

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO

LISBOA

1993

Composição e impressão na

LITOGRAFIA TEJO, LDA. / *Rua das Taipas, 45*
1200 Lisboa / PORTUGAL

Revisão: Carlos Lacerda

Tiragem: 4000 exemplares
Dep. Legal n.º 72117/93
ISSN 0870-71138

DIREITO COMUNITÁRIO

MIGUEL ALMEIDA ANDRADE

*Técnico Superior
do Gabinete de Documentação
e Direito Comparado*

**ALGUNS ASPECTOS PRÁTICOS
DA
TRANSPOSIÇÃO DE DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS
PARA
A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA**

1. Introdução

À criação das Comunidades Europeias correspondeu uma limitação da soberania dos Estados membros. Alguns dos poderes que estes exerciam (pelo menos formalmente) de um modo autónomo, passaram a ser exercidos a nível comunitário. Os Estados deixaram assim de poder decidir sozinhos, na medida das competências que acordaram transferir para o plano comunitário. Mais, nos casos em que a adopção dos actos de direito comunitário se faça por maioria, os Estados poderão ver aplicados no seu território regimes jurídicos em relação aos quais manifestaram a sua discordância.

À medida que o processo de integração europeia se intensifica, tem-se assistido a uma progressiva substituição dos direitos nacionais pelo direito comunitário. O pólo de produção normativa que são as Comunidades tem vindo a abarcar um crescente número de áreas, reflectindo o recente Tratado da União Europeia esta tendência ao atribuir às Comunidades competência para actuar em novas matérias, como sejam as da educação e juventude, cultura, saúde pública, protecção dos consumidores ou indústria.

Ao lado deste incremento na quantidade de sectores da vida social sujeitos à norma comunitária, verifica-se igualmente um aprofundamento da intervenção comunitária em áreas que há muito fazem parte das competências da Comunidade. Ou seja, o peso que a ordem jurídica comunitária assume na regulamentação das relações jurídicas de que todos somos sujeitos, é cada vez maior.

Para atingir as relações que pretende regular, o direito comunitário pode bastar-se a si próprio ou carecer da colaboração das ordens jurídicas nacionais. Como é sabido, há instrumentos de direito comunitário que, pela sua natureza, têm aptidão para directamente se aplicarem às relações jurídicas que pretendem regulamentar (o exemplo típico é o regulamento) e outros cujo regime, em princípio, apenas se poderá aplicar mediante a intervenção do legislador ou autoridade administrativa nacional (caso da directiva).

Pode revelar-se necessário regulamentar, a nível interno, um regulamento comunitário, como pode o legislador nacional ter que adoptar legislação em cumprimento de uma decisão que é dirigida ao Estado ou para adequar a ordem jurídica interna a um determinado preceito de um Tratado comunitário. É ainda possível que a autoridade nacional adopte medidas de ordem legislativa ou administrativa para dar cumprimento a um acto não vinculativo, como seja uma recomendação. Se a intervenção da autoridade nacional é, quando estão em causa os instrumentos que acabámos de referir, excepcional, o mesmo não se passa quando está em causa uma directiva. Por definição, ela implica aquela intervenção para que os objectivos que visa possam ser alcançados.

Esta actividade dos Estados que, partindo do acto comunitário, o desenvolve, o aplica moldando-o às circunstâncias locais, o aproxima daqueles que estão sujeitos à sua autoridade, é determinante para que estes possam gozar, pelo menos de forma plena e eficaz, do regime jurídico adoptado a nível comunitário.

Daí que seja útil olhar um pouco para o que tem sido a prática das autoridades portuguesas na aplicação no nosso país do direito comunitário. Especial relevância será dada ao que se passa com as directivas, não só porque requerem sempre que o Estado as transponha para a ordem jurídica interna através de um acto legislativo ou administrativo, mas também porque previsivelmente veremos no futuro a sua importância redobrada como instrumento, por excelência, que é, de efectivação do princípio da subsidiariedade.

Se este princípio implica que, nos casos em que haja uma competência concorrente entre os Estados e a Comunidade, esta apenas intervenha quando um melhor resultado não possa ser alcançado através de uma actuação ao nível nacional, regional ou local, ele implica também que, quando se verifique que a actuação mais eficaz é a comunitária, ela se faça, tanto quanto possível, através do instrumento que deixe aos Estados a maior

margem de actuação possível. A directiva é, sem dúvida, esse instrumento, uma vez que apenas impõe aos Estados a prossecução de determinado objectivo, deixando-lhe liberdade quanto aos meios e à forma de o alcançar.

É assim provável que a directiva adquira uma relevância ainda maior do que a que hoje tem e, será inclusivamente de esperar que ela retome a sua pureza inicial, ou seja, que se abandone a prática hoje frequente de “regulamentar” as directivas, espartilhando a liberdade dos Estados através de uma regulamentação excessivamente pormenorizada, para se passar a incluir nela apenas um conjunto de metas ou objectivos que sejam alcançados através de meios que, com discricionariedade, cada Estado entenda utilizar.

Face à importância como instrumento de harmonização de legislações que a directiva tem, e tendo em conta o muito provável papel acrescido que lhe estará reservado, importa ver qual tem sido a prática seguida na transposição para a ordem jurídica interna das directivas, eventualmente detectar alguns aspectos menos felizes dessa actividade e deles tirar algumas lições que, no futuro, permitam corrigir erros que hoje se verifiquem.

2. A forma e os meios da transposição das directivas

Nos termos do terceiro parágrafo do artigo 189.º do Tratado CEE, a directiva “vincula o Estado membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”

Cabe assim aos Estados destinatários da directiva efectuar aquilo que se costuma designar por transposição das mesmas. Traduz-se esta actividade na adopção das medidas que se entenderam úteis ou necessárias, para a prossecução dos objectivos que a directiva lhes impõe, fazendo-se, para tal, uso da liberdade quanto à escolha da forma e meios de os atingir.

A margem de actuação assim deixada aos Estados não é, no entanto, total. Há, de facto, actos que, pela sua natureza, não são adequados a operar a transposição de directivas. Se estas vinculam os Estados à realização de um determinado objectivo, é claro que, no plano interno, ele só poderá ser alcançado através da adopção de actos vinculativos.

O problema da aptidão de determinadas técnicas de transposição de directivas para assegurar o resultado que o legislador comunitário visou com a sua adopção, tem sido objecto da atenção do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE).

No processo n.º 300/81¹ estava em causa a legislação italiana que, ao contrário do que estabelecia a directiva 77/780/CEE, por ela transposta, não previa critérios objectivos para a concessão da autorização para início das actividades dos estabelecimentos de crédito. Estes critérios eram, no entanto, respeitados ao nível da actividade administrativa, através de uma prática compatível com o estatuído na directiva.

Noutro processo apreciado pelo TJCE — o n.º 102/79² — a Bélgica era acusada de não ter transposto uma série de directivas. Não contestando o facto de não ter tomado as medidas necessárias à execução das directivas em causa, o governo belga considerou, no entanto, que não tinha faltado às obrigações que sobre ele recaíam por força do Tratado. Um dos argumentos que utilizou para fundamentar esta posição foi o de que os objectivos visados pelas directivas eram plenamente cumpridos por força de uma prática administrativa³.

O que está em causa nestas situações é, no fundo, saber se a liberdade quanto aos “meios e à forma” deixada aos Estados legitima qualquer método que assegure o resultado visado pela directiva⁴.

¹ Processo n.º 300/81, acórdão de 1/3/83, *Colectânea*, 1983, pág. 454.

² Processo n.º 102/79, acórdão de 6/5/80, *Colectânea*, 1980, pág. 1473.

³ O outro era o de que, por serem directamente aplicáveis, as directivas não careciam da mediação de um acto de direito interno para se aplicarem. Adiante voltaremos a este argumento.

⁴ O problema não se coloca unicamente a respeito das directivas. Estando em causa disposições do Tratado CEE, o TJCE teve já oportunidade de apreciar uma situação deste tipo no acórdão proferido no processo n.º 147/86. Tratava-se de uma acção por incumprimento interposta pela Comissão contra a Grécia baseada, entre outros fundamentos, no facto de, no juízo daquela instituição comunitária, este Estado obstar a que nacionais de outros Estados membros pudessem criar, nas mesmas condições que os cidadãos gregos, determinados tipos de escolas. O governo grego defendeu que nenhum incumprimento lhe poderia ser imputado uma vez que, na prática, e apesar de legislação em sentido contrário, as autorizações para criação das ditas escolas eram concedidas.

O TJCE é muito claro a este respeito, mantendo uma linha firme de jurisprudência que dá a esta questão uma resposta negativa. Numa fórmula sempre repetida o TJCE diz que:

“Importa que cada Estado membro dê à directiva em questão uma execução que corresponda plenamente às exigências de clareza e segurança das situações jurídicas visadas pela directiva (...). Simples práticas administrativas, por natureza modificáveis por vontade da administração e desprovidas de uma publicidade adequada, não podem ser consideradas como constituindo uma execução válida da obrigação que incumbe, em virtude do artigo 189.º, n.º 3, do Tratado, aos Estados membros destinatários da directiva”⁵.

Práticas ou actos cujo conteúdo não seja determinado por actos vinculativos e que, por isso, sejam livremente modificáveis pela administração, gerando situações de grave incerteza jurídica não são idóneos para operarem a transposição de directivas. Esta exigência de segurança jurídica implica que os Estados “traduzam os termos das directivas em disposições internas com carácter vinculativo”⁶.

É assim natural que a grande maioria das transposições se façam, em Portugal, como nos outros Estados membros, através de actos legislativos. É à transposição de directivas efectuada por actos desta natureza que dedicaremos a nossa atenção. Em especial, ela incidirá sobre alguns aspectos técnico-formais da transposição. Não nos debruçaremos, pois, sobre o conteúdo dos actos internos de transposição e, por isso, sobre problemas como o do respeito ou não da directiva pelo acto interno que a aplica. Também não abordaremos questões como a da competência interna para efectuar as transposições⁷ e, problema com este relacionado, o da escolha do instrumento que opera a transposição.

⁵ Processo n.º 300/81, acórdão 1/3/83, *Colectânea*, 1983, pág. 454. Formulações iguais ou semelhantes podem ser encontradas nos outros acórdãos citados.

⁶ Processo n.º 239/85, acórdão de 2/12/85, *Colectânea*, 1986, pág. 3657.

⁷ Sobre este assunto ver Marcelo Rebelo de Sousa, “A Transposição das Directivas Comunitárias” para a *Ordem Jurídica Nacional, Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação* n.º 4/5, Abril-Dezembro, 1992, págs. 69-94.

3. Referência à directiva transposta

Um dos primeiros problemas que se nos deparam com a transposição de directivas é o de saber se o acto que a aplica na ordem jurídica nacional deve ou não fazer menção à directiva transposta.

Se muitos dos diplomas que procedem à transposição de directivas se referem expressamente ao acto de direito comunitário que é (pelo menos parcialmente) a sua razão de ser, outros há que não fazem qualquer referência ao facto de transporem uma directiva para a ordem jurídica nacional⁸.

Evidentemente que o problema não se confina aos casos de transposição de directivas. A referência aos actos de direito comunitário que estão na base de legislação nacional impõe-se independentemente da natureza daqueles. Quando estejam em causa regulamentos é o próprio direito português que impõe a obrigatoriedade da menção ao acto comunitário. Vejamos em que termos.

Como é sabido, o regulamento é directamente aplicável nas ordens jurídicas dos Estados membros, não carecendo, por isso, de qualquer acto interno de transposição, ao contrário do que sucede com as directivas. Sendo directamente aplicável, os Estados estão impedidos de reproduzir o conteúdo do regulamento em actos legislativos internos. O TJCE tem, aliás, por diversas vezes afirmado este princípio.

“A aplicabilidade directa de um regulamento comunitário exige que a sua entrada em vigor e a sua aplicação (...) se realize sem qualquer medida de recepção no direito nacional;

Os Estados membros são obrigados, em virtude das obrigações decorrentes do Tratado, a não entravar o efeito directo próprio dos regulamentos e de outras regras de direito comunitário;

O respeito escrupuloso deste dever é uma condição indispensável à aplicação simultânea e uniforme dos regulamentos comunitários no conjunto da Comunidade:

⁸ Exemplos: Decreto-Lei n.º 176/86, de 3 de Julho (transpõe a Directiva 86/653/CEE); Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho (transpõe as Directivas 89/594/CEE e 86/662/CEE); Decreto-Lei n.º 138/90, de 26 de Abril (transpõe a Directiva 88/364/CEE); Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de Agosto (transpõe a Directiva 90/387/CEE).

Assim, os Estados membros não podem adoptar, nem permitir que organismos nacionais com poder normativo adoptem, um acto pelo qual a natureza comunitária de uma regra jurídica e os efeitos que dela docorrem sejam dissimulados aos seus destinatários⁹.

Esta interdição não implica, no entanto, que os Estados não possam adoptar medidas de execução dos regulamentos. A observância da proibição de emitir qualquer diploma de recepção de um regulamento não abrange a adopção deste tipo de actos “na medida em que o regulamento em causa deixe ao cuidado dos Estados membros a adopção de medidas legislativas, regulamentares, administrativas e financeiras necessárias para que as disposições do dito regulamento possam ser efectivamente aplicadas”¹⁰.

As modalidades de exercício deste poder regem-se pelo direito dos Estados membros que o exercem,¹¹ ficando, por conseguinte, a ele sujeita a forma pela qual os regulamentos serão executados. Interessa-nos aqui considerar um aspecto específico desta problemática, e que se prende com a necessidade de todas as medidas de execução mencionarem expressamente o regulamento a que se referem. Seguimos a posição defendida no parecer do Centro de Estudos Técnicos e Apoio Legislativo (CETAL) intitulado “O Direito Comunitário e a Ordem Jurídica Portuguesa”¹². Podendo fazer-se corresponder o regulamento comunitário à nossa lei e devendo, por conseguinte, os actos necessários à sua execução revestir a forma regulamentar¹³, aplica-se a estes o disposto no n.º 7 do artigo 115.º

⁹ Processo n.º 50/76, acórdão de 2/2/77, *Colectânea*, 1977, pág. 137.

¹⁰ Processo n.º 31/78, acórdão de 30/11/78, *Colectânea*, 1978, pág. 2429.

¹¹ Cfr. processo n.º 230/78, acórdão de 27/9/79, *Colectânea*, 1979, pág. 2749.

¹² Elaborado pela Dra. Ana Sasseti da Mota, e pelos Drs. José Manuel Santana Carlos e José Manuel Sequeira.

¹³ Nos termos do parecer citado, não se aplicando o n.º 6 do artigo 115.º da Constituição às medidas de execução de regulamentos comunitários, elas poderão revestir qualquer das formas previstas na lei ordinária: decreto regulamentar, portaria, resolução normativa do Conselho de Ministros ou despacho normativo. Nem sempre tal acontece. Por exemplo, o Regulamento 1576/89 foi regulamentado por um Decreto-Lei (28/84, de 20 de Janeiro) e o Regulamento 4059/89 por um despacho da Direcção-Geral dos Transportes Terrestres de 27 de Julho de 1990 e pelos ofícios n.ºs 718, 719 e 720/90 da mesma Direcção-Geral.

da Constituição, que estabelece que os regulamentos devem mencionar expressamente as leis (neste caso regulamentos comunitários) que regulamentam.

Esta obrigação nem sempre é cumprida. Por exemplo, a Resolução do Conselho de Ministros 10/91, de 25 de Março, refere no seu preâmbulo que “de acordo com os regulamentos aprovados na Comunidade relativos a controlos contabilísticos é importante existir uma coordenação estreita dos organismos nacionais intervenientes no domínio das aplicações de fundos estruturais”, não se identificando os regulamentos invocados. Apenas no articulado aparecem duas referências (nos n.ºs 7 e 8) ao Regulamento 72/283/CEE. Falando o preâmbulo em regulamentos, obviamente que ficou por fazer referência a, pelo menos, mais um regulamento que este diploma executa.

Se no caso que acabámos de considerar a menção a um dos regulamentos aparece quase por acaso, perdida no articulado, noutros casos é patente a intenção de referir os regulamentos executados mas, depois, essa referência é feita de modo pouco claro, deixando dúvidas sobre o seu carácter exaustivo. Veja-se o caso da Portaria n.º 1141/90, de 19 de Novembro, que, versando sobre a ajuda à produção de azeite, diz “há que garantir que (esta) seja concedida em obediência estrita ao disposto na regulamentação aplicável, nomeadamente nos Regulamentos 84/2261/CEE e 84/3061/CEE”. O advérbio “nomeadamente” levanta dúvidas sobre se estes são apenas dois dos regulamentos que se pretende executar ou se, para além do direito comunitário, há que respeitar regras provenientes de outros ordenamentos jurídicos, designadamente do português. Parece-nos que o legislador deve ter a preocupação de deixar claro quais os regulamentos que visa aplicar, não utilizando expressões pouco rigorosas, potencialmente geradoras de equívocos.

Fechado este parêntesis relativo aos regulamentos, voltemos às directivas. No âmbito do direito interno não existe, em relação a estas, uma disposição semelhante à do n.º 7 do artigo 115.º e, até há bem pouco tempo, também não existia qualquer obrigação decorrente do direito comunitário, de menção, pelo acto de direito interno, à directiva que transpõe.

Contudo, a 8 de Novembro de 1990, o Conselho aprovou o que se designou por “cláusula de interconexão entre directivas e disposições nacionais de execução”, nos termos da qual todas as directivas adoptadas

a partir dessa data passaram a incluir o seguinte comando dirigido aos Estados seus destinatários:

“Sempre que os Estados membros adoptarem (as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva) estas devem incluir uma referência à presente directiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência serão estabelecidas pelos Estados membros”.

Mas mesmo que esta obrigação não existisse, como durante muito tempo não existiu, a conveniência de os diplomas que aplicam directivas na ordem interna tornarem claro que o fazem parece-nos evidente. Vejamos porquê.

O artigo 5.º do Tratado CEE impõe aos Estados membros a adopção das medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do Tratado ou de actos de instituições comunitárias. Estando em causa directivas, a obrigação que recai sobre os Estados é a de proceder de modo a que os resultados por elas visados sejam atingidos no plano jurídico interno. Ou seja, que o regime jurídico pretendido pelo acto de direito comunitário seja implementado nas ordens jurídicas nacionais, de forma a que todos os que a elas estão sujeitos possam beneficiar dos direitos ou estar adstritos aos deveres dele resultantes.

Sendo a directiva o instrumento por excelência de harmonização das legislações, da sua aplicação resultarão condições jurídicas semelhantes em todos os Estados membros. Para isso é necessário que, na transposição que delas se faça, os Estados respeitem os objectivos visados. O controlo desta conformidade é, desde logo, realizado pela Comissão, que poderá interpor no TJCE um recurso por incumprimento contra os Estados prevaricadores. A estes cabe o dever, ainda segundo o artigo 5.º, de facilitar à Comunidade o cumprimento da sua missão. Esta obrigação abrange a de transmitir à Comissão todos os elementos de que esta necessita para averiguar da compatibilidade do direito interno com o comunitário, a começar evidentemente pelas medidas nacionais de transposição¹⁴.

¹⁴ Sobre esta obrigação cfr., a título de exemplo, o processo n.º 274/83, acórdão de 28/3/85, *Colectânea*, 1985, pág. 1077.

Se tudo correr normalmente a transposição permitirá que, na ordem jurídica interna, seja atribuído a todos os que lhe estão submetidos um conjunto de direitos e/ou deveres que encontram a sua razão de ser última no acto de direito comunitário transposto. Pode, no entanto, suceder que os Estados não implementem as directivas no prazo que têm para o efeito, ou que, fazendo-o, o façam de forma deficiente não reflectindo na ordem jurídica interna o regime visado pela directiva.

Quando assim suceda coloca-se necessariamente em causa a imprescindível uniformidade de aplicação do direito comunitário. O Estado que adopte este comportamento coloca-se, assim, numa situação que se traduz, no fundo, na derrogação do regime imposto pelo direito comunitário. Todos aqueles que estão sujeitos à sua ordem jurídica ficam, deste modo, colocados numa situação de desigualdade em relação aos sujeitos às ordens jurídicas de outros Estados membros.

Para atenuar, na medida do possível, os efeitos perniciosos da não transposição ou transposição defeituosa das directivas, o TJCE desenvolveu a tese do efeito directo das mesmas. Em determinadas circunstâncias o TJCE admite que os particulares se possam valer directamente do estabelecido nos preceitos não transpostos das directivas, invocando-os perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

“Seria incompatível com o efeito vinculativo que o artigo 189.º reconhece à directiva excluir, em princípio, que a obrigação que ela impõe possa ser invocada pelas pessoas interessadas;

Em especial no caso em que as autoridades comunitárias tenham, por via de uma directiva, obrigado os Estados membros a adoptar um determinado comportamento, o efeito útil de tal acto seria enfraquecido se os particulares fossem impedidos de dele se prevalecerem em justiça e as jurisdições nacionais impedidas de os tomar em consideração enquanto elemento de direito comunitário;

Consequentemente, o Estado membro que não tenha tomado, no devido prazo, as medidas de execução impostas pela directiva, não pode opor aos particulares o não cumprimento, por si próprio, das obrigações que ela comporta”¹⁵.

¹⁵ Processo n.º 148/78, acórdão de 5/4/79, *Colectânea*, 1979, pág. 1629.

O efeito directo assim reconhecido às directivas não abrange toda e qualquer directiva não transposta ou deficientemente transposta. Ele apenas operará em relação às disposições das directivas que imponham aos Estados que delas são destinatários “obrigações claras, completas, precisas e incondicionais, que não deixem margem para apreciações descricionárias”¹⁶.

O efeito directo que nestes termos é atribuído às directivas é-o unicamente na perspectiva das relações particulares-Estado. É o chamado efeito directo vertical. A ideia que lhe está subjacente é, como vimos, a de que os particulares podem fazer valer os direitos constantes de uma directiva contra o Estado quando este não as transponha ou não o faça correctamente. Aos Estados fica assim vedada a hipótese de se aproveitarem de uma situação de incumprimento, de que são exclusivos responsáveis, para negarem aos particulares direitos que, se não fosse esse incumprimento, fundar-se-iam na lei nacional que operasse a transposição.

A doutrina tem discutido se se deve ou não alargar o âmbito do efeito directo das directivas às relações jurídicas entre particulares, ou seja, se estes devem poder invocar disposições das directivas não só contra o Estado, mas também contra outros particulares. É o problema do efeito directo horizontal.

A favor de uma resposta afirmativa a esta questão é brandido o argumento de que, ou uma directiva tem condições para produzir efeitos directos, ou não tem. Se elas se verificam, então, os particulares devem poder invocá-las contra quem quer que seja, Estado ou outros particulares¹⁷.

A posição dominante, tradicionalmente acolhida pelo TJCE é, no entanto, a contrária. É que o reconhecimento do efeito directo horizontal seria, sem dúvida, um factor de grande incerteza para os particulares. Ser-lhes-ia, de facto, bastante difícil determinar com segurança qual o complexo normativo regulador das relações jurídicas que constituem, tanto mais que não constitui tarefa fácil precisar se determinada disposição de uma directiva tem ou não as condições necessárias para a produção de efeitos directos.

¹⁶ Proc. n.º 5/83, acórdão de 15/12/83, *Colectânea*, 1983, pág. 4233.

¹⁷ Schermers; Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, 1992, 5.ª edição, Kluwer, pág. 152. Sobre os argumentos a favor e contra o reconhecimento do efeito directo horizontal ver A. J. Easson, “Can Directives Impose Obligations on Individuals?”, *European Law Review*, n.º 4, Abril, 1979, pág. 67-79.

No acórdão emitido no processo C-106/89, *Marleasing*¹⁸, o TJCE parece, no entanto, ter dado um primeiro passo em direcção ao reconhecimento do efeito directo horizontal. Tratava-se de um caso em que uma sociedade espanhola — a *Marleasing* — solicitou a um tribunal de Oviedo a declaração de nulidade do contrato de constituição de outra sociedade, baseando-se para tal em dois artigos do Código Civil espanhol. A sociedade contra a qual foi interposta a acção defendeu-se com o artigo 11.º da Directiva 68/1517/CEE, que indica, de forma exaustiva, os fundamentos da declaração de nulidade das sociedades, neles não estando incluído o avançado pela *Marleasing*, com base no direito espanhol. Esta directiva não tinha ainda sido transposta apesar de já ter transcorrido o prazo para tal. O tribunal espanhol submeteu a questão ao TJCE, utilizando o mecanismo do reenvio prejudicial. Este disse no seu acórdão que:

“A exigência de uma interpretação do direito nacional conforme ao artigo 11.º da Directiva 68/151/CEE proíbe interpretar as disposições do direito nacional relativas às sociedades anónimas de modo a que a invalidade de uma sociedade anónima possa ser declarada por motivos diferentes dos limitativamente enunciados no artigo 11.º da directiva em causa”.

Da forma como o TJCE coloca a questão, o que está aqui em causa não é uma questão de interpretação mas sim a resolução de um conflito entre uma disposição de direito nacional e outra de direito comunitário, devendo, na opinião do TJCE, prevalecer esta última¹⁹. É que a interpretação de uma norma jurídica tem que ter sempre um mínimo de correspondência na letra o que, manifestamente, não é o caso. Aliás, a passagem do acórdão acima transcrita parece-nos contraditória com outra que a antecede e que estipula que “ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, *na medida do possível*, à luz do texto e da finalidade da directiva para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir

¹⁸ Processo C-106/89, acórdão de 13/11/90, *Colectânea*, 1990, pág. I-4135.

¹⁹ No mesmo sentido, Carlos Botelho Moniz; Paulo Moura Pinheiro, “As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com a Ordem Jurídica Comunitária”, *Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação* n.º 4/5, Abril-Dezembro, 1992, pág. 131.

desta forma o artigo 189.º, terceiro parágrafo, do Tratado”. Este entendimento, que nos parece correcto, é bem diferente da pura e simples preterição da norma de direito nacional quando não é possível interpretá-la “à luz do texto e da finalidade da directiva”.

Seja como for, o que o TJCE permitiu neste caso foi que um particular se valesse de uma directiva não transposta contra outro particular. E isto é o efeito directo horizontal das directivas²⁰.

Apesar deste acórdão, não podemos afirmar que o efeito directo horizontal esteja consagrado na jurisprudência do TJCE. O carácter inovador deste princípio e o facto de a sua afirmação representar uma inflexão na orientação do TJCE exige, para tal, uma afirmação clara, inequívoca e reiterada.

Outro desenvolvimento recente e interessante da jurisprudência do TJCE relativa à aplicação das directivas é o constante do acórdão proferido no processo *Francovich*²¹, no qual vem admitir a responsabilidade dos Estados pela não transposição das directivas. Para o TJCE:

“A plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que elas reconhecem seria enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos sejam lesados por uma violação do direito comunitário imputável a um Estado membro;

A possibilidade de reparação a cargo do Estado membro é particularmente indispensável quando (...) a plena eficácia das normas comunitárias esteja subordinada a uma acção do Estado e, consequentemente, quando os particulares não possam, na falta de tal

²⁰ Para Schermers e Waelbroeck, *op. cit.*, pág. 153, o TJCE não acolheu neste acórdão o princípio do efeito directo horizontal. Para J. Stuyck e P. Wytinck, Case *Marleasing S.A. v. La Comercial Internacional de Alimentación S.A.*, Judgement of 13 November 1990, *Common Market Law Review*, vol. 28, 1991, pág. 205, o acórdão acolheria o que designaram por efeito directo horizontal passivo, que se traduziria na possibilidade de invocação de uma directiva por um particular contra outro, desde que ela se fizesse para salvaguardar direitos, não envolvendo a imposição de obrigações àquele contra quem a directiva é invocada.

²¹ Processos apensos C-6/90 e C-9/90, acórdão de 19 de Novembro de 1991, ainda não publicado.

acção, fazer valer os direitos que lhes são reconhecidos pelo direito comunitário perante as jurisdições nacionais”.

Este princípio pode ser efectivado quando:

“O resultado prescrito pela directiva comporte a atribuição de direitos aos particulares (...), o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da directiva (...) (e quando) exista um nexo de causalidade entre a obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido pelas pessoas lesadas”.

Saliente-se que estava em causa uma directiva que o TJCE considerou não gozar de efeito directo. O facto de nela se poder identificar o conteúdo de direitos atribuídos aos particulares de forma suficientemente precisa e incondicional não implica necessariamente que eles possam ser exercidos se, como no caso em apreço, a directiva não referir contra quem é que esses direitos podem ser exercidos ficando a determinação dessa entidade, e com ela a possibilidade de actuação desses direitos pelos particulares, dependente da intervenção do legislador nacional.

A importância deste acórdão está precisamente nesta afirmação da responsabilidade independentemente do efeito directo, com tudo o que isso implica de maior pressão sobre os Estados para que cumpram as obrigações que lhes cabem na aplicação do direito comunitário e de garantias adicionais para os particulares que, deste modo, não ficam dependentes do efeito directo das directivas para gozarem de alguma protecção em caso de não transposição.

Resumindo o que ficou dito sobre a evolução da jurisprudência do TJCE sobre as directivas, temos que estas gozam, em determinadas circunstâncias de efeito directo vertical, eventualmente se caminha para um reconhecimento do seu efeito directo horizontal e que, em caso de não transposição, os Estados incorrem, em determinadas condições, em responsabilidade civil.

É a possibilidade que os particulares têm de, em certas circunstâncias, se valerem de um regime mínimo previsto pela directiva por força do seu efeito directo ou de serem indemnizados pelos prejuízos que sofrem com a inexistente ou incorrecta transposição, que impõe que os actos legislativos internos mencionem os actos comunitários transpostos.

O Estado tem que pautar a sua actuação pela boa fé, pela clareza e pela transparência. Não se pode refugiar por detrás da obscuridade para dela eventualmente retirar proveitos e lesar os direitos daqueles que estão sujeitos à sua ordem jurídica. O efeito directo das directivas recomenda que os particulares destinatários de um acto de direito interno que as transponha saibam o que é que ele visou transpor ou seja, saibam que há um regime jurídico decorrente do direito comunitário que deve ser vertido na ordem jurídica interna. Se não se fizer esta menção expressa é-lhes muito difícil saber sequer que esse acto transpõe uma directiva e, consequentemente, que eventualmente haverá direitos que lhes assistem por força do direito comunitário que poderão não estar devidamente reflectidos no acto transpositivo. Desconhecendo-os, obviamente que os não farão valer nem poderão accionar o Estado por prejuízos que não sabem ter sofrido.

Para além de todas as razões avançadas em abono da indesejabilidade de uma “transposição invisível”²² das directivas, milita ainda a conveniência que tem o intérprete em saber a origem do preceito interpretando para eventualmente lhe servir de auxílio em situações de menos clareza da disposição de direito interno.

A obrigatoriedade de referência às directivas transpostas veio apenas tornar juridicamente vinculante uma solução que, pelas razões apresentadas, já se impunha ao legislador interno mas que este, como vimos, nem sempre seguiu.

Claro que a referência aos actos comunitários nas disposições de direito interno que os transpõem apenas pode alertar os particulares para eventuais transposições mal efectuadas. Não é por esta via que eles se poderão aperceber da pura e simples não transposição.

Para que os particulares possam invocar directivas não transpostas, Fausto Quadros sugere que, uma vez que é excessivo esperar que os cidadãos leiam o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, elas sejam publicadas, na íntegra ou, pelo menos, por extracto, na 1.ª série do *Diário da República*, antes de serem transpostas²³.

²² A. J. Easson, “Implementation and Legal Effects”, *Yearbook of European Law*, 1981, pág. 34.

²³ Fausto de Quadros, “Opinião”, *Legislação — Cadernos de Ciência de Legislação*, n.º 4/5, Abril-Dezembro, 1992, pág. 193.

Parece-nos que esta publicação se prestaria a equívocos uma vez que seria susceptível de criar a convicção de que aquele seria o instrumento regulador das relações jurídicas, do qual derivariam directamente os direitos e deveres para os particulares, quando a directiva é apenas um comando dirigido ao Estado para que, adoptando as medidas que julgue convenientes, alcance determinado resultado. Eventualmente seriam constituídas de boa fé relações jurídicas sem cobertura legal.

Melhor solução parece-nos a da publicação no *Diário da República*, aquando da adopção das directivas, da data limite para a sua transposição para a ordem jurídica interna, eventualmente acompanhada da sua referência de publicação.

4. Modo e local de referência às directivas

Se as disposições internas que procedem à transposição de directivas lhes devem fazer menção, o problema que em seguida se coloca é o de saber como deve essa menção ser efectuada.

A prática seguida pelo nosso legislador não obedece a um critério uniforme, podendo ser identificados três modos de referência aos actos de direito comunitário, consoante o local em que é feita: sumário, preâmbulo ou articulado. Frequentemente verifica-se a conjugação de dois (ou, mais raramente, dos três²⁴) modos de alusão às directivas.

A referência constante do sumário é de grande utilidade, uma vez que é a mais facilmente percepcionável pelo leitor do *Diário da República*, tornando evidente a relação do diploma nacional com o acto transposto.

A fórmula utilizada pode ser a da indicação de que se transpõe a directiva *x*, indicando-se a sua data e a matéria sobre que versa²⁵, even-

²⁴ É o que sucede, por exemplo, com o Decreto-Lei n.º 283/91, de 9 de Agosto, ou com o Decreto-Lei n.º 52/93, de 26 de Fevereiro.

²⁵ Por exemplo, Decreto-Lei n.º 202/91, de 5 de Junho: “Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 82/894/CEE, de 21 de Dezembro de 1982, relativa à notificação de doenças dos animais na Comunidade”.

tualmente acompanhada da referência à instituição de que emana²⁶, ou, em alternativa, a referência à matéria objecto do diploma nacional com a menção adicional de que, com ele, se procede à transposição de determinada directiva²⁷. Há também casos em que do sumário consta apenas a indicação de que, com aquele diploma se transpõem directivas, sem que estas sejam identificadas²⁸. Esta prática, embora menos aconselhável, pode justificar-se quando o número de directivas transpostas seja muito elevado, desde que estas sejam individualizadas no preâmbulo ou no texto.

Nos preâmbulos dos diplomas (quando existem) explica-se, normalmente, a razão de ser da adopção do acto em causa e do regime nele consagrado. Isto basta para que neles se faça também menção às directivas transpostas. E, de facto, é aqui que a grande maioria dos diplomas se lhes refere.

O modo como essa referência é feita varia muito de caso para caso sendo, por isso, impossível identificar critérios uniformes. De entre as referências correctamente efectuadas podemos, no entanto, constatar diversos graus de exigência na indicação dos actos transpostos. O mais simples é aquele que se limita a mencionar o número e a data da directiva, de que é exemplo a Portaria n.º 119/93, de 2 de Fevereiro, que estabelece as condições a que deve obedecer a rotulagem dos géneros alimentícios “tendo em conta as Directivas n.º 86/197/CEE, de 29 de Maio, 87/250/CEE, de 30 de Abril, 89/395/CEE, de 30 de Junho, 89/396/CEE, de 30 de Junho, 91/72/CEE, de 15 de Fevereiro, e 91/238/CEE, de 22 de Abril”. De referir que as directivas devem ser acompanhadas da data da sua adopção e não da data da sua publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (JOCE). Ao efectuar transposições há que ter este factor em atenção para não cair no erro da Portaria n.º 1111/92, de 5 de Dezembro, que transpõe a Directiva 91/67/CEE, que aparece referida como sendo de 19 de Fevereiro

²⁶ Por exemplo, Decreto-Lei n.º 32/93, de 12 de Dezembro: “Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 90/426/CEE, do Conselho, de 26 de Junho, relativa a regras de circulação de equídeos e sua importação de países terceiros”.

²⁷ Por exemplo, Decreto-Lei n.º 80/90, de 12 de Março: “Estabelece as normas sobre a circulação de animais das espécies bovina e suína entre Portugal e os restantes Estados membros das Comunidades Europeias (transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 64/432/CEE, de 26 de Junho de 1964)”.

²⁸ Por exemplo, Portaria n.º 651/90: “Transpõe para a ordem jurídica interna directivas comunitárias sobre tractores agrícolas e seus componentes”.

de 1991. Esta é, contudo, a data da sua publicação no JOCE, sendo a data da directiva que, esta sim, devia ter sido indicada, 28 de Janeiro.

Para além destes elementos de identificação surge, por vezes, a referência à instituição que adoptou a directiva transposta como, por exemplo, sucede com o Decreto-Lei n.º 24/90, de 16 de Janeiro: “Considerando a Directiva 72/462/CEE, do Conselho, de 12 de Dezembro de 1972”.

Num nível mais rigoroso de identificação das directivas, alguns diplomas referem ainda a matéria sobre que aquelas versam. Assim, o Decreto-Lei n.º 30/90, de 24 de Janeiro, transpõe a “Directiva 65/277/CEE, da Comissão, de 13 de Maio de 1965, relativa ao processo a seguir no âmbito da elaboração de pareceres em matéria de trocas intracomunitárias de animais das espécies bovina e porcina e de carnes frescas”.

Um outro passo é o da indicação da referência de publicação da directiva, como faz o Decreto-Lei n.º 52/93, de 26 de Fevereiro, que opera a “transposição, para o direito interno da Directiva 92/12/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º L 76, de 23 de Março de 1992, que procedeu à harmonização das disposições relativas ao regime geral, à detenção, à circulação e aos controlos dos produtos sujeitos a impostos especiais de consumo”.

Há ainda diplomas que referem o número documental do acto transposto (abreviadamente conhecido como NUMDOC). Trata-se de uma expressão alfanumérica atribuída a todos os actos de direito comunitário, que permite identificar o respectivo sector documental no CELEX, o ano da adopção ou publicação do acto, a forma jurídica e o número de sequência do acto em causa. O Decreto-Lei n.º 15/92, de 4 de Fevereiro, é um dos diplomas que se lhe referem: “Tendo o Conselho das Comunidades Europeias adoptado, em 30 de Outubro de 1989, a Directiva 89/594/CEE, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* n.º L 341, de 23 de Novembro de 1989 (NUMDOC 389L594) ...”.

Finalmente, importa considerar os casos em que a referência ao acto comunitário transposto apenas é efectuada no próprio articulado do diploma que procede à transposição. Nesta hipótese, há que distinguir três casos distintos.

O primeiro é o de apenas se referir que, com aquele diploma, se opera a transposição de uma determinada directiva, remetendo-se para o texto desta. É o que, por exemplo, se passa com a Portaria n.º 651/90, de 8 de Agosto, que se limita a mandar “que sejam transpostas para a lei nacional

as directivas comunitárias constantes do anexo I, publicadas nas datas referidas no anexo II". Adiante voltaremos a considerar estes casos.

O segundo é o de o diploma nacional referir, no seu artigo 1.º, que transpõe uma directiva, estabelecendo o restante articulado um conjunto de regras que a aplicam na ordem jurídica interna. Neste caso, e ao contrário do anterior, há de facto uma transposição, ou seja, a adopção de um regime substantivo que reflecte os objectivos visados pela directiva, e não a mera remissão para o conteúdo desta. Exemplo deste tipo de situações é-nos dado pelo Decreto-Lei n.º 105/91, de 8 de Março, que anuncia no artigo 1.º que "o presente diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 84/532/CEE". Fórmulas iguais ou semelhantes são as geralmente utilizadas.

Por fim, há que referir os casos em que a menção ao acto comunitário aparece perdida no articulado, geralmente por o diploma, a dado passo, para ele remeter. Esta hipótese, mais rara, verifica-se, sobretudo, a propósito de regulamentos²⁹.

Passada em revista a prática do legislador nacional quanto à alusão às directivas transpostas, coloca-se agora a questão de averiguar qual será o modo mais adequado de o fazer.

O objectivo que importa, neste domínio, assegurar é o de que seja dado conhecimento de forma clara e eficaz de que um determinado acto de direito comunitário está na origem do diploma interno³⁰. Esta notícia deve ser facilmente perceptível para quem lê o *Diário da República* o que, desde logo, torna pouco recomendável que se façam apenas referências perdidas no articulado.

Se excluirmos esta hipótese, tanto a menção no sumário, como no preâmbulo, como a referência no artigo 1.º do diploma de que ele transpõe determinada directiva, cumprem a função de dar a conhecer a transposição e de identificar o acto transposto, pelo que nos parece mais ou menos indiferente a opção por uma delas em detrimento das restantes. As vantagens de uma das modalidades em relação às outras não são tão claras que forcem uma escolha evidente. O que nos parece importante é que se torne obrigatório que cada diploma que transponha directivas para a ordem jurídica

²⁹ Cfr. Portaria n.º 785/91, de 8 de Agosto, ou Portaria n.º 271/91, de 4 de Abril.

³⁰ Este princípio vale para qualquer acto de direito comunitário, mas aqui referiremos apenas as directivas

interna o diga expressamente e que se adoptem regras que permitam que a referência aos actos transpostos obedeça a critérios uniformes, colocando-se assim termo à grande diversidade de práticas hoje existente, que apenas redundam em prejuízo dos destinatários finais do regime imposto pelas directivas. Ao proceder-se desse modo estar-se-á igualmente a dar cumprimento à “cláusula de interconexão” adoptada pelo Conselho, que impõe que os Estados membros adoptem regras relativas ao modo de referência às directivas transpostas³¹.

