernier rapport du Secrétaire général adjoint chargé des droits de l'homme à la Commission⁽¹⁵³⁾.

292. Il en ressort en particulier que:

- a) une assistance technique ne saurait être octroyée à un pays qui ne réunit pas certaines conditions du respect des normes minima des droits de l'homme;
- b) une importance égale est donnée à la préparation, au contenu et au suivi des projets;
- c) la coopération entre les départements, institutions, agences et instituts des Nations Unies serait généralisée dès l'examen du projet soumis par le gouvernement, non seulement pour utiliser les compétences techniques respectives des différents agents du système, mais aussi pour prévenir les chevauchements d'activités.

4. Coopération technique dans le domaine de la prévention du crime

293. L'institution du Conseiller interrégional pour la prévention du crime est particulièrement intéressante, qu'il s'agisse de la fonction même et de l'esprit qui l'anime, de sa place dans l'Organisation, des ses activités et de leur résultat.

294. Les nombreuses activités des instituts ces dernières années, quand elles n'ont pas concerné directement l'indépendance du judiciaire et la protection des avocats, ont été l'occasion de former les représentants de ces professions, et de leur permettre d'échanger leurs expériences. En outre, par leur implantation locale, les instituts régionaux entretiennent des contacts

(153) E/CN.4/1991/55, par. 15

étroits avec les gouvernements et sont très au fait des problèmes nationaux. Enfin, comme nous l'avons déjà dit, les Instituts ont une compétence technique particulière en matière d'administration de la justice. Il y a là trois bonnes raisons pour développer la coopération entre le Centre pour les droits de l'homme et ces instituts dans le cadre de leurs activités respectives, et notamment lorsqu'elles concernent l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats.

5. La coopération au sein du système

295. On a vu que, depuis 1988, le Centre pour les droits de l'homme a coorganisé des activités concernant l'indépendance des magistrats et la protection des avocats, ou plus généralement l'administration de la justice, avec plusieurs agences du système de l'ONU.

296. Récemment, le Secrétaire général adjoint chargé des droits de l'homme, mandaté par la Commission pour coordonner les services consultatifs et l'assistance technique de l'ONU dans le domaine des droits de l'homme, a pris plusieurs initiatives pour tenter d'institutionnaliser la coopération entre les agences du système.

297. Par exemple, depuis 1989, il organise une réunion annuelle inter-institutions à cet effet. La réunion de mars 1990 a été l'occasion d'un échange d'idées⁽¹⁵⁴⁾; mais ces réunions, pour l'instant limitées à l'établissement du bilan de la coopération passée, pourraient être un lieu pour élaborer des stratégies.

298. En octobre 1989, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme a également cosigné avec l'Administrateur du PNUD une lettre envoyée à tous les représentants résidents du PNUD pour leur demander des idées sur les formes de coopération possibles entre le PNUD et le Centre dans le cadre des projets du PNUD en cours. Des réponses sont parvenues, mais la démarche est trop récente pour porter déjà ses fruits.

(154) Pour les détails de la réunion de mars 1990, voir A/45/590, par. 59 à 81.

299. Autre initiative intéressante d'amélioration de la coopération inter-agences: l'instauration très récente d'un groupe de travail ad hoc Centre/OIT⁽¹⁵⁵⁾.

300. Cependant, il ressort clairement des rapports du Secrétaire général à la Commission que la coopération interagences repose encore sur le principe très empirique du cas par cas. Force est de constater en l'état de nos travaux que l'institutionnalisation de la coopération est une tâche énorme à l'échelle du système, tant les mandats sont différents et les activités nombreuses.

B. MESURES ET PRATIQUES AYANT EU POUR EFFET DE RENFORCER OU D'AFFAIBLIR L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE ET LA PROTECTION DES AVOCATS

301. Nous n'avions pas pour objectif d'informer la Sous-Commission de manière exhaustive. Les quelques cas présentés – pour significatifs qu'ils soient – n'avaient pas d'autre ambition que d'illustrer, au plan de la méthode, ce que pourrait être un rapport sur ce sujet, au regard des normes internationales.

302. En outre, compte tenu de la dualité de notre mandat, nous avons estimé que la priorité devait être donnée à la partie concernant les services consultatifs et l'assistance technique. En toute hypothèse, les renseignements reçus ou collectés concernant la seconde partie sont trop abondants pour être traités en un seul rapport. Si nous avons mis l'accent sur ce qui nous semblait être les principales mesures positives (exemple: les garanties normatives et notamment constitutionnelles) et sur les obstacles majeurs (en particulier les pressions physiques), il conviendrait peut-être d'informer plus amplement la Sous-Commission sur d'autres mesures et pratiques tant positives que négatives. Il conviendrait par exemple d'analyser les réformes judiciaires entreprises dans le cadre des processus de démocratisation en cours dans de

(155) Voir E/CN.4/1991/55, par. 21.

nombreuses régions du monde; ou encore l'indépendance du judiciaire et la protection des avocats en période d'état d'exception, dans l'administration de la justice militaire, ou dans la lutte contre le crime organisé. Concernant plus particulièrement l'indépendance des magistrats, certaines garanties spécifiques mériteraient d'être approfondies, notamment: celles concernant, outre l'indépendance du parquet dont la portée peut donner lieu à controverse, les conditions statutaires des magistrats (inamovibilité, conditions de sélection et de promotion, immunités, mesures disciplinaires, etc.); celles concernant l'indépendance matérielle du pouvoir judiciaire (budget de la justice et salaire des magistrats); celles concernant le rôle des magistrats du parquet dans la procédure pénale, etc. Quant à la protection des avocats, les cas abordés dans le présent rapport ne concernent qu'une partie seulement des garanties posées par les normes internationales; il serait important d'en analyser d'autres (exemple: les garanties minima en matière d'accès à l'assistance d'un avocat).

RECOMMANDATIONS

A. SERVICES CONSULTATIFS ET ASSISTANCE TECHNIQUE CONCERNANT L'INDEPENDANCE DU POUVOIR ET LA PROTECTION DES AVOCATS

1. Stages de formation, ateliers et séminaires

303. L'organisation par le Centre pour les droits de l'homme de ces activités pourrait suivre les lignes directrices suivantes:

- a) *définition* plus précise de l'objectif et, en conséquence, du thème, du contenu et des modalités de réalisation des "séminaires", "ateliers"

et "stages de formation". Dans ce sens, il serait souhaitable que les activités pédagogiques (ateliers et stages de formation) prennent en compte:

- i) les besoins précis des destinataires – à cet égard, on pourrait suggérer que les activités pédagogiques ne soient entreprises que dans le cadre de projets d'assistance technique;
 - ii) les activités déjà organisées par l'ONU dans le pays ou la région;
 - iii) le cas échéant, les résolutions ou recommandations qui furent adoptées à ces occasions;
-
- b) *Contenu*: Les séminaires, ateliers et stages de formation sur "les droits de l'homme dans l'administration de la justice" devraient systématiquement porter sur l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats, qui constituent les premières garanties d'une administration satisfaisante de la justice; cette approche est d'autant plus importante que les Nations Unies disposent maintenant d'un régime protecteur spécifique en la matière;
 - c) *Participants*: Ouverture plus grande aux magistrats ès qualités (c'est-à-dire ne représentant pas leur gouvernement), aux avocats et aux représentants d'ONG. Il conviendrait en fait de privilégier le professionnalisme dans le choix des participants. Associer aussi souvent que possible le Service de la prévention du crime et de la justice pénale et des instituts des Nations Unies;
 - d) *Intervenants*: Ouverture plus grande aux milieux professionnels de magistrats et d'avocats (à l'instar de ce que fait l'OMPI), ainsi qu'aux ONG; élargir la participation des membres des organes internationaux; associer aussi souvent que possible les fonctionnaires des départements, agences, institutions et instituts des Nations Unies aux séminaires, notamment quand des sujets techniques sont abordés;
 - e) *Méthode*: Le recours aux groupes de travail pourrait être généralisé lors des ateliers et des stages de formation. Des conclusions et des recommandations devraient être systématiquement rédigées et publiées;
 - f) *Suivi*: Deux approches sont suggérées:

- i) Chaque stage, atelier et séminaire devrait faire l'objet d'un rapport spécifique afin que puisse être pratiquée une procédure d'évaluation des résultats. Ce rapport devrait être rendu public;
- ii) La procédure d'évaluation comprendrait une première phase, visant à l'organisation d'activités locales, qui seraient mises en oeuvre pendant l'année suivant le stage, l'atelier ou le séminaire (exemple: groupe de réflexion sur le développement de l'indépendance du judiciaire, sur le statut des avocats...). L'année d'après, l'un des intervenants serait chargé d'animer un séminaire de courte durée (deux ou trois jours) pour évaluer – et, si nécessaire, encourager – la réalisation des recommandations du stage, de l'atelier ou du séminaire tenu deux ans auparavant. Une telle méthode assurerait en outre une protection aux participants engagés dans la voie du changement et donc exposés à d'éventuelles difficultés.

2. Services consultatifs de la Commission des droits de l'homme

304. Pour renforcer l'action de la Commission lorsqu'elle octroie des services consultatifs, il est suggéré qu'elle prenne en considération les lignes directrices suivantes:

- a) Instauration de conditions d'octroi ou de maintien des services consultatifs, dont:
 - i) L'existence dans le pays concerné des conditions d'un respect minimum des normes des droits de l'homme, en particulier celles concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire;
 - ii) La coopération des professionnels destinataires des services consultatifs, et plus seulement du gouvernement concerné;
- b) Evaluation systématique de la situation des droits de l'homme, des besoins et des capacités du pays comme base de la formulation de recommandations par l'expert. A cet effet, l'utilisation maximale des données déjà rassemblées par les agents du système de l'ONU, souvent très nombreuses, est préconisée;
- c) Recommandations systématiques au gouvernement, ainsi que, le cas échéant, au Secrétaire général, sur l'opportunité de prévoir par la suite une assistance technique et sur les modalités de sa mise en oeuvre;

- d) Référence systématique au "régime spécifique de protection" de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la protection des avocats dans le cadre de l'évaluation de la situation et dans les recommandations aux gouvernements;
- e) Meilleure coordination avec les agents du système de l'ONU, en particulier le Service de la prévention du crime et les instituts, notamment au stade de la formulation des recommandations.

3. Assistance technique

305. Il conviendrait d'optimiser l'application des "Principes directeurs pour la formulation des projets" le plus tôt possible. Il serait utile à cet effet de les porter à la connaissance de tous les États concernés, des ONG et des autres interlocuteurs de l'ONU dans le cadre de l'assistance technique; la Commission des droits de l'homme n'a-t-elle pas elle-même prôné la "transparence des critères appliqués et des procédures à suivre" lorsque sont entrepris des projets de coopération technique⁽¹⁵⁶⁾.

4. Amélioration de la coopération au sein du système des Nations Unies

306. Dans un souci de plus grande efficacité, la mise en oeuvre, par les organes de l'ONU chargés des droits de l'homme, de services consultatifs et d'assistance technique concernant l'indépendance du judiciaire et la protection des avocats, et, plus largement l'administration de la justice, devrait se faire en étroite coordination avec les organes de l'ONU chargés de la prévention du crime. Convient-il d'aller plus loin? Au moment où les gouvernements discutent à Vienne de l'effectivité du programme de prévention du crime et de justice pénale⁽¹⁵⁷⁾, il serait peut-être opportun de reconsidérer les liens existant entre le Centre pour les droits de l'homme et le Service de la prévention du crime, voire d'envisager le rattachement de ce service au Centre pour les droits de l'homme. Il serait intéressant de connaître le sentiment de la Sous-Commission sur cette suggestion.

(156) Résolution 1991/49 du 5 mars 1991, par. 13.

(157) Voir la résolution 45/108, du 14 décembre 1990 de l'Assemblée générale, et la note du Secrétaire général sur la création, la composition et le mandat du groupe de travail intergouvernemental qui discutera de la question du 5 au 9 août 1991, A/45/973 du 13 mars 1991.

307. Concernant plus particulièrement la fonction du conseiller interrégional, l'opportunité d'instaurer un conseiller interrégional pour les droits de l'homme mérite réflexion.

308. Sauf meilleur avis de la Sous-Commission, nous nous proposons d'étudier cette question dans le prochain rapport, et de faire des propositions à ce sujet.

309. A titre expérimental, on pourrait envisager de limiter dans une première étape la coopération au sein du système à un domaine restreint, tel que celui de l'administration de la justice, qui constitue une part importante des activités du système.

310. Par ailleurs, pour déterminer qui coopère avec qui, et sur quoi, il est nécessaire dans une première étape de disposer d'informations précises sur les futures activités de l'ONU⁽¹⁵⁸⁾. A cet égard, les rapports du Secrétaire général aux organes mandants pourraient faire l'objet de plus amples développements pour permettre une circulation plus efficace de l'information. A cet égard, la pratique du Service de la prévention du crime et de la justice pénale, qui dresse un "Profil de projets pour lesquels une assistance technique est demandée" dans son *Bulletin d'information*⁽¹⁵⁹⁾, mérite d'être citée. Dans le même esprit, on citera également la pratique des réunions bilatérales du type Centre/OIT. Ces réunions exigeant une disponibilité accrue, le Centre pour les droits de l'homme devra voir son personnel renforcé.

311. Une fois identifiées les "zones d'intérêt commun", trois modalités de coopération entre le Centre pour les droits de l'homme et les agents du système peuvent être envisagées:

- a) La participation des agents de l'ONU aux activités du Centre:
 - i) Il pourrait s'agir de développer l'«association» de ces agents aux activités du Centre, par exemple en multipliant leurs interven-

(158) Les résolutions de la Commission se limitent à fixer les destinataires de la coopération; elles ne sont d'ailleurs pas exhaustives. Voir, par exemple, résolution 1991/50, par. 8 et 9.

(159) *Bulletin d'information*, op. cit., annexe II.

tions dans les séminaires, ateliers et stages de formation et en augmentant leur participation aux projets d'assistance technique. L'association du Service de la prévention du crime et de la justice pénale, du conseiller interrégional et des instituts aux activités du Centre pourrait être intensifiée⁽¹⁶⁰⁾;

ii) serait également envisagée la "délégation" de certaines activités du Centre à des agents de l'ONU, lorsque leur expérience aux plans logistiques ou de la substance, ou lorsque leurs moyens sont plus importants que ceux du Centre. Ils prendraient en charge la réalisation de ces activités, principalement dans le cadre de l'assistance technique;

b) La participation du Centre aux activités d'autres secteurs de l'ONU: A différentes occasions, la Commission a incité le Secrétaire général à développer la collaboration avec les agents de l'ONU chargés du développement économique et social. A cet égard, le Secrétaire général adjoint chargé des droits de l'homme a évoqué la possibilité pour le Centre pour les droits de l'homme de former les fonctionnaires des secteurs de l'ONU chargés du développement au droit international des droits de l'homme. On pourrait aussi, ainsi que le délégué du PNUD à la réunion annuelle de coordination interagences du 18 avril 1991 l'a suggéré, systématiser l'utilisation des coordonnateurs-résidents du PNUD; ils pourraient par exemple indiquer les situations dans lesquelles des projets pourraient être mis en oeuvre, et inciter les Etats, lorsqu'ils formulent leurs demandes d'assistance technique au PNUD, à y insérer des rubriques "administration de la justice", sur le modèle de la procédure instaurée par l'ECOSOC en matière de prévention du crime. En tout état de cause, il conviendrait que le Centre soit davantage associé aux activités du PNUD en matière d'administration de la justice. Par ailleurs, il serait opportun d'augmenter la participation du Centre aux activités du Département de la coopération technique pour le développement, et d'envisager une coopération avec le CNUCED, dont le secrétariat s'est vu con-

(160) Voir dans le même sens le rapport du Secrétaire général à la Sous-Commission contenant des renseignements succincts sur les activités touchant aux droits de l'homme entreprises dans le cadre du Programme sur la prévention du crime, E/CN.4/Sub.2/1990/23.

fier un mandat "droits de l'homme" dans le cadre du Programme d'action pour les PMA adopté à la Conférence de Paris.

- c) Mise en oeuvre de projets comuns entre le Centre et les agents de l'ONU: A titre d'exemple, l'OIT a indiqué, dans sa réponse à la note verbale du Secrétaire général, qu'une action conjointe Centre/OIT serait envisageable en matière d'accès à la profession de magistrat et d'avocat, de recrutement et de conditions d'emploi de magistrats – notamment quand des critères politiques sont imposés, en cas d'assimilation des avocats à leur client ou à leur cause, ainsi qu'en matière de liberté syndicale, ces domaines étant couverts tant par les normes ONU que par les normes OIT⁽¹⁶¹⁾. Il est clair que ces projets comuns impliqueraient l'utilisation par les agents de l'ONU de critères identiques de sélection, d'exécution et de suivi; les "Principes directeurs pour la formulation des projets droits de l'homme", inspirés de ceux du PNUD, constitueraient un embryon de réponse à ce problème.

B. MESURES ET PRATIQUES AYANT EU POUR EFFET DE RENFORCER OU D'AFFAIBLIR L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE ET LA PROTECTION DES AVOCATS

312. Nous recommandons que cette partie de notre mandat soit renouvelée afin que nous soyons en mesure de fournir à la Sous-Commission l'information la plus complète possible sur des cas de mesures et pratiques ayant pour effet de renforcer ou d'affaiblir l'indépendance du pouvoir judiciaire et la protection des avocats conformément aux normes des Nations Unies.

(161) Conventions N° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) et 87, 98, 151 sur la liberté syndicale. Sur l'application des normes et recommandations de l'OIT à notre sujet, voir Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Etude d'ensemble de 1988, soixante-quinzième session de la Conférence internationale du Travail, Rapport III, partie 4B.

**ORGANIZAÇÃO
DAS NAÇÕES UNIDAS**

DIREITOS DA CRIANÇA

MARTA SANTOS PAIS
Membre du Comité des Droits de l'Enfant

**LA PROTECTION JUDICIAIRE
DE L'ENFANT
ET LA CONVENTION DES NATIONS UNIES
SUR LES DROITS DE L'ENFANT (*)**

(*) Comunicação apresentada no "Seminário Sobre Normas Internacionais Relativas aos Direitos do Homem e o Poder Judicial" – Bucareste, 23 a 25 de Setembro de 1991.



LA CONVENTION SUR LES DROITS DE L'ENFANT

L'UNIVERS DE LA CONVENTION

1. La Convention sur les Droits de l'Enfant a été adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le mois de novembre 1989, suite à une longue et profonde réflexion au sein d'un Groupe de Travail de la Commission des Droits de l'Homme.

Elle est sans doute le reflet de l'*esprit de consensus* qui a présidé à son élaboration, du compromis entre différents systèmes juridiques et conceptions philosophiques, inspiré d'une pluralité de cultures et traditions dans le respect des principes des droits de l'homme universellement reconnus.

La Convention est en vigueur depuis une année et cet esprit de consensus se voit indéniablement renforcé, de par le nombre sans précédents de ratifications réunies, de par l'origine géographique si largement diversifiée, signe d'une *volonté commune* de favoriser le progrès social et d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande, par la mise en oeuvre d'un système de promotion et de protection des droits de l'enfant.

2. La Convention sur les Droits de l'Enfant révèle quelques traits fondamentaux. Tout d'abord, elle constitue une vraie *Charte* des droits de l'enfant, réunissant dans un seul texte normes et principes auparavant dispersés par de différents instruments juridiques. Elle peut contribuer de ce fait à une plus grande prise de conscience, à une meilleure connaissance et à une mise en oeuvre plus profonde des droits de l'enfant.

Par ailleurs, la Convention a une nature contraignante, elle crée des obligations à l'égard des Etats Parties, n'étant pas un simple ensemble de principes ou directives, comme c'était le cas de la Déclaration de 1959.

3. La Convention envisage l'enfant en tant qu'objet de mesures de protection et d'assistance, mais aussi et de façon innovatrice, *en tant que titulaire* de droits et de libertés, ayant le droit de participer aux décisions qui le concernent (voir art. 12).

4. Par ailleurs, la Convention couvre différents droits (de nature civile, politique, économique, sociale ou culturelle) révélant un *statut de protection minimale*, mais ne prétend pas établir une liste unique et exhaustive des droits de l'enfant. En effet:

- la Convention invite les Etats Parties à toujours appliquer la norme la plus favorable, la *plus propice* à la réalisation des droits de l'enfant (art. 41);
- d'un autre côté, la Convention prévoit la réalisation d'*études* sur les droits de l'enfant (art. 45 c), études qui plus tard pourront justifier l'inclusion d'un nouveau droit et la proposition d'un amendement aux termes de l'article 50.

5. Il faudra être conscient que la Convention n'épuise pas non plus l'univers des droits de l'enfant au sein des Nations Unies, d'importants travaux étant aussi en cours au niveau de:

- la Commission des Droits de l'Homme, notamment après la désignation d'un Rapporteur Spécial sur la vente et trafic d'enfants;
- la Sous-Commission pour la Prévention de la Discrimination et Protection des Minorités, s'imposant surtout de souligner les importantes études réalisées dans le domaine de l'administration de la justice (peine de mort et privation de liberté des jeunes) où des pratiques traditionnelles affectant la santé des enfants;
- les organes créés par d'autres conventions dans le domaine des droits de l'homme, tels que les Comités des Droits de l'Homme, des Droits économiques, sociaux et culturels ou celui sur la Discrimination à l'égard des Femmes.

6. La phase d'application de la Convention essaye ainsi ses premiers pas, inondée d'un immense *espoir*.

Esprit qui se fonde sur ce *moment extraordinaire d'enthousiasme et prise de conscience élargie*, dans tous les coins du monde, à l'égard des

enfants. Même s'il est clair que la Convention n'a pas toute seule le pouvoir de résoudre d'un jour à l'autre les problèmes existants, elle révèle, sans doute, la capacité unique d'assurer une vision éclaircie et attentive de la réalité et, surtout, de déclencher une chaîne de solidarité et de compréhension de ressources illimitées.