De entre as soluções possíveis quanto ao local em que a menção deve ser feita, a que nos parece que melhor se enquadra no espírito do sistema vigente é a da menção à directiva transposta no início de cada diploma, em termos semelhantes àqueles em que se indica a disposição da Constituição ou da lei ao abrigo da qual ele é adoptado. De resto, a nossa lei tem a preocupação de que os diplomas façam expressa menção àqueles que estão na sua base. Assim se passa com os decretos-leis adoptados no uso de autorização legislativa ou no desenvolvimento de lei de bases, que devem indicar a lei a que se reportam, com os diplomas de órgãos de governo próprio das regiões autónomas, que devem indicar a correspondente disposição do estatuto político-administrativo ou com os regulamentos, que devem indicar a lei que visam regulamentar³².

Quanto ao modo de identificação das directivas transpostas, é suficiente a menção ao seu número³³, data e referência de publicação, não sendo necessária (embora possa ser útil) a transcrição do seu título ou NUMDOC.

A opção por esta forma (ou qualquer outra) de mencionar as directivas transpostas, não impede, logicamente, que se faça essa menção também noutra local. O que é importante, repete-se, é que se fixe uma regra que torne imperativa a alusão ao acto transposto e estabeleça as condições mínimas em que ela deve ser feita. No caso de se aludir à directiva transposta em mais de um local importa assegurar que todas as referências se façam

³¹ *Supra*, pág 7.

³² Cfr. artigo 9.º da Lei n.º 6/83, de 29 de Julho.

³³ A este respeito importa referir que em Outubro de 1991 foi adoptado um sistema de numeração oficial das directivas, que começou a ser aplicado a partir de 1 de Janeiro de 1992. Visou-se, com esta medida, permitir às autoridades dos Estados membros a citação uniforme das directivas comunitárias pelas medidas nacionais de execução e, ao mesmo tempo, facilitar a aplicação da “cláusula de interconexão”.

com rigor. Não pode, por exemplo, suceder como com o Decreto-Lei n.º 207/91, de 7 de Junho, que, no sumário, diz que transpõe a Directiva 88/667/CEE e que no preâmbulo fala em transposição "designadamente" da Directiva 88/667/CEE.

Enquanto estas regras não forem estabelecidas, ficamos condenados à desordem reinante na identificação das directivas transpostas. Esta desordem não tem, no entanto, que significar falta de rigor. Uma coisa é a menção à transposição poder ser feita de modo diferente de diploma para diploma, outra é ela ser mal feita. Infelizmente são muitos os casos em que tal acontece.

Como deixámos dito, não são necessárias referências muito exaustivas para que a directiva transposta possa ser identificada. Para tanto bastará, no mínimo, a indicação do seu número. Sucede, por vezes, que nem sequer essa indicação é feita, ou porque não chega a ser mencionada a relação do diploma nacional com a ordem jurídica comunitária ou porque o legislador se refugia por trás de remissões genéricas que pouco ou nada dizem.

Veja-se, a título de exemplo, o Decreto-Lei n.º 230/90, de 11 de Julho, que tem em conta a "necessidade de aproximação à regulamentação comunitária", o Decreto-Lei n.º 227/90, de 10 de Julho, que fala em "adaptação aos princípios vigentes na Comunidade", ou o Decreto-Lei n.º 1063/91, de 22 de Outubro, que refere a "necessidade de (...) proceder à harmonização da legislação nacional, de acordo com as directrizes emanadas da CEE". Noutros casos a ligação com o sector do direito comunitário relevante é feita mais claramente. Veja-se o caso do Decreto-Lei n.º 291/90, de 20 de Setembro, que procede à "harmonização do regime anteriormente aplicável ao controlo metrológico com o direito comunitário". Detectam-se, igualmente, casos de utilização de expressões genéricas que remetem, já não para a ordem jurídica comunitária em geral, mas para certo sector da regulamentação do direito comunitário. É o caso das Portarias n.ºs 909-A/90 e 909-B/90, ambas de 27 de Setembro, que utilizam a expressão "considerando as directivas comunitárias que visam a eliminação dos obstáculos técnicos ao comércio dos adubos químicos com a indicação "adubo CEE"", do Decreto-Lei n.º 310/91, de 17 de Agosto, que cria "o quadro legal aplicável aos produtos pré-embalados, em harmonia com a legislação comunitária aplicável nesta matéria", ou do Decreto-Lei n.º 270/92, de 30 de Novembro, que altera algumas disposições do Código da Estrada, tendo em conta a "necessidade de proceder à transposição de regras comunitárias, designadamente a limites máximos das dimensões dos veículos".

Mais grave que este tipo de indicações é, evidentemente, a ausência de qualquer alusão ao direito comunitário. Vimos já casos em que isso sucede com actos legislativos internos que operam, só por si, a transposição de uma directiva. Tal sucede também, e com grande frequência, com actos regulamentares de diplomas que iniciaram o processo de transposição. Subjacente a esta atitude está a convicção de que a transposição é apenas efectuada pelo acto regulamentado. Daí que amiúde se encontrem situações como a da Portaria n.º 1124/92, de 9 de Dezembro, que estabelece normas de execução do Decreto-Lei n.º 228/92, de 21 de Outubro, aparecendo este referenciado como o que “transpõe para o direito interno a Directiva 90/429/CEE ...”. Sucede que, sempre que exista um diploma de regulamentação de um outro diploma que transpõe uma directiva, se deve considerar que também aquele a transpõe, pois que só com ele ficará completo o quadro legal que permite a prossecução do fim imposto pelo acto de direito comunitário. Na maior parte das vezes, este tipo de actos não se referem à directiva transposta, limitando-se a mencionar o acto que visam regulamentar. Fazendo esta referência é possível detectar a participação do diploma regulamentar no processo de transposição. Nada, no entanto, se perderia se, também este tipo de actos, aludisse ao acto comunitário transposto, em especial se, como hoje, nada garante que o diploma regulamentado faça essa alusão. Exemplo da atitude que deveria sempre ser seguida é a da Portaria n.º 189/91, de 6 de Março, que regulamenta o Decreto-Lei n.º 159/90, de 18 de Maio, e que expressamente refere que a regulamentação que opera se destina a satisfazer “as exigências da Directiva do Conselho 75/726/CEE, de 17 de Novembro...”.

Um dos problemas recorrentes com os diplomas que transpõem directivas para a ordem jurídica portuguesa é o da falta de rigor na identificação dos actos de direito comunitário. Acima considerámos os casos em que o recurso a fórmulas genéricas não permite que se concretizem e individualizem aqueles actos. Não é este tipo de situações o único que se afasta da necessária precisão na indicação dos actos comunitários em causa. Por exemplo, a Portaria n.º 1137/91, de 5 de Novembro, fala na necessidade de proceder à “adaptação e harmonização da legislação nacional regulamentadora da produção e comercialização de materiais de propagação vegetativa da videira à directiva comunitária”, sem a identificar. Há casos em que apesar de ser feita menção expressa a directivas que se transpõem, ela não é exaustiva, o que é denunciado pelo emprego de expressões como “nomeadamente” ou “designadamente” aplicadas aos actos de direito comunitário que expressamente aparecem referidos como sendo transpostos.

É o caso do Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, que justifica o regime que consagra com a “desejável harmonização com a legislação comunitária, nomeadamente, com as Directivas 84/450/CEE e 89/552/CEE”. Não se vê, evidentemente, qualquer razão para procedimentos deste tipo que deveriam ser abandonados em favor da clareza e do rigor na identificação dos actos relevantes de direito comunitário para a adopção do regime em causa.

Sucedem ainda casos em que os erros e/ou as informações falsas são de tal forma gritantes que dificilmente se imagina que possam ocorrer. Veja-se o caso do Decreto-Lei n.º 227/91, de 19 de Junho, relativo a géneros alimentícios destinados a uma alimentação especial. Informa-se no respectivo sumário que, com ele, se procede à transposição da Directiva 89/398/CEE. No respectivo preâmbulo acrescenta-se que o diploma que até então regulava esta matéria se mostrava, há muito, desadequado em face do regime imposto pela Directiva 77/94/CEE. Optou-se, no entanto, por não transpor esta directiva, uma vez que a sua revogação estava iminente. Assim sendo, apenas se julgou oportuno efectuar a adaptação da ordem jurídica portuguesa ao regime imposto pelo direito comunitário a partir da directiva que a viesse substituir. É então adoptada a directiva 89/398/CEE que, novamente no preâmbulo, se diz que se transpõe, através deste decreto-lei, para a ordem interna.

Deixando de parte a estranha opção do legislador não transpor uma directiva que se achava obrigado a aplicar internamente desde a adesão às Comunidades, esperando por uma “revogação iminente” desde 1986 (data da adesão) até 1989 (data da adopção da Directiva 89/398/CEE), há que referir que, de facto, esta directiva apenas modificou, não tendo revogado, a Directiva 77/94/CEE. Esta continua, portanto, em vigor, tendo, inclusivamente, sido igualmente transposta pelo Decreto-Lei n.º 227/91. Qual a razão para se falar em revogação de uma directiva ainda em vigor? Porque é que não se refere que o diploma procede igualmente à transposição da Directiva 77/94 CEE ?

5. A transposição de actos modificativos de directivas

Outro tipo de situações que se enquadra neste âmbito é o da referência aos actos modificativos dos actos transpostos.

Também aqui a prática do legislador português é muito variável. Talvez a situação mais comum seja a da indicação da directiva-mãe, sem qualquer referência a actos que a tenham modificado. Por exemplo, a Portaria n.º 1070/90, de 24 de Outubro, transpõe a Directiva 88/320/CEE, sem fazer qualquer menção à Directiva 90/18/CEE, que a modificara.

Há outros casos em que se diz que o regime consagrado tem em conta as modificações que o acto expressamente transposto sofreu, sem que, no entanto, elas sejam identificadas. Veja-se a Portaria n.º 817/90, de 11 de Setembro, que considera a “Directiva 64/433/CEE (...) e suas actualizações”.

Pode também suceder que seja indicada a última das alterações sofrida pela directiva-mãe que tenha sido tida em conta pelo acto que opera a transposição. Assim, o Decreto-Lei n.º 350/90, de 6 de Novembro, transpõe a Directiva 79/373/CEE “incluindo todas as alterações que lhe foram introduzidas, designadamente, a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 90/44/CEE”.

Finalmente, há também que referir as situações em que todas as modificações são expressamente referidas. Veja-se o caso das Portarias n.os 189/91³⁴, de 6 de Março, 190/91, de 7 de Março, ou 817/90, de 11 de Setembro.

Ao transpor para o direito português o regime jurídico resultante de actos de direito comunitário, o legislador deve ter a preocupação de indicar claramente quais são esses actos. Essa preocupação não é seguida se não é feita qualquer referência expressa aos actos modificativos, uma vez que não é possível partir da presunção de que quando se aplica uma directiva, se tem em conta todas as modificações que ela sofreu. Há casos em que o legislador apenas pretende entrar em linha de consideração com algumas das modificações³⁵, há casos em que as alterações constam de directivas cujo prazo para transposição ainda não transcorreu, sendo impossível saber se se pretendeu ou não considerá-las, impossibilidade que, aliás, se estende a

³⁴ Relativamente a esta, importa assinalar a utilização, menos feliz, da expressão “rectificações” para designar as alterações introduzidas.

³⁵ Por exemplo, o Decreto-Lei n.º 239/92, de 29 de Outubro, transpõe a Directiva 66/404/CEE, com as alterações introduzidas pelas Directivas 69/64/CEE e 88/332/CEE e a Directiva 71/161/CEE, com as alterações da Directiva 74/13/CEE (erradamente identificada como 73/13/CEE. Será por a data da sua adopção ser 4 de Dezembro de 1973?). Tanto uma como outra directiva sofreram outras alterações, não mencionadas.

directivas em relação às quais aquele prazo já se tenha esgotado, mas que não tenham sido anteriormente transpostas.

Menos inconvenientes tem a referência ao último acto modificativo que é tomado em consideração, desde que se deixe claro que se pretendem aplicar na ordem interna todas as modificações anteriores. Nestas situações há que levar em linha de conta o facto de se poder dar o caso de uma directiva ter sido modificada por um regulamento³⁶. Nestes casos, das duas, uma. Ou o regulamento não necessita de qualquer regulamentação interna, e então há que ter o cuidado de, no diploma que procede à transposição, deixar claro que as modificações consideradas não incluem as constantes de regulamento, uma vez que ele é directamente aplicável, ou o referido regulamento carece daquela regulamentação para se poder aplicar plenamente. Neste caso, não basta referenciar a última das alterações sofridas pela directiva transposta, uma vez que, como vimos, existe a obrigatoriedade de os actos de direito interno se referirem expressamente aos regulamentos comunitários que executam.

A averiguação de todos os actos modificativos de uma directiva, adoptados em datas anteriores à do acto referenciado como sendo o último a ter sido tido em conta não é fácil para o cidadão destinatário do diploma interno que faz aquela referência. Daí que a solução mais simples e, ao mesmo tempo, mais eficaz, porque a que melhor acautela os interesses e direitos dos cidadãos, é a da referência expressa a todos os actos de direito comunitário que entram em consideração para a emissão do regime jurídico adoptado, incluindo os actos que se limitam a introduzir noutros alterações, por pequenas ou insignificantes que possam parecer.

A não referência a estes actos pode gerar situações caricatas como aquela com que deparamos na Portaria n.º 944/92, de 29 de Setembro, que tem como uma das razões justificativas da sua existência a inadequação do regime até aí vigente em matéria de ajudas à produção de azeite, face às alterações entretanto sofridas pelos Regulamentos 2261/84 e 3061/84. Estas modificações estão, portanto, na base desta portaria. Sucede, no entanto, que, ao contrário do que acontece com os actos modificados, não se faz qualquer menção aos actos modificativos, com a agravante de estarmos aqui perante regulamentos. Situação idêntica passa-se com a Portaria n.º 906/92,

³⁶ É o caso das Directivas 77/99/CEE e 80/215/CEE, ambas transpostas pelo Decreto-Lei n.º 354/90, de 10 de Novembro.

de 21 de Setembro, que modifica a Portaria n.º 1009/89, de 21 de Novembro, na sequência de uma alteração (não identificada) à Directiva 70/156/CEE.

Se o que está na base do diploma nacional é um acto modificativo, a primeira preocupação deverá ser a de lhe fazer menção. Nada obsta a que se refira também o acto no qual as alterações foram introduzidas. Nestes casos há, porém, que ter atenção para que fique claro qual o acto relevante para a adopção do regime jurídico estabelecido pelo diploma nacional, e qual a relação existente entre os dois actos citados. O Decreto-Lei n.º 29/92, de 27 de Fevereiro, contém no seu preâmbulo uma formulação justificativa da necessidade do regime que prevê. Diz: “considerando que a Directiva do Conselho 90/423/CEE (...) estabeleceu (...) que os Estados membros que pratiquem a vacinação profiláctica contra a febre aftosa, na totalidade ou numa parte do respectivo território, deixarão de recorrer à vacinação até 1 de Janeiro de 1992 e proibirão, a partir dessa data, a introdução de animais vacinados no seu território, necessário se tornando a adopção de legislação nacional em conformidade com a Directiva do Conselho 85/511/CEE, de 18 de Novembro de 1985”. Ao ler a primeira parte desta passagem, começa por se ficar com a ideia de que o objectivo visado é a transposição da Directiva 90/423/CEE, quando, de repente, é outra — a 85/511/CEE — que é indicada como sendo aquela que se pretende executar. O que, de facto, sucede é que esta última directiva modificou a primeira, facto que não é mencionado. As duas directivas aparecem ao leitor desgarradas, não se percebendo a razão de ser da referência à primeira, o que é susceptível de gerar confusões que se deviam evitar.

O legislador nacional deve ter como uma das preocupações quando procede à aplicação interna de actos comunitários, a de considerar conjuntamente todos aqueles que regulam um mesmo instituto. No mínimo, deve ter em atenção quando transpõe determinado acto, todos aqueles que entretanto, o modificaram.

Se não faz sentido que não se entre em linha de conta com todo o direito comunitário relevante sobre a área regulada pelo diploma nacional, menos ainda se justifica que não se apliquem ao mesmo tempo e pelo mesmo diploma os actos de direito comunitário que manifestamente se encontram numa tão estreita ligação mútua, de tal forma que apenas fazem sentido quando considerados em conjunto.

Claro que esta regra admite excepções que se prenderão, na maior parte dos casos, com os diferentes prazos impostos por cada acto comuni-

tário para a respectiva implementação nas ordens jurídicas nacionais. Sucede até, que o mesmo acto possa ser transposto por mais do que um diploma nacional, quando sejam previstos prazos diferenciados para a transposição dos seus preceitos. Outras vezes, a transposição faseada deve-se a uma atitude voluntária do legislador interno, que antecipa a aplicação de determinados preceitos de um acto, que apenas está obrigado a transpor em data posterior, deixando para momento ulterior a sua aplicação integral. Veja-se o que se passou com a Directiva 66/403/CEE que, nos termos do Acto de Adesão, Portugal apenas estava obrigado a aplicar na ordem interna até 31 de Dezembro de 1990. O Decreto-Lei n.º 312/88, de 7 de Setembro, operou uma primeira transposição parcial e, depois, o Decreto-Lei n.º 178/91, de 14 de Maio, completou essa transposição (embora já tardiamente).

A regra deve, no entanto, ser a de que, sempre que isso seja possível, o diploma transpositivo aglutine todos os preceitos das directivas que transponha e considere todas as directivas reguladoras do instituto em causa que não estejam já transpostas, a começar pelas modificações introduzidas na directiva-mãe.

As excepções devem corresponder a situações que realmente as justifiquem. A prática mostra, porém, que frequentemente o legislador não tem em conta actos em relação aos quais não se vê qualquer razão para não serem considerados em conjunto. Situações típicas em que isto acontece, são aquelas em que se procede à transposição de uma directiva modificativa de outra, não se transpondo ao mesmo tempo outras directivas que visam o mesmo efeito, chegando-se ao ponto de não se considerarem actos da mesma data da directiva transposta. Veja-se o caso das directivas 87/343/CEE e 87/344/CEE. Ambas são da mesma data e ambas visam introduzir modificações na Directiva 73/239/CEE. No entanto, a primeira foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 188/91, de 17 de Maio, e a segunda pelo Decreto-Lei n.º 115/91, de 21 de Março. Não se vê razão para que não se tenham tomado conjuntamente todas as alterações (havia outras, para além das mencionadas), sendo particularmente estranho que isso suceda em actos com a mesma data.

Sempre que se transponha um acto modificativo de outro, já anteriormente transposto, seria conveniente que isso fosse feito através da introdução de alterações no diploma que procedeu à primeira transposição, tal como a directiva modificadora o faz em relação à modificada. Infelizmente, não é esta a prática geralmente seguida, o que torna difícil a percepção da relação existente entre os actos em causa.

Não sendo este procedimento adoptado, deveria haver, pelo menos, o cuidado de, no preâmbulo, se fazer menção à legislação nacional anterior com alguma relação com o diploma. Exemplo a ser seguido é o do Decreto-Lei n.º 396/90, de 11 de Dezembro, que transpõe uma directiva — a 89/440/CEE — que altera outra — a 71/305/CEE — que já havia sido transposta pelo Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto. No preâmbulo dá-se conta desse facto.

6. Algumas questões terminológicas

A directiva é o acto de direito comunitário mais utilizado na harmonização das legislações dos Estados membros, estabelecendo objectivos cujo cumprimento lhes impõe. Ao adoptarem as medidas necessárias para a prossecução daqueles objectivos, os Estados estão a dotar-se de regimes jurídicos de conteúdo semelhante ou, se quisermos, harmonizado. A realidade que se visa harmonizar são, portanto, os sistemas jurídicos dos Estados membros na área coberta pela directiva, que surge como o instrumento dessa harmonização.

Esta simples realidade parece, por vezes, não ser clara para o legislador nacional que adopta diplomas com os quais pretende dar resposta à “necessidade de harmonizar” directivas comunitárias³⁷. Deveria falar-se em harmonização com o disposto em directivas, e não em harmonização de directivas. Outras vezes, a realidade com a qual se visa harmonizar o direito português é, não a legislação dos outros Estados membros ou o estipulado em directivas, mas sim “a CEE”³⁸. Sucede também que se considere a

³⁷ Cfr. Portaria n.º 1104/90, de 6 de Novembro, que pretende “harmonizar a Directiva Comunitária da Comissão 82/475/CEE”; Portaria n.º 1105/90, da mesma data, que considera necessário harmonizar “todas as disposições constantes da parte A do anexo da Directiva Comunitária do Conselho 90/44/CEE”. Os exemplos poderiam multiplicar-se. Vejam-se as Portarias n.º 1106/90, de 6 de Novembro, Portaria n.º 743/91, de 2 de Agosto, Portaria n.º 1197/91, de 18 de Dezembro, ou a Portaria n.º 1208/91, de 19 de Dezembro.

³⁸ Cfr. Portaria n.º 27/90, de 12 de Janeiro, que vem estabelecer “para harmonização com a CEE”, critérios de pureza e métodos de análise relativamente a certas categorias de aditivos.

³⁹ Cfr. Portaria n.º 1063/91, de 22 de Outubro.

necessidade de proceder “à harmonização da legislação nacional”³⁹. Pode, de facto, dizer-se que a legislação nacional necessita de ser harmonizada na sequência da adopção de uma directiva comunitária, mas terá igualmente que se referir com que é que ela tem que o ser.

Sendo a directiva um acto obrigatório para os seus destinatários, deve-se evitar a utilização de expressões que sugiram o contrário, dando a impressão que a conformação com o regime nela previsto resulta de uma opção nesse sentido livremente tomada pelo legislador nacional. Veja-se o Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, que diz que “a nova legislação contempla, ainda, a desejável harmonização com a legislação comunitária ...”

Deixámos já claramente expressa a ideia de que, quando se procede à transposição de um directiva, esse facto deve ser evidente para quem leia o diploma em que ela é operada. A existência de regras que tornassem obrigatória a menção à transposição, abrangendo a referência ao acto transposto, faria com que desaparecessem dúvidas que hoje frequentemente se deparam àqueles que são os destinatários dos diplomas legais. Para além dos casos em que não é possível descortinar qualquer alusão ao facto de se proceder à aplicação em Portugal de um acto jurídico de origem comunitária, há também aqueles casos em que a utilização de expressões dúbias origina dificuldades em saber se estamos ou não perante um diploma transpositivo de um acto comunitário. Repare-se, por exemplo, na Portaria n.º 278/91, de 5 de Abril, que utiliza a expressão “considerando que a nossa legislação se deve encontrar o mais possível em consonância com os restantes países membros da Comunidade Europeia”. Não se percebe se há obrigação de procurar aquela consonância, por força de um imperativo legal de origem comunitária, caso em que a expressão utilizada é infeliz, ou se a aproximação à legislação dos outros Estados membros é fruto de um juízo de oportunidade nesse sentido do legislador nacional.

Outro exemplo de expressões que podem dar lugar ao mesmo tipo de dúvidas é a do Decreto-Lei n.º 246/92, de 30 de Outubro, que refere que, na opção que foi feita sobre o regime adoptado “foram tidas em consideração algumas das soluções adoptadas em regulamentação congénere de outros países da Comunidade Europeia, tendo por objectivo harmonizar a legislação portuguesa sobre a matéria com a que vigora nos demais Estados membros das Comunidades”.

Outras vezes, o legislador entusiasma-se no seu fervor transpositivo e vê actos de transposição onde eles não existem, dando também aqui lugar

a equívocos. Veja-se o caso do Decreto-Lei n.º 225/92, de 21 de Outubro, que diz completar a transposição da Directiva do Conselho 89/666/CEE, de 21 de Dezembro. Sucede que não tinha havido qualquer medida inicial de transposição. É o Código das Sociedades, que sendo anterior à Directiva a não podia aplicar, que regula a matéria em causa. O que este decreto-lei faz é introduzir algumas alterações naquele código, para o tornar compatível com a directiva.

7. A transposição por remissão para a directiva

Uma técnica utilizada com uma relativa frequência na transposição de directivas é a da pura e simples remissão para o seu texto. Como exemplo típico desta forma de aplicação interna de directivas pode ser citada a Portaria n.º 651/90, de 8 de Agosto, pela qual se “manda (...) que sejam transpostas para a lei nacional as directivas constantes do anexo I, publicadas nas datas referidas no anexo II”.

Outras vezes a transposição não se esgota na remissão que é feita para o conteúdo da directiva, operando-se igualmente através de um diploma regulamentar de um primeiro acto que se limita a efectuar aquela remissão. É o caso da Directiva 90/539/CEE, que é transposta pelo Decreto-Lei n.º 227/92, de 21 de Outubro, que tem três artigos. O primeiro limita-se a informar que, com a adopção deste diploma, se transpõe a referida directiva para a ordem jurídica nacional. O segundo, afirma que as normas técnicas de execução do diploma serão objecto de uma futura portaria e, finalmente, o terceiro atribui competência à Direcção-Geral da Pecuária para controlo e aplicação da disciplina instituída pelo diploma e pela portaria referida no artigo 2.º.

Num, como noutro tipo de situações, verifica-se a ausência de qualquer regime substantivo, que no primeiro caso é total e, no segundo, se limita ao primeiro passo da transposição, ou seja, ao primeiro dos diplomas que a opera. Neste caso, não se percebe a necessidade da existência do diploma inicial. Quanto ao primeiro tipo de situações, há que, antes de mais, dizer que a técnica utilizada é incompatível com o próprio conceito de directiva. Ao obrigar quanto às metas a atingir, e só quanto a elas, a directiva implica a existência de medidas nacionais que as atinjam, medidas essas que são deixadas ao critério exclusivo do legislador nacional. Este não pode

limitar-se a remeter para o texto da directiva sob pena de não a transpor devidamente.

Para perceber isto basta referir um pequeno exemplo tirado de um dos casos de transposição por remissão acima apontados. A Portaria n.º 651/90, de 8 de Agosto, transpõe cerca de trinta directivas sobre tractores agrícolas e seus componentes, através da sua simples identificação. Ora, por exemplo, a Directiva 322/75 (uma das transpostas) estabelece no seu artigo 4.º que os Estados membros devem tomar as medidas necessárias para serem informados de qualquer modificação de um dos elementos ou características dos tractores referidos num dos pontos do seu anexo I. A modificação não poderá ser autorizada se não for compatível com o prescrito na Directiva. Sucede que o decreto-lei, logicamente, não prevê quaisquer regras que permitam o conhecimento por parte das entidades competentes, que também não diz quais sejam, das modificações introduzidas nos tractores. Deste modo, não parece que a Directiva tenha sido plenamente cumprida.

Sucede, no entanto, que hoje é prática frequente a adopção de directivas que deixam pouca ou nenhuma margem de actuação aos Estados. Coloca-se quanto a elas a questão da utilidade de transcrever o conteúdo da directiva na legislação nacional, quando se pode, pura e simplesmente, efectuar uma remissão para o seu texto.

O problema, que seria apenas o da escolha entre duas técnicas de publicitação de normas, assume contornos diferentes no nosso sistema jurídico, face ao disposto no n.º 2 do artigo 122.º da Constituição, segundo o qual a falta de publicidade dos actos citados no n.º 1, bem como de todos os actos que revistam carácter geral e que emanem de um órgão de soberania, das regiões autónomas ou do poder local, acarreta a sua ineficácia. Os actos referidos no n.º 1⁴⁰, nos quais se incluem os que, na esmagadora maioria dos casos, são utilizados para a transposição de directivas, e publicitados através do *Diário da República* (artigo 122.º, n.º 1).

⁴⁰ Leis constitucionais, convenções internacionais, leis, decretos-leis, decretos legislativos regionais, decretos do Presidente da República, resoluções da Assembleia da República e das Assembleias legislativas regionais, respectivos regimentos, bem como o do Conselho de Estado, decisões do Tribunal Constitucional e de outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral, decretos regulamentares, outros decretos e regulamentos do Governo, decretos dos Ministros da República, decretos regulamentares regionais e resultados de eleições e referendos de âmbito nacional.

Assim sendo, ou se entende que uma remissão feita no *Diário da República* para o *Jornal Oficial das Comunidades* vale como forma suficiente de publicitação do acto em causa ou, caso contrário, terá de ser retirada a consequência prevista na Constituição: ineficácia do regime para o qual se remete.

Poderemos optar pela primeira tese? Marcello Rebelo de Sousa⁴¹ é de parecer negativo, inclinando-se para a inaptidão do *Jornal Oficial das Comunidades* para assegurar a publicidade do regime jurídico que se pretende adoptar, primeiro por não existir uma correspondente qualificação legal e, sobretudo, por não se assegurar, desse modo, o efectivo acesso dos cidadãos ao Direito, que é a razão de ser da exigência de publicitação dos diplomas legais. Também o CETAL⁴² nega a aptidão do JOCE para publicar em Portugal o conteúdo das directivas.

É certo que a circulação, em Portugal, do *Jornal Oficial das Comunidades* não se pode ainda comparar à do *Diário da República*, embora seja cada vez maior, e que, nessa medida, o conhecimento do conjunto de disposições que nele são publicadas não é tão generalizado como seria desejável. Sucede, contudo que o *Jornal Oficial* é, quer se queira quer não, instrumento de divulgação de um conjunto de regras jurídicas e que cumpre, ao nível do direito comunitário a mesma missão que, no âmbito do direito nacional cabe aos jornais oficiais dos Estados membros. Não podemos deixar de atribuir ao primeiro a mesma dignidade e a mesma força que damos aos segundos, e não nos podemos esquecer que é o *Jornal Oficial* o único e exclusivo meio pelo qual se publicitam actos que são directamente aplicáveis nos Estados membros, e que podem ser invocados em juízo pelos particulares nos respectivos tribunais nacionais. Não podemos pois deixar de reconhecer ao *Jornal Oficial* a importância que lhe advém do facto de ser por seu intermédio que são levados ao conhecimento de todos aqueles que estão sujeitos à ordem jurídica comunitária um conjunto apreciável de comandos jurídicos que se lhes aplicam e que só nele são publicitados⁴³.

⁴¹ *Op. cit.*, pág. 88.

⁴² Ana Sasseti da Mota, José Manuel Santana Carlos, “Transposição de Directivas Comunitárias para a Ordem Jurídica Portuguesa: Questões de Técnica Legislativa”, Estudos CETAL n.º 4, Lisboa, 1990.

⁴³ Como se viu já, o TJCE não admite que os regulamentos sejam reproduzidos na legislação nacional. Cfr. processo n.º 50/76, *supra*, pág. 5.

Nunca se viu ninguém defender a não aplicação dos regulamentos comunitários por estes serem publicados num instrumento de fraca difusão. Como, aliás, não se faz depender a vigência de qualquer diploma de direito interno de uma averiguação sobre a efectiva circulação do *Diário da República* em que está inserido.

De facto, não se pode confundir a aptidão de um instrumento para dar a conhecer aos seus destinatários o conteúdo de normas jurídicas com a sua efectiva difusão. O que interessa é que os interessados saibam onde as podem e devem encontrar, em virtude de uma qualquer norma que disponha nesse sentido. É assim que se procurarão as leis adoptadas pela Assembleia da República no *Diário da República* e os regulamentos comunitários no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Ao *Diário da República* e ao *Jornal Oficial* é, desta forma, reconhecida aptidão para a publicitação de actos jurídicos aplicáveis em Portugal, o primeiro na área do direito com origem interna, o segundo na área do direito comunitário.

As directivas são também publicadas no *Jornal Oficial*, embora não exista a obrigação de o fazer⁴⁴. Sendo aí publicadas, poderá afirmar-se que este instrumento reúne as condições para publicitar nos Estados membros o regime substantivo nelas estabelecido, sem que se torne necessário que um acto de direito interno o divulgue através dos meios para tanto existentes?

Devemo-nos lembrar que as directivas têm como destinatários os Estados, os quais são chamados a alcançar determinados objectivos pelos meios e forma que julgarem mais adequados ou seja, adoptando o regime substantivo que acharem mais conveniente, desde que ele se compadeça com os fins visados pela directiva. Sendo estes objectivos apenas passíveis de serem alcançados através da adopção destas medidas pelos Estados, em princípio, não faz qualquer sentido transpor directivas por remissão. Isto traduzir-se-á, necessariamente, como vimos, numa transposição incorrecta, que fará incorrer o Estado que a praticar num incumprimento passível de ser sancionado.

⁴⁴ O Tratado da União Europeia, quando e se vier a entrar em vigor, introduzirá alterações neste domínio, tornando de publicação obrigatória no JOCE as directivas adoptadas de acordo com o procedimento a que se refere o artigo 189.º-B, bem como as directivas do Conselho e da Comissão que sejam dirigidas a todos os Estados membros (cfr. artigo 191.º, com redacção do Tratado da União Europeia).

Quando, contudo, estivermos perante directivas que, pelo seu conteúdo se aproximam de regulamentos, ou seja, quando as directivas não deixem qualquer margem de actuação aos Estados, então, tudo o que estes podem fazer para as transpor é reproduzir o seu conteúdo. Estando esse conteúdo já publicado no *Jornal Oficial das Comunidades*, que é um instrumento que contém actos directamente aplicáveis nos Estados membros e que, por isso, é de consulta tão indispensável como a dos jornais oficiais nacionais, não se vê qualquer razão para que não possa fazer-se uma remissão.

Dir-se-á que a Constituição não o permite. Parece muito discutível esta conclusão. O que a Constituição impõe é que determinados actos sejam publicados no *Diário da República*. Fá-lo para que os seus destinatários possam tomar conhecimento do seu conteúdo. E este é o interesse constitucionalmente tutelado. Se é adoptado e publicado no *Diário da República* um acto que remete para o conteúdo de uma directiva, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades*, instrumento habilitado para publicitar actos jurídicos directamente aplicáveis em Portugal, parece-nos assegurada a exigência constitucional de publicidade do conteúdo das normas.

De resto, não faz sentido que a ausência de um acto de transposição possa desencadear a produção de efeitos a nível interno de uma directiva que seja suficientemente clara, precisa e incondicional para os produzir e a adopção de um acto que determine a produção desses efeitos, através de uma remissão para o texto de uma directiva que reúna aquelas condições, não o possa⁴⁵.

O recurso a esta técnica de transposição, embora se nos afigure lícita nas condições referidas, encerra vários perigos que a tornam desaconselhável. O primeiro foi já aflorado e prende-se com o facto de as directivas necessitarem, normalmente, de serem completadas pela legislação nacional para que o regime que prevêm possa ser efectivamente aplicado. Assim, será frequentemente preciso atribuir competências a autoridades internas, criar estruturas, implementar mecanismos, etc. Isto para não falar dos casos em que o próprio regime substantivo previsto na directiva careça de con-

⁴⁵ Quanto a este problema da transposição por remissão à luz da lei e da jurisprudência espanhola, ver Ernesto García-Trevijano Garnica, Sobre la Incorporación del Derecho Comunitario en el Derecho Interno: una Visión Practica, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, 1993, n.º 1, pág. 206 e segs. O autor defende, como regra geral, a necessidade de o acto que transpõe a directiva adoptar um regime substantivo. Admite, no entanto, que excepcionalmente, possa ser feita a remissão para o conteúdo da directiva.

cretização por parte do legislador nacional porque, por exemplo, a este é deixada a liberdade de incluir ou não na legislação interna certos aspectos do regime da directiva, porque lhe é deixada a faculdade de, dentro de certos limites, preencher conceitos nela inseridos ou porque terá de optar por uma medida para uma sanção, um prazo para a realização de certo acto ou implementação de determinado regime, etc. O recurso à transposição por remissão envolve o risco de se ignorarem as margens de actuação deixadas ao legislador nacional, o que terá como efeito o não cumprimento do parágrafo 3.º do artigo 189.º.

Mesmo quando esta margem de actuação não exista, pode justificar-se a não remissão para o texto da directiva. Tal sucederá, por exemplo, quando se verifique a conveniência de a adaptar à terminologia jurídica nacional. Por vezes, as directivas acolhem expressões que não são as consagradas no vocabulário jurídico português. Nestes casos, as medidas de transposição podem ser aproveitadas para corrigir os lapsos ou inexactidões constantes da versão portuguesa das directivas.

Por outro lado, embora não nos pareça que a fraca difusão do JOCE possa servir como argumento jurídico para sustentar a impossibilidade de remissão para as directivas nele publicadas, não podemos deixar de considerar que, de facto, o conhecimento e o acesso que a ele têm os cidadãos não se pode comparar com o que se verifica em relação ao *Diário da República*. Esta razão de ordem prática deve incentivar o legislador a verter na lei interna o regime substantivo consagrado nas directivas, evitando as remissões para o seu texto.

Todas as considerações relativas aos inconvenientes da utilização da técnica de transposição por remissão se aplicam, *mutatis mutandis*, à transposição por pura e simples transcrição do texto das directivas.

8. Conclusões

De tudo quanto ficou dito sobre as transposições de directivas podemos retirar as seguintes conclusões:

- É absolutamente necessário que o acto que opera a transposição identifique clara e rigorosamente as directivas que visa transpor para a ordem jurídica interna;

- É necessário o estabelecimento de um critério uniforme quanto ao modo e local de identificação das directivas transpostas;
- Deve haver a preocupação de englobar num único diploma a transposição de todas as directivas relativas a um mesmo instituto e, no mínimo, aquelas que modificam ou completam a directiva tomada como referência;
- Os riscos que envolvem as técnicas de transposição por remissão ou por transcrição fazem com que não se lhes deva recorrer, embora em certas circunstâncias elas sejam lícitas.

**ORGANIZAÇÃO
DAS NAÇÕES UNIDAS**

DIREITOS DO HOMEM

**RAPPORT INTERIMAIRE
SUR LA QUESTION DE L'IMPUNITÉ
DES AUTEURS DES VIOLATIONS
DES DROITS DE L'HOMME***

* *Établi par MM. Guissé et Joinet, en application de la résolution 1992/93 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. (E/CN. 4/Sub. 2/1993/6).*

TABLE DES MATIERES

	Parag.	Pages
INTRODUCTION	1 - 14	55
<i>A. Origines et objet de l'étude</i>	1 - 6	55
<i>B. Sources</i>	7	57
<i>C. Champ d'application de l'étude</i>	8 - 13	57
<i>D. Plan de l'étude</i>	14	60
I. LA SOCIETE CIVILE ET LA PROBLEMATIQUE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE	15 - 43	60
<i>A. Les victimes comme source du droit</i>	15 - 28	60
1. Les tribunaux d'opinion	18 - 23	61
2. Les instances internationales	24 - 25	63
3. Progression de la capacité des victimes à s'organiser	26 - 28	65

	Parag.	Pages
B. <i>Le droit contre les victimes</i>	29 - 43	65
1. Les mécanismes de l'impunité de fait	30 - 36	66
2. Les mécanismes de l'impunité par le droit	37 - 43	69
II. L'ETAT ET LA PROBLEMATIQUE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE	44	73
A. <i>La prise de conscience par les Etats de leurs responsabilités</i>	45	73
B. <i>Les obligations auxquelles s'engagent les Etats, au regard des normes de droit international pour lutter contre l'impunité</i>	46 - 59	75
1. La Déclaration universelle des droits de l'homme	47	75
2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques	48	75
3. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	49	76
4. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	50 - 51	76
5. La Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid	52	77
6. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité	53	78
7. La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées	54	78
8. Les quatre Conventions de Genève et leurs Protocoles I et II	55 - 58	79
9. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	59	80

	Parag.	Pages
<i>C. Les contradictions entre le besoin de justice, les impératifs de la mémoire collective et les contraintes politiques de la réconciliation</i>	60 - 126	80
1. Le besoin de justice	61 - 84	81
a) Les réponses au plan national	62 - 73	81
b) Vers un tribunal international?	74 - 84	85
2. Les impératifs de la mémoire collective	85 - 101	89
a) Tout faire pour que la justice puisse passer compte tenu de l'extrême gravité des violations	86 - 89	89
b) Prévenir le retour des crimes contre l'humanité	90	91
c) Lutter contre le révisionnisme	91 - 100	91
d) Restituer au droit à la mémoire ses dimensions historiques et culturelles	101	95
3. Les contraintes juridiques et politiques des processus impliquant une réconciliation	102 - 126	96
a) La problématique de l'amnistie	105 - 118	97
b) La problématique de l'épuration	119 - 126	102
 CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	 127 - 131	 106
 POSTFACE	 132 - 134	 112

**PROMOTION
ET PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME:
ETUDE
SUR LES EFFETS NEFASTES DE L'IMPUNITE
ET LES
MOYENS DE LA COMBATTRE**

INTRODUCTION

A. ORIGINES ET OBJET DE L'ETUDE

1. Des origines de l'humanité à l'époque contemporaine, l'histoire de l'impunité est celle d'un perpétuel conflit et d'un étrange paradoxe: conflit opposant l'opprimé à l'opresseur, la société civile à l'Etat, la conscience humaine à la barbarie; — paradoxe de l'opprimé qui, libéré de ses chaînes, assume à son tour la responsabilité de l'Etat et se trouve pris dans l'engrenage de la réconciliation nationale venant relativiser son engagement initial contre l'impunité.

2. Consciente de la complexité des problèmes posés et de leur gravité, l'Organisation des Nations Unies a renforcé progressivement son rôle dans la lutte contre l'impunité. Par l'élaboration tout d'abord de normes internationales de promotion et de protection des droits de l'homme qui, toutes, comportent des dispositions en ce sens et qui seront analysées ci-après. Par la mise en place — outre les organes de suivi ou de surveillance des conventions tels que le Comité des droits de l'homme — de procédures spéciales, dans le cadre de la Commission des droits de l'homme, sous forme de rapports présentés par les groupes de travail ou les rapporteurs spéciaux par pays et par thème, dont les premiers furent le Groupe de travail, sur les disparitions forcées, puis les Rapporteurs spéciaux sur les exécutions sommaires et sur la torture. La question de l'impunité a enfin

fait l'objet de plusieurs études présentées à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités dans le cadre du point de l'ordre du jour consacré à l'administration de la justice et les droits de l'homme, en particulier l'étude de M. Joinet sur le rôle des lois d'amnistie dans la promotion et la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev.1), les rapports de MM. Chernichenko et Treat sur l'*habeas corpus* et le droit à un procès équitable (E/CN.4/Sub.2/1992/24 et Add. 1 à 3 et de M. van Boven sur le droit à l'indemnisation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/1992/8).

3. En conséquence, la Sous-Commission, à sa quarante-deuxième session, par sa décision 1991/110, a demandé à deux de ses membres, MM. El Hadji Guissé et Louis Joinet, d'élaborer un document de travail approfondissant la question de la lutte contre l'impunité. Ce document (E/CN.4/Sub.2/1992/18) a été présenté à la Sous-Commission à la quarante-troisième session le 12 août 1992. Il contient, entre autres, une ébauche d'analyse des mécanismes juridiques et des pratiques qui favorisent l'impunité et propose des orientations jetant les bases d'une réflexion sur la lutte contre ce fléau. Para sa résolution 1992/23 du 27 août 1992, la Sous-Commission a pris note avec satisfaction du document de travail établi par MM. Guissé et Joinet et a décidé de les charger "de rédiger une étude sur l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme" et de "proposer des mesures pour lutter contre cette pratique".

4. Au paragraphe 4 du dispositif de cette résolution, la Sous-Commission avait en outre invité les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées, les organisations intergouvernementales régionales et les organisations non gouvernementales à fournir des renseignements sur la question. Par note verbale du Secrétaire général en date du 10 décembre 1992, les réponses ont été sollicitées au plus tard pour le 15 mars 1993. Enfin, au paragraphe 5 du dispositif de la résolution, la Sous-Commission avait décidé d'examiner le rapport préliminaire à sa quarante-cinquième session.

5. Par ailleurs, à sa quarante-neuvième session, la Commission des droits de l'homme, par sa résolution 1993/43, a entériné la décision prise

par la Sous-Commission dans sa résolution 1992/23 précitée; enfin, le Conseil économique et social a fait sienne la requête de la Commission.

6. Conformément aux nouvelles méthodes de travail de la Sous-Commission, le présent rapport intermédiaire fait suite au document de travail présenté l'an dernier (E/CN.4/Sub.2/1992/18); il a pour objet, en vue de la rédaction du rapport final, d'analyser les mécanismes de l'impunité pour mieux les maîtriser et de réfléchir aux moyens qui pourraient être mis en oeuvre pour réduire les effets néfastes de l'impunité.

B. SOURCES

7. Les rapporteurs ont utilisé les informations reçues en réponse à la note verbale du 10 décembre 1992, les rapports des rapporteurs spéciaux par pays ou par thème et la volumineuse documentation recueillie à l'occasion des Rencontres internationales sur l'impunité¹.

C. CHAMP D'APPLICATION DE L'ETUDE

8. Pour délimiter le champ de l'étude, les auteurs ont pris en considération les trois critères exposés ci-après.

Premier critère

9. Ne sont visées que les violations commises par l'Etat ou ses agents, que ce soit directement ou indirectement (mercenaires, formations

¹ Les "Rencontres internationales sur l'impunité pour les auteurs de violations graves des droits de l'homme" ont été organisées sous les auspices du Centre pour les droits de l'homme des Nations Unies, conjointement par la Commission internationale de juristes (CIJ) et la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH-France) du 2 au 5 novembre 1992 au Palais des Nations à Genève. Les actes de ces Rencontres ont été publiés par la CIJ sous le titre *Non à l'impunité, oui à la justice* (Genève, 1993).

paramilitaires, escadrons de la mort, milices privées, etc.). Si la Sous-Commission le souhaite, l'étude pourrait être étendue à des catégories de violations non étatiques, lors de la rédaction du rapport final. Deux raisons pourraient militer en ce sens:

- a) D'une part, l'absence d'Etat (Somalie) ou son affaiblissement (Bosnie-Herzégovine) peut favoriser l'accomplissement d'atrocités et d'actes de barbarie;
- b) D'autre part, à l'occasion de certaines luttes armées, notamment dans le cadre de conflits non internationaux, des violations graves peuvent être commises par des personnes privées ou des groupes particuliers tels que des mouvements de guérilla ou de libération nationale². Il reste que dans l'immense majorité des cas, les violations graves et massives proviennent de l'Etat³.

Deuxième critère

10. Les résolutions 1993/23 de la Sous-Commission et 1993/43 de la Commission, qui font référence aux "auteurs de violations des droits de l'homme", ne visent pas expressément la lutte contre l'impunité des auteurs d'atteintes graves aux droits économiques et sociaux. S'agissant d'un rapport intérimaire, la présente étude est donc consacrée — sous réserve des débats qu'aura la Sous-Commission à sa quarante-cinquième session —

² Par courrier du 16 mars 1993 adressé au Centre pour les droits de l'homme à l'attention de la Commission des droits de l'homme, des parlementaires colombiens membres de l'association "Esperanza, Paz y Libertad" qui regroupe les ex-guérilleros qui rejoignent la lutte démocratique (Alianza Democrática), indiquent que 165 membres de l'Armée populaire de libération (Ejército Popular de Liberación — EPL) ont été exécutés sommairement par leurs anciens compagnons, hostiles aux accords de paix en vue d'enrayer par la terreur l'abandon de la lutte armée en Colombie.

³ En El Salvador, selon la Commission de la vérité, les responsabilités, presque toujours citées dans les dénonciations, sont attribuées pour 85% des cas aux agents de l'Etat, aux formations paramilitaires liées à celui-ci et aux escadrons de la mort et pour 5% seulement des cas au Front Farabundo Martí de libération nationale (FMLN) (cité par l'agence d'informations Diffusion de l'information sur l'Amérique latine DIAL, bulletin N° 1678, Paris, 16 avril 1992).

aux atteintes aux droits de l'homme au sens du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

11. Il conviendra donc, lors de la rédaction du rapport final:

- a) Soit de traiter directement la question, auquel cas le titre de l'étude deviendrait: "Promotion et protection des droits civils et politiques ainsi que des droits économiques et sociaux: étude sur les effets néfastes de l'impunité";
- b) Soit d'opter pour une étude en deux temps dont le présent rapport serait la première partie suivie, après le rapport final, d'une deuxième partie consacrée aux auteurs de violations des droits économiques et sociaux.

12. Les corapporteurs penchent plutôt en faveur de la deuxième solution compte tenu de ce que cette question, si elle a été amplement étudiée sous l'angle du droit au développement, n'a que rarement été abordée sous l'angle de la lutte contre l'impunité. Le seul précédent concerne un aspect particulier, abordé lors du huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane du 27 août au 7 septembre 1990 (voir A/CONF.144/28/Rev.1, chap. I, sect. C) et repris par la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 1992/50 intitulée: "Enrichissement frauduleux des responsables de l'Etat au détriment de l'intérêt public, facteurs qui en sont responsables et agents qui, dans tous les pays, sont impliqués dans cet enrichissement". L'étude, si elle était étendue aux droits économiques et sociaux, devrait tenir compte de cette approche car il existe une relation évidente entre tyrannie et corruption, violations des droits de l'homme et pillage économique et financier à des fins personnelles (Duvalier, Marcos, Noriéga sont quelques exemples). Il conviendra enfin d'étudier dans quelle mesure la lutte contre l'impunité dans le domaine des droits économiques et sociaux, droits qui sont relatifs et évolutifs, peut reposer sur une approche pénale qui, elle, est d'interprétation stricte, et s'il convient de réfléchir à d'autres modes de sanctions.

Troisième critère

13. Enfin ne sont traitées que les situations concernant des violations graves et massives présentant un caractère de systématisation. Sont donc hors du champ de l'étude — bien qu'ils constituent des violations des droits humains — les cas d'impunité consécutifs à des mauvais traitements ou des comportements répréhensibles isolés ou non prémédités.

D. PLAN DE L'ETUDE

14. Reprenant les orientations données dans les précédents documents présentés à la Sous-Commission et notamment le document de travail présenté à la quarante-quatrième session de la Sous-Commission (E/CN.4/Sub.2/1992/18), le plan retenu comporte, outre la présente introduction, deux chapitres analysant successivement la problématique de la lutte contre l'impunité, en ce qui concerne d'une part les victimes et plus généralement la société civile, d'autre part l'Etat, et une conclusion consacrée aux recommandations.

I. LA SOCIETE CIVILE ET LA PROBLEMATIQUE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE

A. LES VICTIMES COMME SOURCE DE DROIT

15. Si — en l'état — on ne peut considérer *stricto sensu* que les victimes prises en tant que catégorie juridique sont une source du droit, elles ont joué et continuent à jouer, par l'intermédiaire de leurs organisations non gouvernementales (ONG), un rôle déterminant dans l'élaboration et l'évolution des moyens juridiques de la lutte contre l'impunité tant au plan

des normes (projet de déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, par exemple) que des mécanismes (Rapporteur spécial sur la torture ou Convention relative aux droits de l'enfant); dans ces deux cas, le rôle actif des ONG a été déterminant.

16. Leur rôle est tout aussi déterminant en ce qui concerne la prise en considération des droits des victimes. Si la lutte contre l'impunité trouve ses racines dans le besoin de justice, elle ne saurait être ramenée à ce seul objectif: punir les coupables. Elle doit répondre à trois impératifs: la sanction des responsables, mais aussi satisfaire le droit qu'ont les victimes de savoir et d'obtenir réparation et, par ailleurs, permettre aux autorités de remplir leur mandat en tant que puissance publique garante de l'ordre public. Même si parfois leur volonté politique n'est pas en doute, l'impossibilité pour les autorités de faire juger les coupables en fuite ne doit pas empêcher ou différer au-delà d'un délai raisonnable la possibilité pour les victimes d'obtenir réparation par des voies de droit appropriées.

17. Cette contribution des "victimes organisées" à l'évolution du droit a été marquée par trois importantes étapes:

- i) la première a emprunté la voie des tribunaux d'opinion,
- ii) la deuxième celles des instances internationales et
- iii) la troisième qui a été franchie avec la progression de la capacité des victimes à s'organiser.

1. Les tribunaux d'opinion

18. La première étape a emprunté la voie des tribunaux dit "d'opinion" saisis par des représentants des victimes qui, en l'absence d'une juridiction internationale à l'étude aux Nations Unies depuis 1946, venaient combler un vide institutionnel⁴. En 1967, le chef de l'Etat français s'opposa à la tenue, en France, d'une session du Tribunal Russel au motif que ses

⁴ Louis Joinet "Les tribunaux d'opinion", dans *Marxisme, démocratie et droit des peuples. Hommage à Lelio Basso*, Milan, éditions Franco Angeli, Milan, 1979, p. 821.

initiateurs n'étaient "investis d'aucun pouvoir, ni chargés d'aucun mandat international et qu'ils ne sauraient donc accomplir aucun acte de justice". Pour légitimer leurs initiatives, les organisateurs se contentèrent de répondre par un constat; le Tribunal ne substituait à aucun tribunal existant car, s'il existait bien une loi internationale, il n'y avait pas de tribunal pour veiller à son application⁵.

19. Cette carence de la communauté internationale a été à l'origine de nombreuses autres initiatives de même nature. La première date de 1959 avec la création à Athènes, par E. Aroneanu, d'un tribunal d'opinion à l'occasion du procès de Manolis Glezos, un héroïque résistant grec qui, en 1944, avait arraché en présence de l'occupant le drapeau nazi qui flottait sur l'Acropole.

20. Le Tribunal Russel sur le Viet Nam tint ultérieurement des sessions sur d'autres pays. Devenu "Tribunal permanent des peuples", il siègea pour se prononcer sur l'application du droit international dans une quinzaine de pays, spécialement sur la question de l'impunité en Amérique latine⁶. A noter également la réunion à Lisbonne, en 1978, du Tribunal civique Humberto Delgado sur les crimes de la PIDE, la police politique issue du salazarisme.

21. Ces tribunaux n'avaient pas pour but de faire condamner les coupables à des peines effectives; d'ailleurs ils n'en avaient pas les moyens institutionnels ou simplement matériels. Leur raison d'être était simplement de se prononcer sur le respect du droit international. Dégagés des contraintes de la sanction pénale, ces tribunaux ont pu faire preuve de créativité et contribuer de manière intéressante à faire progresser le droit international, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de la portée universelle des textes fondamentaux (tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme) et donc de leur opposabilité aux gouvernements dont le tribunal avait à connaître. Cela en développant deux thèses.

⁵ Léo Matarasso "Brève contribution à l'histoire du Tribunal Russel sur les crimes de guerre au Viet Nam", dans *op. cit.*, p. 831.

⁶ Ligue internationale pour les droits et la libération des peuples (*Impunity-Impunidad*), Genève, février, 1993, p. 9 et 11.

Première thèse

22. La thèse dite de l'effet déclaratif des instruments "simplement concertés" (par contraste avec l'effet normatif des instruments conventionnels). Il en est ainsi des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, les déclarations diverses et autres ensembles de principes auxquels on peut assimiler les textes des conventions à l'égard des Etats qui ne les ont pas encore ratifiées. Cette thèse consiste à distinguer, parmi les instruments concertés, ceux qui sont déclaratifs de droits préexistants et comme tels opposables aux Etats par les victimes ou leurs représentants (par exemple, les Déclarations sur l'asile territorial ou contre la torture) de ceux qui, simplement déclaratifs, ne visent pas des droits préexistants ou ne concernent que la procédure (par exemple, une résolution de l'Assemblée générale instituant une décennie thématique)⁷.

Deuxième thèse

23. Lorsqu'un Etat est accusé de tolérer la torture, de se livrer à des parodies de procès ou de procéder à des arrestations arbitraires, il répond généralement en niant ces tortures, en affirmant que les procès sont tout à fait réguliers, et en soutenant qu'il n'y a que des arrestations légales, bref, en soutenant explicitement, ou en tout cas implicitement, que la Déclaration universelle des droits de l'homme, par exemple, n'est pas violée. Ce faisant, cet Etat reconnaît *a contrario* — en quelque sorte par l'aveu — la valeur obligatoire des principes contenus dans la Déclaration puisqu'il nie les avoir violés. Par conséquent, qu'elle se manifeste par une référence positive ou négative, cette reconnaissance vient conforter le caractère universel du respect des principes concernés⁸.

2. Les instances internationales

24. La deuxième étape a emprunté la voie des instances internationales en suscitant des solutions novatrices, notamment lors de requêtes

⁷ Voir également dans le Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire (E/CN.4/1993/24, par. 20), la délibération 02.

⁸ Léo Matarasso cité par Joinet dans "Les tribunaux d'opinion" (voir note 4 ci-dessus).

présentées devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH)⁹. Sur une première question de principe, la CIDH a estimé qu'une loi qui confère à l'Etat (le parquet) le monopole des poursuites est critiquable car, "dans les systèmes qui le permettent, la victime de l'infraction a accès aux tribunaux en vertu du droit fondamental du citoyen, qui revêt une importance particulière en tant que force motrice de l'action pénale". La CIDH ne semble toutefois pas se prononcer explicitement sur le point de savoir si ce droit reconnu comme fondamental est protégé par le droit international des droits de l'homme ou en tout cas par la Convention américaine relative aux droits de l'homme dont aucune disposition en ce sens n'est visée.

25. Mais surtout, dans l'affaire précitée, ainsi que dans un cas similaire concernant l'Argentine¹⁰, la CIDH a estimé que toute loi qui mettait un terme à la possibilité de poursuivre en justice les auteurs de violations des droits de l'homme, que ce soit sous forme d'une amnistie ou sous toute autre forme (mais elle ne précise pas clairement ce qu'il en est de la prescription), produit des effets qui lèsent le droit qu'a toute personne "à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi [...] qui déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité ..." et le texte ajoute: "ou dans tout autre domaine" (Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 8, par. 1). La CIDH déclare, en conséquence, que les victimes peuvent se prévaloir de cette disposition de manière intangible, c'est-à-dire sans que des limitations ne viennent s'y opposer alors que le gouvernement estime que sa portée concerne la seule

⁹ CIDH, Rapport N° 29/92, approuvé le 2 octobre 1992 (cas N° 10.029, 10.036, 10.045, 10.305, 10.372, 10.073, 10.074 et 10.075, Uruguay, OEA/Ser.L/V/II/82, doc. 25; voir les paragraphes 41 et suivants. Voir également Robert K. Goldman, "Lois d'amnistie et droit international: un cas spécifique", dans *Non à l'impunité, oui à la justice*, actes des Rencontres internationales sur l'impunité organisées par la CIJ à Genève en novembre 1992 (voir note 1 ci-dessus); dans cette communication, R. K. Goldman traite de la décision de la CIDH selon laquelle la loi d'amnistie de l'Uruguay de 1986 violait la Convention américaine des droits de l'homme.

¹⁰ CIDH, Rapport N° 28/92, approuvé le 2 octobre 1992 (cas N° 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 et 10.311, Argentine, OEA/Ser.L/V/II.82; voir les paragraphes 43 et suivants.

garantie des droits des personnes poursuivies en tant qu'auteurs et non celle des droits des victimes (voir au chapitre II, le paragraphe 109).

3. Progression de la capacité des victimes à s'organiser

26. La troisième étape a été franchie avec la progression constante de la capacité des victimes à s'organiser. Initialement, elles faisaient entendre leur voix par l'intermédiaire des grandes organisations non gouvernementales "généralistes". A partir des années 70, en réaction au drame des disparitions forcées en Argentine, des familles de victimes se sont regroupées dans des ONG spécifiques (les Mères de la place de Mai, par exemple). Cette initiative, après s'être étendue à de nombreux pays d'Amérique latine, a donné naissance au plan régional à un regroupement sous forme fédérative au sein de la Fédération latino-américaine des associations de familles de détenus-disparus (FEDEFAM) qui s'est plus spécialement consacrée à la lutte contre l'impunité.

27. Nous reviendrons, dans la conclusion, sur l'opportunité d'encourager cette évolution compte tenu du rôle déterminant des ONG de victimes dans l'élaboration des politiques de lutte contre l'impunité. Si l'on excepte le cas de la Grèce, après la chute de la dictature des colonels, il est rare en effet qu'un gouvernement prenne spontanément l'initiative de faire juger les responsables en l'absence de toute pression de la société civile.

28. Mais l'action de ces organisations non gouvernementales n'est pas limitée à ce seul rôle traditionnel de pression. En s'introduisant comme troisième partenaire dans le conflit qui très souvent oppose le pouvoir civil à l'ancien pouvoir militaire et aux forces armées, elles modifient le rapport des forces en présence; les nouvelles autorités peuvent alors, s'appuyant sur les revendications des victimes, mieux résister aux pressions des militaires lorsqu'ils tentent d'échapper à leurs responsabilités. Encore faut-il qu'elles en aient la volonté politique.

B. LE DROIT CONTRE LES VICTIMES

29. Par un patient travail de collecte des faits et d'analyse des mécanismes juridiques utilisés, les victimes, relayées par les ONG puis aux

Nations Unies, par les rapporteurs spéciaux par pays ou par thèmes ou par les organes de suivi, ont permis de mieux déceler comment s'élaborent les politiques d'impunité. Elles empruntent deux voies qui, le plus souvent, se complètent: d'une part, l'impunité de fait qui résulte du disfonctionnement des institutions concernées, directement ou indirectement encouragé, voire organisé, par les autorités; d'autre part, l'impunité juridiquement légitimée par des règles empruntées à l'Etat de droit de détournées et leur finalité.

1. Les mécanismes de l'impunité de fait

30. Après les services de police, l'autorité judiciaire feint d'ignorer ou dissimule les faits de violation et de l'identification des auteurs, que ce soit au niveau de l'ouverture des poursuites, de l'enquête, du jugement ou de l'exécution de la peine. Cette situation s'aggrave lorsque l'on passe du régime de la justice ordinaire à celui de la justice d'exception, le plus souvent rendue par des tribunaux militaires.

a) Sous le régime de la justice ordinaire

31. Les mécanismes de l'impunité varient selon les différentes phases de la procédure.

i) La phase des poursuites

32. La mise en oeuvre des poursuites était expressément restreinte au monopole d'Etat: le parquet peut seul intenter des poursuites. Les victimes ou leurs proches, bien que pouvant normalement justifier d'un intérêt pour agir sont, de par la loi, irrecevables à se constituer partie civile. Elles ne peuvent donc lutter contre l'inertie complice des pouvoirs publics.

ii) La phase de l'enquête

33. Divers facteurs viennent compromettre son déroulement. A la fréquente passivité des enquêteurs, vient s'ajouter la difficulté rencontrée

pour identifier les auteurs qui, bénéficiant souvent de la complicité bienveillante des autorités (escadrons de la mort, milices privées, organes paramilitaires, mercenaires) agissent dans l'anonymat (voitures dépourvues de plaque d'immatriculation, absence d'uniforme, de signe distinctif, visage cagoulé, etc.), puis suite à l'arrestation, détiennent les victimes dans un lieu secret. Dans certains cas, si les auteurs risquent d'être identifiées, ils font l'objet d'une mutation éloignée, de préférence à l'étranger. Quelques "actions" bien ciblées sur quelques témoins et entourées d'une habile publicité, dissuaderont à l'avenir tous les témoins en toutes affaires de contribuer à la recherche de la vérité¹¹. En cas de décès de la victime, l'absence délibérée d'autopsie ou une autopsie bâclée sont souvent à l'origine de l'échec des enquêtes¹².

iii) La phase du jugement

34. En raison de l'absence de garanties d'indépendance suffisantes pour permettre aux juges de résister aux pressions, le détournement de la justice passe par la partialité, l'intimidation et à un moindre degré, la corruption.

- a) *La partialité*: En usant d'un subterfuge de procédure qui consiste, pour le pouvoir exécutif, à "choisir son juge", c'est-à-dire un magistrat politiquement sûr ou idéologiquement proche du pouvoir qui, dans certains cas, aura même fait allégeance en prêtant serment, les récalcitrants étant expulsés du corps judiciaire ou affectés à des contentieux sans aucune incidence politique.
- b) *L'intimidation*: Il peut s'agir d'agressions physiques ou, le plus souvent, de menaces anonymes, y compris contre les proches.

¹¹ A ce propos, voir les paragraphes 3 et 5 de l'article 13 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1992, dans sa résolution 47/133.

¹² Voir le document présenté au Groupe de travail de session sur la détention de la Sous-Commission par John Carey intitulé "Normes internationales garantissant la réalisation d'une enquête et d'une autopsie appropriées en cas de décès suspect en détention" — (E/CN.4/Sub.2/1988/WG.1/WP.1), où est cité notamment le Protocole du Minnesota daté de juin 1987; ce protocole, élaboré par le Minnesota Lawyers International Human Rights Committee, traite de la prévention des exécutions extralégales, arbitraires et sommaires.

Dans la grande majorité des cas, ce type de pression s'exerce plus subrepticement en maniant la carotte et le bâton, faute d'un minimum de garanties, sur le déroulement des carrières des magistrats, voire des enquêteurs.

- c) *La corruption*: Sauf à assimiler à la corruption les avantages de carrière accordés par le pouvoir en place, elle est peu fréquente dans ce domaine, les deux procédés précédents étant de loin les plus répandues.

On notera que l'une des manipulations constatées lors de la phase du jugement consiste, malgré l'évidence des preuves de culpabilité, soit à éviter la sanction en ayant recours à la relaxe ou à l'acquittement, notamment en prétextant systématiquement le doute, soit à prononcer une peine dérisoire ou automatiquement assortie du sursis.

iv) La phase de l'exécution de la peine

35. Le stratagème consiste, faute d'avoir pu éviter le procès, de donner le sentiment que "la justice est passée", puis de reprendre en main la situation lors du prononcé de la sanction ou de sa mise à exécution soit en s'abstenant de faire exécuter la peine, soit en organisant son exécution dans des locaux d'un confort tel ou d'un régime si peu contraignant qu'il s'agit plus d'un lieu de villégiature que d'un pénitencier.

b) *Sous le régime de la justice d'exception*

36. Outre les rapports annuels de M. Leandro Despouy sur les états d'exception¹³, l'étude de Mme Nicole Questiaux sur les Conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception (E/CN.4/Sub.2/1982/15) et, plus récemment, le rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires (E/CN.4/1991/20) ont souligné le rôle néfaste des juridictions d'exception, notamment des tribunaux militaires, en tant que facteurs d'impunité. Les juges composant

¹³ "Rapport annuel et liste d'Etats qui, depuis le 1er janvier 1985, ont proclamé, prorogé ou abrogé un état d'exception"; ce rapport est mis à jour chaque année; les quatrième et cinquième rapports portent la cote E/CN.4/Sub.2/1991/28 et E/CN.4/Sub.2/1992/23/Rev.1.

ces derniers relèvent, en tant que militaires, du ministère des forces armées et donc d'une autorité hiérarchique peu compatible avec l'exigence d'indépendance. Il en résulte, d'une part, un fort esprit de corps qui tend à justifier les violations, voire à les légitimer au nom d'un intérêt supérieur ou de l'accomplissement d'une mission (préservation de l'ordre social, lutte contre la subversion, etc.), dont les forces armées seraient investies, d'autre part, une propension à faire du "secret défense" la règle et non l'exception, ce qui permet la dissimulation des preuves et la préservation de l'anonymat des auteurs des violations.

2. Les mécanismes de l'impunité par le droit

37. La méthode consiste à donner à l'impunité une façade légale soit en promulguant — en général sans vote du parlement — des lois de circonstance, soit en détournant de leur finalité les lois existantes. Les procédés les plus fréquemment utilisés font appel tantôt à des mesures de clémence telles que l'amnistie, la grâce ou la grâce amnistiante, tantôt à des règles de droit commun telles que la prescription ou les circonstances atténuantes. Quels en sont les principes et comment sont-ils détournés?

a) *Le recours à des mesures de clémence à des fins d'impunité*

38. Rappelons quels sont les principes normalement applicables:

L'amnistie. Elle a pour conséquence d'ôter aux faits visés leur caractère délictueux de même que la peine est censée n'avoir jamais été exécutée, que l'auteur ait ou non fait l'objet de poursuites, qu'il ait ou non été condamné, que la peine ait ou non été exécutée; seuls perdurent les droits des tiers¹⁴.

La grâce. D'origine coutumière, elle est prononcée en vertu d'un pouvoir régalien relevant des prérogatives du seul chef de l'Etat;

¹⁴ Pour plus de détails sur l'amnistie, voir "Etude sur la législation d'amnistie et sur son rôle dans la protection et la promotion des droits de l'homme" (E/CN.4/Sub.2/1985/16), rapport de M. Louis Joinet, Rapporteur spécial.

individuelle, elle dispense le bénéficiaire, en totalité ou en partie, de l'exécution de la peine mais, au contraire de l'amnistie, n'efface pas la condamnation.

La grâce amnistiante. Combinaison des deux mesures précédentes, elle produit les effets de l'amnistie (effacement de la condamnation) et de la grâce (mesure personnelle indépendante de la nature des faits délictueux).

39. Ce rappel permet de mieux comprendre comment s'opère la manipulation: elle consiste à respecter la lettre mais non l'esprit de ces mesures de clémence. Dans le cas de l'amnistie, elle fait l'économie du Parlement, ce qui permet aux auteurs de violations de s'auto-amnistier. En ce qui concerne le droit de grâce, il est exercé, dans ce contexte, par un chef d'Etat autoproclamé, ce qui enlève toute légitimité à ce pouvoir qui est déjà — en soi — exorbitant et lui confère un véritable droit de vie et de mort sur autrui lorsque la peine capitale est prévue dans l'échelle des peines comme c'est hélas trop souvent le cas dans les situations troublées.

40. Sous prétexte d'équilibre, un autre procédé dit "de l'amnistie réciproque" favorise en réalité l'impunité. On amnistie les anciens opprimés pour mieux amnistier les oppresseurs qui eux ne l'étaient pas. Cette manoeuvre est évidente lorsque la pseudo-loi, toujours sous couvert d'équilibre, impose le silence à la victime pour mieux faire oublier le tortionnaire. Elle organise une sorte de "conspiration du silence" qui, par des mesures dites d'application, ôte toute possibilité pour les victimes d'obtenir les réparations pécuniaires ou simplement morales auxquelles elles peuvent prétendre selon le droit commun. L'objectif est alors moins d'éviter le coût budgétaire d'indemnités réparatrices que d'empêcher toute forme d'enquête pouvant donner lieu, ne serait-ce qu'à l'occasion d'une audience de jugement, fut-elle de simple indemnisation, à une forme quelconque de publicité.

b) *Le recours à des règles de droit commun détournées à des fins d'impunité*

41. Quelles sont ces règles selon le droit commun?

La prescription. Elle vise soit l'action publique, soit l'exécution de la peine. Dans la première hypothèse, passé un certain délai que fixe la

loi, l'action publique est éteinte, ce qui rend caduque la possibilité d'ouvrir des poursuites ou de continuer celles en cours, quelles que soient les infractions commises; la prescription opère en effet *in rem*; tous les auteurs, coauteurs ou complices en sont donc les bénéficiaires à compter du jour des faits alors même que les agissements des uns et des autres se situent à des périodes différentes. Dans la seconde hypothèse, la peine ne pourra plus être mise à exécution même si la personne qui, par définition a déjà été jugée (évasion, jugement *in absentia*), venait à être arrêtée.

Les circonstances atténuantes. Le procédé le plus répandu fait appel au principe dit "de l'obéissance due" en vertu duquel la peine prononcée est symbolique, voire inexistante. L'auteur des violations, ne faisant qu'exécuter des ordres émanant d'un supérieur hiérarchique, serait libéré de sa responsabilité pénale. La question ne se pose en principe que dans les institutions étatiques strictement hiérarchisés (essentiellement l'armée et la police), fondées sur une stricte discipline. Le refus d'obéissance à un supérieur est alors érigé en infraction disciplinaire, voire pénale, de sorte que la marge de liberté de l'exécutant est institutionnellement réduite, voire annihilée¹⁵.

42. Quels sont les détournements opérés? C'est précisément pour combattre les manipulations des règles de la prescription et des circonstances atténuantes que les associations de victimes et les organisations non gouvernementales de droits de l'homme revendiquent:

- a) D'une part, que les violations les plus graves soient qualifiées de crime contre l'humanité afin qu'elles soient imprescriptibles par nature ou, à tout le moins, que certains de ces crimes (par exemple des disparitions forcées) soient qualifiés de crimes continus afin que le point de départ de la prescription soit reporté au jour où le cas est élucidé, c'est-à-dire la personne étant réapparue ou la preuve de son décès étant rapportée. On se référera à ce propos à

¹⁵ Voir Roland Bersier "Les circonstances atténuantes selon le principe de l'obéissance due", dans *Non à l'impunité, oui à la justice*, actes des Rencontres internationales sur l'impunité organisées par la CIJ à Genève en novembre 1992 (voir note N° 1 ci-dessus).

l'article 17 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées¹⁶.

- b) D'autre part, que l'obéissance due ne puisse être invoquée pour de tels crimes (voir le paragraphe 1 de l'article 6 de la Déclaration précitée. Voir aussi le paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention contre la torture selon lequel "L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture"; à noter que cette rédaction laisse ouverte la question de savoir si un tel ordre peut être invoqué comme circonstance atténuante).

43. Les statuts du Tribunal de Nuremberg faisaient en revanche explicitement référence aux circonstances atténuantes: "Le fait qu'une personne ait agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne la dégage pas de la responsabilité d'un crime, mais peut être considéré comme circonstance atténuante". Dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission du droit international semble aller dans le même sens, mais seulement de manière implicite:

"ARTICLE 11

Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique

Le fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité pénale s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances¹⁷.

Mais si elle n'a pas eu cette possibilité, doit-on *a contrario*, exclure sa responsabilité ou n'accorder que des circonstances atténuantes? Là encore, la question reste ouverte.

¹⁶ Résolution 47/133 de l'Assemblée générale du 18 décembre 1992.

¹⁷ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément N° 10 (A/46/10)*, chap. IV, sect. D.2, p. 279 et 280).

II. L'ETAT ET LA PROBLEMATIQUE DE LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE

44. Jusqu'à une date récente, la lutte contre l'impunité était essentiellement prise en compte par l'action des organisations non gouvernementales. Les Etats, pour des motifs tenant à l'actualité nationale ou pour éviter le rappel de "certains traumatismes" de leur histoire, étaient peu enclins à accepter que cette question fut mise à l'ordre du jour. D'où l'importance, en que qu'elle encourage la Sous-Commission dans sa démarche, de la résolution 1993/43 précitée de la Commission des droits de l'homme, démarche que la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, dans son Document final, vient d'encourager à son tour en ces termes: "La Conférence mondiale s'inquiète de la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme et appuie les efforts que déploient la Commission des droits de l'homme et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités pour examiner tous les aspects de ce problème".

A. LA PRISE DE CONSCIENCE PAR LES ETATS DE LEURS RESPONSABILITES

45. Cette prise de conscience peut être grandement facilitée par une approche non sélective du problème, fondée sur les constatations suivantes:

- a) Les pratiques qui conduisent à l'impunité ne sont pas le "monopole" d'un pays ou d'un continent, mais peuvent prendre racine dans toute culture; tout pays peut, à un moment ou à un autre de son histoire, être confronté à ce fléau;
- b) La thèse selon laquelle l'impunité serait inversement proportionnelle au niveau de démocratie réelle (les auteurs de violations graves et massives auraient peu de chance de rester impunis dans un pays se considérant de longue tradition démocratique) doit être relativisée; elle omet, en effet, de tenir compte — là encore — de la dimension historique du phénomène en faisant abstraction, par exemple, des atrocités commises par de nombreux pays d'Europe de l'Ouest pendant les guerres coloniales, anciennes ou récentes,

atrocités demeurées impunies dans la quasi-totalité des cas. A cet égard, la commémoration en 1992 dite de la "Découverte des Amériques" ou, plus encore, la proclamation par l'Assemblée générale de l'année 1993 "Année internationale des populations autochtones" auront été l'occasion d'approfondir cette prise de conscience, qu'il s'agisse du génocide des Indiens ou de la traite négrière vers les Amériques¹⁸;

- c) La connaissance de plus en plus précise que l'on a des mécanismes des violations massives — notamment grâce au développement de la procédure des rapporteurs spéciaux par thème ou par pays, des comités, organes de suivi des conventions, ainsi que des plans de paix de type de celui qui a été élaboré par la Mission d'observation des Nations Unies en El Salvador (ONUSAL) — montre qu'ils ne sont ni une fatalité, ni la conséquence d'une quelconque incompétence, mais la manifestation d'une volonté politique délibérément conçue et appliquée et que, comme tels, ces mécanismes sont réversibles;
- d) La fin de la guerre froide a apporté une dimension nouvelle et — complémentaire — à la problématique de l'impunité, avec l'apparition de processus originaux de démocratisation, de retour à la démocratie ou de remise en cause de certaines conceptions de la démocratie. Au-delà de l'échec ou de la réussite, ces processus ont permis, avec le recul du temps, de faciliter cette prise de conscience au niveau étatique; après l'Amérique latine, le Sud-Est asiatique et plus récemment l'Afrique, la chute du mur de Berlin a précipité l'est de l'Europe dans cette voie pleine de risques avec la montée des nationalismes à l'Est et du racisme à l'Ouest, mais aussi pleine d'espoir. Dans la plupart des cas, les violations massives des droits de l'homme qui avaient été niées avec fermeté et constance dans les enceintes des Nations Unies se sont révélées vraies et parfois encore plus graves qu'on le croyait.

¹⁸ UNESCO, Colloque sur le rôle de l'Afrique et ses répercussions dans la rencontre des deux mondes. Commémoration du cinquième Centenaire, Praia (Cap-Vert), 4-8 mai 1992. Voir notamment le document de travail, partie III.

B. LES OBLIGATIONS AUXQUELLES S'ENGAGENT LES ETATS AU REGARD DES NORMES DE DROIT INTERNATIONAL POUR LUTTER CONTRE L'IMPUNITE

46. Les instruments internationaux consacrant cette impérative obligation sont de plus en plus nombreux, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'ils soient de mieux en mieux appliqués. Dans les paragraphes ci-dessous nous mentionnerons l'essentiel des normes de droit international qui concernent la lutte contre l'impunité.

1. La Déclaration universelle des droits de l'homme

47. Les articles 7 et 8 de cet instrument fondamental disposent ce qui suit:

Article 7 — Tous sont égaux devant la loi et ont droit, sans distinction, à une égale protection de la loi.

Article 8 — Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi.

Toute personne doit donc pouvoir, au quotidien, jouir de ses droits et les exercer sans entrave et sous la protection, si nécessaire, d'institutions judiciaires et administratives prévues à cet effet.

2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

48. Ce Pacte réaffirme le principe suivant en son article 2:

"1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leurs compétences les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune [...].

3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à:

- a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;
- b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnels;
- c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié."

3. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

49. L'article 4 de cette Convention stipule que "Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture". L'article 5 établit en outre une clause de compétence universelle qui fait obligation à chaque Etat partie de juger ou d'extrader les auteurs de tels crimes qui seraient en sa possession.

4. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide

50. Adopté par l'Assemblée générale le 9 décembre 1948, cet instrument qualifie le génocide de "crime du droit des gens", ce qui lui confère les mêmes attributs qu'à un crime contre l'humanité. A noter que l'article VI prévoit que les responsables pourront être traduits "devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des

Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction". Cette disposition est restée lettre morte, de même que celle prévue par l'article VIII selon lequel "Toute Partie contractante peut saisir les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des actes énumérés à l'article III".

51. Rappelons enfin qu'à son article II, la Convention énumère de manière limitative les groupes victimes: destruction, "en tout ou en partie, [d']un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel". Le "groupe politique" qui figurait dans l'avant-projet ne fut finalement pas retenu. Cette lacune est d'autant plus regrettable que cette deuxième partie du XXème siècle a connu des massacres ayant toutes les caractéristiques du génocide (tel que celui commis par les Khmers rouges), mais ne pouvant être reconnus comme tels parce que visant un groupe en tant que groupe politique. Il conviendra, lors du rapport final, de réexaminer cette question à la lumière de l'étude de M. Benjamin Whitaker sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide (E/CN.4/Sun.2/1985/6).

5. La Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid

52. Pour mémoire, rappelons que cette Convention énonce ce qui suit à son article V:

"Les personnes accusées des actes énumérés à l'article II de la présente Convention peuvent être jugées par un tribunal compétent de tout Etat partie à la Convention qui pourrait avoir juridiction sur lesdites personnes, ou par un tribunal pénal international qui serait compétent à l'égard de ceux des Etats parties qui auront accepté sa compétence."

Ce tribunal international lui aussi n'a jamais vu le jour; quant à la Convention, si elle a permis des effets incantatoires, elle n'a jamais donné

lieu à application effective étant le plus souvent invoquée par les organisations non gouvernementales et ignorées par les Etats parties.

6. La Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité

53. Cette Convention est complétée par la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 3 décembre 1973 relative aux Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité qui dispose dans son paragraphe 1:

"Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés."

Dans ce but, ils s'engagent à se porter mutuellement leur concours en coopérant sur une base tant bilatérale que multilatérale.

7. La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

54. Adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution A/47/133 du 18 décembre 1992, cette Déclaration comporte des dispositions qui en font l'un des textes les plus avancés dans le domaine de la lutte contre l'impunité. On citera parmi les principales dispositions en ce sens:

- a) Le préambule (al. 4) qui constate que la pratique systématique des disparitions forcées "est de l'ordre du crime contre l'humanité";

- b) Les articles 3 et 6 qui écartent les circonstances atténuantes et donc excluent le bénéfice du principe de "l'obéissance due" sauf pour l'auteur qui scelle son repentir en communiquant des informations permettant d'éclaircir des cas de disparition forcée;
- c) L'article 14 qui crée les conditions d'une clause de compétence universelle;
- d) L'article 17 qui qualifie les disparitions forcées de crimes continus, ce qui les rapproche de la catégorie des crimes imprescriptibles en retardant le point de départ de la prescription au jour de la réapparition du disparu ou de la preuve de son décès.

8. Les quatre Conventions de Genève et leurs Protocoles I et II

55. Le droit international humanitaire tel que codifié par ces instruments constitue l'un des moyens les plus contraignants pour les Etats. L'article premier, commun aux quatre Conventions, stipule en effet que "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à *faire respecter* [souligné par l'auteur] la présente Convention en toutes circonstances". Chaque Etat partie s'engage donc non seulement vis-à-vis de lui-même — ce qui est la règle — mais également — ce qui est tout à fait exceptionnel — vis-à-vis des autres, que ces derniers ou lui-même soient ou non parties au conflit en cause.