Espoir, encore par la considération des droits de l'enfant, non plus en opposition aux droits des adultes, ou en simple alternative aux droits des parents, mais comme une forme intégrale des droits de l'homme.

L'enfant est de ce fait envisagé dans son individualité et valeur propres, ayant le droit à une enfance heureuse, dans un climat de bonheur, d'amour et compréhension, et non plus simplement en tant qu'étape vers l'âge adulte; l'enfant titulaire de droits et libertés fondamentales et non pas uniquement l'enfant objet de mesures de protection et d'assistance.

7. Nous voilà donc devant un texte-clé du changement de la situation de l'enfant dans le monde et qui reconnaît à cette question une *valeur politique innovatrice*.

Il détermine, en effet, que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale des décisions de tout organe législatif, autorité administrative ou judiciaire. Et à ce principe il associe la reconnaissance du droit à la *participation de l'enfant*, notamment par sa liberté d'opinion et d'expression et par le besoin de prendre en compte ses opinions.

L'application de la Convention sur les Droits de l'Enfant se fonde, de ce fait, sur la concertation d'efforts développés par une diversité d'acteurs l'enfant y jouant un rôle fondamental.

LA PROTECTION JUDICIAIRE DE L'ENFANT

1. La Convention sur les Droits de l'Enfant aborde, naturellement aussi, la question de l'enfant devant le monde de la justice, soit dans le domaine civil, soit dans le domaine pénal. Nous y ferons par la suite une référence détaillée.

a) Il s'avère, pourtant, intéressant de rappeler d'abord le principe général énoncé par l'article 3 de la Convention, sur *l'intérêt supérieur de l'enfant*, principe d'importance essentielle pour l'étude de ces questions.

Le paragraphe 1^{er} de cet article détermine, en effet, que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent l'enfant, *y inclu celles prises par les organes législatifs*, au moment de la création normative, ou par *les tribunaux*, au moment de l'application de la loi.

Les commissions législatives et les *magistrats* se voient ainsi invités à prendre en compte cet intérêt supérieur dans les décisions concernant l'enfant, comme c'est par exemple le cas des questions de garde ou d'autorité parentale, d'adoption, divorce ou séparation des parents, ou encore lorsqu'il déterminent l'application d'une mesure d'éducation ou visant à la réintégration sociale de l'enfant.

b) D'un autre côté, il semble important de tenir compte de l'importance accordée par la Convention sur les Droits de l'Enfant à la *coopération internationale* – ce qui d'ailleurs n'est pas surprenant, s'agissant d'un instrument juridique adopté par une Organisation dont l'un des buts est la réalisation de la coopération internationale dans le respect des droits de l'homme.

C'est justement dans cet esprit que la Convention invite les Etats à considérer la *célébration d'accords* bilatéraux ou multilatéraux, ou l'adhésion à des accords déjà existants,

- soit pour lutter contre les déplacements illicites des enfants à l'étranger (art. 11)
- soit pour combattre la vente ou la traite des enfants (art. 35)
- soit encore pour assurer le recouvrement de pensions alimentaires à l'étranger (art. 27 par. 4).

Des domaines où, il faudra le rappeler, les Nations Unies et d'autres organisations internationales ont déjà adopté d'importants instruments juridiques. C'est encore le cas de la production, échange et diffusion d'informations provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales (art.° 17 b).

2. Dans le *domaine civil*, la Convention a, d'un côté, repris quelques situations déjà couvertes par d'autres instruments internationaux, à la lumière notamment du Pacte international relatif aux Droits civils et politiques.

a) Parmi celles-ci, une mention se justifie à l'égard du droit à la vie (prévu par l'article 6), du droit d'être enregistré, d'acquérir une nationalité et d'avoir un nom (article 7).

Ou encore du droit à *ne pas faire l'objet* d'immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée de l'enfant, de son domicile ou de sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation (art. 16), renforcé par le droit à la *protection de la loi* contre de telles immixtions ou de telles atteintes (par. 2 de cet article 16).

b) Mais la Convention s'est aussi révélée innovatrice dans certains domaines, en abordant de nouvelles questions ou en développant des principes que la pratique internationale avait institués.

• C'est sans doute le cas du droit à la *liberté d'expression de l'enfant* sur des questions l'intéressant, et du besoin de prendre en compte ses opinions, eu égard à son âge et maturité, notamment dans des procédures judiciaires et administratives qui le regardent (art. 12).

Principe qui est, à son tour, étroitement lié à la question de la responsabilité, droits et devoirs des parents, mentionnée par l'article 5, qui considère que l'orientation et les conseils à donner à l'enfant devront l'être d'une manière qui corresponde, justement, *au développement de ses capacités*.

• Par ailleurs, la Convention reconnaît une particulière importance au *milieu familial*, jugé essentiel pour le développement harmonieux de la personnalité de l'enfant (Préambule, par. 6).

Dans cet esprit, l'article 9 affirme que l'enfant ne devra être séparé de ses parents, sauf si cette séparation est nécessaire dans *l'intérêt supérieur de l'enfant*, comme c'est le cas des situations où les parents maltraitent ou négligent l'enfant⁽¹⁾.

A la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant, cette même disposition détermine que dans les cas de séparation, l'enfant a droit d'entretenir des

1) Le cas échéant, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues (art. 9 par. 2) – l'enfant devant être considéré aussi.

relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents (art. 9 par. 3).

Ce principe sera encore applicable lorsque l'enfant et ses parents ne résident pas dans le même pays, comme le statue l'article 10 de la Convention.

- Corolaire de ce principe est encore le besoin de prendre des mesures contre les situations de *déplacements et non-retours illicites* d'enfants à l'étranger, considérées par l'article 11 de la Convention.

- Reflet de l'importance accordée à l'environnement familial est aussi l'attention dont la question de l'adoption a été traitée (art. 20 et 21).

Tout en déterminant qu'il s'impose d'assurer une certaine continuité à l'éducation de l'enfant et de tenir compte de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique, la Convention envisage différentes solutions à l'égard de l'enfant qui se voit *privé de son milieu familial: au sein de la famille naturelle, dans le pays d'origine ou, comme solution de dernier ressort, l'adoption à l'étranger.*

L'inclusion de cette réalité dans la Convention a permis de définir, de façon contraignante, le cadre de l'action de l'Etat qui, à la lumière de l'article 4 de ce même texte, doit adopter les mesures nécessaires pour garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est la *considération primordiale* dans la recherche de la meilleure solution visant à son intégration dans un environnement familial de remplacement.

L'on y énonce, donc, quelques éléments d'importance indéniable pour que l'adoption à l'étranger, dans le cas où *subsidièrement* l'on y fasse recours, constitue une *effective solution pour l'enfant*, garantissant le développement harmonieux de sa personnalité et tenant compte de son opinion, eu égard à son degré de maturité.

- Une mention particulière se justifie enfin à la question de la préservation de l'identité de l'enfant, considérée par l'article 8.

Derrière cette disposition est la terrible réalité des *disparitions* d'enfants, enlevés de leurs familles et enregistrés plus tard sous un autre nom, de fausses relations familiales, une nouvelle nationalité. Conscient de la gravité des problèmes en découlant, le texte de la Convention détermine que les Etats Parties devront accorder à l'enfant privé de son identité une *assistance*

et protection appropriées de façon à ce que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible (par. 2 de cet article 8).

3. Dans le *domaine pénal* la Convention a aussi donné des pas très importants, réfléchés fondamentalement par le biais de:

• la considération de situations à inclure dans le cadre pénale *pour protéger l'enfant*:

- contre l'usage ou le trafic illicites de *drogues* (art. 33)
- contre l'exploitation *sexuelle* de l'enfant (art. 34)
- contre l'enlèvement, la *vente* ou la *traite* de l'enfant (art. 35)
- contre toute forme de *violence, abandon ou négligence* (art. 19) ou de *torture* (art. 37 a)

• l'énonciation de mesures précises dans le cadre de l'*administration de la justice des mineurs*, visant à protéger l'enfant devant un système *complexe et formel*, qui admet parfois des solutions de profonde gravité – telles que la privation de liberté, la condamnation à l'emprisonnement à la vie ou même la peine de mort.

3.1. Dans ce chapitre de l'administration de la justice pour mineurs, la Convention a manifesté une préoccupation évidente de concilier deux intérêts essentiels:

- le respect des droits de l'homme et des garanties juridiques inhérentes à tout être humain
- et la considération des besoins spécifiques de l'enfant,
 - en raison de son âge
 - en raison du caractère évolutif de la formation de sa personnalité
 - en raison du désir de contribuer à ce qu'il assume un rôle actif et responsable dans la société.

Les traits fondamentaux de la Convention dans ce domaine seront le *respect de la dignité humaine, le respect de la vie privée, l'importance de l'appui familial et la considération de mécanismes spécifiquement destinés aux mineurs.*

- a) A la lumière de ces principes, la Convention interdit la torture, la peine de mort et l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération (art. 37 a).
- b) D'un autre côté, elle considère la *privation de liberté* de l'enfant comme mesure de dernier ressort, devant être aussi brève que possible (art. 37 a) et b)).

Et dans le cas où, malgré ces restrictions, la privation de liberté semble se justifier, par arrestation, détention ou emprisonnement, il faudra assurer que l'enfant:

- soit traité avec humanité et en tenant compte des besoins des personnes de son âge,
- ait le droit de maintenir des contacts avec sa famille, par des visites ou correspondance, sauf en circonstances exceptionnelles, notamment si ces contacts s'avèrent contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant,
- ait le droit d'accès rapide à l'assistance juridique fondamentale pour contester la légalité de sa privation de liberté, aussi bien que de toute autre assistance appropriée – de nature familiale, humanitaire, psychologique ou autre.

3.2. Un mot s'impose maintenant sur les *garanties judiciaires de défense* considérées par la Convention sur les Droits de l'enfant.

Nous l'avons déjà dit, la Convention a préconisé l'adoption de lois, procédures et institutions spécialement conçues pour les enfants; des mesures *moins formelles et moins rigides* de nature non judiciaire (services communautaires, de surveillance et orientation), dans le *plein respect des droits de l'homme et des garanties légales*.

- a) C'est ainsi qu'une mission importante est reconnue à *la famille*, notamment aux parents ou représentants légaux:
 - soit pour assurer un *contact*, par des visites ou la correspondance, lorsqu'en situation de privation de liberté (art. 37 c)
 - soit pour *informer* l'enfant des *accusations* portées contre lui (art. 40 par. 2 ii)
 - soit pour assurer la *présence* des parents au moment de *l'audience* (art. 40 par. 2 iii).

- b) La considération de ces valeurs a aussi mené la Convention à préconiser le plein respect de la *vie privée* de l'enfant à tous les stades de la procédure (art. 40 par. 2 b) viii).

Ce souci se manifestait déjà dans les *Règles de Beijing*, qui reconnaissent le besoin d'éviter qu'il ne soit causé du tort à l'enfant par une publicité inutile et par la qualification pénale de son action.

Le dernier Congrès de Prévention du Crime, à son tour, a développé et concrétisé cette notion, mentionnant, à l'égard des enfants privés de liberté:

- la *confidentialité* et la nature privée des contacts de l'enfant avec son avocat;
 - le *contact privé* de l'enfant avec les inspecteurs;
 - le respect par le personnel de la vie privée de l'enfant;
 - aussi bien que l'adoption d'un *dossier individuel confidentiel*.
- c) Par ailleurs, l'*accès au tribunal* ou à une instance judiciaire compétente, indépendante et impartiale⁽²⁾ est prévu,
- soit pour apprécier la légalité de la privation de liberté (art. 37 d);
 - soit pour apprécier la cause selon une procédure équitable aux termes de la loi (art. 40 par. 2 b) iii);
 - soit encore pour connaître l'appel contre la décision reconnaissant que l'enfant a enfreint la loi pénale (art. 40 par. 2 b) v).

Visant à renforcer la validité de ce recours au pouvoir judiciaire, la Convention accorde une énorme importance à la jouissance d'une *assistance juridique ou autre assistance appropriée*,

(2) Pour utiliser la terminologie mentionnée par l'Ensemble de Principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, autorité judiciaire est celle habilitée par la loi dont le statut et la durée du mandat offrent les garanties les plus solides possibles de compétence, indépendance et impartialité.

- en situation de privation de liberté (art. 37 d);
 - pour la préparation ou présentation de la défense (art. 40 par. 2 b ii);
 - au moment de l'appréciation de la cause par le tribunal ou instance judiciaire compétente, indépendante et judiciaire (art. 40 par. 2 b iii).
- d) Enfin, la Convention souligne aussi et à plusieurs reprises la question de la *célérité* dans des procédures où sont en jeu des enfants. En effet, elle détermine que:
- la décision sur la légalité de la privation de liberté doit être rapide (art. 37 d));
 - l'accès à l'assistance juridique doit être rapide et l'enfant doit en bénéficier *dans le plus court délai* (art. 37 d) et 40 par. 2 b ii));
 - l'information sur les accusations portées contre l'enfant doivent lui être transmises *dans le plus bref délai* (art. 40 par. 2 b ii));
 - l'appréciation de la cause selon une procédure équitable par le tribunal ou instance judiciaire doit avoir lieu *sans retard* (art. 40 par. 3 b iii).

Tout cet ensemble de garanties spécifiques, qui renforcent le cadre traditionnellement prévu par le droit international des droits de l'homme, nous semble d'une importance indéniable. Et le fait que le récent Congrès de Prévention du Crime les a développées dans des textes que l'Assemblée Générale des Nations Unies a adoptés, ne peut que nous rassurer sur la validité des solutions préconisées par la Convention.

CONCLUSION

La Convention sur les Droits de l'Enfant nous apporte ainsi de différentes solutions de protection et promotion des droits de l'homme.

Mais, plus important encore, est le fait que cet instrument juridique, qui s'est inspiré de la pluralité et diversité des situations qui font le monde des enfants, notre monde de demain, se révèle déjà un *instrument universel de réflexion et de mobilisation* dont la réussite n'est pas dépendante de la géographie, du système juridique, des traditions culturelles ou autres.

Elle a créé des conditions idéales pour bâtir un avenir rassurant que nous envisageons plein d'espoir. Un avenir qui, pour devenir réalité, il nous faudra bâtir avec détermination et solidarité dès aujourd'hui!

Et pour cela nous sommes tous nécessaires!



LUIS FILIPE SACRAMENTO

Juiz Conselheiro
Professor da Faculdade de Direito
na U.E.M. em Maputo

**A CRIANÇA
E OS
CONFLITOS ARMADOS**

INTRODUÇÃO

Na actualidade, quando se analisa a problemática da criança no mundo, há a tendência generalizada para o fazer à luz da situação económica, de forma exclusiva.

É verdade que a situação mais crítica da criança coloca-se em relação aos países do terceiro mundo. É também certo que é sobre este grupo de países que recaíram e continuam a recair os maiores e mais nefastos efeitos da crise económica internacional. Mas não é menos verdade que os conflitos armados têm estado na origem do agravamento da situação da criança.

Por esta razão vale a pena fazer uma análise dos efeitos que decorrem dos conflitos armados para a criança e qual a protecção que lhe é dispensada pela legislação internacional.

OS CONFLITOS E A CRIANÇA, NO MUNDO

O endividamento dos países subdesenvolvidos resultante, por um lado, da forte recessão da economia mundial e, por outro, do contínuo agravamento dos encargos com o serviço da dívida externa, tem sido uma das causas principais da situação terrível em que a criança se encontra.

Todavia, os conflitos armados, quer de forma directa, quer de forma indirecta, têm contribuído seriamente para que aquele mal se tenha tornado ainda maior.

Uma análise breve, mas atenta, da evolução dos conflitos apresenta-nos, nesse sentido, dados simplesmente aterradores. Senão vejamos.

De acordo com elementos coligidos e publicados pela UNICEF, do total das mortes provocadas pela primeira guerra mundial, 5% corresponderam a população civil, ao passo que, durante a segunda guerra mundial, essa percentagem subiu para os 50%.

Contudo, tais taxas vêm a tornar-se ainda mais assustadoras em guerras mais recentes, como é o caso das do Vietname e do Líbano, onde se verificaram percentagens de 80% e de 90%, respectivamente.

E, nos finais da década de 1980, 3/4 dos mortos, provocados por conflitos armados, eram civis.

Em outros conflitos os números apresentam-se deste modo:

No *Bangladesh* durante a luta pela independência morreram 42 000 pessoas, das quais 18 000 eram crianças. Este número corresponde, como se vê, a 42,8% do total das mortes que se registaram.

No *Afganistão*, durante a última década, morreram mais de 2 milhões de crianças e mais de 1 milhão ficou órfã ou abandonada.

Se se tiver presente que aquele país tem uma população juvenil que rondará os 8,5 milhões, os números acima referidos corresponderão a uma percentagem de 35,2% do total de crianças existentes.

Para além disso, há ainda a considerar que 80% dos 5 milhões de refugiados é constituído por mulheres e crianças.

No *Cambodja*, por efeito directo e indirecto da guerra, 40% da sua população juvenil foi dizimada, o que significa ter morrido mais de um milhão de crianças.

O *conflito armado entre o Irão e o Iraque*, por sua vez, provocou mais de 1 milhão de mortos, durante um período de oito anos.

E o actual conflito no Golfo, que o Iraque protagoniza, gerou já, só na primeira fase que antecedeu a confrontação armada, a morte de 2 000 crianças, como resultado directo do embargo internacional imposto àquele país.

A América Latina é, neste aspecto, também uma zona da humanidade sacrificada. Vejam-se apenas três exemplos:

Em *El Salvador*, por efeito da guerra e da repressão nas áreas rurais, até 1986 tinham sido mortos 60 371 civis e destruídas ou abandonadas 90 000 casas.

Como resultado desta última situação ficaram sem abrigo 540 000 pessoas.

Como refugiados, acham-se situados em campos junto à fronteira das Honduras 70 000 salvadorenhos. Outros 500 000 vivem como deslocados no interior do próprio país. Deste último número 40%, ou seja, o equivalente a 200 mil, corresponde a crianças de idade entre os 5 e os 12 anos.

Em 1987 havia em El Salvador 3 780 crianças órfãs, para além de um elevado número de outras deficientes físicas e traumatizadas.

Na *Nicarágua*, por efeito também da guerra, 578 000 crianças passaram a viver em condições extremamente difíceis e 215 000 foram directamente afectadas. Foram mortas 3 000 crianças, tendo ficado órfãs 16 500 e 175 000 passaram a estar deslocadas.

Os números primeiramente indicados são bastante elevados se se tiver em conta que a população dos 0 aos 15 anos é de 1,7 milhões.

No *Panamá*, o conflito armado registado aquando da queda do General Noriega ocasionou a morte de mais de 10 000 civis.

Passemos agora para o continente africano.

Desde logo, pode referenciar-se que o processo de descolonização conheceu 9 importantes guerras de libertação, abrangendo os seguintes países: Argélia, Angola, Camarões, Guiné-Bissau, Moçambique, Zimbabwe, Namíbia, África do Sul e Sahara Ocidental, prosseguindo ainda as duas últimas.

Como se isto não bastasse, mais de 20 conflitos armados eclodiram posteriormente em outros tantos países, alguns dos quais perduram ainda, como é o caso, entre outros, da Etiópia, do Sudão, de Angola e de Moçambique. Isto sem considerar os recentes conflitos na Libéria, na Somália e no Ruanda.

Para se ter uma outra imagem das consequências destes conflitos basta dizer-se que, segundo dados de 1988 da UNICEF, só em sete países da África — Angola, Chade, Etiópia, Moçambique, Sudão, Zimbabwe e Namíbia, foram por eles afectados 91 milhões de pessoas, o que equivale a uma vez e meia a população da R.F.A. em 1987.

Em África, em 1985, como consequência maior de conflitos, havia cerca de 4 milhões de refugiados e um número de desenraizados superior a 10 milhões. Porém, em 1989, estes números já tinham subido em flecha.

No *Sudão*, em 1987, como efeito directo da guerra morreram cerca de 250 000 crianças, o que equivale a cerca de 3% da população juvenil do país.

No caso da *Libéria*, o conflito armado que opôs as forças rebeldes ao Governo do Presidente Samuel Doe ocasionou, somente no período de um ano, que fossem afectadas pela fome cerca de 400 000 pessoas.

Na *Somália*, a intensificação do conflito armado, entre Dezembro de 1990 e Janeiro de 1991, provocou só na sua capital, Mogadíscio, a morte de 2 000 pessoas.

No caso da guerra de *Angola*, só no período que mediou entre 1980 e 1988, verificaram-se, nada menos que 500 000 mortos. Destes 331 000 eram crianças, o que corresponde a 7,3% do total da população juvenil daquele país.

Ainda como efeito directo do conflito, 1/6 da sua população, 1,5 milhões de pessoas, estão na situação de deslocadas e mais de 500 mil acham-se refugiadas em países vizinhos.

75% do sistema de distribuição de água potável foi destruído e, respectivamente, 15% e 23% da rede escolar e de saúde desapareceu, afectando, em consequência, mais de 2 milhões de pessoas.

Na região austral de África, como resultado directo e indirecto da guerra de desestabilização movida contra os países da zona, no período compreendido entre 1980 e 1988 morreram 925 000 crianças, conforme dados contidos no livro "CHILDREN ON FRONT LINE", publicado pela UNICEF.

Por outro lado, para se compreender a magnitude de tão sério problema e o seu reflexo nas, já por si, débeis economias africanas, acresce dizer que as despesas militares subiram de 8,5 biliões de dólares, em 1970, para 14 biliões, no ano de 1982. Salienta-se que este último montante corresponde a 1/3 do valor de todas as importações em maquinaria e equipamento, feitas por África naquele mesmo ano.