56. Cette incitation à l'universalité est encouragée par l'existence d'une clause de compétence universelle de même nature que celle qui est prévue par la Convention contre la torture (voir par. 49). Là encore, il conviendra d'examiner dans le rapport final pourquoi il en est fait si peu usage alors que cette clause est commune aux quatre conventions (I, art. 49; II, art. 50; III, art. 129; IV, art. 146), de même que sont communes celles qui concernent les mécanismes prévus pour la poursuite et la répression des infractions graves (I, art. 50 à 52; II, art. 51 à 53; III, art. 130 à 132; IV, art. 147 à 149; Protocole I, art. 85 et 86).

57. Fin 1992, 175 des 178 Etats Membres des Nations Unies avaient ratifié les Conventions de Genève. Il s'agit donc — fait sans précédent —

de normes conventionnelles de portée quasi-universelle, ce qui en fait l'un des instruments les plus efficaces pour lutter contre l'impunité pour peu qu'existe une véritable volonté politique de les appliquer. Mais existe-t-elle? Il conviendra, là encore, d'analyser dans le rapport final pourquoi il est si peu tiré parti des dispositions pertinentes des quatre Conventions et de leurs Protocoles pour le combat contre l'impunité.

58. Telles sont, pour l'essentiel, les normes de droit international concernées par la lutte contre l'impunité. Cet inventaire non exhaustif montre l'importance d'un examen vigilant, pays par pays, de la conformité des normes internes par rapport aux normes internationales et de l'interprétation qu'en donnent les institutions chargées de leur mise en oeuvre, faute de quoi l'impunité risque de continuer à régner sur le droit.

9. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

59. Pour terminer cet inventaire, il faut citer le projet de code élaboré par la Commission du droit international (CDI), qui, dans la deuxième partie traitant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, contient l'article 21 intitulé "Violations systématiques ou massives des droits de l'homme". Cet article vise l'homicide intentionnel, la torture, le fait de placer ou maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé, la persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels et la déportation ou le transfert forcé de populations.

C. LES CONTRADICTIONS ENTRE LE BESOIN DE JUSTICE, LES IMPERATIFS DE LA MEMOIRE COLLECTIVE ET LES CONTRAINTES POLITIQUES DE LA RECONCILIATION

60. Ces contradictions évoluent en fonction du rapport, à un moment donné, des forces sociales en présence, qui, elles-mêmes, évoluent en

fonction du temps qui passe. Ces contradictions peuvent être réactivées avec le recul du temps, le besoin de savoir l'emportant alors sur le besoin de justice. C'est dans ce contexte qu'il revient à l'Etat de prendre sa part de responsabilité — et elle est essentielle — dans l'organisation de la lutte contre l'impunité conçue comme un projet politique en ce qu'elle concerne le passé, mais détermine aussi le futur du pays.

1. Le besoin de justice

61. Opposants politiques ou dissidents, opposants d'opinion, membres de mouvements belligérants ou simples citoyens, les victimes, en demandant justice, sont le levier de la lutte contre l'impunité. C'est en leur nom que la communauté internationale se mobilise. Ce besoin de justice peut se manifester selon des priorités différentes liées à l'histoire propre à chaque pays. En Amérique latine, par exemple, la sensibilité des organisations de victimes est plus spécialement mobilisée pour obtenir le jugement des oppresseurs, l'épuration de l'armée et l'élucidation du sort des personnes victimes de disparitions forcées. En Europe de l'Est, l'opinion — tout en demandant justice contre les principaux responsables — est plus préoccupée par la réhabilitation des victimes, d'une part, notamment au plan moral dans la mesure où les opposants étaient souvent assimilés à des asociaux, des aliénés où tout simplement à des criminels de droit comum, et d'autre part, par l'épuration de l'administration avec les risques d'excès que cela comporte. Il incombe tout d'abord à l'institution judiciaire nationale de répondre à ce besoin de justice; mais en cas de défaillance se pose la question de la compétence d'un tribunal international¹⁹.

a) *Les réponses au plan national*

62. De l'idéalement souhaitable au relativement possible, il existe toute une gamme d'options. Nous retiendrons celles qui sont les plus fréquemment rencontrées: le recours aux tribunaux nationaux, d'une part,

¹⁹ Louis Joinet, "L'amnistie: le droit à la mémoire entre le pardon et l'oubli" dans *Communications*, Paris, 1989, N° 49.

la création d'une commission nationale d'enquête sur les violations graves commises sous le régime précédent, d'autre part.

i) Le rôle des tribunaux nationaux

63. La compétence juridictionnelle nationale doit rester la règle, l'action répressive relevant du monopole des Etats. C'est d'ailleurs pour cette raison que les conventions prévoient l'engagement pour les Etats parties d'adapter leur cadre juridique et d'incorporer dans leur droit interne les normes conventionnelles (procédures de réception)²⁰. L'éventuelle compétence d'une juridiction internationale ne saurait donc être que subsidiaire. Les deux catégories de mesures qui peuvent être prises sont étudiées ci-après.

64. La première mesure consiste à abroger les lois et juridictions d'exception (ou à tout le moins de dessaisir ces dernières) qui ont servi d'instrument ou de caution aux violations dont ont été victimes ceux qui manifestent leur besoin de justice. Le document final de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 14-25 juin 1993) insiste particulièrement sur ce point; on y lit que les Etats devraient abroger les lois qui reviennent à assurer l'impunité aux personnes responsables de violations graves des droits de l'homme telles que les actes de torture, et qu'ils devraient poursuivre les auteurs de ces violations, asseyant ainsi la légalité sur des bases solides (voir A/CONF.157/22, deuxième partie, sect. B.5, par. 50).

65. En application du principe dit du "parallélisme des formes", la voie de l'abrogation par décret semble pouvoir être empruntée, du moins pour les textes promulgués en dehors de tout contrôle parlementaire ou sous le contrôle d'un parlement alibi dont les membres sont désignés par l'autorité exécutive et ne sont pas élus conformément aux règles élémentaires de la participation populaire.

²⁰ Sauf lorsqu'il s'agit de conventions dites "*self-executing*", c'est-à-dire, dont les dispositions de fond sont directement applicables dans l'ordre juridique interne.

66. La deuxième mesure concerne les juges composant les juridictions compétentes. A supposer adoptée — ou en tout cas applicable — une législation interne contre l'impunité, comment vaincre la réticence des juges en fonction dès lors qu'ils ont cautionné l'ancien régime — voire coopéré activement avec lui? On sait combien cette sorte de connivence proche de la complicité, explicite sous l'ancien régime, peut ultérieurement persister de manière implicite²¹. Changer purement et simplement ces juges est, dans les situations les plus dégradées, la seule mesure envisageable²²; mais à chaque fois qu'une solution de compromis est possible, il convient de rechercher le maximum de compatibilité avec le principe d'inamovibilité considéré comme l'une des garanties essentielles de l'indépendance. Deux possibilités sont alors offertes.

67. La première possibilité consiste à distinguer entre, d'une part, les magistrats nommés conformément à un Etat de droit, d'autre part, ceux qui sont désignés en application d'un statut ne comportant pas l'essentiel des garanties fixées par les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature²³, surtout lorsqu'ils ont été purement et simplement nommés par le pouvoir exécutif. Dans cette deuxième hypothèse, il peut être fait appel, là encore, à la règle du parallélisme des formes légitimant la possibilité, par simple décision du pouvoir exécutif, de muter ces magistrats (pour ne pas dire ces pseudo-magistrats) ou de les révoquer sous réserve que soit respecté, conformément au paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue.

²¹ Etienne Bloch, "L'épuration", dans *Non à l'impunité, oui à la justice*, actes des Rencontres internationales sur l'impunité organisées par la CIJ à Genève en novembre 1992 (voir note N° 1 ci-dessus).

²² Telle est la solution proposée en El Salvador dans le cadre de la mise en oeuvre du plan ONUSAL. Voir à ce propos le rapport de la Commission de la vérité (S/25500, Annexe, chap. V, sect. I.D.a)).

²³ Voir les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à Milan du 26 août au 6 septembre 1985. Voir aussi les Principes de base relatifs au rôle du barreau et les Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane du 27 août au 7 septembre 1990.

68. La seconde possibilité consiste à créer une juridiction qui aurait une compétence d'attribution au plan national et dont les juges seraient nommés en conformité avec les Principes relatifs à l'indépendance de la magistrature en tenant compte, si possible, dans la composition collégiale, du pluralisme des sensibilités. Pour éviter que cette juridiction n'encourt le grief de tribunal de circonstance ou d'exception, ses règles de procédure et de fonctionnement devraient être celles de la justice pénale ordinaire ou, en tout cas, respecter les garanties de procédure prévues au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

69. En outre, il peut y avoir d'autres causes — objectives — qui favorisent l'impunité, notamment l'absence de formation et le manque des moyens. On a cité le cas d'un pays dans lequel, faute de ressources, moins de 25% des magistrats ont une formation juridique.

ii) Le rôle des commissions nationales d'enquête et d'établissement de la vérité.

70. L'Argentine a été le premier pays à prendre une telle initiative en créant le 15 décembre 1983 une commission nationale sur les personnes disparues (CONADEP) qui a remis en 1984 un rapport très détaillé, sous le titre de "Nunca Mas". Le Chili a pris, en avril 1990, une initiative qui mérite d'être soulignée, avec la mise en place de la Commission nationale "Vérité et réconciliation" qui s'est non seulement efforcée d'enquêter sur les faits, mais a aussi analysé, catégorie par catégorie, le comportement, faits de résistance ou de compromission de la société chilienne (partis politiques, syndicats, associations caritatives, presse, églises, etc.) pendant le régime dictatorial. Son volumineux rapport²⁴, outre qu'il tente de faire la lumière sur les cas de violations les plus graves, propose des mesures en faveur des victimes et des actions pour prévenir de nouvelles violations. Autre initiative devant être particulièrement soulignée: la création, en El Salvador, lors des Accords de paix de Mexico du 27 avril 1991, de la Commission de la vérité qui a rendu public son rapport le 15

²⁴ Sous le titre *Para creer en Chili* (Croire au Chili), une ONG chilienne, la Commission chilienne des droits de l'homme, en a publié une synthèse dans le cadre d'une campagne nationale d'éducation pour la vérité et les droits de l'homme.

mars 1993 (S/25500, Annexe). A la différence des deux précédentes, elle est composé de personnalités internationales.

71. Ces commissions ont une première fonction insuffisamment soulignée: elles permettent de démontrer ce que fut le "mensonge d'Etat" dans la mesure où elles révèlent comme étant vrais des faits et des exactions constamment démentis à l'époque par les plus hautes autorités.

72. Elles ont surtout pour objet d'établir les faits; mais lorsque leur mandat porte également sur l'établissement des responsabilités, il s'agit le plus souvent de celles des entités de l'Etat qui sont concernées, notamment celles qui ont supervisé, commandé ou exécuté les actes de violations graves, mais non de la responsabilité personnelle de leurs auteurs. A fortiori, elles n'ont pas de pouvoirs juridictionnels. Les informations et témoignages recueillis sont cependant précieux dans l'hypothèse où le dispositif de lutte contre l'impunité mis en place combine l'intervention tant des tribunaux que des commissions d'établissement de la vérité, les éléments recueillis par ces dernières facilitent d'autant le travail des premiers.

73. Mais il se peut qu'un tel dispositif soit ou inefficace ou inexistant. Inefficace lorsque, faute d'une volonté politique suffisante (ou d'avoir les moyens d'une telle politique), les tribunaux ne répondent pas de manière satisfaisante au besoin de justice; inexistant lorsqu'en raison de l'affaiblissement, voire de la désagrégation de l'Etat, les tribunaux sont dans l'impossibilité de fonctionner. Se pose alors, à titre subsidiaire, l'éventualité de transmettre le relais à une juridiction internationale. Il est très important que cette mesure alternative repose sur ce "principe de subsidiarité" pour qu'une telle initiative, surtout s'il s'agit d'un tribunal ad hoc, ne puisse être ressentie comme une forme d'ingérence intérieure ou une atteinte à la souveraineté nationale.

b) *Vers un tribunal international?*

74. A la suite du procès de Nuremberg, l'idée d'une juridiction pénale internationale a été reprise dans la Convention de 1948 contre le génocide puis dans celle de 1973 contre l'apartheid. Bien qu'expressément prévues

par ces deux instruments, ces deux juridictions n'ont finalement jamais vu le jour.

75. Là encore, de l'idéalement souhaitable au relativement possible, il existe toute une gamme d'options:

- a) L'idéalement souhaitable serait un tribunal pénal international permanent institué par une convention multilatérale. Cette hypothèse implique plusieurs années de difficiles négociations pour un instrument qui risque finalement de n'être ratifié que par les Etats estimant avoir peu de probabilité d'être un jour confrontés à sa juridiction.
- b) Le relativement possible, dans un délai raisonnable, nous ramène à l'hypothèse de la création de tribunaux "ad hoc" du type de celui dont le Conseil de sécurité a décidé la création, le 25 mai 1993, par sa résolution 827, pour juger les crimes graves commis dans l'ex-Yougoslavie. Le caractère ad hoc de telles juridictions ne devrait pas hypothéquer l'avenir d'une juridiction permanente, ni être un prétexte pour en différer *sine die* la création. Cette initiative devrait, au contraire, servir de socle au futur projet conventionnel. D'où la nécessité de serrer au plus près les garanties légales d'un état de droit.

76. Il conviendrait donc²⁵, en ce qui concerne les règles de procédure, d'avoir une réponse crédible au grief de "juridiction de circonstance" (voire "d'exception") que peut susciter le caractère "ad hoc" de la juridiction, en retenant, par référence à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les garanties de procédure prévues au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte relatif au droits civils et politiques (présomption d'innocence, principe de légalité des délits et des peines). Cette référence est d'autant plus importante, en l'espèce, que la jurisprudence du Comité se réfère précisément à cet article pour apprécier dans quels cas le caractère d'exception d'une juridiction peut être ou non admis.

²⁵ Louis Joinet, "Options pour la constitution, à partir des mécanismes existants, d'un tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie" (texte non publié).

Le principe "non bis in idem" ne pourrait être opposé puisque, toujours selon la jurisprudence du Comité, il concerne la phase de jugement et non les poursuites d'une part, ne produit effet qu'au plan interne et non au plan international multilatéral, d'autre part.

77. Par ailleurs, éviter le grief de juridiction d'exception conduira à dépasser la conception qui avait prévalu au Tribunal de Nuremberg, dont certaines règles, pour admissibles qu'elles fussent à une époque où le droit international des droits de l'homme était insuffisamment élaboré, ne sauraient être reconduites (absence de double degré de juridiction, rétroactivité relative, etc.).

78. Pour éviter ce grief de rétroactivité au regard des infractions servant de fondement aux poursuites et aux éventuelles condamnations, il conviendrait de s'appuyer autant que faire se peut sur les incriminations prévues par les Conventions de Genève puisque, nous l'avons vu, ces instruments ont été ratifiés par la quasi-totalité des Etats parties. Une réserve toutefois, la pratique du viol n'est pas expressément visée par les Conventions de Genève.

79. Leur application combinée avec la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés présenterait, en outre, un intérêt non négligeable pour lutter efficacement contre l'impunité dans la mesure où selon cette dernière Convention, le caractère politique de ces infractions ne pourrait être invoqué par la personne en fuite. En effet, la section F de l'article 1 écarte, pour l'intéressé, la possibilité d'obtenir le statut de réfugié politique:

"F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

- a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;
- b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;

- c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies."

80. Par ailleurs, hormis le cas d'un tribunal créé après la victoire et chargé de juger les vaincus, la comparution — du moins à court terme — des personnes poursuivies est aléatoire; il conviendrait donc de ne pas écarter la possibilité d'user de la procédure par "contumace", précédée d'une invitation solennelle à se présenter spontanément et suivie, en cas de condamnation, de la diffusion d'un mandat international par les soins de l'OICP-INTERPOL. Cette procédure serait en outre compatible avec les statuts de cette organisation puisque — nous l'avons vu — le caractère politique ne pourrait être opposé. Ce mandat "condamnerait" l'intéressé à une sorte d'assignation à résidence dans son pays (principe de non-extradition des nationaux) ou à vivre en hors-la-loi (clandestinité, fausse identité, chirurgie esthétique, etc.) sur le reste de la planète ce qui, pour une personnalité prétendant à une stature internationale — par exemple d'homme d'Etat — est un handicap sérieux.

81. On ne saurait certes sous-estimer les réticences des pays dont le système juridique, d'inspiration anglo-saxonne, ne connaît pas la procédure de jugement *in absentia*. Un compromis doit être recherché car — faut-il le répéter? — sauf hypothèse d'un tribunal jugeant des vaincus (encore que nombre d'entre eux peuvent être en fuite, ce qui laisse subsister l'utilité de la procédure par contumace), les auteurs des violations graves ne se présenteront pas spontanément. Cette situation risque, aux yeux de l'opinion, de décrédibiliser gravement l'image d'un tribunal faisant l'objet d'une forte publicité et créé à grands frais ... pour finalement ne pas rendre la justice.

82. Une suggestion de compromis a été proposée, à l'initiative de M. Alain Pellet, membre de la Commission du droit international: elle consiste à prévoir dans les règles de procédure du tribunal que, passé un certain délai, l'invitation à se présenter suivie de la défaillance du prévenu dûment constatées, l'acte d'accusation serait rendu public en audience puis le cas échéant, l'inculpation prononcée à cette occasion, solennellement, et, dans ce cas, un mandat d'arrêt international diffusé dans les conditions précitées.

83. Enfin, la vigilance des Etats parties aux Conventions de Genève devrait être appelée, d'une part, sur l'article premier, commun aux quatre Conventions, par lequel ils s'engagent non seulement à respecter, mais aussi à "faire respecter" les conventions en toutes circonstances, d'autre part sur la clause de compétence universelle commune aux quatre Conventions (I, art. 49; II, art. 50; III, art. 129; IV, art. 146).

84. Dans son commentaire sur les Conventions de Genève, Jean Pictet, se référant aux articles précités, souligne que la portée de la compétence universelle exclut nullement la remise des inculpés à une juridiction internationale dont les Parties contractantes auraient reconnu la compétence.

2. Les impératifs de la mémoire collective

85. Préserver juridiquement le droit à la mémoire a été l'un des objectifs fondamentaux des auteurs du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg lorsqu'ils ont forgé le concept de crime contre l'humanité dont l'un des attributs essentiels est l'imprescriptibilité. Il vise à reculer à l'infini les limites de l'oubli qui, lui, est organisé juridiquement par les mécanismes de la prescription. Cette importante étape du droit international répond aux quatre aspirations explicitées dans les paragraphes ci-dessous.

a) *Tout faire pour que la justice puisse passer compte tenu de l'extrême gravité des violations*

86. La barbarie des faits est telle qu'elle exige l'imprescriptibilité afin que le cours de la justice ne puisse être détourné. La répression de droit commun ne saurait suffire: il faut — dit-on — que "passe la justice", que "justice soit faite". Cette situation d'exception — elle-même grave, puisqu'elle tient en échec l'un des plus anciens principes juridiques, la prescription — ne doit donc être réservée, pour reprendre la formule de l'alinéa 4 du Préambule de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité qu'aux "crimes de droit

international les plus graves"²⁶. Diverses formules sont utilisées pour qualifier cette extrême gravité; il doit s'agir d'une "pratique massive" cumulant des caractéristiques qui la définissent comme un "ensemble" et un "système" ou, selon la formule plus rigoureuse de la Cour de cassation française, d'une "politique d'hégémonie idéologique".

87. Mais la qualification de crime contre l'humanité comporte d'autres effets également en relation avec le caractère barbare des actes. On aurait pu concevoir un système qui considère l'imprescriptibilité comme une sorte de circonstance aggravante attachée à l'extrême gravité d'actes réprimés selon le droit commun. En retenant le principe d'une qualification spécifique, les Etats parties à l'Accord de Londres du 8 août 1945 ont voulu conférer au crime contre l'humanité non seulement un caractère imprescriptible mais aussi un caractère infamant. Si le but recherché eut été seulement l'imprescriptibilité en tant que telle, point n'était nécessaire de donner une qualification spécifique au crime contre l'humanité. Il eut suffi de donner une liste de crimes de droit commun (...) réputés imprescriptibles dès lors qu'ils seraient commis au nom d'une politique d'hégémonie idéologique pour reprendre la formule précitée. Les auteurs de l'Accord de Londres ont voulu prendre en compte non seulement l'homme atteint dans sa vie ou par la mort, mais surtout l'infamie de l'atteinte qui est faite à la condition humaine tout entière par "la négation de l'humanité chez des membres d'un groupe d'hommes en application d'une doctrine"²⁷.

88. La tentation est forte, en raison notamment de la pression bien compréhensible des victimes ou de leurs proches, de qualifier de crimes contre l'humanité de nombreuses violations en raison de leur intensité ou de la gravité de leurs conséquences sur la société. Mais l'interprétation stricte doit prévaloir, si l'on ne veut pas "banaliser" ce concept. C'est ainsi que l'idée a été avancée de qualifier de crime contre l'humanité le narco-

²⁶ Voir aussi le document de travail présenté par S. Tchernichenko sur l'élaboration d'une déclaration reconnaissant comme un crime international les violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/1992/51).

²⁷ Pierre Truche, "Le crime contre l'humanité". Communication présentée au Séminaire de philosophie du droit organisé à Paris, le 2 décembre 1991, par l'Institut des hautes études sur la justice.

trafic pour ne plus permettre aux auteurs de se réfugier habilement derrière la prescription. Cette banalisation peut être évitée tout en tendant vers l'objectif recherché: il suffit de déclarer ces infractions spécifiquement imprescriptibles, sans nécessairement les qualifier de crimes contre l'humanité, voire plus simplement de crimes continus, ce qui retarde le point de départ de la prescription au jour où la justice est en mesure de "passer", ce qui est l'objectif à atteindre.

89. Le procès par lui-même, indépendamment de sa vocation répressive, est un des éléments de la mémoire collective. Il permet de soumettre publiquement les faits, les preuves et les témoignages à la rigueur d'un débat contradictoire et ensuite d'en verser les actes aux archives qui, elles, sont la vraie mémoire. De ce point de vue, on peut dire qu'à Nuremberg, l'important fut moins le prononcé d'une condamnation que le fait même que le procès ait eu lieu avec sa puissance de mémorisation.

b) Prévenir le retour des crimes contre l'humanité

90. Lutter contre l'oubli par l'imprescriptibilité, c'est aussi suspendre une épée de Damoclès au-dessus de tout auteur de crime contre l'humanité. Le fait pour un tortionnaire d'avoir la conviction qu'il pourra être appelé un jour à rendre des comptes est le plus efficace moyen de prévention de la torture par la dissuasion. A tout le moins, cela évite-il qu'il ne revienne — narguant la victime — occuper le devant de la scène après la chute du régime dont il était complice.

c) Lutter contre le révisionnisme

91. Cette dernière décennie a vu progresser les thèses révisionnistes qui tentent de remettre en cause des faits historiques ou la manière dont ils se sont déroulés afin de mieux les nier ou, plus habilement, de les relativiser (thèse du massacre venant se substituer à celle du génocide, par exemple). Cette relativisation vise, entre autres, à leur enlever leur caractère d'extrême gravité afin de les exclure de la catégorie des crimes contre l'humanité. Etant alors soumis à la prescription ordinaire, avec le temps, le procès pourra être évité.

92. Au-delà des archives judiciaires, ce sont donc toutes les archives publiques qui doivent être préservées pour endiguer efficacement cette montée des thèses révisionnistes qui souvent n'émergent qu'après une très longue période de latence. Nous nous attacherons plus spécialement à l'examen de deux catégories d'archives: d'une part, celles des lieux de détention, d'autre part, les fichiers des services de sécurité, de renseignements et de police politique.

i) Les archives des lieux de détention

93. Sont concernées les archives de tous les lieux de privation de liberté, qu'il s'agisse de prisons, y compris les prisons non officielles, ou d'hôpitaux psychiatriques. Elles permettent aux victimes de faire valoir leurs droits, notamment en raison d'éléments de preuve irremplaçables pour fixer les responsabilités (identification des personnels d'encadrement et de surveillance). Faut-il rappeler qu'en France, ce sont les déportés regroupés dans le camp de Drancy pour être acheminés vers les camps de concentration qui, lors de leur libération, se sont opposés à la destruction des fichiers par leurs propres gardiens? Mais surtout, elles permettent de mieux détecter soit les lieux clandestins de détention, soit, dans les prisons officielles, les cas de détention secrète. Toute gestion d'un groupe humain, fut-ce dans de telles circonstances, suppose, pour toute administration, la tenue d'un minimum d'archives: le constat, par exemple, d'un déséquilibre significatif entre le nombre élevé des rations alimentaires et l'effectif réduit des personnes réputées être détenues peut être un indice important de détention clandestine.

ii) Les fichiers des services de renseignements et de la police politique

94. En cas de changement de système politique, le sort de ces fichiers fait problème dès les premières heures qui suivent la chute de l'ancien régime. Le principe de la conservation doit prévaloir sur celui de la destruction, quitte à prévoir une stricte réglementation de leur utilisation. Paradoxalement, le réflexe de destruction peut être partagé tant par les oppresseurs que par les ex-victimes. Pour les uns, il s'agit de faire disparaître les traces de leur implication (cas des collaborateurs de la STASI dans l'ex-République démocratique allemande), pour les autres, c'est la

crainte de voir l'utilisation de ces fichiers — considérés comme infâmes — se perpétuer (cas des fichiers dressés en France contre les juifs par le gouvernement de Vichy entre 1940 et 1944). Une troisième hypothèse particulièrement douloureuse est, hélas, à prendre en compte: celle de la victime qui, parce qu'elle a coopéré sous la torture, s'efforce d'en faire disparaître la trace afin de pouvoir préserver l'intimité de son secret vis-à-vis de ses proches ou surtout, de ceux — souvent amis — qui furent indirectement ses victimes.

95. Pour toutes ces raisons, la décision d'ouvrir ou non au public ces archives est d'une particulière gravité car la sensibilité de leur contenu complique tout processus de retour à la tolérance en vue d'une éventuelle conciliation ou réconciliation nationale. De ce point de vue, on se félicitera de la position prise au Paraguay après la découverte, en février 1993, de plusieurs tonnes d'archives de la garde de sécurité du dictateur Alfredo Stroessner; elles contiennent notamment les archives de l'Opération Condor lancée à partir du Chili du général Pinochet et confirmant l'information (toujours démentie antérieurement) de l'existence d'un réseau de coordination des services de sécurité unissant l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Paraguay et l'Uruguay²⁸.

96. D'où l'importance d'une réglementation stricte des archives pour assurer leur conservation, organiser leur accès et garantir les droits des personnes qu'elles mettent en cause.

Assurer la conservation des archives

97. Il s'agit moins de fixer des garanties techniques que de lutter contre un phénomène d'apparition récente, le trafic international d'archives par leurs anciens responsables. En Russie, par exemple, le vol de documents à des fins commerciales semble avoir pris une ampleur telle que le Président de la Commission parlementaire pour le transfert des archives à la Russie, ainsi que son adjoint, ont écrit au chef de l'Etat pour lui

²⁸ Pour une synthèse, voir le bulletin N° 1767, du 5 avril 1993 de l'agence Diffusion de l'information sur l'Amérique latine (DIAL).

faire part de leur inquiétude à propos de la vente de documents d'archives, notamment du KGB, à des éditeurs étrangers²⁹.

Organiser l'accès aux archives

98. Cette question recouvre deux situations: l'accès ouvert aux chercheurs et historiens et le droit individuel d'accès aux informations la concernant qui devrait être ouvert à toute personne mise en cause. Sur le premier point, il est indispensable de donner une base juridique, car la plupart des régimes autoritaires ne connaissant pas même un minimum de transparence, tous les documents sont classés "secrets". Sur le deuxième point, aucun secret ne devrait pouvoir être opposé à l'exercice du droit individuel d'accès. Toute personne mise en cause doit en effet avoir le droit:

- a) "à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi" (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, par. 1), au moins à titre de recours;
- b) à se prévaloir, dans certains cas (vie familiale, vie sentimentale) sans lien avec les faits répréhensibles de son droit à la protection de sa vie privée au sens de l'article 17 dudit Pacte selon lequel:

"1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes."

²⁹ Nadine Marie-Schwartzberg, *Le KGB*, Paris, Presses universitaires de France, collection "Que sais-je?", 1993. Au chapitre VI, on peut lire que des agents du KGB ont cherché à vendre à des éditeurs occidentaux des documents d'archives extrêmement précieux et que l'Agence fédérale de sécurité — qui a succédé pendant un bref laps de temps au KGB — a conclu un marché avec une société américaine qui projette de réaliser une série télévisée sur la base de dossiers ultrascrets de l'ancien KGB. Le Service des renseignements extérieurs de Russie, quant à lui, organiserait une spéculation commerciale à partir d'une société-écran, l'Association des vétérans des services de renseignements (AVR).

99. Compte tenu de la complexité de la tâche et pour éviter l'encombrement des tribunaux, il paraît raisonnable d'admettre que, dans un premier temps, les demandes d'accès aux fichiers comme les contestations relatives aux informations qu'ils contiennent puissent être soumises à l'appréciation d'une commission ad hoc dès lors qu'elle présenterait des garanties suffisantes d'impartialité et sous réserve qu'un recours devant un tribunal au sens du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte précité soit possible. Ces garanties sont d'autant plus importantes qu'il s'agit de fichiers constitués sans aucun contrôle légal, alimentés par des sources suspectes pouvant comporter des erreurs, y compris d'homonymies, souvent utilisés à des fins de chantage ou de manipulation comme par exemple celle qui consiste à accréditer la thèse selon laquelle tel responsable d'un mouvement dissident ou opposant est un "indicateur de police", un agent de renseignement ou un infiltré ou que tel autre a parlé sous la torture alors qu'en réalité il a résisté et en est mort. Car l'objectif est non seulement de supprimer la vie ou de mutiler le corps, mais aussi de tuer l'honneur pour mieux discréditer la victime et déstabiliser le mouvement.

100. Pour ces raisons, dans la mesure où les fichiers sont conservés et non détruits, le droit d'accès doit être complété par un droit de rectification en cas d'erreur partielle, avec faculté de demander l'effacement en cas d'erreur totale (par exemple, inexistence du fait allégué, erreur sur la personne). On retiendra comme un précédent intéressant la nouvelle Constitution du Paraguay qui reconnaît aux citoyens le droit d'accéder aux informations les concernant qui figurent dans les archives accumulées par la dictature d'Alfredo Stroessner.

d) *Restituer au droit à la mémoire ses dimensions historiques et culturelles*

101. Le temps passant, les archives de toute nature ne sont plus utilisées pour poursuivre les auteurs de violations, procéder à l'épuration de l'administration ou faire valoir les droits des victimes. L'hypothèse de la destruction se pose à nouveau, la conservation pouvant être interprétée comme une sorte de "légalisation" de l'infamie. Tel fut le cas, en France, pour certains des fichiers précités concernant la communauté juive au motif qu'ils reposaient sur une réglementation manifestement inconsti-

tutionnelle; ils furent détruits dans les années 50 sur instructions gouvernementales après leur utilisation par les juridictions compétentes pour mener les procédures d'épuration ou de poursuites contre les auteurs et complices de violations; d'où les légitimes protestations, *a posteriori*, des chercheurs et historiens. De même, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a estimé que toute société a le droit inaliénable de connaître la vérité sur des événements passés ainsi que le motif pour lequel et les circonstances dans lesquelles des crimes aberrants ont pu être commis, afin de prévenir une répétition de tels agissements à l'avenir³⁰. Cette dimension historique et culturelle a été particulièrement soulignée dans la résolution finale adoptée lors des Rencontres internationales sur l'impunité: les participants rappellent "qu'en toutes circonstances s'impose le devoir de vérité; que l'avenir d'un peuple ne peut être construit sur l'ignorance ou la négation de son histoire, de même que la connaissance par un peuple de l'histoire de sa souffrance appartient à son patrimoine culturel et comme telle doit être préservée"³¹.

3. Les contraintes juridiques et politiques des processus impliquant une réconciliation

102. Entre l'exigence intransigeante de justice et d'inévitables aspirations à une solution politique impliquant un processus de réconciliation nationale, il existe, là encore, une grande marge d'options, compte tenu de la diversité des situations. Témoignent de cette constante adaptation à la géométrie variable des réalités les solutions intervenues, par exemple, dans les situations suivantes:

- a) En Espagne, le spectre de la guerre civile des années 30, l'aspiration au changement, l'habile et progressive marginalisation de l'ancien régime expliquent sans doute qu'en ce qui concerne les auteurs franquistes de violations graves, la page ait été tournée

³⁰ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Rapport annuel 1985/86* (OEA/SER.L/V/II.68; doc. 8, rev. 1; 26 septembre 1986).

³¹ Voir note 1 ci-dessus.

sans débat, sans formalisme juridique, pas même suite à une amnistie. Cette évolution correspondait à une aspiration populaire essentiellement soucieuse de la réhabilitation des républicains qui, postérieurement à la guerre civile, restaient marqués par des peines accessoires à celles prononcées à l'époque pour sédition. La seule loi d'amnistie votée l'a été en leur faveur;

- b) En France, il aura fallu plus de 20 ans et plusieurs lois d'amnistie pour que les pages noires de la guerre d'Algérie passent de la violence à la politique et de la politique à l'histoire qui, elle, reste à écrire.

103. De plus en plus fréquemment, la question se pose dans le contexte non seulement d'un processus de démocratisation, mais aussi de paix. La question de l'amnistie est alors au centre des accords de paix. En témoignent, là encore, ceux qui ont mis fin au conflit en Nouvelle-Calédonie, et qui ont failli être rompus, lors des négociations, faute d'accord sur la question de l'amnistie; ou encore ceux en cours d'application en El Salvador dans le cadre des Accords de paix précités signés à Mexico sous l'égide des Nations Unies le 16 janvier 1992.

104. L'analyse des expériences passées ou en cours montre à quel point il est difficile de parvenir à une solution idéale. Toutefois, au vu de ces expériences, deux constats s'imposent: d'une part, aucun intérêt supérieur, fut-ce la réconciliation nationale, ne peut légitimer "l'impunité absolue"; d'autre part, les conditions d'une politique ferme et généralisée permettant d'assurer la répression de la totalité des auteurs de violations n'ont jamais été historiquement réunies. Faut-il en conclure — du moins pour les besoins de l'exposé — qu'une certaine "impunité relative" peut être acceptée dans certaines circonstances? Dans ce cas, quel doit être le noyau dur auquel il ne saurait être dérogé, sauf à pervertir la lutte contre l'impunité? A titre exceptionnel, certains assouplissements peuvent-ils être admis? Deux questions de première importance se posent dans la pratique: celle de l'amnistie et celle de l'épuration.

a) *La problématique de l'amnistie*

105. Elle repose sur l'admissibilité ou non de l'amnistie au regard de l'imprescriptibilité d'une part, c'est la première thèse, et au regard du droit

qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue, d'autre part, et c'est la deuxième thèse.

i) Première thèse

106. Il y a incompatibilité entre imprescriptibilité et amnistie dans la mesure où la seconde viendrait vider de toute portée l'essence même de l'imprescriptibilité qui est de permettre que "passe la justice". Tout au plus pourrait-on admettre ce qui suit: l'imprescriptibilité ayant pour but d'éviter l'extinction de l'action publique, afin de tenir en échec l'impunité, dès lors que les poursuites ont eu lieu, que la peine est devenue définitive et qu'elle a été totalement exécutée, l'amnistie deviendrait alors compatible avec l'imprescriptibilité car la justice serait passée.

107. Certains objectent qu'admettre dans ce cas l'amnistie serait accorder une sorte de réhabilitation, ce qui ne peut être admis, car l'imprescriptibilité est consubstantiellement liée à la notion de crime contre l'humanité; or cette qualification, nous l'avons vu, confère à la peine un caractère infâmant, ce qui interdit toute réhabilitation même à titre posthume. Dans cette interprétation, l'imprescriptibilité tend à l'éternité.

108. Réfutant cette interprétation, d'autres font valoir que la prescription et l'amnistie procèdent de fondements différents. L'une est liée à l'oubli, l'autre au pardon. La prescription induit des effets automatiques dès que le temps a produit son oeuvre; elle suppose que la justice a persévéré dans l'inaction pendant un délai à l'avance, au-delà duquel les preuves risquent d'être dénaturées ou d'avoir disparu. L'amnistie est la manifestation expresse de la volonté du législateur (ou du peuple, en cas de référendum) d'ôter tout caractère délictueux à certaines catégories de faits dans le but de renforcer la cohésion sociale. En d'autres termes, la prescription dresse un obstacle à d'éventuelles poursuites, l'amnistie prive l'infraction qu'elle vise de l'élément légal qui la rend délictueuse. Enfin, le principe d'imprescriptibilité édicté pour les crimes contre l'humanité constitue une dérogation à un principe général du droit telle qu'elle doit être interprétée d'autant plus restrictivement. Les partisans de cette position en concluent qu'on ne peut donc, par un raisonnement analogique, déduire de l'exception d'imprescriptibilité un principe équivalent d'exclu-

sions de l'amnistie. Telle est la solution adoptée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 mars 1986: "l'amnistie, acte souverain du législateur s'étend à toutes les infractions sans distinction ni réserve selon leur nature, leur qualification légale ou leur degré de gravité (...) et notamment aux infractions dénoncées comme crimes contre l'humanité".

ii) Deuxième thèse

109. La solution préconisée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) qui, nous l'avons vu (par. 25) est défavorable à l'amnistie, repose sur une toute autre argumentation. Elle estime qu'il y a incompatibilité, non point tant en raison du caractère imprescriptible ou non du crime, et par conséquent de sa plus ou moins grande gravité, mais parce que les effets de l'amnistie violent un droit considéré comme fondamental par la Commission: le droit qu'a toute personne — en l'espère la victime — "à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant ou impartial" (Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 8, par. 1)³². En d'autres termes, tant que la justice n'est pas passée, l'amnistie est incompatible avec la lutte contre l'impunité, quelle que soit la gravité des faits; après, devient-elle possible? La Commission ne se prononce pas explicitement sur ce point, mais cette possibilité est la conséquence logique de son argumentation.

110. Le raisonnement de la CIDH suppose acquis au débat que le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal, ainsi qu'il est prévu au paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, appartient à la catégorie des droits indérogeables selon le droit international des droits de l'homme³³, c'est-à-dire à la catégorie des droits qui ne peuvent faire l'objet d'aucune

³² Voir aussi la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 10; la Convention européenne des droits de l'homme, art. 6, par. 1; et la Convention africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7.

³³ Voir Nicole Questiaux, "Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des situations dites d'état de siège ou d'exception" (E/CN.4/Sub.2/1982/15, par. 36 et suiv.)

suspension, restriction ou limitation, que ce soit en période de crise (état d'exception) ou ordinaire.

La situation sous un état d'exception

111. La règle est la suivante. Prenons exemple sur le Pacte relatif aux droits civils et politiques: les droits protégés par le Pacte peuvent être suspendus ou limités sous réserve que l'état d'exception soit établi en respectant certaines garanties de procédure et de fond (il doit être proclamé selon une procédure spécifique, être limité dans le temps et les mesures prises doivent être proportionnelles à la gravité du péril). Toutefois, par exception à cette règle, certains droits essentiels expressément visés et limitativement énumérés (Pacte, art. 4; Convention européenne, art. 15, Convention américaine, art. 27) ne peuvent être ni suspendus, ni même limités; ils sont indérogeables.

112. Quels sont ces droits? Une première liste est commune aux trois instruments précités; elle comporte: le droit à la vie, la prohibition de la torture, de l'esclavage et le principe de non-rétroactivité en matière pénale. A ce "noyau dur", deux de ces instruments ajoutent³⁴: a) le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (Pacte, art. 16; Convention américaine, art. 18) et b) la liberté de conscience et de religion (Pacte, art. 18; Convention américaine, art. 12). La Convention américaine étend en outre sa protection absolue aux droits suivants: droits de la famille (art. 17), droit à un nom (art. 18), droits de l'enfant (art. 19), droit à une nationalité (art. 20), droit de participer à la vie publique (art. 23).

Première conclusion

113. Sous un état d'exception, aucune disposition des instruments cités ci-dessus ne confère l'indérogeabilité absolue au droit garanti par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme sur lequel se fonde la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

³⁴ L'interdiction de l'emprisonnement pour dette n'est visée que par le Pacte (art. 11)

La situation en période ordinaire (hors état d'exception)

114. Le dispositif est inversé: dans leur totalité, les droits garantis, par exemple par le Pacte, ne peuvent être suspendus. Ils ne peuvent non plus faire l'objet de limitations sauf dans quelques cas et à titre tout à fait exceptionnel; mais la limitation doit répondre aux conditions suivantes:

- a) Être expressément autorisée par l'article garantissant le droit concerné (par exemple, Pacte, art. 12: libre circulation des personnes; art. 18: liberté de conscience et de religion; art. 19: liberté d'expression; art. 21: liberté de réunion; art. 22: liberté d'association³⁵).
- b) Respecter la clause dite "admissibilité démocratique" qui pose les conditions de forme et de fond suivantes: i) les restrictions doivent être prévues par la loi et ii) elles doivent constituer "une mesure nécessaire, dans une société démocratique, pour assurer la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui".