A este mesmo propósito vale a pena referenciar que, segundo elementos coligidos pela UNICEF em 1989, no mundo desenvolvido gastou-se, no sector militar, 30% mais do que nos sectores da saúde e da educação juntos.

Para que se tenha uma dimensão mais exacta das proporções e efeitos da guerra em relação à criança, é importante saber-se que, desde 1945, já se registaram para cima de 154 conflitos armados no mundo, dos quais apenas dois não envolveram países do terceiro mundo.

E tais conflitos provocaram para cima de 22 milhões de mortos, o que equivale a quase metade da população total da França em 1983.

Esta sucinta discriminação permite constatar, sem margem de dúvida, que muitos milhões de crianças terão morrido no mundo, nas últimas quatro décadas, por efeito directo de conflitos armados, sejam eles de nível internacional, regional ou mesmo nacional. Outras tantas terão perecido, em igual período, como consequência indirecta de guerras, em resultado da diminuição dos recursos económicos e financeiros disponíveis para providenciar cuidados e serviços básicos.

Mas, paralelamente, um outro e enorme pesadelo nos foi legado por todos esses conflitos – o da criança traumatizada e deficiente.

PARTICULARIZANDO UM CONFLITO – MOÇAMBIQUE

Até agora procurou-se dar uma visão, o mais ampla possível, da evolução dos conflitos no mundo e, de forma genérica, as suas consequências para a criança.

No entanto, para que se possa ter uma percepção mais clara das consequências de uma guerra, passar-se-á a descrever o caso específico de Moçambique.

Como se sabe, este país tem vivido um clima de guerra há mais de 25 anos.

Os primeiros dez anos corresponderam ao período em que durou a luta de libertação nacional, e os últimos quinze anos resultam da acção desestabilizadora, de carácter regional, subtilmente camuflada por um conflito interno opondo o Governo a "forças rebeldes", constituídas pela Renamo.

Segundo dados de 1989, Moçambique terá uma população estimada em cerca de 15 milhões de habitantes, sendo 44% do total constituído por crianças dos 0 aos 14 anos de idade.

Partindo destes elementos atente-se, de seguida, nos efeitos directos da guerra em relação à população do país.

De acordo com dados recentes, no período compreendido entre 1980 e 1988, em termos da população, as consequências foram as seguintes:

| | |
|--|-----------------|
| Perdas humanas totais | 900 000 |
| Crianças mortas | 494 000 |
| (este número equivale a mais de 50% do total das mortes registadas) | |
| Pessoas deslocadas no interior do país | 3,4 milhões |
| Pessoas deslocadas em países vizinhos | 1,1 milhão |
| (estes dois números juntos correspondem a mais de 1/4 do total da população do país) | |
| Crianças órfãs ou abandonadas | 250 000 |
| Crianças traumatizadas | vários milhares |

É de salientar que uma elevada percentagem dos deslocados é constituída por mulheres e crianças, o que se conclui do exemplo a seguir indicado.

De acordo com dados colhidos pelo *Bureau* Católico para os refugiados no território da África do Sul, em Setembro de 1990, havia 80 000 refugiados moçambicanos acomodados em 5 centros situados em áreas junto à fronteira comum. Destes refugiados 61% são crianças e 28% mulheres.

Ao número de perdas humanas acima indicado há que acrescentar que, no período entre 1975 e 1980, a guerra com a Rodésia provocou 100 000 mortos, sendo um grande número destes, crianças.

Paralelamente, há também a considerar os milhares de crianças traumatizadas.

Umhas, que não são poucas, estão traumatizadas por efeito de terem sido integradas, à força, nas fileiras dos "rebeldes", e aí transformadas em pequenos e frios assassinos.

Outras, que são também muitas, por terem sido obrigadas a assistir às mais cruéis cenas de violência.

Ambos os grupos apresentam graves desvios de personalidade e temperamento, para além de traumas psicológicos gravíssimos.

Também como consequência da guerra, a taxa de mortalidade infantil, no grupo dos 0 aos 5 anos, cresceu de 159 por mil para 325 por mil, tornando assim Moçambique num dos países com mais alta taxa de mortalidade.

É fácil de compreender esta situação se se tiver em conta que, no período entre 1980 e 1988, foram destruídas 824 das 1 118 unidades sanitárias que existiam, que 70% das crianças deixaram, por esta mesma razão, de poder ter acesso aos serviços de saúde, e que apenas uma pequena percentagem dos cerca de 6 milhões de crianças, de idade inferior a 15 anos, não foi afectada pela falta de alimentação adequada.

Saliente-se ainda que, como resultado da destruição de tais unidades sanitárias, ficaram privados do acesso à saúde 5 milhões de pessoas, ou seja, o correspondente a 1/3 da população do país.

Em igual período, foram destruídas 2 085 das 4 081 escolas que havia, ficando, como tal, sem acesso à educação mais de 500 mil crianças.

Este número de crianças privadas de instrução corresponde a cerca de 9% do total de crianças de idade entre os 6 e os 15 anos.

Para que se tenha uma outra visão dos efeitos desta guerra, vejamos agora os prejuízos ocasionados à economia.

Tomando por base o período de 1975 a 1986, os seus custos globais perfazem 15 milhões de dólares, o que equivale a mais de 3 vezes o valor da dívida externa do país, a 350% do valor do produto interno bruto e a mais de 150 vezes o valor global das despesas do Estado num ano. Tudo isto tendo por base valores de 1989.

Em boa medida, como reflexo da conseqüente degradação da economia, os montantes do Orçamento Geral do Estado destinados a sectores tão importantes como o da saúde e o da educação, decresceram, respectivamente, de 12 e 14% para 5,4 e 4%.

Com esta descrição, por certo chocante, está-se em condições de perceber a razão por que se impõe um maior e mais actuante envolvimento da comunidade internacional na prevenção de conflitos, na busca de soluções pacíficas para os mesmos e no apoio que importa dispensar aos países vítimas de destruição.

Tudo isto se impõe que seja feito em prol da sobrevivência, protecção e desenvolvimento da criança.

EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Colocada como está a questão, e entendida a magnitude da sua gravidade para a sobrevivência de milhões de crianças no mundo, importa veri-

ficar agora a resposta que o direito internacional tem dado para pôr cobro a tão sério extermínio de seres humanos.

No domínio estrito da protecção concedida à criança em conflitos armados, se de certo modo houve uma evolução positiva nas últimas quatro décadas, verdade seja dita que o poder de resposta normativo tem sido demasiado insuficiente e pouco dissuasor, tendo presente o crescente agravamento da situação da criança.

De forma ainda que titubeante, a primeira tentativa de garantir protecção à criança, em caso de conflito armado, é introduzida na IV Convenção de Genebra sobre a Protecção de Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto de 1949.

Nesse sentido, o seu artigo 24 estabelece três grandes princípios, a saber:

1. Serão tomadas pelas partes beligerantes as medidas adequadas para que menores de idade inferior a 15 anos, que fiquem órfãos ou separados da família em consequência da guerra, não permaneçam em situação de abandono;
2. Enquanto durar o conflito, as partes beligerantes favorecerão a recolha desses menores e a sua colocação em país neutro;
3. Serão tomadas as medidas necessárias para que todas as crianças, menores de 12 anos, possam ser identificadas.

Desde logo, como se pode ver, este preceito, por um lado abrange somente situações relativas a conflitos internacionais, e por outro lado, de forma geral, o seu efeito protector apenas se manifesta *a posteriori*. Isto é, procuram-se formas de acautelar e minimizar os efeitos da guerra em relação à criança, mas mesmo assim de modo ínfimo.

E, repare-se, que em nenhum momento se definem regras que preservem a segurança da criança face ao próprio conflito, nomeadamente no tocante à sua utilização nas forças em confrontação.

Por outro lado, nos artigos 25º e 26º prevê-se a possibilidade da troca de correspondência entre familiares separados e a busca de parentes perdidos, enquanto que no artigo 68º se estabelece a proibição de aplicação da pena capital a menores de 18 anos, nos territórios ocupados.

Como se vê, o alcance destas normas é extremamente limitado, porquanto a protecção que dispensa à criança se resume à impossibilidade de lhe ser aplicada a pena de morte e de estabelecer mecanismos conducentes a impedir que aquela permaneça em situação de órfã ou abandonada. Para além

do seu âmbito de aplicação se circunscrever só aos conflitos de natureza internacional.

Estando-se em presença de outro tipo de conflito, seria então necessário deitar mão do ARTIGO 3.º comum às Convenções de Genebra de 1949, no qual se definem as garantias básicas concedidas à população civil e, portanto, ainda que de forma indirecta, à criança.

Apesar de ser conhecido o mal provocado a milhares de crianças pela sua utilização em conflitos – a década de 30 na América Latina, a guerra de Espanha e a segunda grande guerra são disso exemplo – é de notar que em qualquer dos dois textos, acima referidos, não há uma única alusão à proibição da participação da criança em forças beligerantes.

Não obstante o prosseguimento dos conflitos e as suas nefastas consequências para a criança, foi preciso aguardar mais uma década e meia até que surgisse o primeiro diploma internacional a ela especificamente dirigido – A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA, aprovado em 20 de Novembro de 1959.

Nela, porém, não aparece expressamente estabelecida qualquer regra de protecção à criança, em caso de conflito.

Só, de forma indirecta, se poderá encontrar um princípio muito geral de protecção no Princípio 8.º, ao dizer-se que a "A criança deve, em todas as circunstâncias, figurar entre os primeiros a receber protecção e socorro".

Apesar de tudo, justo será referenciar o facto de esta norma evidenciar já um certo avanço, uma vez que ao estabelecer um princípio genérico, passou a permitir a sua aplicação a qualquer tipo de conflito.

Embora, como já antes se dissera, os conflitos tenham proliferado um pouco por toda a parte, a partir dos anos 50, foi preciso aguardar, de novo, cerca de 20 anos para que as nações se concertassem, no sentido de aprovar novas normas de direito internacional, nas quais se previssem regras de protecção à criança, em caso de conflito armado.

Pois os dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra seriam aprovados em 8 de Junho de 1977.

Pelo Protocolo I são introduzidas regras de protecção de vítimas de conflitos armados de âmbito internacional, enquanto que pelo Protocolo II se estabelecem mecanismos de protecção em relação a vítimas de conflitos de nível interno.

Entretanto, pela primeira vez, em ambos os Protocolos aparece expressamente consagrado como novo princípio – a proibição da participação de menores de 15 anos em forças beligerantes.

Este é, sem dúvida, um avanço digno de registo.

No artigo 77.º do Protocolo I procura-se ir um pouco mais além, ao impor-se, relativamente ao recrutamento de menores com mais de 15 anos, que ele se inicie por quem tenha mais idade.

Ao mesmo tempo, no artigo 4.º do Protocolo II estende-se aquela mesma proibição, do recrutamento de menores de 15 anos, às forças irregulares.

Paralelamente, nestes dois protocolos é retomado o princípio que já havia sido consagrado pelo artigo 68.º da IV Convenção, que consiste na proibição da aplicação da pena de morte a menores de 18 anos, pela prática de delitos relacionados com o conflito.