Deuxième conclusion

115. En ce qui concerne la thèse de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, le paragraphe 1 de l'article 18 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui garantit le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue, pas plus d'ailleurs que les articles correspondants du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14), de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6) ou de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7) ne prévoient une telle dérogation sous forme d'une "clause d'admissibilité démocratique" autorisant des limitations (telles que l'amnistie).

116. On peut donc considérer que la CIDH était fondée à considérer que toute mesure tendant à supprimer le droit de la victime à ce que sa

³⁵ Voir aussi la Convention européenne, art. 8, 9, 10 et 11; la Convention américaine, art. 12, 13, 15, 16, 22, 30; et la Charte africaine, art. 11 et 12.

cause soit entendue — en l'espèce une mesure d'amnistie — constituait une violation du paragraphe 1 de l'article 8 précité, que ce soit en période ordinaire ou en période d'exception.

117. L'argumentation inverse considère que la partie de cet article est consacrée au domaine pénal; elle ne concerne donc que la protection de la personne de l'accusé; ce qui explique sa rédaction: "le tribunal décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre toute personne en matière pénale"; pour le reste, l'article ajoute qu'il "déterminera (les) droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité ou de tout autre domaine". Selon cette interprétation, il suffirait, pour que l'amnistie puisse être admise en respectant le paragraphe 1 de l'article 8, que la victime ait la possibilité de rechercher la responsabilité de l'Etat devant la juridiction civile ou administrative compétente et/ou d'obtenir en justice la réparation matérielle et morale du préjudice subi. Reste le point de savoir si une indemnisation allouée sur décision d'une commission administrative pourrait être admise?

Troisième conclusion

118. Il conviendra, dans le rapport final, de mieux cerner la portée du droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue en précisant plus avant le caractère absolu ou relatif de l'indérogeabilité de ce droit.

b) La problématique de l'épuration

119. Nous avons vu, lors des développements consacrés au "besoin de justice" le contexte dans lequel se posait cette question dans le domaine de l'institution judiciaire. Au-delà du pouvoir judiciaire, c'est toute l'administration qui, à des degrés divers, est concernée et, en priorité, les forces armées et la police.

120. Traiter d'épuration dans une étude concernant les droits de l'homme peut paraître paradoxal. La question est particulièrement sensible et complexe; les auteurs ont cependant préféré ne pas l'éluder, car elle se pose toujours en termes aigus dans les périodes de profond changement.

Lorsqu'il s'agit de gérer l'existant — ce qui est le propre d'une démarche conservatrice —, la question ne se pose pas. En revanche, lorsqu'il s'agit de créer le changement, l'administration, soit par réflexe idéologique, soit tout simplement par routine, tend à freiner gravement le processus, voire à s'y opposer en "entrant en résistance" lorsqu'il s'agit des forces armées. Lorsque le changement répond à une profonde aspiration populaire manifestée par un vote régulier (élection, référendum, etc.), il devient nécessaire que les moyens d'action dont disposent les nouvelles autorités, à savoir l'Etat, soient aptes à produire le changement. Pour traiter de cette question, il est proposé que le rapport final s'inspire plus particulièrement des expériences européennes³⁶ qui ont suivi la fin de la seconde guerre mondiale et, pour la période contemporaine, des expériences récentes des pays de l'Europe de l'Est d'une part et spécialement de la Tchécoslovaquie, pour ce qui concerne l'administration civile, du Salvador, d'autre part, pour le cas des forces armées.

i) Le cas de l'administration civile

121. L'expérience tchécoslovaque est intéressante en ce qu'elle permet d'analyser d'un point de vue pratique les questions de principe suivantes:

- a) L'épuration doit-elle se faire sur la base de la législation existante, quitte à en réorienter l'interprétation (jurisprudence) ou en promulguant une législation nouvelle, voire d'exception?
- b) Doit-elle avoir pour seul objectif la répression ou également la suppression des obstacles à la mise en oeuvre d'une politique nouvelle, ce qui implique de privilégier les mesures administratives telles que la mutation d'office, la révocation, la mise à la retraite anticipée, l'édiction de certaines incompatibilités, plutôt que des mesures pénales?
- c) Quelle est la nature et la portée des garanties qui doivent être apportées au processus d'épuration, notamment au regard du

³⁶ Voir Herbert R. Lottman, *L'épuration (1943-1953)*, Paris, Editions Fayard, 1986, 534 pages. Voir notamment le chapitre III.

principe selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue?

ii) *Le cas de l'épuration des forces armées et de la police*

122. L'expérience salvadorienne repose sur l'Accord de paix de Mexico et spécialement les chapitres I et II qui concernent la redéfinition des missions des forces armées et leur épuration, puis la mise en place d'une police nationale civile. La nature des garanties entourant ces mesures d'épuration méritent, en tant que précédent, une analyse approfondie, car elles ont été d'une part négociées (Accord de paix), alors que le plus souvent il s'agit de la prérogative d'un vainqueur imposée à un vaincu, d'autre part arrêtées et mises en oeuvre sous l'égide du Secrétaire général de l'ONU. Les grandes orientations sont résumées ci-dessous.

123. Les décisions sont prises par une commission ad hoc, composée de trois personnalités reconnues pour leur impartialité et leur sens démocratique, désignées après des consultations menées à bien par le Secrétaire général de l'ONU. Deux officiers ayant un passé professionnel irréprochable, désignés par le Président de la République, se joignent à la Commission lors de la phase délibérative. La Commission de la vérité (voir par. 70 et 71) peut désigner un observateur.

124. L'évaluation de la Commission doit prendre en considération, pour chaque officier:

- ses antécédents en matière de respect de l'ordre juridique et des droits de l'homme tant en ce qui concerne sa conduite personnelle que sa rigueur à prévenir ou sanctionner les violations;
- sa compétence professionnelle;
- son aptitude à promouvoir la nouvelle dynamique de paix, à garantir le respect des droits de l'homme, à favoriser la démocratisation du pays et à réunifier la société salvadorienne.
- La Commission se prononce après audience préalable des personnes concernées et fait des recommandations; celles-ci ont porté sur la mise à l'écart ou la mutation de 102 officiers. Pour la mise en

oeuvre de cette décision, voir le rapport du Secrétaire général du 21 mai 1993 (S/25812 - par. 4).

iii) *Le cas de l'épuration des forces paramilitaires*

125. Ainsi que le montre l'expérience salvadorienne, cette épuration se distingue de la précédente en ce qu'il s'agit plus d'une élimination ou éradication de ces unités de l'ombre que sont les escadrons de la mort, les groupes paramilitaires ou mercenaires, les milices privées dont le propre est d'être liés secrètement à des structures de l'Etat et du secteur privé (latifundiaires, entrepreneurs). Extirper "cet infâme phénomène" répond à un double impératif selon la Commission de la vérité d'El Salvador:

- a) Le maillage de leur réseau³⁷, leur connexion clandestine avec les services de renseignements et le secteur privé des propriétaires terriens ou des entreprises rend difficile leur déstructuration. Ils risquent donc d'être réactivés, d'où l'importance d'une attitude ferme et en profondeur;
- b) De par leur structure, leur organisation et leur dotation en armes, il y a de graves dangers que les escadrons de la mort débouchent, comme cela s'est déjà vérifié, sur des activités délinquantes telles que le trafic de stupéfiants, le trafic d'armes et les séquestrations pour extorsion de fonds.

126. Les mesures à prendre doivent au minimum porter sur les points suivants:

- a) Reconstitution de l'organigramme des exécutants avec leur état civil et leur éventuelle fonction dans l'armée ou la police afin de les identifier;
- b) Reconstitution de l'organigramme des liaisons occultes entretenues par ces exécutants avec leurs commanditaires actifs ou passifs dans les forces de sécurité;

³⁷ Exemple du réseau *Orden (Organización Democrática Nacionalista)* fondé en 1963 à l'échelon de tout le territoire, avec des représentants dans chaque commune, canton et communauté, et totalisant au moins 50 000 membres. Voir à ce propos le rapport de la Commission de la vérité (S/25500, note 418).

- c) Reconstitution des liens existants avec les propriétaires terriens ou les entrepreneurs apportant le financement voire la logistique;
- d) Mener une enquête approfondie sur le fonctionnement des services de renseignements en vue de la réorientation de leurs missions;
- e) Coopération au plan international, notamment avec les pays tiers ayant contribué activement (par exemple, découverte, à l'occasion de la réunification allemande, du soutien apporté par l'ex-République démocratique allemande à des commandos terroristes ou encore, selon la Commission de la vérité, la tolérance par les Etats-Unis des agissements d'exilés salvadoriens ayant financé et téléguidé des escadrons de la mort entre 1979 et 1983).

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

127. La réconciliation nationale ne peut être acceptée que lorsqu'il devient possible de faire la part du pardon et de l'oubli. C'est pourquoi à court ou moyen terme, nous préférons employer l'expression "conciliation", plus respectueuse de la douleur des victimes. Il conviendra, là encore, dans le rapport final, de définir ce que pourrait être le "noyau dur" qui devrait être respecté dans tout processus de conciliation nationale. La discussion pourrait porter sur les six principes directeurs suivants:

- I. Etre guidé par le seul objectif de la paix civile dans le but de garantir prioritairement la sécurité des plus défavorisés, l'injustice sociale étant le plus souvent à l'origine des troubles qui engendrent l'impunité (voir ci-dessus la notion de violations graves des droits économiques et sociaux).
- II. Décider l'abandon des poursuites et la libération immédiate des prisonniers d'opinion (et non leur amnistie, car ce serait recon-

naître le caractère délictueux de leur action alors qu'ils n'ont fait qu'exercer un droit légitime, le vrai délinquant étant l'auteur de la détention arbitraire).

- III. Ne pas encourager l'impunité, ce qui suppose que les instigateurs et responsables de haut niveau aient été déférés à la justice et jugés.
- IV. Création d'une Commission pour l'établissement de la vérité afin de préserver pour les victimes "le droit de savoir" et d'intégrer la dimension historique de la conciliation qui est prise de conscience et non oubliée.
- V. Jugement des auteurs autres que ceux qui sont visés au principe N° III ou à tout le moins mesure d'épuration à leur égard.
- VI. Mesures en faveur des victimes:
 - a) Indemnisation pour le préjudice subi;
 - b) Réintégration dans leur emploi des personnes révoquées pour motif politique;
 - c) Droit au retour pour les exilés et mesures en vue de leur réinsertion.

128. Ce n'est qu'au terme de ce long parcours que peut être envisagée la réconciliation nationale et encore, sous réserve que les auteurs des violations, spécialement s'ils n'ont pas été jugés, consentent à manifester leur repentir, acte sans lequel on ne peut demander aux victimes de participer à un processus impliquant le pardon. Sans un minimum de repentir, toute mesure de clémence peut être interprétée comme une caution. On notera qu'un tel processus est facilité lorsque le repentir émane de toutes les parties concernées. (Pour l'importance de cet aspect, voir, dans le cas salvadorien, l'autocritique publique effectuée par le FMLN afin de faciliter la conciliation dans le cadre de la Commission nationale pour

le raffermissement de la paix (COPAZ)³⁸). D'autant plus que selon les Accords de paix, les auteurs de violations graves appartenant au FMLN ne pourront accéder à des responsabilités dans la fonction publique. Cette clause d'épuration acceptée mériterait d'être reconnue de manière tout aussi responsable par la Partie étatique afin de faciliter l'épuration dans les forces armées.

129. Le présent rapport, sans être exhaustif, a tenté de mieux cerner les multiples facettes de l'impunité organisée dans le but de faciliter l'élaboration d'une stratégie en fonction de la période historique que traverse le pays; cette stratégie doit donner priorité, tantôt à la prévention par la formation et les services consultatifs, tantôt à la répression prise en tant que moyen, non seulement de punir, mais également de mémoriser l'histoire telle qu'elle a été vécue et non telle que le révisionnisme veut toujours la réécrire.

130. La lutte contre l'impunité doit employer des moyens multiples, s'organiser dans la durée, en se fixant les quatre objectifs complémentaires suivants:

- a) Juger les auteurs de violations graves;
- b) Assurer aux victimes le droit de savoir et d'obtenir réparation;
- c) Se prémunir, notamment par les archives, contre l'oubli et le révisionnisme;
- d) A un moment donné, tenir compte des aspirations à la réconciliation nationale tout en respectant certaines limites en deçà desquelles la réconciliation nationale deviendrait complice de l'impunité.

131. En ultime conclusion de ce rapport intérimaire sur l'impunité, les auteurs formulent les recommandations suivantes:

1. Il faudrait mieux prendre en compte dans le rapport final les suggestions faites par M. Theo van Boven dans son étude concernant

³⁸ Cité par l'agence d'informations Diffusion de l'information sur l'Amérique latine (DIAL), Bulletin N° 1678, Paris, 16 avril 1992.

le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁹.

2. Il est à prévoir que la présente étude sera suivie d'un rapport spécifique sur la lutte contre l'impunité des violations graves commises contre les droits économiques et sociaux.

3. Il faudrait approfondir le rôle des organisations non gouvernementales dans la stratégie de lutte contre l'impunité.

4. Il faudrait mieux cerner la portée de l'obéissance due au regard de la théorie des circonstances atténuantes, afin d'en limiter les effets.

5. Il faudrait faire un étude comparative des différentes expériences des commissions d'établissement de la vérité pour apprécier la possibilité et l'intérêt d'en tirer quelques principes directeurs.

6. On devrait rechercher les voies et moyens permettant de surmonter les obstacles que pose la procédure *in absentia* devant un éventuel tribunal international.

7. Il faudrait élaborer des principes directeurs pour assurer la conservation et réglementer l'accès aux fichiers et archives des services de sécurité et de renseignements.

8. On devrait établir une étude spécifique, en liaison avec le Comité des droits de l'homme et les commissions et cours régionales, sur la portée du droit qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue, notamment sur le caractère indérogeable ou non de ce droit.

9. Il faudrait faire une analyse comparative des différentes politiques d'épuration mises en oeuvre au cours des dernières décennies pour

³⁹ Le deuxième rapport intérimaire présenté par N. van Boven sur ce sujet porte la cote E/CN.4/Sub.2/1992/8.

en tirer d'éventuels principes directeurs en ce qui concerne les causes pouvant légitimer de telles politiques et les garanties à apporter.

10. Il faudrait étudier les voies et moyens permettant d'éradiquer la pratique des escadrons de la mort.

11. On devrait élaborer des principes directeurs pour l'application des politiques de réconciliation nationale comportant notamment un noyau intangible quelles que soient les circonstances.

12. Il faudrait élaborer un programme d'action pour une optimisation de la mise en oeuvre des dispositions des Conventions et Protocoles de Genève permettant de lutter contre l'impunité.

Les premiers bénéficiaires de ces normes conventionnelles sont d'abord les victimes, puis les Etats en tant que chargés de leur mise en oeuvre, sans oublier, bien entendu, le concours spécifique que peut apporter le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) en application des dispositions communes aux quatre Conventions. Renforcer l'efficacité de ces normes implique donc que soient prises certaines initiatives, à savoir:

- a) Lancement d'une campagne de sensibilisation en direction des Etats parties pour qu'ils incorporent dans leurs lois pénales les dispositions répressives prévues par les Conventions;
- b) Réalisation d'une étude pour approfondir les deux points ci-après afin de mieux cerner les raisons du manque d'efficacité:
 - i) Tirer les enseignements des quelques cas dans lesquels des auteurs de crimes graves ont été effectivement condamnés sur la base des Conventions de Genève (exemple des Etats-Unis où les crimes de guerre sont également des infractions au Code uniforme de justice militaire des Etats-Unis (*Uniform Code of Military Justice*), dont la poursuite est confiée à la *Criminal Investigation Division*. Entre 1965 et 1973, 36 accusations pour crimes de guerre contre le personnel de l'armée ont été portées

devant la Cour martiale; 20 de ces cas aboutirent à des condamnations.

- ii) Tirer les enseignements en ce qui concerne l'usage qui a été fait (ou non) de la cause de compétence universelle prévue par les Conventions.
- c) Développement de l'action coordonnée des organisations non gouvernementales auprès des Etats parties pour que ces derniers — au cas par cas — donnent plein effet à l'article 1 précité, commun aux quatre Conventions, par lequel ils s'engagent non seulement à les respecter mais également à les faire respecter, même s'ils ne sont pas parties au conflit.
- d) Approfondissement du rôle que pourraient jouer les victimes et leurs organisations non gouvernementales en vue de faire appliquer les Conventions, notamment par une interprétation renouvelée de la notion "d'intérêt pour agir" tenant mieux compte de l'esprit — voir de la lettre — des Conventions de Genève, pour permettre à certaines ONG de déclencher des poursuites devant les juridictions nationales compétentes, voire internationales⁴⁰. Il conviendrait à cette occasion de prospecter les possibilités offertes par les sociétés nationales de la Croix-Rouge, au nom des victimes, par une interprétation combinée des statuts de la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge d'une part; des Conventions d'autre part (exemple: Convention IV, art. 142 et surtout Protocole I, art. 81, par. 3).
- e) Promotion de l'utilisation des moyens offerts par la Commission internationale d'établissement des faits, organe d'enquête prévu par l'article 90 du Protocole I.

⁴⁰ Olivier Russbach, "Le procès humanitaire", dans *Actes* N° 67 et 68, Paris, 28 septembre 1989, p. 92: "La meilleure garantie pour que les infractions au droit international public et humanitaire soient jugées est peut-être que les citoyens eux-mêmes invoquent, devant les juridictions qui leur sont accessibles, les dommages que leur causent de telles infractions et réclament la réparation de ces dommages".

POSTFACE

132. Nous aimerions terminer ce rapport intérimaire sur une note d'espoir. Lutter contre l'impunité en rendant la justice est possible sans que soient compromises les possibilités de réconciliation nationale ainsi qu'en atteste la décision récente de la Cour suprême de Bolivie (21 avril 1993) qui a permis de rétablir la confiance en l'un des pouvoirs clefs de toute démocratie: le pouvoir judiciaire. Après sept années d'engagement contre l'impunité, les associations de droits de l'homme et les organisations démocratiques ont qualifié cette sentence de "jugement du siècle" ainsi que l'a souligné le juge Gualberto Davalos pour qui cette décision "constitue un précédent important pour le renforcement de la démocratie et une mise en garde en Bolivie comme dans les autres pays d'Amérique latine" à l'intention des auteurs de coups d'Etat⁴¹.

133. Les responsables des violations les plus graves, qui avaient destitué le gouvernement constitutionnel de Lydia Gueiler, ainsi que 44 de leurs collaborateurs, ont été condamnés comme suit: l'ex-dictateur Luis Garcia Meza à trente années de prison sans possibilité de mesure de grâce. L'ex-ministre de l'intérieur, Luis Arce Gomez, principal responsable de l'appareil répressif, Guido Benavidez, ancien responsable de la Direction nationale d'investigation, Freddy Quiroga, ancien responsable du Service spécial de sécurité et son adjoint Tito Montano ont également été condamnés à trente années de prison.

134. Il était juste qu'au terme d'un rapport sur "les effets néfastes de l'impunité", un hommage soit rendu aux auteurs d'une telle décision qui, bien au-delà des frontières de la Bolivie, honorent la justice de ce pays, redonnent espoir à toutes les victimes, à leurs proches et montrent que la justice peut l'emporter sur l'impunité.

⁴¹ Servicio Paz y Justicia en América Latina (SERPAJ-AL), Bulletin N° 26, avril-mai 1993, p. 3.

**ETUDE CONCERNANT
LE DROIT A RESTITUTION, A INDEMNISATION
ET A READAPTATION DES VICTIMES
DE VIOLATIONS FLAGRANTES DES DROITS
DE L'HOMME ET DES LIBERTES
FONDAMENTALES ***

* Rapport final présenté par M. Theo van Boven, Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités — E/CN.4/Sub.2/1993/8(2/07/93).



TABLE DES MATIERES

	Parag.	Page
PREFACE		119
INTRODUCTION	1 - 5	121
I. OBJET ET PORTEE DE L'ETUDE; QUESTIONS PRESENTANT UN INTERET PARTICULIER	6 - 25	123
II. NORMES INTERNATIONALES EXISTANTES APPLICABLES	26 - 39	135
A. Normes internationales en matière de droits de l'homme (instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme)	26 - 32	135
B. Normes applicables en matière de prévention du crime et de justice pénale	33 - 34	136
C. Normes relevant du droit humanitaire international	35 - 39	137

	Parag.	Page
III. RESPONSABILITE DES ETATS	40 - 49	139
IV. DECISIONS ET CONSTATATIONS PERTINENTES DES ORGANES INTERNATIONAUX DE DEFENSE DES DROITS DE L'HOMME	50 - 92	137
A. Le Comité des droits de l'homme	50 - 59	147
B. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale	60	158
C. Le Comité contre la torture	61 - 63	159
D. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes	64 - 66	161
E. La Commission d'enquête instituée en vertu de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail	67 - 79	162
F. La Cour européenne des droits de l'homme	80 - 86	168
G. La Cour interaméricaine des droits de l'homme	87 - 92	172
V. INDEMNISATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS FLAGRANTES DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTES FONDAMENTALES DU FAIT DE L'INVASION ET DE L'OCCUPATION ILLICITES DU KOWEIT PAR L'IRAQ	93 - 105	176
A. Le fondement juridique de l'obligation d'indemniser incombant à l'Iraq	95 - 97	177

	Parag.	Page
B. Pertes, dommages, préjudices subis du fait de violations flagrantes des droits de l'homme	98 - 102	179
C. Présentation des réclamations: gouvernements et particuliers	103 - 104	182
D. Observations	105	183
VI. LEGISLATIONS ET PRATIQUES NATIONALES	106 - 125	184
VII. LE PROBLEME DE L'IMPUNITE FACE AU DROIT A REPARATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME	126 - 130	194
VIII. REMARQUES FINALES: CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	131 - 136	197
IX. PRINCIPES ET DIRECTIVES RECOMMANDATIONS	137	202

PREFACE

“Les gémissements ou les cris qu’on percevra dans ces pages n’émanent jamais des victimes les plus misérables. Celles-ci ont été, tout au long des âges, muettes. L’à où les droits sont totalement foulés aux pieds règnent le silence et l’immobilité, qui ne laissent aucune trace dans l’histoire; car l’histoire n’enregistre que les paroles et les gestes de ceux qui sont capables, si peu que ce soit, de s’approprier leur vie, ou du moins de le tenter. Il fut toujours — il est encore — des multitudes d’hommes, de femmes, d’enfants à qui on est parvenu, par la misère, la terreur ou le mensonge, à faire oublier leur dignité native, ou qui ont renoncé à l’effort de faire reconnaître cette dignité par autrui. Ceux-là se taisent. Les victimes qui se plaignent et qu’on entend jouissent déjà d’un sort meilleur.”

René Maheu, dans Préface à *Le droit d’être un homme*, anthologie de textes sur les droits de l’homme préparée sous la direction de Jeanne Hersch (UNESCO, 1968).

INTRODUCTION

1. A sa quarante et unième session, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités a, par sa résolution 1989/13, chargé M. Theo van Boven d'entreprendre une étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, compte tenu des normes internationales existantes en matière d'indemnisation dans le domaine des droits de l'homme et des décisions et opinions pertinentes d'organismes internationaux qui s'occupent de droits de l'homme, afin d'examiner la possibilité de mettre au point certains principes et directives fondamentaux à cet égard. Le Rapporteur spécial a présenté à la Sous-Commission un rapport préliminaire (E/CN.4/Sub. 2/ 1990/10) à sa quarante-deuxième session, un premier rapport intérimaire (E/CN.4/Sub.2/1991/7) à sa quarante-troisième session et un deuxième rapport intérimaire (E/CN.4/Sub.2/1992/8) à sa quarante-quatrième session.

2. A sa quarante-quatrième session, par sa résolution 1992/32, la Sous-Commission a prié M. van Boven de poursuivre son étude en tenant compte, entre autres, des observations faites lors du débat sur le rapport préliminaire et les rapports intérimaires et de lui présenter, à sa quarante-cinquième session, un rapport final où devrait figurer un ensemble de conclusions et recommandations sur l'élaboration d'orientations et de principes fondamentaux concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3. Le rapport final, qui s'inspire en partie des rapports précédents, se compose de neuf sections. La première énonce l'objet et la portée de l'étude et passe en revue des questions présentant un intérêt particulier. La deuxième traite des normes internationales applicables en matière de droits de l'homme, de prévention du crime, de justice pénale et de droit humanitaire international et la troisième de la question de la responsabilité des Etats. La quatrième passe en revue les décisions et les observations des organismes internationaux de défense des droits de l'homme dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de l'Organisation internationale du Travail et des mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme. La cinquième est consacrée à la question de l'indemnisation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales du fait de l'invasion et de l'occupation illégales du Koweït par l'Iraq. La sixième présente les législations et les pratiques dans plusieurs pays et en analyse certains aspects. La septième contient divers points de vue sur la question de l'impunité face au droit à réparation des victimes de violations graves des droits de l'homme et la huitième des observations finales ainsi que des conclusions et des recommandations. Enfin, la neuvième section énonce des directives et des principes fondamentaux.

4. Le Rapporteur spécial espère que les directives et les principes fondamentaux énoncés à la section IX contribueront à l'adoption, par l'Organisation des Nations Unies durant la présente décennie des Nations Unies pour le droit international, d'un ensemble de normes qui consolident le droit à réparation des victimes de violations graves des droits de l'homme.

5. Les actes de la Conférence de Maastricht sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui s'est tenue du 11 au 15 mars 1992 à l'université de Limburg à Maastricht (Pays-Bas), ont été très utiles au Rapporteur spécial. Ces actes ont été publiés dans un numéro spécial du *Netherlands Quarterly of Human Rights* (SIM Special No 12, 1992). Il y sera fait référence dans la présente étude sous l'appellation de *Rapport sur la Conférence de Maastricht*. Le Rapporteur spécial s'en est beaucoup inspiré, en particulier dans la dernière section de la présente étude consacrée aux orientations et principes fondamentaux.

I. OBJET ET PORTEE DE L' ETUDE; QUESTIONS PRESENTANT UN INTERET PARTICULIER

Objet de l'étude

6. Dans le cadre de son mandat, le Rapporteur spécial a été prié d'examiner la possibilité de mettre au point certains principes et directives fondamentaux relatifs au droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales (résolution 1989/13 de la Sous-Commission). C'est ce qu'il a fait et il est à présent en mesure de proposer un ensemble de directives et de principes fondamentaux qui, espère-t-il, satisferont les Nations Unies et toutes les parties intéressées.

7. Pendant qu'il préparait la présente étude, le Rapporteur spécial a été, à plusieurs reprises, contacté par des organisations et des particuliers qui, n'ayant pas parfaitement compris la nature et l'objet de son mandat, le croyaient également investi de la charge d'instruire certaines demandes d'indemnisation. Il pense toutefois que l'idée directrice de son étude, les conclusions et les recommandations qu'elle contient ainsi que l'ensemble de directives et de principes fondamentaux qui y sont formulés devraient aider tous ceux qui désirent obtenir réparation pour les dommages subis en raison de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Violations flagrantes

8. Les "violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales" auxquelles il est fait explicitement référence dans le mandat du Rapporteur spécial constituent un élément déterminant dans la délimitation du champ d'application de la présente étude. Si, en vertu de divers instruments internationaux, toute violation des dispositions qu'ils contiennent peut donner naissance à un droit à réparation appropriée, la présente étude porte essentiellement sur les violations flagrantes des droits de l'homme, à l'exclusion de toutes autres. Il n'existe pas de définition acceptée de l'expression "violations flagrantes des droits de l'homme". Il apparaît que l'adjectif "flagrantes" qualifie le terme "violations" — traduisant

le caractère sérieux desdites violations — mais qu'il est lié également à la nature des droits qui sont violés¹.

9. A ce propos, on pourra se reporter utilement au travail accompli par la Commission du droit international avec le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qui contient, entre autres articles adoptés à titre provisoire par la Commission en première lecture et qui se rapportent à cette question, l'article 19 relatif au génocide, l'article 20 relatif à l'apartheid et l'article 21 qui traite des violations systématiques ou massives des droits de l'homme². Entrent dans cette dernière catégorie l'homicide intentionnel, la torture, le fait de placer ou de maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé, la persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels d'une manière systématique ou massive ou la déportation ou le transfert forcé de populations.

10. On pourra aussi se reporter à l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949, qui énonce les normes humanitaires minima qui doivent être respectées "en tout temps et en tout lieu" et qui prohibe catégoriquement les actes suivants:

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices;
- b) les prises d'otages;
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;

1. Dans son étude intitulée *The Battle of Human Rights; Gross, Systematic Violations and the Inter-American System* (Editions Nijhoff 1988), Cecilia Medina Quiroga propose au chapitre II une définition de l'expression "violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme". Les "violations systématiques" n'entrant pas dans le cadre de la présente étude, la définition ainsi proposée ne s'applique pas entièrement aux fins considérées. Il convient, toutefois, de retenir de la formule suggérée par l'auteur des éléments tels que la nature des droits en cause et des violations dont ils font l'objet. S'agissant des premiers, mention est faite en particulier du droit à la vie, du droit à l'intégrité de la personne ou à la liberté de l'individu.

2. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session (A/46/10), chapitre IV D (texte du projet d'articles et des observations sur ledit texte adopté à titre provisoire par la Commission).

- d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés³.

11. Si les catégories susmentionnées de violations flagrantes des droits de l'homme sont tirées d'instruments relatifs au droit pénal international qui existent ou sont en cours d'élaboration ainsi que des normes humanitaires fondamentales applicables dans les conflits armés internationaux et non internationaux, il existe des catégories analogues fondées sur le droit international coutumier touchant à la responsabilité des Etats en cas de violations des droits de l'homme. Ainsi, selon le *Third Restatement of the Foreign Relations Law* des Etats-Unis, "Un Etat commet une violation du droit international si, dans le cadre de sa politique officielle, il commet, encourage ou tolère l'un des actes ci-après:

- a) le génocide,
- b) l'esclavage ou la traite des esclaves,
- c) le meurtre d'un individu ou l'acte entraînant sa disparition,
- d) la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,
- e) la détention arbitraire prolongée,
- f) la discrimination raciale systématique,
- g) des violations flagrantes, constantes et systématiques des droits de l'homme internationalement reconnus" (article 702).

12. Il y a lieu de faire remarquer que pratiquement toutes les catégories de violations flagrantes des droits de l'homme énumérées aux paragraphes précédents — lesquelles sont en outre tirées de sources différentes — figurent également dans les instruments relatifs aux droits de l'homme, engageant, de ce fait, la responsabilité de l'Etat partie en cause qui est en

3. On trouvera à l'article 75 du Protocole I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et dans la Déclaration de règles humanitaires minima de Turku adoptée par un groupe d'experts le 2 décembre 1990 (E/CN.4/Sub.2/1991/55), un ensemble de règles humanitaires minima plus détaillé.

conséquence tenu d'indemniser la victime. Etant donné que tous les droits de l'homme sont indivisibles et interdépendants, les violations flagrantes et systématiques des catégories de droits susmentionnés ont souvent un effet préjudiciable sur d'autres droits, notamment les droits économiques, sociaux et culturels. De même, les pratiques et politiques systématiques de discrimination et d'intolérance religieuses peuvent faire naître un droit à réparation équitable pour la victime.

13. Une définition rigoureuse et exhaustive de l'expression "violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales" limiterait indûment le champ d'application de la présente étude, aussi est-il préférable d'opter pour une définition plus souple qui mette en lumière tels ou tels aspects mais qui ne soit pas élastique au point qu'on ne puisse en dégager en termes de droits et de responsabilités des conclusions d'application générale. Il s'ensuit par conséquent que si en droit international la violation d'un droit de l'homme fait naître un droit en réparation pour la victime*, une attention particulière doit être accordée aux violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales au nombre desquelles figurent au moins le génocide, l'esclavage et les pratiques esclavagistes, les exécutions sommaires et arbitraires, la torture et les traitements ou châtiments cruels, inhumains ou dégradants, les disparitions forcées, la détention arbitraire et prolongée, la déportation ou le transfert forcé de populations, la discrimination systématique fondée notamment sur la race ou le sexe.

Particuliers et collectivités victimes de violations

14. Il est indéniable que des particuliers et des collectivités sont fréquemment victimes de violations flagrantes des droits de l'homme. La plupart des violations de cette nature énumérées au paragraphe précédent portent en soi atteinte aux droits des individus et des collectivités. Ce

* Dans la présente étude, le terme "réparation" désigne tout type de dédommagement, en nature ou en espèces, en faveur des victimes de violations des droits de l'homme. Par conséquent, les termes "restitution", "indemnisation" et "réadaptation" couvrent des aspects particuliers de la réparation.

postulat est également à la base de la résolution 1989/13 de la Sous-Commission qui contient quelques indications utiles sur la question de savoir qui a droit à réparation. Il est fait référence, à ce propos, dans le premier alinéa de son préambule, à “des individus, des groupes et des communautés”. Dans la partie ci-après de la présente section qui est consacrée à des questions présentant un intérêt particulier, les aspects individuels et collectifs des violations des droits tant les particuliers que des groupes, sont, dans bien des cas, étroitement liés. C’est particulièrement le cas en ce qui concerne les droits des populations autochtones. Aussi faut-il, en plus des moyens de réparation individuels, faire le nécessaire pour que des groupes de victimes ou des communautés victimes se voient accorder le droit de formuler des demandes en réparation et donc de recevoir collectivement réparation.

15. Pour définir la notion de victime, tant individuellement que collectivement, il est utile de se reporter à la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d’abus de pouvoir⁴ et en particulier aux paragraphes 1 et 2 de la déclaration:

“On entend par ‘victimes’ des personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux ...

...

Le terme ‘victime’ inclut aussi, le cas échéant, la famille proche ou les personnes à la charge de la victime directe et les personnes qui ont subi un préjudice en intervenant pour venir en aide aux victimes en détresse ou pour empêcher la victimisation.”

Question présentant un intérêt particulier

16. Les paragraphes suivants seront consacrés à un certain nombre de questions présentant un intérêt particulier pour l’orientation générale de

4. Résolution 40/34 de l’Assemblée générale, en date du 29 novembre 1985.

l'étude soit parce qu'elles ont été soulevées par la Sous-Commission au début de l'examen du rapport préliminaire et des rapports intérimaires consacrés à la présente étude. Il a été jugé préférable de les ranger dans le présent chapitre dans la mesure où elles trouveraient difficilement place dans un autre. Elles serviront en général à démontrer que la notion de préjudice et d'atteinte grave à la dignité de l'être humain, à l'intégrité physique et morale de la personne humaine et à l'existence même des groupes, des communautés et des populations qui conduit légitimement ceux qui en sont victimes à demander réparation est à la base des paramètres qui sont utilisés dans la présente étude.

17. Les droits fonciers et les droits relatifs aux ressources naturelles et à la protection de l'environnement ont une importance cruciale pour l'existence même et pour le bien-être des peuples autochtones. Le droit international existant et en préparation en ce qui concerne les droits des peuples autochtones met spécialement l'accent sur la protection de ces droits collectifs, et stipule que les peuples autochtones ont droit à indemnisation en cas de dommage résultant de l'exécution de programmes d'exploration et d'exploitation intéressant leurs terres⁵, ainsi qu'en cas de réinstallation de peuples autochtones⁶. Le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones reconnaît le droit à la restitution, ou lorsque celle-ci n'est pas possible, à une indemnité juste et équitable pour les terres et les territoires qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou dégradés sans leur libre consentement donné en connaissance de cause. L'indemnisation se fera de préférence sous la forme de terres et de territoires au moins égaux en qualité, en quantité et par leur régime juridique, à ceux qui ont été perdus⁷.

18. Pour ce qui est des *dommages causés à l'environnement* qui peuvent porter atteinte à tout un ensemble de droits de l'homme, notamment au droit à la vie et au droit à un niveau de vie compatible avec la santé et

5. Convention No 169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (art. 15, par. 2, portant sur une indemnisation équitable).

6. Ibid., (art. 16, par. 4 et 5 portant sur une indemnisation intégrale).

7. E/CN.4/Sub.2/1992/28, partie III, paragraphe 17 du dispositif du projet de déclaration.

le bien-être, il convient de garder à l'esprit la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement adoptée le 14 juin 1992 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement⁸. Le principe 13 de cette Déclaration, inspiré en grande partie du principe 22 de la Déclaration de Stockholm de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, se lit comme suit:

“Les Etats doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer diligemment et plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en cas d'effets néfastes de dommages causés à l'environnement dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle.”

19. A une certaine époque de l'histoire de l'Organisation des Nations Unies, l'attention s'est portée tout spécialement sur le sort des *survivants des camps de concentration nazis* qui avaient été victimes d'expériences scientifiques. Cette question a été examinée par la Commission de la condition de la femme lors de la quatrième session de cet organe⁹ et cet examen a conduit à l'adoption de la résolution 353 (XII) du conseil économique et social, résolution en date du 19 mars 1951, dans laquelle le Conseil a adressé un appel aux autorités allemandes compétentes pour qu'elles envisagent la réparation la plus complète possible des préjudices subis, sous le régime nazi, par les personnes soumises à des expériences prétendues scientifiques dans des camps de concentration. En réponse¹⁰, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a déclaré qu'il était prêt, dans les cas où le besoin s'en faisait spécialement sentir, à apporter une aide pratique aux personnes qui, parmi les victimes survivantes d'expériences résidant alors à l'étranger qui avaient été persécutées pour des raisons de race, de religion,

8. A/CONF.151/26 (vol. I), chapitre 1, résolution 1, annexe I.

9. E/1712, paragraphes 77 à 79.

10. Lettre du 30 juillet 1951 (E/2087, annexe H).

d'opinion ou de conviction politique, n'avaient cependant pas droit à réparation au titre de la législation sur l'indemnisation en vigueur dans les *Länder* de la République fédérale, soit parce qu'elles ne remplissaient pas les conditions voulues de résidence, soit parce que le délai de représentation des demandes avait expiré. Les personnes victimes d'expériences qui n'avaient pas droit à réparation pour d'autres motifs ne se verraient pas refuser une aide si leur état de santé avait été affecté de manière permanente en raison de violations flagrantes des droits de l'homme. Le Conseil économique et social, dans sa résolution 386 (XIII), du 15 septembre 1951, s'est félicité de la décision que le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne avait prise d'assumer toutes les responsabilités à ce sujet, et il a adressé un appel à ce gouvernement pour qu'il donne à l'assistance qu'il avait prévue le caractère le plus généreux possible.

20. La conduite et les activités de ceux qui sont parties à des situations de conflit armé causant des torts et des dommages donnent souvent lieu à des demandes d'indemnisation. Ainsi, l'Assemblée générale des Nations Unies, dans une série de résolutions portant le titre "Restes matériels des guerres", a soutenu les pays en développement concernés par l'implantation de mines explosives sur leur sol qui réclamaient aux Etats dont les forces avaient procédé à la pose de ces engins l'indemnisation des pertes subies¹¹. Plus récemment, le Conseil de sécurité a réaffirmé que l'Iraq est responsable, en vertu du droit international, de toutes les pertes, de tous les dommages, y compris les atteintes à l'environnement et le gaspillage de ressources naturelles, ainsi que de tous les préjudices subis par d'autres Etats et par des personnes physiques et des sociétés étrangères, directement imputables à l'invasion et à l'occupation illicites du Koweït par l'Iraq; et il a décidé de créer un fonds d'indemnisation pour les dommages et préjudices susmentionnés ainsi que de constituer une commission pour la gestion de ce fonds¹². Cette question sera examinée plus en détail à la section V du présent rapport.

11. Résolutions 35/71 du 5 décembre 1980, 36/188 du 17 décembre 1981, 37/215 du 20 décembre 1982, 38/162 du 19 décembre 1983, 39/167 du 17 décembre 1984, 40/197 du 17 décembre 1985, de l'Assemblée générale.

12. Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité (paragraphe 16 et 18).

21. La question des *expulsions et des évictions forcées* est inscrite depuis quelques années à l'ordre du jour des organisations internationales qui s'occupent des droits de l'homme. Cette pratique a, en effet, des conséquences désastreuses sur les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels fondamentaux d'un grand nombre de peuples, que ce soit individuellement ou collectivement, et elle leur porte gravement atteinte. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a, dans son Observation générale 4 (adoptée à sa sixième session en 1991) sur le droit à un logement suffisant, estimé que des procédures juridiques pour demandes d'indemnisation à la suite d'évictions illégales constituaient un des moyens de recours possibles dans le cadre du droit à un logement adéquat¹³. Dans sa résolution 1993/77 sur les évictions forcées, la commission des droits de l'homme a recommandé que tous les gouvernements prennent des mesures immédiates pour la restitution, l'attribution d'indemnités appropriées et suffisantes et/ou des possibilités de relogement ou d'occupation de terres correspondant aux souhaits et aux besoins des intéressés, aux personnes et communautés qui ont été expulsées de force, à l'issue de négociations avec les personnes ou les groupes touchés donnant satisfaction à toutes les parties (par. 4).

22. La question de la *violence contre les femmes*, qui est à présent un sujet de préoccupation général et prioritaire, est tout à fait à sa place dans une étude sur le droit à réparation des victimes. Dans le projet de déclaration sur l'élimination de la violence contre les femmes, élaboré et adopté en mars 1993 par la Commission de la condition de la femme et présenté à l'Assemblée générale pour adoption, les Etats sont invités à poursuivre sans retard par tous les moyens appropriés une politique visant à éliminer la violence contre les femmes. Par "violence contre les femmes" il faut entendre, "tout acte de violence fondé sur l'appartenance au sexe féminin, causant ou susceptible de causer aux femmes des dommages ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques et comprenant la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou la vie privée" (article premier). Entre autres mesures de réparation qui devraient trouver place dans une politique visant à éliminer

13. HRI/GEN/1, partie II, observation générale 4, paragraphe 17.

la violence à l'égard des femmes, l'article 4 du projet de déclaration indique:

- a) S'abstenir de commettre des actes de violence contre les femmes (alinéa b));
- b) Exercer la diligence voulue pour prévenir les actes de violence contre les femmes, enquêter sur ces actes et les sanctionner (alinéa c));
- c) Donner accès aux femmes à l'appareil judiciaire et prévoir des réparations justes et efficaces du dommage subi (alinéa d));
- d) Elaborer des approches fondées sur la prévention et assurer que les femmes ne feront pas l'objet de violence par suite de lois, de moyens de répression et autres interventions ne prenant pas en considération les caractéristiques propres à chaque sexe (alinéa f));
- e) Assurer aux femmes victimes de violence et à leurs enfants une aide spécialisée, des services de réadaptation, d'assistance pour les soins aux enfants, le traitement, les conseils, des services d'équipement et des programmes de santé et d'assistance sociale ainsi que des structures d'appui et prendre toutes autres mesures appropriées pour promouvoir la réadaptation physique et psychologique (alinéa g)).

Il est en outre recommandé aux Etats d'adopter toutes les mesures appropriées, notamment dans le domaine de l'éducation, pour modifier les comportements sociaux et culturels des hommes et des femmes et éliminer les préjugés, pratiques coutumières et autres fondés sur l'idée et l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe et sur les rôles stéréotypés des hommes et des femmes (art. 4, alinéa j)).

23. En ce qui concerne les *formes contemporaines d'esclavage*, le Groupe de travail qui s'en occupe a, à sa dix-septième session, demandé au Rapporteur spécial de collaborer avec le Groupe de travail en vue de formuler des recommandations touchant, en particulier, aux formes contemporaines d'esclavage et de prendre en compte la nécessité d'une indemnisation morale des victimes de la traite des êtres humains et d'autres formes anciennes d'esclavage¹⁴. A ce propos, le Rapporteur spécial tient à

14. E/CN.4/Sub.2/1992/34, section VII, recommandation générale.

préciser qu'à son avis, les pratiques que le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage veut prévenir, abolir et combattre — la vente d'enfants, la prostitution des enfants, l'exploitation du travail des enfants, la servitude pour dettes, la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution d'autrui — constituent des violations flagrantes des droits de l'homme qui entrent en général dans le cadre de la présente étude. Quant aux recours ouverts aux victimes de telles pratiques et à la réparation à laquelle elles ont droit, le Rapporteur spécial renvoie tout d'abord aux directives et principes fondamentaux proposés à la section IX de la présente étude qui devraient être d'application générale. Il convient, en second lieu, de prendre en considération certains éléments inhérents à la nature de ces pratiques odieuses tels que l'extrême vulnérabilité des personnes en cause et le caractère transnational de certaines de ces pratiques. Comme dans le cas de la violence à l'égard des femmes (voir par. 22 plus haut), le Rapporteur spécial est favorable à la mise en place de tout un arsenal de mesures spéciales — recours et réparation — allant de la restitution et de l'indemnisation à la réadaptation, la prévention, la mise en place de garanties de non-récidive. Cela ne saurait se faire sans une connaissance approfondie de la question.

24. Le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage a également évoqué la nécessité d'une indemnisation morale des *victimes de la traite des esclaves et autres formes anciennes d'esclavage*. En ont également parlé deux membres africains de la Sous-Commission à propos de l'indemnisation des descendants africains des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme par les puissances coloniales¹⁵. A ce propos, le Rapporteur spécial voudrait appeler l'attention sur le rapport du Secrétaire général sur les dimensions internationales du droit au développement comme droit de l'homme qui énumère une série d'aspects moraux du droit au développement dont le devoir moral qui incombe aux puissances coloniales et quelques autres pays de réparer l'exploitation passée. Le Secrétaire général a relevé que l'acceptation de ce devoir moral est loin d'être universelle¹⁶. Certaines recommandations figurant dans

15. E/CN.4/Sub.2/1992/SR.27, paragraphe 46 (Mme Mbonu) et E/CN.4/Sub.2/1992/SR.31, paragraphes 1 et 2 (Mme Ksentini).

16. E/CN.4/1334, paragraphes 52 à 54.

l'étude de M. A. Eide sur les résultats obtenus et les obstacles rencontrés pendant les décennies de la lutte contre le racisme et la discrimination raciale¹⁷ ont davantage trait à la question, notamment celles ci-dessous qui se rapportent à des situations découlant de l'esclavage:

- a) Des recherches devraient être faites dans les pays intéressés pour établir dans quelle mesure les descendants d'esclaves continuent d'être socialement défavorisés (recommandation 17);
- b) Des mesures efficaces en faveur des groupes défavorisés devraient être prises jusqu'à ce que les membres de ces groupes ne souffrent plus de handicaps. Ces mesures ne devraient pas être de nature à avoir un effet discriminatoire sur les membres de la classe sociale dominante (recommandation 18).

S'il est certes difficile et complexe de cerner la notion de devoir légal d'indemniser les descendants des victimes de la traite des esclaves et autres formes anciennes d'esclavage et de défendre cette idée, il faudrait, dans certains cas, mener une action positive effective à titre de devoir moral. Il faudrait aussi que les médias, les livres d'histoire et les manuels scolaires retracent avec un souci d'exactitude l'histoire de l'esclavage, les agissements et les activités des marchands d'esclaves et de leurs complices ainsi que les souffrances des victimes et les fassent largement connaître.

25. Enfin, le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage a demandé au Secrétaire général de communiquer au Rapporteur spécial les informations reçues par le Groupe de travail sur *la situation des femmes contraintes de se livrer à la prostitution en temps de guerre*. Dans sa résolution 1992/2 (par. 18), la Sous-Commission a fait sienne la demande du Groupe de travail. A ce propos, le Rapporteur spécial se réfère à une lettre qu'il a adressée au Groupe de travail dans laquelle il se dit prêt à entreprendre une étude de la situation des femmes contraintes de se livrer à la prostitution en temps de guerre à partir de la documentation reçue et compte tenu des orientations et des principes fondamentaux proposés dans le présent rapport¹⁸. Il se déclare prêt à entreprendre cette étude en tant qu'expert agissant à titre individuel si la demande lui en est faite.

17. E/CN.4/Sub.2/1989/8 et Add. 1.

18. E/CN.4/Sub.2/AC.2/1993/9.

II. NORMES INTERNATIONALES EXISTANTES APPLICABLES

A. *NORMES INTERNATIONALES EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME*

(instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme)

26. Plusieurs instruments internationaux ou régionaux relatifs aux droits de l'homme contiennent des dispositions consacrant expressément le droit de toute personne à un "recours effectif" devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits inhérents à la personne humaine qui lui sont garantis par la constitution ou par la loi, pour reprendre le texte de l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cette même notion de "recours effectif" se retrouve à l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sous la formule "recours utile" et à l'Article 7 de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale sous la formule "voie de recours effective".

27. Certains instruments font état plus spécifiquement du "droit à être indemnisé conformément à la loi" (art. 10 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme) ou du droit "à une indemnisation adéquate" (par. 2 de l'article 21 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples).

28. Le paragraphe 5 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le paragraphe 5 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont encore plus explicites puisqu'ils font état du "droit à réparation". De même, la Convention contre la torture et autres peines ou traitement cruel, inhumain ou dégradant dispose que tout État partie doit garantir à la victime d'un acte de torture "le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible" (art. 14, par. 1).

La Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ou involontaires prévoit que la victime d'une disparition forcée ou involontaire et sa famille ont le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisées équitablement et de manière adéquate, y compris de

bénéficiaire des moyens qui leur assurent une réhabilitation aussi complète que possible (art. 20).

29. Certains instruments contiennent une disposition expresse précisant que l'indemnisation est due conformément à la loi ou à la législation nationale (par. 6 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et article 11 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).

30. On trouve des dispositions sur la réparation ou la satisfaction pour dommage dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, dont l'article 6 garantit le droit de toute personne de demander "satisfaction ou réparation juste et adéquate pour tout dommage" dont elle pourrait être victime. La Convention de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants mentionne également le droit à "une indemnisation équitable pour tout dommage" (art. 15, par. 2), à "une indemnisation en espèces ... sous réserve des garanties appropriées" (art. 16, par. 4) et le droit d'être entièrement indemnisé "de toute perte ou de tout dommage" (art. 16, par. 5).

31. La Convention américaine relative aux droits de l'homme parle d'"indemnité" (art. 68) et prévoit que les conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation d'un droit ou d'une liberté doivent faire l'objet d'une "réparation" et entraîner le "paiement d'une juste indemnité à la partie lésée" (art. 63, par. 1).

32. La Convention relative aux droits de l'enfant contient une disposition prévoyant que les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter "la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime ..." (art. 39).

B. NORMES APPLICABLES EN MATIÈRE DE PRÉVENTION DU CRIME ET DE JUSTICE PÉNALE

33. La Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir (résolution 40/

34 de l'Assemblée générale du 29 novembre 1985) renferme d'importantes dispositions sur diverses questions touchant la restitution, l'indemnisation et l'assistance aux victimes de la criminalité. Elle énonce les principes suivants:

- a) Les victimes ont droit à une réparation rapide du préjudice qu'elles ont subi;
- b) Elles doivent être informées des droits qui leur sont reconnus pour chercher à obtenir réparation;
- c) Les auteurs d'actes criminels ou les tiers doivent réparer équitablement le préjudice causé aux victimes, à leur famille ou aux personnes à leur charge. Cette réparation doit inclure la restitution des biens, une indemnité pour le préjudice ou les pertes subies, le remboursement des dépenses engagées en raison de la victimisation, la fourniture de services et le rétablissement des droits;
- d) Lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir une indemnisation complète auprès du délinquant ou d'autres sources, les États doivent s'efforcer d'assurer une indemnisation financière;
- e) Les victimes doivent recevoir l'assistance matérielle, médicale, psychologique et sociale dont elles ont besoin.

La Déclaration prévoit aussi que les gouvernements doivent réexaminer leurs pratiques, règlements et lois pour faire de la restitution une sentence possible dans les affaires pénales, s'ajoutant aux autres sanctions pénales (principe No 9).

34. L'ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) prévoit expressément que, "afin de faciliter le règlement discrétionnaire des cas de délinquants juvéniles, on s'efforcera d'organiser des programmes communautaires, notamment de surveillance et d'orientation temporaires, et d'assurer la restitution des biens et l'indemnisation des victimes" (Règle 11.4).

C. NORMES RELEVANT DU DROIT HUMANITAIRE INTERNATIONAL

35. L'article 3 de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre prévoit l'obligation pour les parties

contractantes de verser une indemnité en cas de violation du Règlement. L'article 41 du Règlement joint en annexe à la Convention prévoit également le droit de réclamer une indemnité pour les pertes éprouvées en cas de violation des clauses de l'armistice par des particuliers.

36. Les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 contiennent des dispositions analogues stipulant que "aucune partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre partie contractante" en raison d'infractions graves comportant l'un des actes suivants: "l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire"¹⁹.

37. L'article 68 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre contient des dispositions spécifiques concernant les demandes d'indemnité que peuvent présenter les prisonniers de guerre.

38. L'article 55 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre prévoit que la puissance occupante "devra prendre les dispositions nécessaires pour que toute réquisition soit indemnisée à sa juste valeur".

39. Enfin, le Protocole I (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1989 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux) dispose, à l'article 91, qu'une "Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité".

19. Voir les articles 50 et 51 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; les articles 51 et 52 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer; les articles 130 et 131 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre; et les articles 147 et 148 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

III. RESPONSABILITE DES ETATS

40. En droit international, le fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité. Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsque a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'Etat, et b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat²⁰. Définissant la violation d'une obligation internationale, la Commission du droit international a établi une distinction entre les crimes internationaux et les délits internationaux. Constitue un crime international la violation d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble. Entrent dans cette catégorie notamment les violations graves d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain et, en ce qui concerne plus précisément la présente étude, "une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid"²¹. Constitue un délit international tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international.

41. Au regard du régime international des droits de l'homme, la violation par un Etat de l'obligation de respecter les droits de l'homme reconnus sur le plan international engage sa responsabilité. Cette obligation trouve son fondement juridique dans les accords internationaux, en particulier les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et/ou le droit international coutumier²², notamment les règles impératives du

20. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, première partie, article 3, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II (deuxième partie), p. 29 à 32.

21. *Ibid.*, première partie, article 19, en particulier alinéa c) du paragraphe 3.

22. Selon la Third Restatement of the Foreign Relations Law of the United States de 1987, un Etat commet une violation du droit international coutumier en matière des droits de l'homme si, dans le cadre de sa politique officielle, il commet, encourage ou tolère

droit international coutumier (*jus cogens*)²³. Il est généralement admis par les milieux autorisés que les Etats ont le devoir non seulement de *respecter* les droits de l'homme reconnus sur le plan international, mais encore d'en *garantir* l'exercice, ce qui peut laisser supposer l'existence d'une obligation de veiller à ce que les personnes privées s'acquittent des obligations internationales et d'une obligation de prévenir les violations²⁴. Si les gouvernements n'exercent pas la diligence voulue pour répondre comme il se doit aux violations des droits de l'homme ou pour les prévenir en faisant appel à des mesures institutionnelles, ils sont alors responsables au regard du droit et de la morale²⁵. Il conviendrait, d'autre part, de ne pas oublier que les gouvernements successeurs demeurent liés par la responsabilité encourue par les gouvernements prédécesseurs pour les faits illicites que ces derniers ont commis et qu'ils n'ont pas réparés au titre de la responsabilité des Etats.

42. La question se pose alors de savoir envers qui les Etats sont responsables lorsqu'ils violent les obligations en matière de droits de l'homme qui leur incombent au regard du droit international. Dans le droit

(suite de la note 22)

l'un des actes ci-après: a) le génocide, b) l'esclavage ou la traite des esclaves, c) le meurtre d'un individu ou l'acte entraînant sa disparition, d) la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; e) la détention arbitraire prolongée; f) la discrimination raciale systématique; g) des violations flagrantes, constantes et systématiques des droits de l'homme internationalement reconnus (par. 702).

23. Toutes les règles en matière de droits de l'homme ne sont pas des règles de *jus cogens*, mais celles énumérées aux alinéas a) à f) dans la note qui précède sont généralement réputées appartenir à la catégorie des normes impératives (Restatement of the Law, par. 702, commentaire 12).

24. Voir (Third) Restatement of the Law, par. 702, Reporters's note 2. Voir aussi Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989, p. 165 et suivantes; Naomi Roht-Arriaza, "State responsibility to investigate and Prosecute grave human rights violations in international law", in *California Law Review*, vol. 78 (1990), p. 451 à 513 (et plus précisément p. 471). Les commentateurs se réfèrent fréquemment dans ce contexte à l'affaire Velásquez Rodriguez, dans laquelle la Cour interaméricaine des droits de l'homme a soutenu à propos du paragraphe 1 de l'article 1 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, que l'obligation de "garantir" suppose l'obligation pour les Etats parties d'organiser leur système de protection publique de manière à "pouvoir garantir en droit le libre et plein exercice des droits de l'homme". (Arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, No 4 (1988), par. 166).

25. Voir Meron, note 24, p. 171, et Roht-Arriaza, note 24, p. 471.

international classique, l'Etat auteur est responsable de son comportement vis-à-vis de l'Etat lésé au niveau interétatique. En matière de droits de l'homme, cela signifie qu'il y a responsabilité de l'Etat lorsqu'un Etat cause un préjudice à un ressortissant d'un autre Etat dans la mesure où il viole les droits de l'homme reconnus sur le plan international que l'Etat est tenu de respecter et de garantir à toutes les personnes. Dans le droit international classique, le sujet qui a subi le préjudice n'est pas l'individu, ou un groupe d'individus, mais l'Etat dont l'individu ou le groupe d'individus est ou sont le ou les ressortissants. C'est dans ce sens que les Etats peuvent demander réparation à l'Etat auteur, mais les victimes elles-mêmes ne sont pas habilitées à soumettre des requêtes internationales²⁶.

43. Il est cependant à noter que dans la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats qu'elle a adopté à titre provisoire, la Commission du droit international n'a pas limité la définition de l'expression "Etat lésé" au seul Etat directement atteint dans ses droits et ses intérêts: l'expression "Etat lésé" désigne aussi, si le droit auquel il a été porté atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle du droit international coutumier et qu'il a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout autre Etat partie audit traité multilatéral ou lié par ladite règle du droit international coutumier²⁷. Comme indiqué dans le commentaire correspondant de la Commission du droit international, les intérêts que protègent les dispositions en matière de droits de l'homme ne sont pas des intérêts propres à tel ou tel Etat, d'où la nécessité de considérer d'emblée comme Etat lésé tout autre Etat partie à la convention multilatérale ou lié par la règle de droit coutumier dont il s'agit²⁸. La Commission du droit international a par ailleurs mis en lumière les aspects collectifs éventuels de la responsabilité des Etats, lorsqu'elle a établi que l'expression "Etat lésé" peut désigner tout Etat partie à un traité multilatéral si le droit auquel il a été porté atteinte

26. Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 1987, p. 97.

27. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, deuxième partie, article 5, paragraphe 2 e) iii), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1985, vol. II (deuxième partie), p. 24 et 25.

28. Commentaire sur le projet d'articles sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1985, vol. II (deuxième partie), paragraphe 20, p. 26.

a été expressément énoncé dans le traité pour la protection des intérêts collectifs des Etats parties²⁹. En outre, elle a étendu l'expression "Etat lésé" à tous les Etats autres que l'Etat auteur si le fait internationalement illicite constitue un crime international³⁰.

44. En définissant de la sorte les aspects collectifs de la responsabilité des Etats, la Commission du droit international n'a fait que suivre la tendance de plus en plus marquée du régime international des droits de l'homme que veut que, au regard des traités multilatéraux et du droit coutumier en matière de droits de l'homme, la responsabilité des Etats s'exerce non seulement à l'endroit de l'"Etat lésé", mais aussi à l'endroit de la communauté des nations. C'est ce principe qui sous-tend aussi l'opinion de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle dit qu'un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme dénonçant une violation de la Convention non seulement fait prévaloir ses propres droits ou ceux de ses ressortissants mais défend aussi l'ordre public en Europe:

"... En devenant Partie à la Convention un Etat reconnaît, vis-à-vis des autres Etats contractants, les droits et libertés définis au Titre I (de la Convention européenne des droits de l'homme) à toute personne relevant de sa juridiction, quels que soient sa nationalité ou son état; ... il reconnaît ces droits et libertés non seulement à ses propres nationaux et à ceux des autres Etats Contractants, mais aussi aux ressortissants des Etats non Parties à la Convention et aux apatrides ... Les obligations souscrites par les Etats Contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats Contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers"³¹.

29. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, deuxième partie, article 5, paragraphe 2 f), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1985, vol. II (deuxième partie), p. 24 et 25.

30. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, deuxième partie, paragraphe 3 de l'article 5.

31. Autriche c. Italie, Requête No 788/60, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1961, Nijhoff, La Haye, 1962, p. 117 et suivantes (et plus précisément p. 139 et 141).

L'idée-force selon laquelle la responsabilité des Etats au regard des traités multilatéraux en matière de droits de l'homme fait naître des obligations vis-à-vis de la collectivité ou de la communauté des nations tenue de respecter et de garantir les droits consacrés dans lesdits traités peut être réputée s'appliquer aussi dans le cas du droit international coutumier en matière de droits de l'homme, conformément à l'arrêt rendu dans l'affaire de la Barcelona Traction par la Cour internationale de Justice, laquelle a déclaré que tous les Etats ont le droit de faire prévaloir les obligations *erga omnes*. Ainsi que la Cour l'a dit:

"Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (...); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel"³².

Il est possible d'en conclure que lorsqu'un Etat viole une obligation *erga omnes*, il lèse l'ordre international juridique et public dans son ensemble et que, par conséquent, tout Etat peut avoir un droit et un intérêt à intenter une action contre l'Etat auteur³³.

32. Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd., (Deuxième phase, Belgique c. Espagne), C.I.J. Recueil 1970, p. 32.

33. Voir également Meron, note 24, p. 191, et Menno T. Kamminga, *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights*, 1992, p. 156 et suivantes.

45. L'on peut donc présumer qu'au regard de la responsabilité des Etats la violation des normes internationalement reconnues en matière de droits de l'homme entraîne des conséquences juridiques pour l'"Etat lésé" pris au sens classique du terme et, éventuellement, pour tous les autres Etats qui participent à un ordre juridique créé par un traité multilatéral relatif aux droits de l'homme — dans la mesure où ils peuvent être "lésés" dans leurs droits et leurs intérêts — et pour la communauté internationale tout entière, en particulier lorsque l'Etat auteur a violé des obligations *erga omnes* en matière de droits de l'homme. La question se pose aussi de savoir si la responsabilité des Etats joue non seulement à l'égard des Etats qui participent à l'ordre juridique international, mais aussi, plus directement, à l'égard des personnes relevant de la juridiction de l'Etat auteur lorsqu'elles sont victimes de violations par cet Etat de droits de l'homme reconnus sur le plan international. S'agissant du régime conventionnel des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a clairement indiqué que la Convention américaine relative aux droits de l'homme envisage essentiellement la protection des individus et que la responsabilité des Etats joue dans leur intérêt. Dans un avis consultatif qu'elle a rendu, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit ce qui suit:

"... les instruments contemporains relatifs aux droits de l'homme en général et la Convention américaine relative aux droits de l'homme en particulier ne sont pas des instruments multilatéraux au sens classique conclus pour réaliser l'échange réciproque de droits dans l'intérêt réciproque des Etats Contractants. Ils ont pour objet de protéger les droits fondamentaux des êtres humains, quelle que soit leur nationalité, à la foi contre l'Etat dont ils sont ressortissants et contre tous les autres Etats Contractants. En signant ces instruments relatifs aux droits de l'homme, les Etats peuvent être réputés s'être soumis à un ordre juridique à l'intérieur duquel, pour le bien général, ils assument diverses obligations non seulement à l'égard des autres Etats, mais encore à l'égard de tous les individus relevant de leur juridiction ..."34.

34. The Effect of Reservations of the Entry into Force of the American Convention, Cour interaméricaine, Advisory Opinion OC-2/82, du 24 septembre 1982, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série A, Judgements and Opinions, No 2, paragraphe 29. Voir également Alejandro Artucio, "Impunity of perpetrators", dans *Report of the Maastricht Seminar*, p. 190.

Il est donc possible de déclarer que les obligations nées de la responsabilité des Etats pour violation du régime international des droits de l'homme entraînent des droits correspondants en faveur des individus et des groupes d'individus qui relèvent de la juridiction de l'Etat auteur et qui sont victimes de ces violations. Le droit premier que le droit international reconnaît à ces victimes est le droit à un recours utile et à une juste réparation.

46. En vertu du droit international, l'Etat qui a violé une obligation juridique est tenu de cesser la violation et d'accorder réparation, donc, lorsque les circonstances le justifient, la restitution ou l'indemnisation pour la perte ou le préjudice subis³⁵. Comme indiqué dans les paragraphes qui précèdent, le sujet lésé à qui réparation est due peut être l'Etat directement lésé, une collectivité d'Etats — en particulier dans le cas de violations d'obligations *erga omnes* — et/ou un individu ou des groupes d'individus victimes de violations des droits de l'homme reconnus sur le plan international. La présente étude est axée sur l'individu lésé ou le groupe d'individus lésés par des violations flagrantes des droits de l'homme. Ces individus peuvent être des ressortissants de l'Etat auteur, des ressortissants d'autres Etats ou encore des apatrides. Dans l'inventaire des normes internationales existantes applicables en matière de droits de l'homme qui est donné à la section II de la présente étude, mention a été faite des dispositions expresses d'instruments relatifs aux droits de l'homme de portée universelle et régionale qui reconnaissent le droit à un "recours effectif" devant les juridictions nationales compétentes contre des violations des droits de l'homme.

47. Poursuivant ses travaux sur la responsabilité des Etats, la Commission du droit international a été saisie par son Comité de rédaction d'un certain nombre d'articles de la deuxième partie du projet d'articles qu'il a adoptés en première lecture et qui présentent un intérêt particulier pour la présente étude³⁶. Ces articles concernent la cessation du compor-

35. Voir (Third) Restatement of the Law, par. 901 (Redress for Breach of International Law).

36. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session (A/47/10), paragraphe 12.

tement illicite (art. 6), la réparation (art. 6 *bis*), la restitution en nature (art. 7), l'indemnisation (art. 8), la satisfaction (art. 10) et les assurances et garanties de non-répétition (art. 10 *bis*)³⁷. Ces projets d'articles en sont au stade de l'examen préliminaire au sein de la Commission du droit international elle-même et ont été élaborés essentiellement dans l'optique des relations interétatiques: dans ce sens, ils ne concernent pas directement les relations entre les Etats et les individus. Il serait souhaitable que les travaux futurs de codification du droit de la responsabilité des Etats fassent une plus large place aux aspects de la responsabilité des Etats qui concernent l'obligation des Etats de respecter les droits de l'homme et d'en garantir l'exercice. Il reste que les articles susmentionnés, bien qu'élaborés dans une perspective différente, renferment des éléments qui touchent de près la présente étude. Il est utile de s'attarder sur certains d'entre eux.

48. Premièrement, il doit être mis fin au comportement qui constitue un fait illicite ayant un caractère de continuité et la partie lésée est en droit d'obtenir des garanties de non-répétition du fait illicite (art. 6 et 10 *bis*). Deuxièmement, la réparation intégrale peut revêtir la forme d'une restitution en nature, d'une indemnisation, d'une satisfaction et d'assurances et garanties de non-répétition. Par ailleurs, l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement (art. 6 *bis*). Troisièmement, la restitution en nature s'entend du rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis (art. 7) et, dans la mesure où le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature, une indemnisation doit être versée couvrant tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par la partie lésée (art. 8). Quatrièmement, satisfaction pour le dommage, notamment moral, subi doit être accordée si et dans la mesure où cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale, et la satisfaction peut prendre la forme:

- a) d'excuses;
- b) de dommages-intérêts symboliques;
- c) en cas d'atteinte flagrante aux droits, de dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte;

37. Voir A/CN.4/L.472.

- d) en cas de fautes graves ou d'agissements criminels, d'une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtement (art. 10).

49. Les organes judiciaires internationaux, comme le Comité des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, examinant les plaintes de victimes de violations des droits reconnus et garantis dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont accumulé une abondante jurisprudence, dans laquelle ils ont défini la responsabilité des Etats en termes de devoirs auxquels les Etats auteurs sont astreints. La jurisprudence en la matière est analysée à la section IV de la présente étude et suit de près le schéma esquissé dans les paragraphes qui précèdent. Une des décisions les plus claires et nettes en la matière émane de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Velásquez Rodriguez:

"L'Etat a au regard du droit le devoir de prendre des mesures raisonnables pour prévenir les violations des droits de l'homme et de mettre en oeuvre tous les moyens disponibles pour mener une enquête approfondie sur les violations commises sur sa juridiction, identifier les responsables, imposer les sanctions applicables et veiller à ce que la victime soit indemnisée"³⁸.

IV. DECISIONS ET CONSTATATIONS PERTINENTES DES ORGANES INTERNATIONAUX DE DEFENSE DES DROITS DE L'HOMME

A. LE COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME

50. Aux termes du Protocole facultatif se rapportant au pacte international aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme

38. Arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, No 4 (1988), paragraphe 174. Voir aussi Juan E. Méndez et José Miguel Vivanco "Disappearances and the Inter-American Court: reflections on a litigation experience", dans *Hamline Law Review*, vol. 13 (1990), p. 507 à 577.

peut recevoir et examiner des communications émanant d'individus qui affirment être victimes d'une violation, par un Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le pacte. Les décisions du Comité des droits de l'homme sont appelées "constatations" ("*views*") au paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif. Après que le Comité a conclu à une violation de l'une ou de plusieurs des dispositions du pacte, il demande habituellement à l'Etat partie de prendre des mesures appropriées pour remédier à la violation. La base de ce recours réside dans le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte, selon lequel les Etats parties s'engagent à garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le pacte auront été violés disposera d'un recours utile. Des dispositions plus précises en ce qui concerne l'indemnisation figurent au paragraphe 5 de l'article 9 du Pacte, qui prévoit que tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation, et dans le paragraphe 6 de l'article 14, qui prévoit l'indemnisation lorsqu'une personne a subi une peine par suite d'une erreur judiciaire.

51. Au terme de sa quarante-cinquième session (juillet 1992), le Comité des droits de l'homme avait formulé des constatations au titre du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif en ce qui concerne 138 communications³⁹. La jurisprudence du Comité porte sur la grande majorité des dispositions du Pacte, mais le problème des recours, y compris de l'indemnisation, au bénéfice des personnes qui ont été victimes de violations du pacte, s'est posé principalement en ce qui concerne:

- a) Le droit à la vie (art. 6 du pacte);
- b) Le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7);
- c) Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne (art. 9), y compris:
 - i) Le droit de ne pas faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires (art. 9 1));
 - ii) Le droit d'être traduit dans le plus court délai devant un juge et d'être jugé dans un délai raisonnable (art. 9 3));

39. Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 40, (A/47/40)*, paragraphe 609.

- iii) Le droit d'introduire un recours au sujet de la légalité de son arrestation et de sa détention (ou le recours d'*habeas corpus*) (art. 9 4));
- d) Le droit d'être traité avec humanité au cours d'un emprisonnement (art. 10);
- e) Le droit d'être entendu équitablement (art. 14), y compris:
 - i) La possibilité d'être entendu équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial (art. 14 1);
 - ii) Un minimum de garanties lors de la détermination de toute charge pénale, notamment le droit de communiquer avec un conseil (art. 14 3 b));
 - iii) Le droit d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix (art. 14 3 b) et d));
 - iv) Le droit d'être jugé sans retard excessif (art. 14 3 c));
 - v) Le droit d'interroger les témoins (art. 14 3 e));
 - vi) Le droit de ne pas témoigner contre soi-même (art. 14 3 g));
 - vii) Le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation (art. 14 5))⁴⁰.

Dans le cas de la plupart des communications pour lesquelles le Comité a agi en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif, il a conclu, dans la mesure où il avait estimé que le Pacte avait été violé, que la violation ne portait pas seulement sur l'une des dispositions susmentionnées mais sur un certain nombre d'entre elles à la fois.

52. Ce n'est pas le propos de la présente étude que de traiter quant au fond des dispositions du pacte et de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme dans la mesure où le Comité a appliqué et interprété lesdites dispositions. On s'y efforce seulement de déterminer comment le Comité, lorsqu'il constate que le Pacte a été violé, envisage la question des recours, y compris celle de l'indemnisation. Sans négliger les constatations

40. Parmi les autres dispositions de fond du Pacte qui ont fait l'objet d'une jurisprudence particulièrement intéressante figurent notamment celles qui concernent le droit de se livrer à des activités politiques (art. 25), l'égalité devant la loi, le principe de la non-discrimination (art. 26) et les droits des minorités (art. 27).

faites par le Comité en ce qui concerne des violations portant sur d'autres dispositions du Pacte, le Rapporteur spécial estime qu'aux fins de la présente étude les communications les plus instructives sont celles dans lesquelles les faits faisaient apparaître principalement une violation de l'article 6 (droit à la vie) ou de l'article 7 (droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), ou de ces deux articles à la fois. Comme le Comité des droits de l'homme l'a déclaré, ces violations sont tout particulièrement graves (affaire No 194/1985 — Jean Minago Muiyo c. Zaïre).

53. *Droit à la vie*

- a) Dans l'affaire No 30/1978 (Irene Bleier Lewenhoff et Rosa Valiño de Bleier c. Uruguay), le Comité a constaté que les articles 7 , 9 et 10 1)) du pacte avaient été violés et qu'il y avait de sérieuses raisons de penser que la violation ultime, celle de l'article 6, avait été perpétrée par les autorités uruguayennes. En ce qui concerne ce dernier point, le Comité a demandé instamment au gouvernement de reconsidérer sa position dans cette affaire et de prendre des mesures efficaces
 - i) pour établir ce qu'il était advenu d'Eduardo Bleier depuis le mois d'octobre 1975, pour traduire en justice toute personne reconnue responsable de la mort de celui-ci, de sa disparition ou de mauvais traitements à son égard et pour l'indemniser ou indemniser sa famille pour les torts qui lui avaient été faits;
 - ii) pour faire en sorte que des violations analogues ne se produisent plus;
- b) Dans l'affaire No 45/1979 (Pedro Pablo Camargo c. Colombie), le Comité a estimé que toutes les autres violations qui avaient pu être commises dans cette affaire étaient comprises dans celles, encore plus graves, qui tombaient sous le coup de l'article 6. Le Comité a donc conclu que l'Etat partie devait prendre toutes les mesures nécessaires pour indemniser le conjoint de la personne qui avait été tuée (conséquence de l'intervention délibérée de la police), et, afin que le droit à la vie soit dûment protégé, devait modifier la loi en vigueur;

- c) Dans l'affaire No 84/1981 (Guillermo Ignacio Dermit Barbato et Hugo Haroldo Dermit Barbato c. Uruguay), le Comité a estimé que, en ce qui concerne l'une des personnes, l'article 6 avait été violé étant donné que les autorités n'avaient pas pris les mesures voulues pour protéger sa vie pendant sa détention. En ce qui concerne l'autre personne, le Comité a estimé que les faits faisaient apparaître une violation des articles 9 3) et 4) et 14 3) c). Il a donc conclu que l'Etat partie était tenu de prendre des mesures effectives
- i) pour établir les faits relatifs à la mort de ladite personne, pour traduire en justice toute personne présumée responsable de ce décès, et pour verser une réparation appropriée à la famille du défunt;
 - ii) pour veiller à ce que toutes les garanties de procédure prescrites par l'article 14 du Pacte, ainsi que les droits des détenus consacrés par les articles 7, 9 et 10 de cet instrument soient strictement respectées;
 - iii) pour transmettre à qui de droit le texte des constatations du Comité; et
 - iv) pour faire en sorte que des violations semblables ne se produisent plus à l'avenir;
- d) Dans l'affaire No 107/1981 (Elena Quinteros Almeida et Maria del Carmen Almeida de Quinteros c. Uruguay), le Comité a estimé que la mère de la jeune femme qui avait disparu avait vécu et vivait encore dans la douleur et l'angoisse en raison de la disparition de celle-ci et des incertitudes qui demeuraient quant à son sort et au lieu où elle pouvait se trouver. La mère était en droit de savoir ce qu'il était advenu de sa fille. De ce point de vue, la mère était également victime des violations du Pacte subies par sa fille, et en particulier de violations de l'article 7. En ce qui concerne la fille, le Comité a conclu que la responsabilité de sa disparition incombait aux autorités uruguayennes et qu'en conséquence le Gouvernement uruguayen devait prendre immédiatement des mesures efficaces
- i) pour établir ce qu'il était advenu de la personne disparue depuis le 18 juin 1976 et pour la faire remettre en liberté;
 - ii) pour traduire en justice toute personne reconnue responsable de sa disparition et de mauvais traitements à son égard;

- iii) pour verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi; et
 - iv) pour faire le nécessaire afin que des violations analogues ne se produisent plus;
- e) Dans les affaires No 146/1983 et 148 à 154/1983 (John Khemraadi Baboeram et consorts c. Suriname), le Comité a estimé que les victimes avaient été arbitrairement privées de la vie en violation de l'article 6 du Pacte. Il a demandé instamment à l'État partie de prendre des mesures efficaces
- i) pour enquêter sur les exécutions de décembre 1982;
 - ii) pour traduire en justice toutes les personnes dont on aurait reconnu la responsabilité dans la mort des victimes;
 - iii) pour verser une indemnité aux familles survivantes; et
 - iv) pour faire en sorte que le droit à la vie soit protégé comme il convient au Suriname;
- f) Dans l'affaire No 161/1983 (Joaquin David Herrera Rubio c. Colombie), le Comité a conclu que l'article 6 du Pacte avait été violé du fait que l'Etat partie n'avait pas pris les mesures qui convenaient pour prévenir la disparition et l'assassinat ultérieur des parents de l'auteur de la communication adressée au Comité et pour enquêter de façon efficace sur la responsabilité de ces assassinats. En outre, le Comité a estimé qu'en ce qui concerne l'auteur de la communication, les articles 7 et 10, paragraphe 1 avaient été violés du fait qu'il avait été soumis à la torture et à de mauvais traitements pendant sa détention. Le Comité a donc conclu que l'Etat partie était tenu de prendre des mesures efficaces pour remédier aux violations dont l'auteur de la communication avait été victime et pour enquêter plus avant sur lesdites violations, de prendre à ce sujet les mesures qui s'imposaient et de veiller à ce que des violations analogues ne se produisent pas à l'avenir;
- g) Dans l'affaire No 194/1985 (Jean Miango Muiyo c. Zaïre), le Comité a estimé que les faits faisaient apparaître une violation des

articles 6 et 7 du Pacte. Il a demandé instamment à l'Etat partie de prendre des mesures effectives:

- i) pour ouvrir une enquête sur les circonstances de la mort de la victime;
 - ii) pour traduire en justice toute personne responsable de ce décès; et
 - iii) pour indemniser la famille de la victime;
- h) Dans l'affaire No 181/1984 (A. et H. Sanjuán Arévalo c. Colombie), le Comité a estimé que le droit à la vie, consacré dans l'article 6 du Pacte, et le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, énoncé dans l'article 9 de cet instrument, n'avaient pas été effectivement protégés par l'Etat partie concerné. Il a déclaré qu'il souhaitait recevoir des renseignements sur toutes mesures prises par celui-ci en rapport avec les constatations du Comité, et il a invité notamment l'Etat partie à l'informer des faits nouveaux qui apparaîtraient au cours de l'enquête menée sur la disparition des frères Sanjuán.

54. *Droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*

- a) Dans l'affaire N° 63/1979 (Violeta Setelích c. Uruguay), le Comité des droits de l'homme a constaté des violations des articles 7 et 10 1), 9 3) et 14 3) a), b), c) d) et e) du Pacte. Il a conclu que l'Etat partie était tenu de prendre immédiatement des mesures pour garantir que les dispositions du Pacte étaient scrupuleusement respectées et pour fournir des recours utiles à la victime, en particulier pour accorder à celle-ci (Raúl Sendich) un traitement conforme aux articles 7 et 10 du Pacte et pour le juger de nouveau dans un procès pourvu de toutes les garanties procédurales prescrites par l'article 14 du Pacte. L'Etat partie devait aussi veiller à ce que la victime reçoive sans délai tous les soins médicaux nécessaires;
- b) Dans l'affaire N° 25/1978 (Carmen Améndola et Graciela Baritussio c. Uruguay), le Comité a constaté, en ce qui concerne l'une des

victimes, des violations des articles 7 et 10 1) et de l'article 9 1) du Pacte, et, en ce qui concerne l'autre victime, des violations de l'article 9 1) et 9 4). Il a estimé que l'Etat partie était dans l'obligation de fournir aux victimes des recours effectifs, y compris de leur accorder une réparation, pour les violations qu'elles avaient subies. Il a également été demandé à l'Etat partie d'enquêter sur les accusations de torture portées contre les personnes nommées dans la communication;

c) Dans l'affaire No 80/1980 (Elena Beatriz Vasilskis c. Uruguay), le Comité a constaté des violations des articles 7, 10 1), et de l'article 14 1), 14 3) b), d) et e) du Pacte. Il a estimé que l'Etat partie était tenu de prendre immédiatement des mesures

- i) pour garantir que les dispositions du Pacte seraient strictement respectées et pour offrir à la victime des recours utiles, en faisant notamment bénéficier celle-ci du traitement que l'article 10 du Pacte prévoyait pour les détenus;
- ii) pour veiller à ce que la victime reçoive tous les soins médicaux nécessaires;
- iii) pour que soit transmise à la victime copie des constatations du Comité;
- iv) pour faire en sorte que de pareilles violations ne se produisent pas à l'avenir;

d) Dans l'affaire No 88/1981 (Gustavo Raúl Larrosa Bequio c. Uruguay), le Comité a constaté des violations du Pacte en ce qui concerne la victime, en particulier des articles 7 et 10 1). Il a estimé que l'Etat partie était tenu de prendre des mesures immédiates

- i) pour assurer l'observation stricte des dispositions du Pacte et offrir des recours utiles à la victime et, en particulier, pour que soit accordé à celle-ci le traitement prévu à l'article 10 du Pacte pour les personnes détenues;
- ii) pour veiller à ce que la victime reçoive tous les soins médicaux nécessaires;
- iii) pour que soit transmise à cette dernière copie des constatations du Comité;

- iv) pour que de pareilles violations ne se produisent pas à l'avenir;
- e) Dans l'affaire No 110/1981 (Antonio Viana Acosta c. Uruguay), le Comité a conclu que les articles 7 et 10 1), ainsi que l'article 14 3) b), d) et c) du Pacte avaient été violés. Il a estimé que l'Etat partie avait l'obligation d'assurer un recours utile à la victime, et en particulier de l'indemniser pour les dommages physiques et mentaux et les souffrances que lui avait causé le traitement inhumain auquel elle avait été soumise;
- f) Dans l'affaire No 124/1982 (Tshitenge Muteba c. Zaïre), le Comité a constaté des violations des articles 7 et 10 1) et des articles 9 3), 9 4), 14 3) b), c) et d) et 19 du Pacte. Il a estimé que l'Etat partie était tenu d'offrir à la victime des moyens de droit efficaces, notamment sous forme d'indemnisation, pour les violations qu'elle avait subies, de mener une enquête sur les circonstances dans lesquelles la victime avait été torturée et de prendre des mesures pour garantir que de telles violations ne se produiraient plus à l'avenir;
- g) Dans l'affaire No 176/1984 (Walter Lafuente Peñarrieta et consorts c. Bolivie), le Comité a conclu que des violations du Pacte avaient eu lieu en ce qui concernait l'article 7, les articles 9 3) et 10 1), et l'article 14 3) b). Il a estimé que, conformément aux dispositions de l'article 2 du Pacte, l'Etat partie était tenu de prendre des mesures efficaces pour remédier aux violations dont les intéressés avaient été victimes, d'indemniser ces derniers, d'enquêter sur lesdites violations, de prendre à ce sujet les mesures qui s'imposaient et de veiller à ce que des violations analogues ne se produisent pas à l'avenir.