A este respeito, importa reter, porém, uma nova regra de protecção agora introduzida, e que consiste na extensão daquela última proibição em relação a mulheres grávidas e mães com filhos de tenra idade.

Ao consagrar este tipo de regras, a comunidade internacional deu um enorme passo, no sentido de acautelar e prevenir a intervenção directa de um grande grupo de crianças, em acções beligerantes.

Princípios esses que a terem sido assumidos e respeitados por governos e forças envolvidas em conflito, teriam permitido evitar a morte de milhões de crianças no mundo.

Só para ilustrar um pouco o que se acaba de referir, basta lembrar o que aconteceu durante a recente guerra irano-iraquiana. Neste conflito, que terminou há cerca de três anos, só como militares perderam a vida mais de 955 000 jovens, muitos dos quais de idade inferior a 15 anos.

Passados doze anos sobre tão importante conquista, é a vez de ver aprovado o primeiro diploma, onde se agrupa o mais amplo conjunto de direitos, e que tem por destinatária a criança – A CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA.

Nesta Convenção um importante e significativo passo é dado ao definir-se, desde logo, quem deve ser considerado como criança, para os efeitos nela estabelecidos.

Por outro lado, ao fixar o mais amplo leque de direitos civis, económicos, sociais, culturais e humanos, a Convenção contém as bases mínimas para que possa ser garantida à criança a sobrevivência, a protecção e o desenvolvimento.

No entanto, sem se pretender pôr em causa a importância e o alcance deste diploma de direito internacional, é fundamental saber manter o sentido crítico, quanto a possíveis obscuridades, lacunas, imprecisões ou omissões que nele possam existir.

E porque não mesmo pôr em causa até certos conceitos ou definições de regras, quando o caminho a seguir apontasse para uma maior ousadia?

Esta advertência tem precisamente a ver com o tema deste trabalho — A Criança e os Conflitos Armados.

Apesar dos alertas e chamadas de atenção feitos, quer por organizações internacionais, quer por organizações não-governamentais e humanitárias, quer mesmo por Estados e individualidades, para que se elevasse a protecção da criança em relação a conflitos armados, a verdade é que no artigo 38.º da Convenção não se foi além do que já estabeleciam os Protocolos I e II, atrás citados.

No essencial, mantiveram-se imutáveis princípios anteriores, como sejam:

- a proibição de participação directa de menores de 15 anos em hostilidades;
- a abstenção de se recrutar tais menores para forças em conflito;
- a prioridade de alistamento em relação a menores de mais idade;
- o respeito pelas normas de direito humanitário em relação à criança;
- adopção de medidas tendentes a assegurar a protecção e o cuidado de crianças afectadas por conflitos armados.

E o próprio artigo 39.º limita-se a reafirmar este último princípio.

Assim, a primeira grande questão que se pode levantar, em relação ao artigo 38.º da Convenção, tem a ver com a própria natureza desta norma de direito humanitário, bem como com os próprios princípios que lhe estão subjacentes.

O direito humanitário tem, como intrínseco, a protecção e salvaguarda da integridade da vida humana, o que, de forma genérica, mais não significa senão a garantia do cumprimento do estabelecido pelo artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ora, com a regra fixada no n.º 3 do artigo 38.º da Convenção o que se verifica é que se deixa de reconhecer expressamente o direito fundamental consagrado pelo referido artigo 3.º da Declaração Universal.

Situação tanto mais grave quando tal direito é retirado à criança, a quem a comunidade das nações considera como património da humanidade.

Em relação ao artigo 38.º poder-se-ia ir mais longe.

Por um lado, na Convenção estende-se a aplicação de direitos nela consagrados ao grupo etário mais alto possível, razão pela qual se definiu

como criança todo o ser humano até aos 18 anos de idade; por outro lado, ela própria restringe este princípio de protecção, precisamente no artigo 38.º, ou seja, em relação às situações de maior risco para a vida da criança, os conflitos armados.

E repare-se que tal restrição é feita precisamente em relação à defesa do direito mais essencial e sagrado – a vida.

Quanto ao artigo 39.º também seria possível elevar a protecção da criança, quanto às consequências do conflito, se se consignasse que, neste domínio específico, caberia à comunidade internacional um especial papel na implementação de programas nacionais, tendentes à recuperação e reinserção social das crianças traumatizadas, deficientes e afectadas.

Tudo isto impõe que se medite, de forma bastante séria, sobre qual deva ser a nossa postura individual e colectiva, e qual a acção a desencadear pela comunidade internacional face a tamanho extermínio de crianças.

A questão é apenas esta:

Deve aceitar-se, de forma complacente, que o direito internacional se mantenha aquém da situação hoje prevalecente ou, pelo contrário, pode e deve fazer-se tudo o que está ao nosso alcance, para que se verifique um maior ajuste do direito, por forma a proteger-se devidamente a criança?

É este o desafio que se nos coloca.

O QUE PODERÁ SER FEITO

Creio, sinceramente, estar-se ainda a tempo de muito se fazer para evitar que continue a ser praticado tão grave crime contra a humanidade.

Nesse sentido, as acções a desenvolver tanto poderão revestir características de âmbito internacional, como também de nível regional e nacional.

Vejamos, de seguida, o que poderá ser feito no plano internacional.

Hoje dispomos de uma Convenção, o que constitui um forte instrumento jurídico destinado a proteger a criança.

Entendo, no entanto, ser necessário que este instrumento não se venha a transformar em documento destinado apenas a consulta de especialistas, técnicos de direito e de ilustres representantes de chancelaria. Há que evitar que se quede em mais um dos muitos textos de direito internacional, comumente desrespeitados e violados por Estados.

Para que se atinjam os objectivos pretendidos, há que garantir que a Convenção se mantenha sempre como instrumento actuante e dinâmico.

Instituído o Comité que se prevê na Convenção, estar-lhe-á reservado papel de especial relevo na salvaguarda do direito mais elementar e primário – o direito à vida, em relação à criança.

Para tal, caberá à comunidades das nações fornecer ao Comité os meios, o apoio e a força necessários para que possa levar a bom termo tão nobre e dignificante missão.

A recente Cimeira Mundial em favor da Criança e a sua Declaração Final, assinada por 71 Chefes de Estado e de Governo, constituem um bom e significativo indicativo de que grande parte das nações está interessada em empenhar-se nesta luta.

Mas, para que tenha sucesso, esta missão terá de ser orientada em distintas direcções.

Numa primeira direcção, mantendo o espírito das conclusões da Cimeira, interessará intensificar as acções de persuasão junto de cada país e governo, de modo a que todos os membros da comunidade internacional venham a aderir e a ratificar a Convenção.

Ao mesmo tempo, tendo presente que a criança é património da humanidade, importará prosseguir as acções já encetadas, por alguns países, no sentido de se alterar, o mais rapidamente possível, o conteúdo do artigo 38.º da Convenção, de modo a que nele se contemple o princípio de proibição de alistamento de toda e qualquer criança, por todo o tipo de forças beligerantes. E, por outro lado, se alargue ainda mais a protecção a dispensar-lhe em caso de conflito, nomeadamente prevendo-se a obrigatoriedade de fixação de zonas neutras e de corredores de paz.

A este propósito, saliente-se que o Conselho de Ministros da O.U.A., na sua sessão de Julho de 1990, adoptou uma resolução intitulada "A PAZ PARA A CRIANÇA", na qual se denuncia e condena o uso desta para fins bélicos.

Nessa mesma resolução se define a necessidade de se criarem corredores de paz, no caso de conflito armado, como meio de se poder levar a cabo acções de protecção efectiva à população civil em geral, e naturalmente à criança, em particular.

E, na reunião regional preparatória da Cimeira Mundial, realizada no Quénia em Julho de 1990, entre outras resoluções, no concernente aos conflitos armados, os países de Este e Sul de África consideraram fundamental, a título imediato, proibir-se a incorporação de toda a criança até aos 18 anos, em qualquer tipo de forças armadas.

Na recente Cimeira Mundial a favor da Criança idênticas posições vieram a ser assumidas pelos Chefes de Estado e de Governo presentes.

Na Declaração final estes dignitários comprometem-se a trabalhar, no sentido de prevenir futuros conflitos armados, a promover e valorizar a paz. Reafirmam a necessidade de se dar ajuda e protecção especial à criança, em caso de guerra. Para esse efeito, consideram essencial que as partes beligerantes fixem corredores de paz e estipulem períodos de tréguas.

A título de exemplo do comportamento e da atitude da comunidade internacional, é importante aqui salientar que no actual conflito no Golfo estes mesmos princípios já começaram a ser desrespeitados frontalmente.

Naquele mesmo sentido, ao Comité competirá, em coordenação com as agências especializadas das Nações Unidas e outras organizações, desencadear igualmente as acções apropriadas junto das mais altas instâncias das Nações Unidas, tendo em vista desencorajar os conflitos e, inclusive, propor a aplicação de sanções a Estados que, de forma continuada, prossigam a prática de actos de extermínio de crianças, nomeadamente através do seu recrutamento para a guerra.

Ainda no plano internacional, importará que, em todos os fóruns, se intensifiquem as acções de denúncia dos países que dão o seu beneplácito à utilização da criança em acções beligerantes e fornecem armas a estas mesmas forças.

À comunidade internacional caberá, em coordenação com o Comité, definir e materializar uma nova política de cooperação e apoio aos países atingidos por conflitos, de modo a que seja concretizado o princípio estabelecido no artigo 39.º da Convenção.

Por último ao Comité, bem como a todas as organizações internacionais em geral, pertencerá a missão de garantir que se estabeleça no mundo uma ordem económica mais equilibrada, bem como uma nova mentalidade em relação às políticas de apoio a dispensar aos países de terceiro mundo.

Políticas essas que terão de revestir carácter mais humanizante, assumindo um carácter global e integrado, onde a componente social não seja omitida e, antes pelo contrário, adquira um papel de certo relevo.

Neste quadro, papel importante pertencerá de novo ao Comité, não excluindo, naturalmente, as mais altas instâncias das próprias Nações Unidas, no sentido de levar o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial a assumirem uma nova postura em relação às suas políticas de financiamento e de crédito.

Quer a nível de continentes, quer a nível regional, a acção primeira terá de se orientar no sentido de prevenir e desencorajar a resolução de disputas entre estados e de problemas internos pela via das armas.

Às organizações continentais e regionais impõe-se que tudo façam para que se sobreponha a via do diálogo à força das armas.

Paralelamente, tais organizações terão de empenhar-se mais seriamente em todas as acções tendentes a conceder a protecção devida à criança no caso de conflito, levando a que as partes em confrontação fixem, entre si, corredores de paz e épocas de tréguas, pelo menos.

A nível destas mesmas organizações, interessará que se promova a aplicação de medidas apropriadas a quem não respeite as mais elementares normas de direito internacional, aplicáveis neste caso.

Às organizações internacionais e regionais competirá desencadear amplas campanhas junto da opinião pública, para a demover de dar qualquer apoio a iniciativas dos governos para acções de guerra.

Vejam, agora, um pouco do que poderá ser feito no plano interno de cada Estado.

A primeira acção que importará ver concretizada a este nível será no sentido de que cada Estado assuma uma postura nova em relação à criança, vinculando-se perante a Convenção, respeitando-a e fazendo-a cumprir pelas suas instituições e cidadãos, em geral.

Ao mesmo tempo, é importante que cada Estado desencadeie as mais amplas campanhas de difusão dos princípios contidos na Convenção, como forma de contribuir para a educação do cidadão no respeito para com a criança.

Por outro lado, importa que cada Estado se empenhe o mais possível na busca de soluções pacíficas para as contendas, sejam elas de âmbito interno ou externo.

Paralelamente, impõe-se que assumam a necessidade de intensificar as acções que possam conduzir a uma diminuição drástica das despesas militares.

Interessará ainda que cada Estado, dentro das suas capacidades humanas e materiais, se preocupe em elaborar políticas globais de apoio à criança, concretizadas em programas concretos de curto, médio e longo prazo, tendentes a melhorar a sobrevivência, a protecção e o desenvolvimento da criança, na esteira do que foi acordado na Cimeira Mundial de Nova Iorque.

Acções estas que ganham outra dimensão tendo presente que, com a assinatura da Declaração Final da Cimeira Mundial em favor da Criança, do Plano de Acção e com a ratificação da própria Convenção, um elevado número de Estados e Governos demonstraram o mais alto nível de comprometimento político pela causa "PRIMEIRO A CRIANÇA", nomeadamente quanto ao seu bem-estar social e desenvolvimento integral.

No entanto, os objectivos definidos em prol da Sobrevivência, Protecção e Desenvolvimento Infantil, constante do aludido Plano de Acção, terão de ser adaptados, sem qualquer margem de dúvidas, às condições socioeconómicas e culturais de cada país.

E na concretização de tais objectivos, as políticas e programas estatais terão necessariamente de obedecer a critérios de faseamento (medidas de curto, médio e longo prazos) e de prioridades, tendo sempre por base os recursos disponíveis.

Importará, também, que cada Estado se imponha, a si mesmo, o estabelecimento de metas e níveis *standards* a atingir em cada fase de implementação de tais programas.

Isto pressuporá que se evolua para uma estratégia de realização, acompanhamento, coordenação e realização dos programas de concretização viável e possível.

No caso concreto de Moçambique esse empenhamento é patente.

A vontade política é manifesta na via do diálogo para a resolução do conflito interno, na fixação de corredores de paz e na elaboração de programas de apoio e atendimento à criança.

Mas a falta absoluta de recursos económicos, a inexistência de quadros e a guerra não têm permitido a devida concretização dos objectivos definidos no Plano de Acção traçado na recente Cimeira Mundial em favor da Criança.

Apesar desta grave situação, algo mais poderá, entretanto, ser feito.

Assim, para se garantir a mais ampla difusão dos direitos da criança, em Moçambique, seria urgente proceder-se à tradução dos três documentos acima referidos para a língua portuguesa e para algumas das mais importantes línguas nacionais.

Tais traduções poderiam, posteriormente, ser encaminhadas aos órgãos do Governo, aos diversos níveis, às associações cívicas, às organizações de massas, humanitárias e religiosas, às ONGs e outras agências ligadas às actividades com crianças, para que, nos seus programas sectoriais, incluam as acções necessárias em prol da criança.

Ao mesmo tempo, através dos meios de comunicação social, de mobilização comunitária e do público em geral, interessará desencadear a imediata disseminação de tais textos, uma vez já traduzidos, definindo-se previamente a estratégia da sua difusão, como forma de contribuir para a educação da população em relação aos direitos da criança.

Por último, e para finalizar, reafirma-se a importância de que cada Estado coloque sempre, a si próprio, no interesse da criança, como política primeira e fundamental, a busca, a preservação e a defesa da Paz, em todos os momentos da vida nacional e internacional.

FONTES BIBLIOGRÁFICAS

- SITUAÇÃO MUNDIAL DA INFÂNCIA, 1990 - UNICEF
- AO ALCANCE DA HUMANIDADE - Um futuro para as crianças de Africa - UNICEF
- CHILDREN ON THE FRONT LINE - UNICEF, 1989
- SOUTH AFRICAN RESTABILIZATION - The Economic Cost of Front-line Resistance to Apartheid - Press Summary, United Nations
- FOCUS: CHILDREN OF WAR - ITERCOM, UNICEF - n.º 56, Abril de 1990
- A INFÂNCIA E O MEIO AMBIENTE - UNICEF E PNUMA, 1990
- DAR UM FUTURO À CRIANÇA - CIMEIRA MUNDIAL EM FAVOR DA CRIANÇA - UNICEF
- RESOLUÇÕES DO CONSELHO DE MINISTROS DA OUA
- DOCUMENTAÇÃO DA "CONSULTATIVE MEETING FOR THE WORLD SUMMIT FOR THE CHILDREN" - Nairobi, Julho de 1990
- MOZAMBIQUE: Into the 1990s - Prof. R. H.Green
- NÚMEROS - MOÇAMBIQUE - Publicação de BIP, M. Informação - R.P.M.
- ARMS AND THE CHILD - Sipri e Unicef - Setembro de 1990
- CHILDHOOD AND WAR IN EL SALVADOR - UNICEF, Guatemala, C.A. 1988



ESTUDOS

ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS

*Assistant à la Faculté de Droit
de l'Université de Lisbonne*

**SUR UNE PROPOSITION ITALIENNE
D'ÉLABORATION
D'UN CODE EUROPÉEN DES CONTRATS
(ET DES OBLIGATIONS)**

*(TEXTE ADRESSÉ
AU PROFESSEUR GIUSEPPE GANDOLFI,
DE L'UNIVERSITÉ DE PAVIE)*

Lisbonne, le 21 janvier 1991

Monsieur le Professeur,

Monsieur le Professeur José de Oliveira Ascensão, Président du Conseil scientifique de la Faculté de Droit de Lisbonne, m'a fait parvenir vos lettres des 27.7.1989 et 21.5.1990, adressées à Monsieur le Professeur Ruy de Albuquerque, ainsi que le texte de votre communication "Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea"⁽¹⁾ et une traduction en français, et m'a demandé de vous transmettre mon opinion personnelle à propos de votre suggestion concernant l'élaboration d'un Code européen des contrats (et des obligations), en prenant éventuellement pour base le Livre IV du Code civil italien de 1942, en particulier ses deux premiers titres.

Étant plutôt spécialiste de droit international privé, je ne pourrai pas omettre, dans mes brièves considérations sur votre proposition, le point de vue propre à cette discipline: j'essaierai, donc, tout d'abord (I), d'avancer quelques idées très générales sur l'unification du droit matériel (*Rechtsvereinheitlichung*), en tant que méthode tendant à résoudre (ou à supprimer) les difficultés propres au commerce juridique privé international, qui découlent de la multiplicité des systèmes de droit matériel existant dans un univers donné – dans le cas présent, les communautés européennes –, et ensuite (II) de donner une vision d'ensemble, quoique très sommaire, sur la réglementation des contrats (et des obligations) dans le Code civil portugais de 1967, en procédant à quelques brefs rapprochements avec la discipline correspondante dans le Code civil italien.

(1) *Rivista Trimestrale di Diritto et Procedura Civile*, 1989, pp. 217-222.

I

Il est bien connu que l'identité des règles de droit matériel à l'intérieur d'une certaine communauté d'États tendrait idéalement à supprimer la réglementation typique des situations privées internationales qui est propre au droit international privé, c'est-à-dire, le recours à la méthode des règles de rattachement ou règles de conflit de lois.

En effet, si tous les pays du monde — ou, tout au moins, un groupement donné d'entre eux — adoptaient des normes substantielles identiques en matière d'obligations et si partout les mêmes règles d'interprétation et de comblement des lacunes étaient admises — ce qui supposerait l'existence d'un organe judiciaire supérieur commun, susceptible d'unifier la jurisprudence au niveau de l'ensemble des États concernés —, le problème qui est à la base du droit international privé et sa véritable raison d'être (la diversité de la réglementation substantielle selon les pays) disparaîtrait, étant donné qu'une réglementation matérielle commune (le droit uniforme) serait acceptée à l'intérieur de cet ensemble d'États: comme l'ont souligné les professeurs K. Zweigert et U. Drobnig, "[o]hne Rechtskollisionen, kein Kollisionsrecht"⁽²⁾.

Encore faut-il souligner que la non existence d'un organe central d'unification de la jurisprudence rend inévitables les divergences d'interprétation de textes législatifs formellement identiques.

On peut à cet égard mentionner l'exemple bien connu de l'article 970 du Code civil français, sur le testament olographe ["Le testament olographe ne

(2) K. ZWEIFERT-U, DROBNIG, "Einheitliches Kaufgesetz und Internationales Privatrecht", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1965, p. 147.

serait point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur: il n'est assujéti à aucune autre forme"], interprété et appliqué de façon différente en France et en Belgique, malgré l'identité du texte légal dans les deux pays: en effet, en cas d'erreur de date, il est réputé nul en France et valable en Belgique⁽³⁾.

Dans le domaine des obligations, l'arrêt *Hocke c. Schubel* de la Cour de cassation française (Chambre civile, Section commerciale), du 4.3.1963⁽⁴⁾, a consacré, de façon éclatante, la divergence entre l'interprétation suivie en Allemagne et en France de l'article 31, alinéa 4, de la Loi uniforme sur les lettres de change et les billets à l'ordre, adoptée par la Convention de Genève du 7.6.1930, en vigueur dans les deux pays: la présomption selon laquelle, à défaut d'indication, l'aval est réputé donné pour le tireur a été considérée comme irréfragable en Allemagne, tandis qu'elle admet la preuve contraire en France.

De même, la Cour constitutionnelle italienne, dans son arrêt n.° 132, du 6.5.1985⁽⁵⁾, a déclaré la non conformité à la Constitution italienne de l'article 1^{er} de la Loi du 19.5.1932, n.° 841, et de l'article 2 de la Loi du 7.12.1962, n.° 1832, qui donnent exécution, dans l'ordre juridique italien, respectivement à la Convention de Varsovie du 12.10.1929 sur le transport aérien international et au Protocole de La Haye du 28.9.1955, en raison de la limitation de la responsabilité du transporteur envers chaque voyageur en cas de mort ou de lésion — admise dans ces deux règles le droit matériel uniforme d'origine conventionnelle —, considérée par la Cour constitutionnelle italienne comme étant contraire au droit fondamental à l'intégrité de la personne, reconnu dans l'article 2 de la Constitution italienne.

S'il est en effet communément admis que c'est en matière d'obligations qu'il est le plus aisé de procéder à l'unification des règles de droit matériel, il ne faut pas sous-estimer les limites d'une telle procédure d'uniformisation.

(3) Voir, en sens, J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2^{me} édition, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 245-246; J.J. GONÇALVES DE PROENÇA, *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, Lisboa, Universidade Lusfada, 1990, pp. 291-292.

(4) *Journal du Droit International*, 1964, p. 806 ss., avec une note de B. Goldman.

(5) *Revue critique de droit international privé*, 1986, p. 477 ss., avec une note de T. Ballarino.

C'est ainsi que la tentative d'unification franco-italienne en matière d'obligations, qui a abouti à l'élaboration du Projet franco-italien de Code des obligations et des contrats du 31.10.1927, a finalement échoué, et cela malgré la circonstance décisive qu'il n'y avait que deux pays concernés et que, comme vous le soulignez à juste titre, il y a un "rapport génétique" entre le droit italien et le droit français en ce domaine.

Dans le même ordre d'idées, les Conventions de Genève des 7.6.1930 et 19.3.1931 portant Loi uniforme en matière de lettres de change et de billets à ordre et de chèques, respectivement, non seulement n'ont pas été adoptées par tous les pays qui sont actuellement membres des Communautés européennes (l'Espagne, l'Irlande et le Royaume-Uni n'en font pas partie), mais elles n'ont pas non plus supprimé les règles de conflit de lois — étant doublées de conventions d'unification du droit international privé —, en raison du caractère partiel de la codification substantielle entreprise, d'une part, et du faible nombre des pays adhérents, d'autre part.

En outre, le droit matériel uniforme a été — comme on l'a déjà vu — interprété différemment dans les États parties à ces conventions; on peut encore signaler qu'au Portugal des textes législatifs internes récents ont mis en cause le taux des intérêts moratoires établi par les articles 48-49 et 45-46 des deux Lois uniformes sus-mentionnées, provoquant un certain désarroi et des divisions dans la doctrine et la jurisprudence, partagées sur le point de savoir si un texte législatif interne peut déroger à un texte adopté par une convention internationale, le Portugal étant en effet partie aux Conventions de Genève de 1930 et 1931⁽⁶⁾.

Les avatars subis par la Convention sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, signée à la Haye le 1^{er} juillet 1964, contenant une Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, avec leur prétention de supprimer totalement les règles de conflit de lois, ont été à l'origine de l'élaboration, sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International, de la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, signée à Vienne le 11.4.1980, beaucoup plus réaliste à cet égard (cf. les articles 1^{er} et 2 de la Loi uniforme de 1964 avec l'article 1^{er} de la Convention de 1980)⁽⁷⁾.

(6) Cf. J. M. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações en geral*, vol. I, 5^{me} édition, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 828-832.

(7) Cf. A. FERRER CORREIA, "Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado", in *Estudos vários de Direito*, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 375-376.

Il faut donc garder présent à l'esprit qu'une éventuelle codification du droit matériel en matière de contrats (et obligations) au niveau des Communautés européennes ne supprimerait nullement le problème de l'unification des règles de droit international privé, le droit substantiel européen unifié n'étant pas, par définition, le seul droit existant au niveau mondial.

Il faut souligner à ce propos que les Communautés européennes ont envisagé tout d'abord l'unification du droit international privé en matière d'obligations *contractuelles* (après l'abandon de l'avant-projet de 1973 d'unifier également les règles de conflit en matière d'obligations non contractuelles), par la signature à Rome, le 19.6.1980, de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, mais que, après plus d'une décennie d'intense réflexion sur la portée de cette Convention, elle n'est pas encore entrée en vigueur⁽⁸⁾, et que le mécanisme des réserves, auquel ont eu recours certains États membres des Communautés, videra, en certains cas, la Convention de quelques-unes de ses dispositions fondamentales, comme l'article 7, 1 sur les règles impératives (lois de police) étrangères⁽⁹⁾.

La question que l'on peut se poser à cet égard est la suivante: certes, l'unification des règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles n'empêche pas, en stricte logique, l'unification des normes substantielles en ce domaine; mais si, jusqu'à présent, la Convention de Rome n'est pas encore entrée en vigueur⁽¹⁰⁾, peut-on songer d'ores et déjà à l'unification du droit matériel dans le cadre des Communautés?

Il faut encore ajouter que la pratique du commerce internationale, en raison du manque d'uniformité internationale en matière de contrats (et d'obligations en général), a même développé un système parallèle, quoique partiel et lacunaire — la *lex mercatoria* ou *New Law Merchant* —, dont on ne peut pas ne pas tenir compte dans l'élaboration future (et éventuelle) d'un Code européen des contrats (et des obligations).

(8) La Convention est finalement entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991: cf. H. LESGUILLONS, "Loi applicable aux obligations contractuelles: entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1991, p. 268.

(9) Cf., v.g. K. SIEHR, "Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1988, p. 73, n. 160 et p. 96.

(10) Cf. *supra*, note 8.

II

Votre proposition d'élaboration d'un tel Code prend pour base le Livre IV du Code civil italien de 1942 (*Delle obbligazioni*), en particulier les Titres I^{er} (*Delle obbligazioni in generale*) et II (*Dei Contratti in generale*); vous soulignez, à cet égard, d'une part, l'influence du Code Napoléon et du *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* allemand sur le *Codice civile*, lequel, d'autre part, aurait des traits communs avec le droit anglais en matière d'interprétation des contrats (cf. Chap. IV du Titre II du Livre IV, article 1362 ss. du Code civil italien).

Je me bornerai, dans ce contexte, à mettre en relief certains traits très généraux – mais essentiels – du Code civil portugais de 1967, avant d'énoncer mon opinion relativement à votre proposition.

Contrairement au Code civil italien et suivant le modèle du *BGB*, le Code civil portugais a une partie générale (Livre I^{er}), avant le droit des obligations (Livre II), les droits réels (Livre III), le droit de la famille (Livre IV) et le droit des successions (Livre V).

Il s'ensuit nécessairement qu'une partie des matières contenues dans le Titre II du Livre IV du *Codice civile* sont réglées dans le Sous-titre III (*Dos factos jurídicos*) du Titre II (*Das relações jurídicas*) du Livre I^{er} du *Código Civil* portugais (*Parte Geral*), en particulier dans le Chapitre I^{er} (*Negócio jurídico*) (article 217 ss.), à un niveau de généralité plus élevé que celui du Titre II du Livre IV du Code civil italien, tandis qu'une autre partie se trouve

insérée dans le Livre II (*Direito das Obrigações*), Titre I^{er} (*Das obrigações em geral*), en particulier dans la Sous-section I^{re} (*Disposições gerais*), de la Section I^{re} (*Contratos*), du Chapitre II (*Fontes das obrigações*), à un niveau de généralité équivalent à celui du Titre II du Livre IV du Code civil italien⁽¹¹⁾.

Il est bien connu que l'une des sources d'inspiration les plus importantes du Livre II du Code civil portugais a été le Livre IV du Code civil italien de 1942 et cela est suffisamment démontré à travers les très nombreux travaux préparatoires élaborés par le Professeur A. Vaz Serra, président de la commission d'experts qui a rédigé le nouveau Code civil portugais, entre 1944 et 1966.

Mais d'autres influences sont facilement détectables en matière de contrats (et d'obligations), en particulier celles du *BGB* allemand, du Code civil grec, du Code civil français et du Code civil suisse des Obligations⁽¹²⁾.

D'après l'expérience du législateur portugais du Code civil, on pourrait se demander si – en cas d'évolution favorable de votre suggestion d'élaboration d'un Code européen des contrats (et des obligations) – l'on devrait prendre pour modèle un certain Code (vous proposez que ce modèle soit le Code civil italien) ou si l'on devrait plutôt s'inspirer de tous les Codes existant dans les Communautés (entre autres, il faudrait encore ajouter le Code civil espagnol et le Code civil hollandais) afin d'en dégager les principes communs, susceptibles d'être inscrits dans le Code européen.

Une décision capitale à cet égard devrait être celle de savoir si ce code devrait ou non contenir une partie générale relative à l'acte juridique – et en particulier au *negotium* juridique – comme c'est le cas pour le *BGB* et pour le *Código Civil* portugais⁽¹³⁾, ou si cette partie générale devrait se borner à définir les principes généraux en matière de contrats, à l'instar du Titre II du Livre IV du *Codice civile*.

Les principes généraux du droit anglais, comme vous le remarquez à juste titre, ne pourraient pas non plus ne pas être pris en considération.

(11) Cf. J. M. ANTUNES VARELA, *op. cit. supra*, note 6, pp. 38-43, 213.

(12) Cf. J. M. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 4^{ème} édition, Coimbra, Almedina, 1990, v.g., pp. 234, 337, 348-349, 448 n. 1.

(13) Cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 6^{ème} édition, Coimbra, Almedina, 1991, p. 348; A.

Il faut souligner, à ce propos, qu'à l'issue de la première guerre mondiale les Tribunaux arbitraux mixtes, qui ne disposaient pas d'un système de règles de conflit de lois, ont souvent trouvé la solution des affaires qui leur ont été soumises, en ayant recours aux principes généraux communs aux systèmes juridiques des États dont les parties en litige étaient ressortissantes⁽¹⁴⁾.

Il faudrait également se décider au départ sur la portée exacte du Code européen: s'agit-il d'une codification des obligations *contractuelles* (cf., pour le droit international privé, la Convention de Rome du 19.6.1980) ou d'une codification des obligations *contractuelles et non contractuelles*?

En tout état de cause, l'élaboration éventuelle d'un Code européen des contrats (et des obligations) ne supprimerait nullement, à mon avis, le besoin d'unifier, en cette matière, les règles de conflit de lois des États membres.

En espérant que ces modestes réflexions strictement personnelles soient de quelque utilité pour vos travaux futurs en vue de l'élaboration d'un Code européen des contrats (et des obligations), je vous prie de croire, Monsieur le Professeur, à l'expression de mes sentiments distingués.

António Marques dos Santos

(continuação da nota 13)

MENEZES CORDEIRO, "Teoria Geral do Direito Civil – Relatório", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXIX, 1988, p. 251 ss..

(14) Cf. K. LIPSTEIN, "Conflict of Laws before International Tribunals (A Study in the Relation between International Law and Conflict of Laws)", in *Transactions of the Grotius Society*, vol. 27, London, 1942, p. 149 ss.; I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1966, pp. 249-251, 255-258.

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

Algumas breves considerações sobre o princípio da interpretação
conforme do Direito interno face às directivas comunitárias
José M. de Albuquerque Calheiros 7

O papel da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na
protecção dos direitos fundamentais no âmbito comunitário
Miguel A. Andrade 33

DIREITOS DO HOMEM / ESTUDOS

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

Les pratiques policières et pénitentiaires à l'épreuve de la Conven-
tion européenne de sauvegarde des droits de l'homme
Christian Jacq 57

L'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire, des jures et
des assesseurs et l'indépendance des avocats
Louis Joinet 117

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITOS DA CRIANÇA

La protection judiciaire de l'enfant et la Convention des Nations
Unies sur les droits de l'enfant

Marta Santos Pais 237

A criança e os conflitos armados

Luís Filipe Sacramento 251

ESTUDOS

Sur une proposition italienne d'élaboration d'un Code européen
des contrats (et des obligations)

António Marques dos Santos 275

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 be addressed to
Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
RUA DO VALE DE PEREIRO, 2 - 4.º – 1200 LISBOA – PORTUGAL
Tel. 68 11 41 – Telex 42 701 PROLUR P