55. L'examen ci-dessus de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, examen qui porte en particulier sur des violations des articles 6 et 7 du Pacte, fait ressortir qu'il existe un lien certain entre d'une part les recours utiles dont la ou les victimes ont le droit de bénéficier, recours visant à empêcher le renouvellement de violations, et d'autre part la question des mesures prises par l'Etat partie concerné, à la suite des constatations du Comité, pour ce qui est des recours qui sont nécessaires

de l'avis du Comité. Il y a lieu d'accorder un peu plus d'attention à ces trois éléments.

56. En ce qui concerne l'obligation qui est faite aux Etats parties de garantir que toute personne dont les droits et libertés ont été violés disposera d'un recours utile (art. 2, par. 3 du Pacte), le Comité des droits de l'homme non seulement a déclaré à plusieurs reprises que les Etats parties sont tenus de prendre des mesures efficaces pour remédier aux violations, mais il a énoncé un certain nombre de mesures précises qu'il y a lieu d'adopter et qui dépend de la nature des violations ainsi que de la situation de la ou des victimes. En conséquence, le Comité a à plusieurs reprises émis l'avis que l'Etat partie est dans l'obligation:

- a) D'enquêter sur les faits;
- b) De prendre sur ce point les mesures appropriées;
- c) De traduire en justice les personnes présumées responsables;
- d) De fournir à la victime ou aux victimes un traitement conforme aux dispositions et aux garanties du Pacte;
- e) De fournir à la victime ou aux victimes des soins médicaux;
- f) De verser une indemnité à la victime ou aux victimes, ou à la famille.

57. En ce qui concerne l'obligation de verser une indemnité, le Comité des droits de l'homme a eu recours à diverses formules:

- a) Indemnisation de la victime (la personne disparue) ou de sa famille pour tout préjudice subi par la victime (No 30/1978);
- b) Indemnisation du mari pour la mort de sa femme (No 45/1979);
- c) Indemnisation appropriée de la famille de la personne qui a été tuée (No 84/1981);
- d) Indemnisation pour le préjudice subi (No 107/1981);
- e) Indemnisation pour les lésions et les souffrances physiques et mentales causées à la victime par le traitement inhumain auquel elle a été soumise (110/1981);
- f) Indemnisation des familles survivantes (Nos 146/1983 et 148 à 154/1983).

A cet égard, il y a lieu de faire deux observations. Premièrement, on peut présumer que, dans les constatations du Comité, la base de détermi-

nation du montant ou de la nature de l'indemnisation n'est pas seulement la lésion ou le dommage physique ou matériel mais également la lésion ou le préjudice subis sur le plan moral. Deuxièmement, on ne voit pas tout à fait clairement si, en cas de décès ou de disparition d'une personne, le Comité reconnaît que les membres de la famille ont un droit propre à indemnisation en raison de leurs propres souffrances et inquiétudes ou s'ils ont droit à indemnisation pour les torts infligés à la victime elle-même. Au moins dans un cas (No 107/1981), le Comité a déclaré que la mère de la personne disparue était elle-même une victime.

"Le Comité comprend la douleur et l'angoisse causées à la mère par la disparition de sa fille et par les incertitudes qui demeurent quant à son sort et au lieu où elle se trouve. L'auteur a le droit de savoir ce qu'il est advenu de sa fille. De ce point de vue, la mère est également victime des violations du Pacte dont sa fille fait l'objet, et en particulier de violations de l'article 7." (par. 14).

Le Comité a demandé instamment que des dommages-intérêts soient versés en réparation du préjudice subi, ce par quoi on peut présumer qu'il entendait le préjudice subi à la fois par la fille disparue et par sa mère.

58. L'aspect préventif des moyens propres à remédier à une situation est constamment souligné par le Comité des droits de l'homme, qui fréquemment demande aux Etats parties "de prendre des mesures pour veiller à ce que de semblables violations ne se produisent pas à l'avenir". De même, le Comité a à plusieurs reprises déclaré que les Etats parties sont dans l'obligation de prendre immédiatement des mesures visant à assurer le strict respect des dispositions du Pacte. Plus particulièrement en ce qui concerne le droit à la vie, il a demandé instamment à titre de mesure préventive que l'Etat partie concerné, pour faire en sorte que ce droit soit dûment protégé, modifie la loi (No 45/1979).

59. Dans de nombreux cas, le Comité des droits de l'homme, ayant fait connaître ses constatations au titre du Protocole facultatif se rapportant au Pacte, est resté sans savoir si les Etats parties s'acquittaient en fait de ce qui leur était demandé dans le cadre de ces constatations. Souvent il a reçu des renseignements selon lesquels les Etats parties n'avaient pas fourni de réparations appropriées contrairement à ce qu'il avait demandé, ou encore il avait des raisons de présumer qu'il en était ainsi. Le Comité

a pris certaines dispositions devant cet état de choses peu satisfaisant. Dans le cas d'un Etat partie qui au début n'avait pas tenu compte des constatations du Comité, l'Etat a été prié à plusieurs reprises de transmettre un exemplaire des constatations du Comité à la victime ou aux victimes. Plus récemment, le Comité s'est efforcé d'engager le dialogue avec les Etats parties concernés, en vue d'encourager l'application de mesures visant à remédier à une situation. Par exemple, le Comité a déclaré dans une certaine affaire (No 181/1984) qu'il souhaitait recevoir des renseignements sur toutes mesures prises par l'Etat partie en rapport avec les constatations du Comité, et a invité l'Etat partie à l'informer des faits nouveaux qui apparaîtraient au cours de l'enquête menée sur la disparition des victimes. Afin de pouvoir suivre plus méthodiquement l'évolution de la situation ou être mieux informé de l'absence d'évolution en ce qui concerne l'application des mesures correctives après la publication des constatations du Comité, ce dernier a décidé, le 24 juillet 1990, de nommer un rapporteur spécial qu'il a chargé du suivi des constatations⁴¹. L'une des tâches de ce Rapporteur spécial est de recommander au Comité la suite à donner à toutes les plaintes reçues de particuliers que le Comité, dans les constatations qu'il formule conformément au Protocole facultatif, estime avoir été victimes d'une violation, et qui prétendent qu'aucun recours utile ne leur a été assuré. Cette question du contrôle de l'application n'est pas seulement essentielle pour ce qui est de faire justice aux victimes et de faire respecter l'autorité d'un organe de défense des droits de l'homme aussi important que le Comité des droits de l'homme; c'est aussi un élément important à garder présent à l'esprit dans le cadre de l'étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

B. LE COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE

60. Aux termes de l'article 14 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, toutes les

41. Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante cinquième session, Supplément No 40, (A/45/40)*, vol. II, annexe XI.

personnes et tous les groupes de personnes qui se plaignent d'être victimes d'une violation, par un Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans la Convention, et qui ont épuisé les recours locaux disponibles, peuvent envoyer par écrit des communications au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale afin que celui-ci les examine. A la date du 1er janvier 1993, seulement 16 des 132 Etats qui ont ratifié la Convention ou qui y ont adhéré avaient déclaré reconnaître la compétence du Comité pour ce qui est de recevoir et d'examiner des communications au titre de l'article 14 de la Convention. Le Comité n'a eu à s'occuper jusqu'ici que d'un petit nombre de communications. Une affaire pertinente du point de vue des remèdes à apporter à la situation d'une victime est l'affaire *Yilmaz-Dogan c. Pays-Bas* (No 1/1984), dans laquelle le Comité, agissant en application du paragraphe 7 de l'article 14 de la Convention, a conclu que le pétitionnaire n'avait pas bénéficié de la protection de son droit au travail (art. 5 e) 1) de la Convention). Le Comité a suggéré que l'Etat partie tienne compte de cet avis et lui a recommandé de vérifier si la pétitionnaire avait depuis un emploi rémunéré et, dans la négative, de faire usage de ses bons offices pour lui assurer un nouvel emploi et/ou pour lui faire obtenir telle autre réparation qu'il pourrait juger équitable. Plus récemment, dans l'affaire *L. Karim c. Pays-Bas* (No 4/1991), le Comité a constaté que, compte tenu du peu de cas fait par les autorités néerlandaises des incidents à caractère racial dont le requérant était victime, les enquêtes de police et de justice n'avaient pas permis à ce dernier de disposer d'une protection et de voies de recours effectives, au sens de l'article 6 de la Convention. Une des recommandations du Comité était que l'état partie indemnise le requérant dans la mesure du préjudice moral subi.

C. LE COMITÉ CONTRE LA TORTURE

61. Conformément à l'article 22 de la Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, les personnes qui se plaignent d'une violation, commise par un Etat partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans la Convention, et qui ont épuisé les recours internes disponibles, ont le droit d'adresser des communications écrites au Comité contre la torture pour examen. Au 1er janvier 1993, sur les 70 Etats parties, 28 avaient déclaré reconnaître la compétence du Comité pour ce qui était de recevoir et d'examiner des communications en

vertu de l'article 22 de la Convention. Dans les affaires Nos 1/1988, 2/1988, 3/1988 (O.R, H.M et M.S c. Argentine), les pétitionnaires, apparentés à trois victimes de torture décédées, affirmaient que la "Loi sur le devoir d'obéissance" et le "Punto Final" ("point final") étaient incompatibles avec les obligations contractées par l'Etat partie au titre de la Convention. Le Comité a déclaré ces communications irrecevables *ratione temporis* étant donné que les dispositions de la Convention ne pouvaient pas être appliquées rétroactivement.

62. Toutefois, dans une opinion incidente qui est digne d'être citée et qui est des plus pertinentes du point de vue de la présente étude, le Comité a fait observer que les lois en question étaient incompatibles avec l'esprit et l'objet de la Convention. Il a demandé instamment à l'Etat partie de ne pas laisser sans recours les victimes de la torture et leurs ayants cause. Il a déclaré que si une action civile en réparation n'était plus possible du fait de la prescription, il souhaiterait vivement que, conformément à l'esprit de l'article 14 de la Convention (relatif au droit d'être indemnisé équitablement et de manière adéquate), des mesures appropriées fussent adoptées pour permettre une indemnisation adéquate. Le Comité a déclaré qu'il souhaitait recevoir de l'Etat partie des renseignements détaillés concernant a) le nombre d'actions en réparation qui avaient été intentées au profit de personnes ayant été victimes de torture pendant la "sale guerre" ou de leurs ayants cause et auxquelles une suite favorable avait été donnée, y compris les conditions à remplir pour avoir droit à cette indemnisation. Peu après avoir formulé ses constatations, le Comité a reçu du Gouvernement argentin une réponse traitant de la question⁴².

63. Il y a lieu de faire ressortir deux points en ce qui concerne les affaires qui viennent d'être citées. Premièrement, bien que le Comité contre la torture ait déclaré irrecevables les communications *ratione temporis*, il n'a pas perdu de vue les principes importants que mettaient en jeu les affaires en question, et c'est pourquoi il a décidé de faire connaître l'opinion bien arrêtée qui était la sienne quant au fond et d'insister auprès du gouvernement concerné sur la nécessité de remédier à la situation, y compris par une indemnisation adéquate. Deuxièmement, suivant en cela

42. Rapport du Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément No 44, (A/45/44), annexe VI.*

les principes d'action et la pratique du Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture s'est déclaré prêt à engager un dialogue avec le gouvernement concerné sur les questions relatives aux réparations et aux recours dont pouvaient bénéficier les victimes et leurs proches.

D. LE COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES

64. Ce Comité a été constitué en application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes aux fins d'examiner les progrès réalisés dans l'application de ladite Convention (art. 17). Le Comité n'a pas créé de jurisprudence parce qu'il n'est pas habilité à recevoir et examiner des communications faisant état de violations de la Convention. Il a cependant adopté un bon nombre de recommandations générales conformément à l'article 21 de la Convention.

65. Un texte important est celui de la Recommandation général No 19 sur la violence à l'égard des femmes que le Comité a adoptée à sa onzième session en 1992⁴³. Il convient de rappeler que la Commission de la condition de la femme a adopté un projet de déclaration sur le même sujet (voir plus haut le paragraphe 22). La Recommandation générale No 19 contient une importante déclaration sur la responsabilité des Etats: "En vertu du droit international en général et des pactes relatifs aux droits de l'homme, les Etats peuvent être également responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir la violation de droits ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer"⁴⁴.

66. Dans cette Recommandation le Comité procède à un examen détaillé et approfondi de la question de la violence à l'égard des femmes et formule des observations générales, des observations sur certains articles de la Convention et des recommandations spécifiques. Aux fins de la présente étude, les recommandations spécifiques particulièrement inté-

43. HRI/GEN/1, partie III, Recommandation générale No 19.

44. Voir aussi la section III de la présente étude et en particulier le paragraphe 41.

ressantes sont celles qui traitent des mesures de protection et de prévention, de la réparation et de la réinsertion. Les recommandations spécifiques portent notamment sur les points suivants:

- a) Services appropriés de protection et d'appui pour les victimes (par. 24 b));
- b) Mesures préventives et mesures de réinsertion (par. 24 h));
- c) Procédure de plainte et voies de recours efficaces, y compris pour le dédommagement (par. 24 i));
- d) Service de réinsertion et de conseil (par. 24 k));
- e) Accessibilité des services aux victimes vivant dans des régions isolées (par. 24 o));
- f) Services visant à assurer la sûreté et la sécurité des victimes et programmes de réinsertion (par. 24 r));
- g) Mesures juridiques efficaces et notamment mesures de dédommagement, mesures préventives et mesures de protection (par. 24 t)).

E. LA COMMISSION D'ENQUÊTE INSTITUÉE EN VERTU DE LA CONSTITUTION DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL.

67. Etant donné que la Commission d'enquête instituée en vertu du paragraphe 4 de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (OIT) pour examiner la plainte relative à l'observation par la Roumanie de la Convention (No 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, consacre un chapitre spécial aux "Réparations", ce rapport, en particulier le chapitre sur les réparations, s'insère parfaitement dans le cadre de la présente étude; il sera, dès lors, étudié en détail⁴⁵.

68. Avant d'aborder la question des réparations, il convient de souligner les obligations que contractent les gouvernements en vertu d'instruments

45. Rapport de la Commission d'enquête, Bureau international du Travail, Bulletin officiel, vol. LXXIV, 1991, série B, suppl., paragraphes 471 à 506.

internationaux et qui peuvent prendre la forme, le cas échéant, de dédommagements et réparations⁴⁶. A cet égard, la Commission d'enquête se réfère au sens et à la portée de l'obligation prévue à l'article 19, paragraphe 5 d) de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, selon laquelle le Membre qui a ratifié une convention "prendra telles mesures qui seront nécessaires pour rendre effectives les dispositions de ladite Convention". La Commission d'enquête considère que la législation conforme aux exigences de la Convention No 111 doit être pleinement et strictement appliquée, ce qui "implique qu'il doit exister des services administratifs efficaces pour assurer le respect de la loi, avec notamment des mesures tendant à une inspection approfondie, par des fonctionnaires jouissant d'une complète indépendance. Cela "implique également que les dispositions soient portées à la connaissance de tous les intéressés" et "que des procédures effectives de réclamation garantissent, dans des conditions d'indépendance et d'impartialité, aux travailleurs désireux de soumettre des plaintes contre les violations de la loi, de pouvoir le faire sans avoir à craindre de quelconques représailles"⁴⁷. Fait révélateur, la Commission d'enquête ajoute que lorsque ces conditions ne sont pas "pleinement remplies, un gouvernement ne peut dégager sa responsabilité pour les actions ou omissions de ses agents ou le comportement de responsables d'entreprise, voire même de personnes privées"⁴⁸.

Formes de réparations

69. La Commission d'enquête examine les diverses mesures de réparation prises par le Gouvernement roumain dans la mesure où elles visaient directement la réparation des conséquences de discriminations survenues dans des domaines couverts par la Convention concernant la discrimination (emploi et profession). Ces mesures comprennent notamment les

46. Voir plus loin Loic Picard, "Normes internationales du travail et droit à réparation", *Report of the Maastricht Seminar*, p. 47 à 60.

47. Rapport de la Commission d'enquête, paragraphe 576.

48. *Ibid.*, paragraphe 578.

mesures d'amnistie, la mise en place de commissions *ad hoc* pour résoudre les cas de personnes estimant avoir été lésées, l'adoption de réglementation prévoyant une réparation de mesures discriminatoires, le réexamen de certains jugements, les réparations accordées par les tribunaux.

70. Les mesures d'amnistie accordées par le décret-loi No 3 du 4 janvier 1990 couvraient les infractions politiques commises au cours du régime précédent, notamment les faits relatifs à l'expression d'une opposition à la dictature et au culte de la personnalité, à la terreur et aux abus de pouvoir commis par ceux qui ont détenu le pouvoir politique. Les mesures d'amnistie couvraient également les faits commis en rapport avec le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec la revendication des droits civils et politiques, économiques, sociaux et culturels, et l'élimination des mesures discriminatoires.

71. Une autre mesure de réparation a consisté en la création, en février 1990, d'une commission spécialisée "pour enquêter sur les abus et les atteintes aux droits fondamentaux de l'homme et pour réhabiliter les victimes de la dictature". Au cours de ses trois mois d'activité, la Commission a reçu plus de 18000 demandes de réparation pour des atteintes aux droits de l'homme commises par le gouvernement précédent. Elle a pu examiner et résoudre entre 4000 et 5000 dossiers. Elle a déclaré que, comme l'a indiqué un témoin, elle "n'a pas pu poursuivre ses activités de manière efficace, en raison notamment du manque de personnel et du grand nombre de cas". Ce témoin a également souligné "le manque de disponibilité de la part de ceux qui avaient le devoir d'aider à résoudre les cas"⁴⁹.

72. La troisième mesure de réparation a été l'adoption, le 30 mars 1990, du décret-loi concernant l'attribution de certains droits aux personnes persécutées pour des motifs politiques par la dictature instaurée à partir du 6 mars 1945. Les personnes visées par le décret et pouvant bénéficier de ses dispositions sont les personnes actives ou retraitées qui, pour des

49. Ibid., paragraphe 476.

infractions d'ordre politique, ont été placées dans l'une des six situations suivantes:

- a) La peine privative de liberté, prononcée sur la base d'une décision judiciaire définitive ou sur la base d'un mandat de détention préventive pour des infractions d'ordre politique;
- b) La privation de liberté à la suite de mesures administratives ou pour les besoins d'une enquête de la part des organes de répression;
- c) L'internement psychiatrique;
- d) L'assignation à domicile;
- e) Le transfert obligatoire d'un lieu à un autre;
- f) L'invalidité de première ou de deuxième catégorie, survenue pendant la durée ou consécutivement aux cinq situations précédentes, ayant empêché de trouver du travail.

73. Les réparations prévues par le décret-loi sont de trois ordres: la prise en considération de la durée des persécutions ou de leurs conséquences dans le calcul de l'ancienneté dans le travail; des réparations pécuniaires proportionnelles à la durée des persécutions; et des droits accordés en matière de soins et de logement. Le mécanisme créé pour la mise en oeuvre du décret-loi comprend des commissions établies au niveau des départements, composées de fonctionnaires et de représentants des intéressés (l'Association des anciens détenus politiques et victimes de la dictature). Une commission nationale assure la cohérence de l'ensemble. La Commission d'enquête déclare que selon les informations fournies par le Gouvernement roumain, en août 1990, quelque 9300 cas de demandes de réparation ont été enregistrés et plus de 5400 ont été résolus⁵⁰.

74. D'autres mesures de réparation ont été prises en vue d'éliminer certaines injustices dans l'enseignement supérieur héritées de la période de la dictature. Les étudiants qui avaient été exclus de l'enseignement supérieur pour des raisons politiques ou religieuses ont été réintégrés dans leur université. De même, les enseignants qui avaient été persécutés pour des raisons politiques ou religieuses ont été réintégrés et jouissent maintenant totalement de leurs droits. Malheureusement, la Commission d'enquête n'a

50. Ibid., paragraphe 496.

pas été en mesure de recueillir des informations précises sur le nombre des étudiants et enseignants rétablis dans leur droit de poursuivre une formation, sans discrimination fondée sur l'opinion politique ou sur la religion⁵¹.

75. La Commission d'enquête a en outre examiné les mesures prises en faveur des minorités nationales. En vertu de l'article 16 de la loi No 18 du 19 février 1991 sur les biens fonciers, "les citoyens roumains appartenant à la minorité allemande, qui ont été soit déportés, soit transférés et dépossédés de leurs terres par un acte normatif adopté après l'année 1944", se verront attribuer en priorité un terrain ou pourront recevoir un nombre d'actions proportionnel à la valeur du terrain auquel ils peuvent prétendre.

76. Enfin, la Commission d'enquête a examiné un nombre de cas particuliers dont elle était saisie. Des informations précises lui ont été communiquées "sur la situation des ouvriers de Brasov, qui, en novembre 1987, avaient manifesté contre le gouvernement en place". En décembre 1987, le tribunal du district de Brasov avait condamné 61 travailleurs pour "outrage aux bonnes moeurs et trouble de l'ordre public ('hooliganisme')". La majorité d'entre eux avaient été "transférés autoritairement dans d'autres localités à des postes de travail plus durs et où la rémunération était plus faible. Par ailleurs, ces travailleurs ont déclaré avoir été maltraités durant leur arrestation et leur détention et craignaient d'avoir 'pendant leur détention', été irradiés à la suite d'une exposition à des substances radioactives". Le 23 février 1990, la Cour suprême de justice a cassé la sentence pénale du tribunal du district de Brasov et en conséquence les personnes condamnées ont été acquittées. Cependant, les personnes visées ont estimé que cette décision ne leur rendait pas vraiment justice. Par l'intermédiaire de l'"Association du 15 novembre 1987" elles ont demandé aux autorités de réparer les dommages pécuniaires qu'elles avaient subi du fait de leur condamnation et de leur transfert. Le Ministère du Travail leur a, en conséquence, payé des dédommagements sur la base de calculs précis⁵².

51. Ibid., paragraphes 497 et 498.

52. Ibid., paragraphe 504.

Recommandations de la Commission d'enquête

77. La Commission d'enquête présente dans son rapport une série de recommandations qu'elle classe en deux catégories: "les prémisses essentielles" pour se conformer pleinement aux dispositions de la Convention (No 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et les mesures à prendre sur la base de ces prémisses. Celles-ci comprennent des points fondamentaux tels que le renforcement de la primauté du droit, la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, l'indépendance de la magistrature, l'égalité d'accès à la justice, la garantie par la Constitution des droits reconnus à toute personne par la Déclaration universelle des droits de l'homme et les pactes internationaux, la liberté syndicale et le droit de négociation collective, une structure permanente de dialogue entre la direction et les syndicats, et — point qui intéresse particulièrement la présente étude — "que soit confié à un organisme compétent le soin de reprendre et de régler les quelque 14000 plaintes demeurées en suspens, suite à la dissolution de la Commission du Conseil provisoire de l'Union nationale 'pour enquêter sur les abus et les atteintes aux droits fondamentaux de l'homme et pour réhabiliter les victimes de la dictature'"⁵³.

78. L'autre catégorie de recommandations comprend les mesures ayant pour but de: faire cesser tous les effets des mesures de discrimination dans l'emploi et rétablir au profit des personnes concernées l'égalité de chances et de traitement qui a été rompue ou altérée; garantir une suite efficace et impartiale aux demandes d'examen médicaux formulées par les grévistes du 15 novembre 1987 à Brasov, qui ont été réhabilités par les tribunaux; réintégrer dans leur emploi les travailleurs qui, par application des dispositions du Code du travail relatives à l'incarcération pendant plus de deux mois, ont perdu leur emploi pour avoir été arrêtés à la suite des manifestations de juin 1990 et n'avoir été libérés, malgré l'absence de preuves, que plus de deux mois plus tard; aider les citoyens qui désirent reconstruire leurs maisons détruites par l'effet de la politique de systématisation décrétée par le régime antérieur; informer les organes de contrôle de l'Organisation internationale du Travail des résultats obtenus en matière de réparation des discriminations subies par les membres des

53. Ibid., paragraphe 616.

minorités nationales ou par les personnes persécutées pour des motifs politiques⁵⁴.

Observations

79. Le chapitre qui, dans le rapport de la Commission d'enquête, traite des réparations est riche d'enseignements et d'une grande utilité pour la présente étude. Il souligne tout d'abord, l'importance des règles de procédure, telles que la notification de toutes les personnes concernées, l'existence d'action effective de recours et les conditions d'impartialité et d'indépendance. En deuxième lieu, il fait ressortir et recommande toute une série de mesures de réparation (énumérés plus haut aux paragraphes 77 et 78) qui visent à satisfaire en toute justice les besoins des victimes. Enfin, il souligne l'importance du droit à réparation qu'il y a lieu d'invoquer chaque fois qu'il y a eu discrimination systématique non seulement dans le domaine des droits civils et politiques mais également dans celui des droits économiques, sociaux et culturels.

F. LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

80. Selon l'article 50 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle constate qu'il y a eu violation de la Convention par une Haute Partie contractante, peut accorder à la victime ("la partie lésée") une satisfaction équitable si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation. D'autre part, et plus précisément, le paragraphe 5 de l'article 5 de la Convention dispose que toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux autres dispositions de cet article a droit à réparation.

81. La Cour européenne a accordé "une satisfaction équitable" (selon les termes de l'article 50 de la Convention) de nature pécuniaire dans beaucoup plus d'une centaine d'affaires. Les montants varient largement

54. Ibid., paragraphe 616.

et représentent l'indemnisation de dommages (pécuniaires et non pécuniaires) et, éventuellement, le remboursement de frais et dépens (en particulier les honoraires d'avocats). La Cour n'a jamais encore été appelée à juger une affaire de violation "grave" des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Aussi ne sera-t-il pas nécessaire, pour la présente étude, de procéder à l'analyse détaillée de la jurisprudence relative à l'article 50 de la Convention européenne. Mais il pourrait être utile de donner une idée de l'interprétation de cette disposition. Pour cela, il faut rappeler particulièrement l'un des premiers jugements de la Cour européenne touchant l'application de cet article 50, à savoir l'arrêt qu'elle a rendu le 10 mars 1972 dans les affaires *De Wilde, Ooms et Versijp*, dites affaires de "vagabondage"⁵⁵.

82. Dans ces affaires donc, le Gouvernement belge soutenait que les demandes de "satisfaction équitable" des requérants n'étaient pas recevables parce que leurs auteurs n'avaient pas épuisé les recours internes comme le veut l'article 26 de la Convention. Selon lui, cette dernière disposition s'appliquait non seulement à la réclamation initiale dans laquelle était alléguée une violation d'une disposition de fond de la Convention, mais aussi à toute demande en réparation présentée en vertu de l'article 50. La Cour n'a pas suivi le gouvernement dans son argumentation sur la recevabilité. Elle a soutenu, entre autres considérations, que l'article 50 tirait son origine de certaines clauses figurant dans des traités internationaux de type classique tels l'article 10 du Traité germano-suisse d'arbitrage et de conciliation de 1921 et l'article 32 de l'Acte général de Genève pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1928 — et n'ayant aucun rapport avec la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Argument plus intéressant ici, la Cour a ajouté:

"... si après avoir épuisé en vain les voies de recours internes avant de se plaindre à Strasbourg d'une violation de ses droits, la victime devait les épuiser une seconde fois pour pouvoir obtenir de la Cour une satisfaction équitable, la longueur totale de la procédure instituée par la Convention se révélerait peu compatible avec l'idée d'une

55. Cour européenne des droits de l'homme, Affaires *De Wilde, Ooms et Versijp* ("Vagabondage"), arrêt du 10 mars 1972 (art. 50), série A, vol. 14.

protection efficace des droits de l'homme. Pareille exigence conduirait à une situation inconciliable avec le but et l'objet de la Convention"⁵⁶.

Il appert que la Cour attache beaucoup de prix aux considérations de diligence et d'efficacité quand il s'agit d'accorder une "satisfaction équitable".

83. Quant au fond de l'affaire, le Gouvernement belge soutenait que le droit interne belge permettait aux tribunaux nationaux de condamner l'Etat à réparer le préjudice né d'une situation illicite engageant sa responsabilité, que cette situation enfreigne des règles de droit interne ou des règles de droit international. La Cour n'a pas souscrit à cette opinion. Elle a déclaré que les traits internationaux auxquels le texte de l'article 50 avait été emprunté avaient plus spécialement en vue le cas où la nature de la lésion permettrait d'effacer en entier les conséquences d'une violation, mais où le droit interne de l'Etat en cause y faisait obstacle. Elle a ajouté:

"Néanmoins, les termes de l'article 50, qui reconnaissent à la Cour la compétence d'accorder à la partie lésée une satisfaction équitable, couvrent aussi l'hypothèse où l'impossibilité de *restitutio in integrum* résulte de la nature même de la lésion; bien mieux, le sens commun indique qu'il doit *a fortiori* en être ainsi"⁵⁷.

84. Dans la même affaire, les diverses conditions à réunir pour que soit octroyée une "satisfaction équitable" par application de l'article 50 étaient ainsi énumérées:

- a) Il faut que la Cour ait déclaré "qu'une décision prise ou une mesure ordonnée" par une autorité d'un Etat contractant se trouve "en opposition avec les obligations découlant de la [...] Convention";
- b) Il faut qu'il y ait une "partie lésée";
- c) Il faut que la Cour estime qu'"il y a lieu" d'accorder une satisfaction équitable"⁵⁸.

56. Ibid., paragraphe 16.

57. Ibid., paragraphe 20.

58. Ibid., paragraphe 21.

La Cour a déterminé qu'elle avait compétence pour accorder satisfaction mais a jugé en l'espèce que les revendications des requérants n'étaient pas fondées. Il est évident à ce propos que le libellé de l'article 50 donne à la Cour beaucoup de latitude du point de vue de sa compétence en matière d'indemnisation et de détermination du montant de celle-ci. Comme elle l'a dit elle-même:

"La Cour jouit d'une certaine latitude dans l'exercice du pouvoir dont l'investit l'article 50; l'adjectif "équitable" et le membre de phrase "s'il y a lieu" en témoignent"⁵⁹.

85. En conclusion, on fera observer que quatre conditions fondamentales doivent être remplies pour qu'une satisfaction équitable soit accordée à la partie lésée en vertu de l'article 50 de la Convention européenne:

- i) qu'un Etat partie ait enfreint les obligations qui lui incombent en vertu de la Convention;
- ii) qu'il soit impossible pour cet Etat de procéder à une réparation parfaite (*restitutio in integrum*);
- iii) qu'il y ait préjudice matériel et/ou moral;
- iv) qu'il y ait un lien de causalité entre l'infraction à la Convention et l'existence du dommage⁶⁰.

Outre ces conditions fondamentales, une importance particulière doit être accordée comme on l'a vu aux nécessités procédurales de la diligence et de l'efficacité. Dans de nombreux cas, cependant, la Cour a fait valoir qu'une décision favorable quant au fond constituait en elle-même "une satisfaction équitable pour la partie lésée" et qu'il n'y avait pas lieu d'accorder une indemnisation supplémentaire⁶¹.

86. A plusieurs reprises, certains gouvernements ont également procédé à des versements à titre d'indemnisation au titre d'un règlement

59. Arrêt du 6 novembre 1980 dans l'affaire *Guzzardi*, série A, vol. 39, paragraphe 114.

60. Voir également Jacques Velu et Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, paragraphes 1200 à 1207; P. van Dijk et G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (deuxième édition), Deventer-Boston, p. 171 à 185.

61. Voir A. H. Robertson et J. G. Merills, *Human Rights in Europe*, (troisième édition), Manchester et New York, 1993, p. 311 à 315 (à la page 314).

amiable conforme au paragraphe b) de l'article 28 de la Convention européenne. Sur ce plan, un rôle particulier est dévolu à la Commission européenne des droits de l'homme, qui doit non seulement se mettre à la disposition des parties en cause en vue de parvenir à ce règlement à l'amiable, mais aussi veiller à ce que, comme le dit ce même paragraphe, que ce règlement "s'inspire du respect des droits de l'homme, tels que les reconnaît la [...] Convention". Cette condition signifie en pratique que le règlement n'est pas un simple accommodement entre les parties et que le gouvernement en cause doit aussi corriger les causes des violations qui ont pu se produire et prendre des mesures pour éviter qu'elles ne se renouvellent. La Commission européenne des droits de l'homme, qui agit dans l'intérêt public pour la défense des droits de l'homme, joue de ce point de vue le rôle important qui consiste à contrôler le respect des principes de la Convention. Toute réparation ou indemnisation accordée à la partie lésée doit non seulement être équitable à l'égard de cette partie, mais aussi rendre justice aux buts et principes du régime de protection des droits de l'homme.

G. LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

87. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a été saisie d'un certain nombre d'affaires concernant des cas de disparition imputés aux forces armées et aux forces de sécurité au Honduras⁶². Elle a adopté des décisions dans l'affaire Velásquez Rodriguez⁶³, dans l'affaire Godinez Cruz⁶⁴ et dans l'affaire concernant Fairén Garbi et Solís Corrales⁶⁵. Vu la similitude de ces affaires, seule est évoquée ici, pour des raisons pratiques, l'affaire Velásquez. Etant donné la nature du présent rapport, on considérera tout particulièrement ici comme méritant une attention

62. Voir Juan E. Mendez et José Miguel Vivanco, "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a litigation experience", dans *Hamline Law Review*, vol. 13 (1990), p. 507 à 577.

63. Arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, No 4 (1988).

64. Arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, No 5 (1989).

65. Arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, No 6 (1989).

particulière trois aspects de la question. Premièrement, l'obligation de verser une indemnité considérée dans ces rapports avec l'obligation de prévenir, d'enquêter et de punir; deuxièmement, la détermination du préjudice; troisièmement, la question de la suite donnée et de son contrôle.

88. Il y a lieu de faire observer que la Cour interaméricaine interprète de manière globale l'obligation figurant à l'article premier de la Convention américaine relative aux droits de l'homme selon laquelle les Etats parties s'engagent à assurer à toutes les personnes soumises à leur juridiction l'exercice libre et entier des droits et libertés reconnus dans la Convention. La Cour a déclaré ce qui suit:

"En conséquence de cette obligation, les Etats doivent prévenir toute violation des droits reconnus par la Convention, enquêter au sujet de toute violation, et la punir; en outre, ils doivent, si possible, s'efforcer de rétablir le droit violé et fournir la réparation que justifie le préjudice résultant des violations"⁶⁶.

De même, la Cour a statué comme suit:

"L'Etat est juridiquement tenu de prendre les mesures qu'il est raisonnable d'adopter pour empêcher les violations des droits de l'homme, et pour utiliser les moyens dont il dispose afin de procéder à une enquête approfondie sur les violations commises dans les territoires relevant de sa juridiction, pour identifier les responsables, pour imposer la sanction appropriée et pour assurer une indemnité à la victime."⁶⁷.

Dans l'esprit de la Cour, qui adopte une approche très semblable à celle du Comité des droits de l'homme, dont il est question plus haut, l'obligation d'empêcher et l'obligation de rétablir ou réparer sont étroitement interdépendantes. De plus, il est clair que l'approche préventive doit

66. Arrêt, note 63, paragraphe 166.

67. Ibid., paragraphe 174.

bénéficiaire de toute la priorité et de toute l'insistance voulues, et le vieux dicton "mieux vaut prévenir que guérir" est tout à fait applicable en l'occurrence. Il est également utile de faire observer que, parmi les moyens de réparation que mentionne la Cour à la suite les uns des autres figurent l'enquête sur les violations commises, le châtement des coupables et une indemnisation adéquate. En d'autres termes, la réparation signifie que la justice doit être pleinement rendue à l'égard de la société dans son ensemble, à l'égard des responsables et à l'égard des victimes. Les mesures d'indemnisation font partie d'une politique de justice.

89. Dans son arrêt du 29 juillet 1988, la Cour interaméricaine, tenant compte de l'article 63 1) de la Convention américaine, a décidé que l'Etat partie concerné était tenu de verser une indemnité équitable au plus proche parent de la victime et que, sauf accord intervenu dans les six mois à compter de la date de l'arrêt, la forme que revêtirait l'indemnisation, ainsi que son montant, seraient déterminés par la Cour, qui, à cet effet, déclarait rester compétente dans l'affaire considérée. En conséquence, la Cour a été de nouveau saisie de l'espèce et, le 21 juillet 1989, elle a rendu dans l'affaire Velásquez Rodríguez un arrêt concernant les dommages⁶⁸. Dans cet arrêt, la Cour a défini la portée et le contenu de la juste indemnité devant être versée à la famille de la personne portée disparue.

90. La Cour a précisé que c'est un principe de droit international que toute violation d'une obligation internationale qui se traduit par un préjudice crée le devoir de fournir une réparation adéquate. A cet égard, elle a déclaré que la réparation consistait en une pleine restitution (*restitutio in integrum*), laquelle comprenait le rétablissement de la situation antérieure, la réparation des conséquences de la violation, et l'indemnisation des dommages patrimoniaux et non patrimoniaux, y compris du préjudice moral⁶⁹. En ce qui concerne ce préjudice moral, elle a estimé que l'indemnité devait être attribuée conformément au droit international (c'est-à-dire à la Convention américaine relative aux droits de l'homme) et qu'elle devait être fondée sur des principes d'équité. Dans ce contexte, la Cour s'est référée à la dispo-

68. Arrêt, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, No 7 (1989).

69. Arrêt relatif à l'indemnisation dans l'affaire Velásquez, par. 26.

sition applicable de la Convention américaine (article 63 1)), dont l'application, selon elle, n'était pas limitée par les défauts, imperfections ou déficiences du droit national, mais était indépendante de ce droit national⁷⁰.

91. En ce qui concerne la portée de la réparation, la Cour a fait observer que des mesures telles que les enquêtes portant sur les faits, le châtement des responsables, une déclaration publique condamnant la pratique des disparitions involontaires et, en fait, l'arrêt même de la Cour portant sur le fond, constituaient pour les familles des victimes un aspect considérable et important de la réparation et de la satisfaction morale. En revanche, contrairement à ce qui avait été demandé par les avocats des victimes, la Cour a estimé que les dédommagements de caractère punitif n'étaient pas compris dans l'expression "juste indemnité" qui était utilisée dans l'article 61 1) de la Convention américaine. Cette expression visait, selon la Cour, un aspect de la réparation et la "partie lésée", et elle avait donc un caractère d'indemnisation et non pas un caractère punitif. En conséquence, la Cour a conclu que la juste indemnité comprenait à l'égard de la famille de la victime la réparation du préjudice matériel et moral qu'elle avait subi en raison de la disparition involontaire de la victime⁷¹. Il y a lieu de faire observer en outre que la Cour s'est largement préoccupée aussi de la question du préjudice moral et a estimé que la disparition de la victime avait eu pour sa famille proche des conséquences psychologiques néfastes pour lesquelles il y avait lieu de verser une indemnité au titre du préjudice moral⁷².

92. Enfin, en ce qui concerne le contrôle du suivi, dont il a été question précédemment à propos des constatations faites par le Comité des droits de l'homme en vertu du Protocole facultatif (voir les paragraphes 55 et 59 ci-dessus), il est évident que les arguments concernant la nécessité d'un contrôle sont valables *a fortiori* pour les arrêts de la Cour qui ont un caractère contraignant. Il y a donc lieu de faire observer dûment

70. Ibid., paragraphe 30.

71. Ibid., paragraphes 32 à 39.

72. Ibid., paragraphe 51.

que dans la dernière phase de son arrêt concernant l'indemnisation dans l'affaire Velásquez, la Cour interaméricaine a décidé de contrôler l'application des mesures d'indemnisation ordonnées par elle et de ne pas classer le dossier tant que l'indemnité n'aurait pas été versée.

V. INDEMNISATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS FLAGRANTES DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTES FONDAMENTALES DU FAIT DE L'INVASION ET DE L'OCCUPATION ILLICITES DU KOWEÏT PAR L'IRAQ.

93. Dans sa résolution 687 (1991) adoptée le 3 avril 1991, le Conseil de sécurité réaffirmait que l'Iraq "... est responsable, en vertu du droit international, de toutes les pertes, de tous les dommages, y compris les atteintes à l'environnement et le gaspillage délibéré de ressources naturelles, ainsi que de tous les préjudices subis par d'autres Etats et par des personnes physiques et des sociétés étrangères, directement imputables à l'invasion et à l'occupation illicites du Koweït par l'Iraq" (par. 16). A cet égard, le Conseil a décidé de créer un fonds d'indemnisation pour les dommages et préjudices visés au paragraphe 16 précité et de constituer une commission qui sera chargée de gérer ce fonds. Il convient de noter que l'énoncé du paragraphe 16 de la résolution 687 (1991) du Conseil reprend *grosso modo* le paragraphe 8 de sa résolution 674 (1990) dans lequel il rappelait à l'Iraq que "... en vertu du droit international, il est responsable de toute perte, tout dommage ou tout préjudice subis, s'agissant du Koweït et d'Etats tiers ainsi que de leurs nationaux et sociétés, du fait de l'invasion et de l'occupation illégales du Koweït et d'Etats tiers ainsi que de leurs nationaux et sociétés, du fait de l'invasion et de l'occupation illégales du Koweït par l'Iraq".

94. Aux fins de la présente étude, trois questions seront analysées ci-après:

- a) le fondement juridique de l'obligation d'indemniser incombant à l'Iraq;

- b) les pertes, dommages ou préjudices subis du fait de violations flagrantes des droits de l'homme;
- c) les gouvernements et les individus en tant que sujets présentant des réclamations⁷³.

A. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'OBLIGATION D'INDEMNISER INCOMBANT À L'IRAQ

95. Dans les sections II et III du présent rapport, l'obligation d'indemniser au regard du droit international a été succinctement examinée à la lumière des principes et règles du droit humanitaire, des normes internationales existantes en matière de droits de l'homme et du principe de la responsabilité des Etats, qui fait l'objet d'une étude d'ensemble de la Commission du droit international. Lorsque le Conseil de sécurité a réaffirmé que l'Iraq était responsable, au regard du droit international, de toutes les pertes, de tous les dommages et de tous les préjudices subis, il ne pensait pas aux pertes, dommages et préjudices que l'Iraq a infligés à ses propres ressortissants par suite des pratiques massives de violations flagrantes des droits de l'homme et qui font l'objet d'un mandat confié à un Rapporteur spécial conformément à la résolution 1991/74 de la Commission des droits de l'homme (E/CN.4/1992/31). Se fondant sur les concepts traditionnels du droit international et ayant au premier chef à l'esprit les réparations entre Etats, le Conseil de sécurité a mentionné les pertes, dommages et préjudices causés par l'Iraq à d'autres Etats et à des personnes physiques et sociétés étrangères. Il est donc parfaitement naturel et approprié que le Rapporteur spécial qui a étudié la situation des droits de l'homme au Koweït sous occupation iraquienne, conformément à la résolution 1991/67 de la Commission des droits de l'homme, ait porté dans son rapport toute l'attention voulue aux pro-

73. Voir également Larisa Gabriel, "Victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales du fait de l'invasion et de l'occupation illégale du Koweït par l'Irak, *Report of the Maastricht Seminar*, p. 29 à 39; Frank C. Newman, "Redress for Gulf War Violations of Human Rights", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 20 (1992), p. 213 à 221; John R. Crook, "The United Nations Compensation Commission — A new structure to enforce state responsibility", *American Journal of International Law*, vol. 87 (1993), p. 144 à 157.

blèmes ayant trait à la responsabilité et à l'indemnisation (E/CN.4/1992/26, par. 249 à 261).

96. Il faut rappeler, comme l'a fait le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme au Koweït sous occupation iraquienne, que conformément à un principe bien établi de droit international, il y a "fait internationalement illicite de l'Etat lorsque

- a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'Etat; et
- b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat" (art. 3 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, première partie, document A/CN.4/SER. A/1975/Add.1).

Par ailleurs, dans le domaine du droit humanitaire international, il y a lieu de rappeler la disposition commune des quatre Conventions de Genève de 1949 (art. 51 de la première Convention, art. 52 de la deuxième Convention, art. 131 de la troisième Convention et art. 148 de la quatrième Convention) selon laquelle aucun Etat ne pourra s'exonérer ni exonérer un autre Etat partie des responsabilités encourues par lui-même ou par un autre Etat en raison des infractions graves énumérées dans les quatre Conventions. Selon l'article 147 de la quatrième Convention de Genève, sont graves les infractions "qui comportent l'un ou l'autre des actes suivants, s'ils sont commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention: l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la déportation ou le transfert illégaux, la détention illégale, le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie, ou celui de la priver de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement selon les prescriptions de la présente Convention, la prise d'otages, la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire".

97. Par ailleurs, l'article 3 commun qui a été introduit dans les Conventions de Genève comme norme de protection en cas de conflit armé

ne présentant pas un caractère international doit être considéré comme une obligation minimale du droit coutumier international applicable à tous les types de conflits armés et donc au contexte juridique qui nous intéresse. Aussi bien, chaque Etat et toute autre entité engagée dans un conflit armé seront tenus d'appliquer au moins les dispositions suivantes:

"1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue."

A cet effet, sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus:

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices;
- b) les prises d'otages;
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;
- d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

B. PERTES, DOMMAGES, PRÉJUDICES SUBIS DU FAIT DE VIOLATIONS FLAGRANTES DES DROITS DE L'HOMME

98. Une des premières tâches du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (CINU), créée conformé-

ment au paragraphe 18 de la résolution 687 (1991) du conseil de sécurité pour gérer le Fonds d'indemnisation, a été d'établir des critères pour le règlement des réclamations urgentes (S/AC. 26/1991/1), critères qui ont été complétés par des décisions qu'il a prises par la suite (S/AC.26/1991/2 à 7). Selon ces critères, "les réclamations doivent concerner le décès, le préjudice corporel ou une autre perte directe causée à des personnes physiques à la suite de l'invasion et de l'occupation illicites du Koweït par l'Iraq. Il s'agit de toute perte ou préjudice subis à la suite:

- a) Des opérations militaires ou des menaces d'action militaire des deux parties au cours de la période du 2 août 1990 au 2 mars 1991;
- b) Du départ de l'Iraq ou du Koweït ou de l'incapacité de quitter ces pays (ou d'une décision de ne pas y revenir) durant cette période;
- c) Des actions commises par des fonctionnaires, des salariés ou des agents du Gouvernement iraquien ou d'entités placées sous son contrôle pendant cette période à l'occasion de l'invasion ou de l'occupation;
- d) De la rupture de l'ordre civil au Koweït ou en Iraq au cours de cette période; ou
- e) D'une prise en otage ou toute autre forme de détention illégale." (S/AC. 26/1991/1, par. 18).

99. Dans une décision qu'il a prise à sa deuxième session, tenue le 18 octobre 1991, le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation a adopté des textes concernant les notions d'atteinte aux personnes et de préjudices psychologiques ou moraux en vue de l'application des critères (S/AC. 26/1991/3). En ce qui concerne l'*atteinte aux personnes*, il a décidé que par cette expression, "on entend:

- a) Une mutilation ou une amputation;
- b) Un préjudice esthétique permanent ou temporaire et appréciable, tel qu'une modification importante de l'apparence physique;
- c) La privation permanente ou temporaire et appréciable d'une fonction ou de l'usage d'un organe ou d'un membre ou la limitation de l'usage d'un organe ou d'un membre;
- d) toute lésion qui, en l'absence de traitement, selon toute probabilité empêcherait ou retarderait la guérison totale de la partie du corps concernée."

100. "Aux fins d'indemnisation devant la commission d'indemnisation, la notion d'"atteinte aux personnes" s'entend également des traumatismes physiques ou moraux résultant de violence sexuelle, de torture, de voies de fait, de prise d'otage ou détention illégale durant plus de trois jours ou de l'obligation pour un individu de se cacher pendant plus de trois jours par crainte, manifestement bien fondée, d'être tué, pris en otage ou illégalement détenu. La notion d'"atteinte aux personnes" ne vise pas les ecchymoses, les entorses et foulures, brûlures, coupures et plaies de caractère bénin ni les autres blessures *qui n'exigent pas de traitement médical suivi.*"

101. Pour ce qui est du préjudice psychologique ou moral, le Conseil a décidé ce qui suit:

"Une indemnité sera versée pour les pertes pécuniaires (y compris les pertes de revenu et les dépenses médicales) résultant d'un préjudice psychologique ou moral. En outre, une indemnité sera accordée comme suit pour les dommages non pécuniaires résultant des préjudices psychologiques ou moraux suivants:

- a) Décès d'un conjoint, d'un enfant ou d'un des ascendants au premier degré du demandeur;
- b) Le demandeur a subi un dommage corporel grave équivalant à une mutilation ou une amputation, un préjudice esthétique permanent ou temporaire et appréciable, ou la privation permanente ou temporaire et appréciable de l'usage ou la limitation de l'usage d'un organe, d'un membre ou d'une fonction;
- c) Le demandeur a subi des violences sexuelles, des voies de fait ou des tortures."

102. Il faut également noter que le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a décidé à sa sixième session, le 26 juin 1992, que les membres des forces armées de la coalition alliée ne peuvent faire valoir de droit à réparation du fait de leur participation aux opérations militaires de la coalition contre l'Iraq, sauf si:

- a) la réparation est accordée conformément aux critères déjà adoptés par le Conseil;
- b) les demandeurs ont été faits prisonniers de guerre; et

- c) la perte ou le préjudice est imputable à de mauvais traitements infligés en violation du droit humanitaire international (S/AC. 26/1992/11).

C. PRÉSENTATION DES RÉCLAMATIONS: GOUVERNEMENTS ET PARTICULIERS

103. A l'origine, selon les critères régissant le règlement des réclamations urgentes, la présentation des réclamations était un droit essentiellement réservé aux gouvernements. Il y était stipulé que "normalement, chaque gouvernement présentera ces réclamations au nom de ses ressortissants; il aura aussi toute latitude pour présenter celles d'autres personnes résidant sur son territoire" (S/AC. 26/1991/1, par. 19). Toutefois, sont également "habilités à présenter des réclamations une personne, une autorité ou un organisme compétent, agissant, à la demande du Conseil d'administration, au nom de personnes qui n'ont pas la possibilité de faire présenter leurs réclamations par un gouvernement". Comme il est apparu que cette solution n'était pas satisfaisante, le Conseil d'administration du Fonds d'indemnisation a jugé qu'il lui fallait élaborer d'autres lignes directrices en la matière. Dans une décision qu'il a prise à sa deuxième session, tenue le 18 octobre 1991, au sujet de ces lignes directrices (S/AC 26/1991/5), il a déclaré que "nombreuses seront très vraisemblablement les personnes qui se trouveront dans cette situation. Parmi elles, les Palestiniens constituent le groupe le plus important. Doivent aussi être inclus dans cette catégorie, les apatrides et autres personnes dans une situation analogue qui se trouvent encore au Koweït ou aux frontières du pays".

104. En conséquence, afin de répondre aux besoins des particuliers non représentés par des gouvernements et de faire droit à leurs réclamations, la Commission d'indemnisation des Nations Unies a jugé qu'il était nécessaire de nommer une personne, une autorité ou un organisme compétent qui serait chargé de présenter les réclamations au nom de ces particuliers. Conscient de l'ampleur de la tâche que cela représente, le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation a décidé que la personne, l'autorité ou l'organisme désigné devra prendre conseil auprès d'organismes internationaux bien établis et de longue expérience tels que l'UNRWA, le HCR et le CICR et s'efforcer d'obtenir d'eux la coopération appropriée.

D. OBSERVATIONS

105. Les dispositions relatives à l'indemnisation de victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales du fait de l'invasion et de l'occupation illicites du Koweït par l'Iraq ont comme solide fondement juridique et politique une résolution du Conseil de sécurité et peuvent se réclamer de l'autorité de ce dernier. Il est dans la nature de la tâche et du mandat du Conseil de sécurité que la création du fonds d'indemnisation et les critères applicables au règlement des réclamations soient dictés par les intérêts des Etats. Le cadre juridique se trouve dans la législation relative aux demandes de réparation émanant d'étrangers plutôt que dans le droit international moderne relatif aux droits de l'homme. Dans ce dernier, toutefois, certains aspects ou éléments distinctifs semblent s'appliquer au contexte général de la présente étude. Ainsi, la déclaration par laquelle le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies définit, aux fins d'indemnisation devant la Commission d'indemnisation, la notion d'"atteinte aux personnes" comme s'entendant également des traumatismes physiques ou moraux résultant de violence sexuelle, de torture, de voies de fait, de prise d'otage ou détention illégale durant plus de trois jours, peut utilement inspirer l'établissement des critères relatifs au droit à indemnisation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme. Il en est de même de la portée et du contenu de l'expression "préjudice psychologique ou moral" et des pertes pécuniaires et dommages non pécuniaires résultant de préjudices psychologiques ou moraux. Enfin, à la lumière du développement progressif du droit international appliqué aux droits de l'homme et de l'octroi aux particuliers du droit d'intervention devant les instances internationales, il est éminemment important que les personnes ayant subi des préjudices puissent présenter leurs réclamations en leur nom propre sans devoir compter sur la bonne volonté des gouvernements. C'est une considération qui va de soit et un principe de justice impératif s'agissant d'apatrides et d'autres particuliers qui n'ont pas de gouvernements pour intervenir en leur nom. Cette question a été très clairement mise en évidence dans la pratique de la Commission d'indemnisation des Nations Unies et on ne peut que penser avec le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme dans le Koweït sous occupation iraquienne qu'il convient d'accorder réparation aux victimes des violations des droits de l'homme quels que soient leur nationalité et leur statut actuel au Koweït (E/CN.4/1992/26, par. 261).

VI. LEGISLATIONS ET PRATIQUES NATIONALES

106. Il n'a pas été possible de recueillir des informations détaillées sur les législations et pratiques nationales en matière de droit à réparation pour les victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Une demande adressée aux gouvernements dans ce sens n'a suscité que peu de réponses. Aussi bien, le Rapporteur spécial a dû se reposer principalement sur des informations provenant d'autres sources⁷⁴ et concernant un nombre limité de pays. L'objet de cette section sur la législation et la pratique nationales est de montrer, par des exemples, les mesures prises par certains pays ayant connu une période de violations flagrantes des droits de l'homme pour réparer rétroactivement les torts causés et fixer des normes pour l'avenir. Quoique les informations données dans cette section ne soient pas suffisamment complètes pour que l'on puisse en tirer des conclusions générales, elles permettent néanmoins de formuler un certain nombre d'observations.

107. Le précédent le plus ambitieux et systématique en matière d'indemnisation allouée par un Etat à un groupe de victimes en réparation de dommages subis est fourni par la République fédérale d'Allemagne, au bénéfice des victimes des persécutions nazies. Les premières lois promulguées en Allemagne après la seconde guerre mondiale visaient seulement la restitution et l'indemnisation portant sur des biens identifiables⁷⁵. D'une portée plus grande sont les lois et les accords successifs sur l'indemnisation, promulgués et conclus à partir de 1948, jusqu'à l'adoption, en 1965, de la loi fédérale définitive sur l'indemnisation ("*Bundesentschädigungsschlussgesetz*", ci-après dénommée BEG).

74. En particulier les contributions écrites présentées à la Conférence sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Maastricht, 11-15 mars 1992), qui figurent dans le *Report of the Maastricht Seminar*, SIM Special No 12 (1992), Comité de rédaction: Theo van Boven, Cees Flinterman, Fred Grünfeld, Ingrid Westendorp.

75. Kurt Schwerin, "German Compensation for Victims of Nazi Persecution", *Northwestern University Law Review*, vol. 67 (1972), No 4, p. 479 à 527 (aux pages 489 à 491). Karl Josef Partsch, *Report of the Maastricht Seminar*, p. 130 à 145 (aux pages 133 à 136).

108. En vertu de la BEG, est considéré comme une victime de persécutions nazies toute personne opprimée à cause de son opposition politique au national socialisme, ou en raison de sa race, de sa religion ou de son idéologie, et ayant de ce fait perdu la vie, subi des dommages corporels, été privée de sa liberté, de sa propriété ou de ses biens, ou ayant subi des préjudices professionnels ou économiques⁷⁶. Un élément important des conditions d'ouverture au droit prévues par la BEG est le principe de territorialité. Pour faire valoir son droit à réparation, le demandeur doit résider en Allemagne; toutefois, la loi ne couvre pas seulement les personnes résidant en République fédérale d'Allemagne ou ayant résidé sur l'ancien territoire de l'Allemagne tel qu'il était délimité en 1937, mais également certaines catégories de réfugiés, de migrants, de personnes déportées ou expulsées ayant eu, pendant un certain temps, leur domicile ou leur résidence permanente en Allemagne⁷⁷.

109. En ce qui concerne les différentes catégories de dommages couverts par la BEG, on notera:

- a) *La privation de la vie* qui comprend, selon l'interprétation des tribunaux, l'homicide, l'homicide involontaire, et le décès résultant de dommages causés à la santé de la victime, notamment dans les camps de concentration. La privation de la vie comprend également le décès provoqué par une détérioration de la santé due à l'émigration ou à des conditions de vie préjudiciables à la santé. En outre, une réparation a été versée dans des cas de suicide provoqué par les persécutions, y compris par des difficultés économiques insurmontables dans le pays d'émigration⁷⁸;
- b) *Les dommages à un membre ou à la santé* qui donnent droit à réparation si le dommage subi est plus que négligeable, c'est-à-dire s'il entraîne ou est susceptible d'entraîner une diminution durable des facultés mentales ou physiques de la victime⁷⁹;

76. Schwerin, note 75, p. 496, Partsch, note 75, p. 136.

77. Schwerin, *ibid.*, p. 497, Partsch, *ibid.*, p. 136 et 137.

78. Schwerin, *ibid.*, p. 499.

79. Schwerin, *ibid.*, p. 500 et 501.

- c) *Les atteintes à la liberté* qui comprennent la privation de la liberté et les restrictions à l'exercice de la liberté. Sont considérés comme des privations de la liberté la détention par la police ou par l'armée, l'arrestation par le Parti national socialiste, l'incarcération préventive ou pénale, la détention dans un camp de concentration et le séjour forcé dans un ghetto. La victime est aussi considérée comme ayant été privée de sa liberté si elle a vécu ou a été contrainte au travail forcé dans des conditions proches de la détention. Les restrictions à l'exercice de la liberté donnant droit à réparation comprennent l'obligation de porter l'étoile de David et de vivre clandestinement dans des conditions indignes d'un être humain⁸⁰.
- d) *Les préjudices professionnels et économiques* qui donnent droit à réparation si la victime a perdu l'usage de son pouvoir d'achat⁸¹.

110. De nombreuses victimes des persécutions nazies ne remplissaient pas les conditions requises par la BEG. Parmi ces victimes, se trouvaient des ressortissants belges, danois, hollandais et français qui avaient été persécutés et avaient subi des dommages dans leur propre pays. Pour répondre à ces requêtes, un certain nombre de pays (le Luxembourg, la Norvège, le Danemark, la Grèce, les Pays-Bas, la France, la Belgique, l'Italie, la Suisse, l'Autriche, le Royaume-Uni, la Suède) ont conclu, entre 1959 et 1961, des accords globaux avec la République fédérale d'Allemagne en vertu desquels ils ont reçu des fonds pour indemniser les demandeurs⁸².

Auparavant, en 1952, la République fédérale d'Allemagne et Israël avaient conclu un accord en vertu duquel la République fédérale s'engageait à verser une réparation à Israël pour l'aider à intégrer des réfugiés déracinés et démunis en provenance d'Allemagne, pour répondre aux demandes de dédommagement et de réparation de particuliers et d'organisations juives, et pour réhabiliter les victimes juives de persécutions nazies⁸³.

80. Schwerin, *ibid.*, p. 502.

81. Schwerin, *ibid.*, p. 506.

82. Schwerin, *ibid.*, p. 510 et 511.

83. Schwerin, *ibid.*, p. 493.

111. Bien que l'application de la BEG ait été globalement positive (voir ci-dessous, par. 125), la loi présentait des insuffisances et les décisions prises souffrent d'imperfections. Par exemple, de nombreux observateurs ont soutenu que les plaintes concernant les dommages aux biens et à la propriété recevaient un traitement trop favorable par rapport aux plaintes concernant la privation de la vie et les préjudices à la santé. De même, le principe de territorialité sanctionnait les victimes qui ne résidaient pas en Allemagne, ou qui étaient apatrides ou réfugiées. En revanche, une catégorie de victimes avait été nettement favorisée. Il s'agissait d'anciens membres de la fonction publique ou du Gouvernement allemand, notamment de juges, de professeurs et d'enseignants, rétablis dans la position, le traitement ou la classe de retraite qui auraient été les leurs si les persécutions n'avaient pas eu lieu⁸⁴. C'est en tenant compte de ces considérations que, dans un ensemble de principes et de directives concernant les politiques nationales en matière de réparation, fondés sur l'expérience de la *Wiedergutmachung* allemande, les deux premiers principes ont été ainsi formulés:

- i) Le principe de l'égalité des droits de toutes les victimes est essentiel, ce qui signifie non pas qu'elles doivent toutes recevoir une somme identique mais qu'elles doivent bénéficier des mêmes droits dans le cadre des procédures définies par la loi;
- ii) Il faut disposer de mécanismes centraux sur les plans de la législation, de l'administration et de la planification étant donné que seule la centralisation peut assurer l'égalité des droits⁸⁵.

112. En Pologne, le Parlement a adopté, le 23 février 1991, la loi sur l'annulation des jugements prononcés du 1er janvier 1944 au 31 décembre 1956 (la période dite "staliniste") sur les activités en faveur de l'indépendance de l'Etat polonais⁸⁶. L'annulation d'un jugement peut être considérée

84. Schwerin, *ibid.*, p. 519.

85. "Victimes de la criminalité", Document de travail établi par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies pour le Septième Congrès de l'ONU sur la prévention des crimes et le traitement de délinquants (Milan, 26 août - 6 septembre 1985) (A/CONF.121/6), par. 124.

86. Anna Michalska, *Report of the Maastricht Seminar*, p. 117 à 124.

comme une forme de réhabilitation, par le pouvoir judiciaire, des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme. Toutefois, l'annulation d'un jugement par les tribunaux ne donne pas automatiquement droit à des mesures de réparation. Pour obtenir réparation, il est nécessaire d'introduire une demande séparée, dans un délai d'une année à partir de l'annulation du jugement.

113. Bien que la loi polonaise sur l'annulation des jugements ait une valeur morale indéniable, on a fait remarquer qu'elle n'avait qu'une portée limitée⁸⁷. Tout d'abord, *ratione temporis*, la loi ne couvre que la période allant jusqu'au 31 décembre 1956 et ne prévoit pas de dédommagement pour les violations des droits de l'homme ayant eu lieu après cette date. Une autre restriction sérieuse, *ratione materiae*, est que la loi ne couvre pas les violations des droits de l'homme commises par des organes administratifs ou par la police, par exemple en cas de décès ou de torture pendant un interrogatoire. De même, aucune loi ne prévoit la châtime des personnes responsables de violations des droits de l'homme entre 1945 et 1956.

114. Au Chili, après la fin de la dictature militaire, qui a duré du 11 septembre 1973 au 11 mars 1990, le nouveau gouvernement démocratique a créé, par décret suprême du 25 avril 1990, la Commission nationale pour la vérité et la réconciliation⁸⁸ qui a reçu pour mandat d'enquêter sur les violations graves des droits de l'homme commises au Chili pendant la période de dictature militaire. Par violations graves des droits de l'homme, on entendait les violations du droit à la vie: disparitions, exécutions sommaires et extrajudiciaires, torture entraînant la mort, de même que les enlèvements non élucidés et les meurtres commis par des particuliers pour des motifs politiques. Comme on l'a fait remarquer à juste titre, la création de la Commission nationale, et les activités subséquentes de celle-ci, constituaient en elles-mêmes une première mesure de réparation, qui satisfaisait en partie les familles des victimes, désireuses de savoir dans quelles circonstances celles-ci avaient été tuées ou avaient disparu⁸⁹. La Commission nationale envisageait trois types de réparation: premièrement, une réparation

87. Michalska, *ibid.*, p. 119 à 121.

88. Cecilia Medina Quiroga, *Report of the Maastricht Seminar*, p. 101 à 116.

89. Medina Quiroga, *ibid.*, p. 107.

symbolique visant à réhabiliter les victimes; deuxièmement, des mesures légales et administratives destinées à résoudre plusieurs problèmes liés à la reconnaissance du décès (situation familiale, héritage, représentation légale pour les mineurs); troisièmement, une indemnisation sous forme notamment de prestations sociales, de soins de santé, d'éducation.

115. Le rapport établi par la Commission nationale pour la vérité et la réconciliation a conduit à l'adoption de la loi No 19123 du 31 janvier 1992, portant création, pour une période de deux ans, de la Société nationale pour la réparation et la réconciliation chargée de coordonner, mettre en oeuvre et promouvoir les mesures nécessaires pour donner suite aux recommandations de la Commission nationale. L'une des principales tâches de la Société est de déterminer le sort des personnes ayant disparu après leur arrestation et dont les corps n'ont pas été retrouvés, même si leur décès a été officiellement reconnu (art. 2, par. 2). Elle doit aussi enquêter sur les cas dans lesquels la Commission nationale n'a pas été en mesure d'établir qu'il y avait bien eu violation des droits de l'homme, de même que sur les cas n'ayant pas fait l'objet d'un examen par la Commission nationale (art. 2, par. 4). Il faut également noter que cette institution n'est pas habilitée à exercer des compétences judiciaires qui sont du ressort des tribunaux ordinaires et qu'elle ne peut donc statuer sur la responsabilité pénale des personnes. Toute information utile en la matière doit être adressé aux tribunaux (art. 4).

116. La loi No 19123 prévoit une "rente de réparation"; il s'agit d'une allocation mensuelle versée aux familles des victimes de violations des droits de l'homme ou de persécutions politiques nommées dans le rapport de la Commission nationale, ou aux familles des personnes reconnues comme des victimes par la Société (art. 17 et 18). Les personnes ayant droit à la rente de réparation sont le conjoint survivant, la mère (ou le père au cas où la mère est absente) et les enfants de moins de 25 ans, ainsi que les enfants handicapés, quel que soit leur âge (art. 20). D'autres indemnités sont versées sous forme d'assistance médicale (art. 28) et d'allocation d'études (art. 29 à 31).

117. On peut relever que le Chili a beaucoup insisté pour que la vérité soit révélée en ce qui concerne les violations du droit à la vie. Les réparations ont visé et visent principalement à réhabiliter les victimes de ces violations et à indemniser leurs familiers. En même temps, il faut noter que

les mesures de réparation au Chili ne s'étendent pas à d'autres violations graves des droits de l'homme et qu'il n'est toujours pas clair si et dans quelle mesure les personnes responsables de crimes sous la dictature militaire seront traduites en justice⁹⁰. Un observateur bien informé a fait remarquer au sujet de la politique de réparation mise en place au Chili que le rapport de la Commission nationale pour la vérité et la réconciliation constituait "un progrès important par rapport à ce qui avait été fait jusque-là dans d'autres pays, tant par son étendue et par sa profondeur que par ce qu'il exigeait de courage politique. Quand bien même, dans la mise en oeuvre de ses recommandations, les espérances avaient été quelque peu déçues le rapport resterait une référence unique, dont les implications dépassaient le cadre du contexte chilien"⁹¹.

118. En Argentine, la loi No 24043 a été promulguée le 23 décembre 1991. Elle prévoit une indemnisation, versée par l'Etat et payable en six tranches, aux personnes qui, durant la période où l'état de siège était en vigueur, ont été mises à disposition du pouvoir exécutif ou qui, en tant que civils, ont été emprisonnées en vertu de jugements rendus par des tribunaux militaires⁹². Le montant de l'indemnité s'élève, pour chaque jour de détention, à un trentième de la rémunération mensuelle correspondant à la classe la plus élevée dans le barème des salaires du personnel civil employé dans le service public national. La loi est appliquée sous la surveillance de l'Office des droits de l'homme du Ministère de l'intérieur — avec la coopération des organisations de défense des droits de l'homme — et stipule que le bénéficiaire doit renoncer à tout autre type de réparation.

119. Bien qu'elle ait été adoptée pour réparer les dommages et les blessures subis par les personnes placées en détention illégale, la loi No 24043 a été sans effet pour de nombreuses victimes d'enlèvements, de disparitions forcées et de torture ou pour leurs familles, et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement, le gouvernement militaire qui a dirigé le pays de novembre 1974 à décembre 1983 a refusé de reconnaître les

90. Medina Quiroga, *ibid.*, p. 115.

91. Daan Bronkhorst, "Conciliation in the aftermath of political killings", Amnesty international, section néerlandaise (1992), 19 pages (à la page 8).

92. Emilio Mignone, *Report of the Maastricht Seminar*, p. 125 à 129.

enlèvements et le nouveau gouvernement, après la restauration de la démocratie, n'a pas demandé à l'armée de divulguer toute la vérité au sujet des personnes disparues. Deuxièmement, il y a la difficulté de prouver la responsabilité d'agents de l'Etat dans les enlèvements, étant donné le réseau clandestin utilisé par le gouvernement militaire. Troisièmement, il y a la répugnance des familles des personnes détenues ou disparues à réclamer une compensation financière, qu'elles considéreraient comme un moyen d'acheter leur silence, tant que leur demande principale, à savoir, connaître la vérité sur le sort des personnes détenues ou disparues, n'a pas été satisfaite⁹³.

120. Par une note verbale datée du 20 mai 1992, le Gouvernement argentin a appelé l'attention du Groupe de travail des Nations Unies sur les disparitions forcées ou involontaires sur un arrêt rendu par une Cour d'appel fédérale dans l'affaire concernant une ressortissante suédoise qui avait été enlevée et avait disparu en Argentine en 1977. La Cour, tenant compte des circonstances particulières de l'affaire, a décidé d'accorder une indemnité au père de la victime, étant donné le préjudice moral qui lui avait été causé par l'enlèvement et la disparition de celle-ci⁹⁴.

121. Il faut relever, en outre, que la Commission interaméricaine des droits de l'homme a joué un rôle décisif dans la conclusion d'un accord à l'amiable, dans les cas de 13 personnes qui lui avaient adressé des demandes pour violations graves des droits de l'homme commises en Argentine sous le régime militaire, entre 1976 et 1983 (rapport No 1/93 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, approuvé le 3 mars 1993). Il s'agissait de cas de détention arbitraire décidée en vertu du décret-loi dit de "Pouvoir exécutif national", qui autorisait l'emprisonnement sans jugement pendant une durée indéterminée. Les requérants se fondaient sur les articles 8 et 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et sur le jugement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire Velásquez Rodriguez. En application du décret gouvernemental

93. Mignone, *ibid.*, p. 128 et 129.

94. Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires à la Commission des droits de l'homme à sa quarante-neuvième session (E/CN:4/1993/25), par. 77.

No 70/91 du 10 janvier 1991, confirmé ultérieurement par la loi No 24043, mentionnée ci-dessus au paragraphe 118, l'indemnité versée s'élevait, pour chaque jour de détention illégale, à un trentième du salaire mensuel maximal sur le barème des salaires du personnel civil employé dans le service public national. En ce qui concerne les personnes mortes en détention, une indemnité supplémentaire était versée, d'un montant équivalant à cinq années de détention. Dans le cas de personnes ayant souffert des blessures graves, une indemnité supplémentaire était versée d'un montant égal à 70% de l'indemnité versée en cas de décès à la famille de la victime. Dans un communiqué de presse à ce sujet (No 5/93, daté du 10 mars 1993), la Commission interaméricaine a souligné que c'était la première fois que l'on arrivait à un règlement à l'amiable et a exprimé l'espoir que ce précédent inciterait à recourir plus souvent à ce type de procédure "dans l'intérêt des personnes dont les droits de l'homme ont été violés dans le continent".

122. En Ouganda, au lendemain de la dictature du président Idi Amin Dada, le gouvernement a promulgué la loi sur le fonds d'assistance du Président aux anciens combattants, à leurs veuves et à leurs orphelins (No 2/1982), au bénéfice des victimes qui avaient participé à la lutte contre la dictature et de leurs familles, et la loi sur les biens expropriés (No 9/1982), autorisant les ressortissants asiatiques qui avaient été expulsés à revenir en Ouganda et à reprendre possession de leurs biens⁹⁵. Toutefois, les demandes de réparation sont soumises à plusieurs restrictions en Ouganda. Ainsi, les réclamations concernant la restitution de biens fonciers ne peuvent être déposées passé un délai de 12 ans, et les réclamations concernant les dommages ordinaires passé un délai de trois ans après les faits qui sont à l'origine de la réclamation. En 1986, le Gouvernement national de résistance (NRM) a décrété une nouvelle fois, par le décret No 6/1986, l'immunité du gouvernement concernant les plaintes pour voies de fait, privation de la vie, arrestation et détention, dommages à la propriété résultant de la confiscation, utilisation ou destruction par des agents du gouvernement commis avant 1986, date d'accession au pouvoir du NRM en Ouganda. Lorsqu'un recours pour inconstitutionnalité a été déposé contre le décret No 6/1986 auprès du tribunal suprême de l'Ouganda, celui-ci a déclaré que l'immunité de l'exécutif était inconstitutionnelle. Là-dessus, le

95. Edward Khiddu-Makubuya, *Report of the Maastricht Seminar*, p. 86 à 100.

gouvernement s'est dépêché de promulguer le décret No 1/1987, par lequel il redonnait une base légale à l'immunité de l'exécutif⁹⁶.

123. A propos de l'Ouganda, un commentateur a fait remarquer que, pour beaucoup des victimes de violations de droits de l'homme en Ouganda, il n'existait pas de remède efficace⁹⁷. A ceci de multiples raisons parmi lesquelles l'absence d'une définition concrète des différents types de violations des droits de l'homme dans le système juridique, le fait que de nombreuses victimes ignorent la loi et les droits de l'homme fondamentaux, les difficultés que pose l'accès aux tribunaux, l'applicabilité d'un délai de prescription, les dispositions concernant l'immunité de l'exécutif, l'interprétation étroite qui est faite de la règle de la responsabilité du fait d'autrui, dans le cas d'actes commis par les agents de l'Etat, de même que la non-ratification par l'Ouganda du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Protocole facultatif s'y rapportant.

Observations

124. L'examen ci-dessus des législations et pratiques nationales d'un petit nombre de pays en matière de réparation aux victimes de violations flagrantes des droits de l'homme permet de dresser un tableau où à côté du désir commun des pays concernés de se dissocier des graves atteintes à la dignité humaine perpétrées par les régimes précédents et de s'attacher à remédier aux préjudices subis et à offrir réparation aux victimes on relève dans les législations et pratiques nationales des lacunes fondamentales du fait de la portée limitée des mesures prises. Il semble que d'importantes catégories de victimes de ces violations n'obtiennent pas la réparation qui leur est due en raison de la teneur même de la législation ou de la manière avec laquelle les lois sont appliquées. Les principes de l'égalité des droits et de l'indemnisation équitable de toutes les victimes ne sont pas appliqués sous l'effet de divers facteurs, qu'ils agissent isolément ou conjointement: limites temporelles, y compris application de la prescription; restrictions dans la définition de la portée et de la nature des violations; non-

96. Khiddu-Makubuya, *ibid.*, p. 94 et 95.

97. Khiddu-Makubuya, *ibid.*, p. 96 à 98.

reconnaissance par les autorités de certains types de violations graves; lois d'amnistie; attitude obstructive des tribunaux; incapacité de certains groupes de victimes à présenter et à faire valoir leurs revendications; et insuffisance de ressources économiques et financières. Cette lacune ne se manifeste pas uniquement au niveau national, elle est encore plus aveuglante sur le plan mondial où des millions de victimes de violations flagrantes des droits de l'homme sont toujours privées de tout recours et droit à réparation et n'ont pas la moindre perspective d'indemnisation.

125. Il convient également de rappeler qu'à ce jour le système de réparation le plus large a été mis en place par la République fédérale d'Allemagne pour indemniser les victimes des persécutions nazies. On a fait observer à juste titre il y a plus de 20 ans dans une analyse édifiante de ce précédent important que "... les versements signifient (pour de nombreuses victimes) la différence entre la misère noire et une existence digne gratifiée d'une sécurité modeste. Cela ne veut pas dire que l'on a procédé à une restitution totale, voire même véritable. Les persécutions du régime nazi étaient sans précédent et exceptionnelles par leur ampleur et leur inhumanité. Il n'y a pas d'expiation ni d'oubli possible. D'un point de vue historique et juridique, le programme d'indemnisation constitue cependant une opération unique"⁹⁸.

VII. LE PROBLEME DE L'IMPUNITE FACE AU DROIT A REPARATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L'HOMME.

126. Quiconque se penche sur la problématique du droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales rencontre tôt ou tard le problème de l'impunité. Il ne sera pas analysé ici en profondeur car il fait l'objet d'une étude spéciale effectuée par MM. Guissé et Joinet, Rappor-

98. Schwerin, *op. cit.*, p. 523.

teurs spéciaux de la Sous-Commission (résolution 1993/43 de la Commission des droits de l'homme). Mais la présente réflexion ne peut ignorer qu'il existe un lien évident entre l'impunité des auteurs de violations graves des droits de l'homme et le fait que l'on ne peut assurer à leurs victimes ou aux proches de celles-ci une réparation juste et adéquate.

127. Dans beaucoup de cas où l'impunité est soit sanctionnée par la loi, soit une réalité de facto pour les responsables de violations graves des droits de l'homme, les victimes sont empêchées effectivement de rechercher et d'obtenir satisfaction et réparation. En fait, quand les pouvoirs publics s'abstiennent d'enquêter sur les faits et d'établir les responsabilités criminelles, il devient très difficile pour les victimes ou leurs proches d'entamer efficacement des procédures judiciaires pour obtenir une réparation juste et adéquate.

128. Les organes juridiques comme le Comité des droits de l'homme, la Commission interaméricaine et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui sont chargés de veiller à ce que les Etats parties aux traités relatifs aux droits de l'homme assument les obligations qui leur incombent à ce titre, ont défini une démarche logique et cohérente indiquant les mesures à prendre pour remédier aux violations des droits de l'homme. Cette démarche consiste à enquêter sur les faits, à traduire en justice les personnes présumées responsables et à fournir une indemnité aux victimes (voir sect. V, par. 56 ci-dessus). Dans son observation générale 20 approuvée par le Comité des droits de l'homme à sa quarante-quatrième session en 1992 concernant l'interdiction de la torture, le Comité a déclaré que l'amnistie pour les actes de torture est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les Etats d'enquêter sur de tels actes, de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Le Comité a ajouté dans la même observation que les Etats ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours utile, y compris le droit à une indemnisation et à la réadaptation la plus complète possible⁹⁹. Dans sa décision historique dans l'affaire Velásquez Rodríguez (voir sect. V, par. 87 à 92 ci-dessus), la Cour interaméricaine des droits de l'homme a confirmé cette position. La Commission inter-

99. HRI/GEN/1, partie I, Observation générale 20 (art. 7), paragraphe 15.

américaine des droits de l'homme s'est ensuite fortement appuyée sur cet arrêt lorsqu'elle a conclu, dans le cas de huit requérants, que la loi uruguayenne d'amnistie de 1986, dite *Ley de Caducidad*, qui accordait l'impunité aux agents de l'autorité publique qui avaient violé les droits de l'homme pendant le régime militaire, contrevenait aux articles premier, 8 et 25 de la Convention américaine des droits de l'homme.

129. Dans son rapport No 29/92 daté du 2 octobre 1992, la Commission interaméricaine a fait observer qu'au moment où il avait adopté et mis en application la *Ley de Caducidad*, le pays en cause n'avait entrepris aucune enquête officielle pour faire la vérité sur les événements passés. La Commission a confirmé la position de la Cour: l'absence d'enquête ou d'enquête sérieuse de la part de l'Etat, telle que la violation restait impunie et la victime non indemnisée, était une infraction à l'obligation qu'avait cet Etat d'assurer le plein et libre exercice de droits ainsi violés. Dans sa conclusion, la Commission interaméricaine a recommandé au gouvernement de verser aux requérants une juste indemnisation pour la violation de leurs droits. Dans un autre rapport également daté du 2 octobre 1992 (rapport No 28/92), la Commission interaméricaine a estimé que la "loi sur l'obéissance" et la "loi du point final" adoptées en Argentine, ainsi que la grâce présidentielle No 1002, violaient la Convention américaine. Si, du point de vue factuel, il s'agissait d'affaires différentes de celles traitées à propos de l'Uruguay, la Commission a suivi essentiellement le même raisonnement juridique dans les deux cas¹⁰⁰. La Commission internationale de juristes a tiré la conclusion suivante: la population des pays en cause a droit à ce que la vérité soit rendue publique, à ce que les auteurs de violations des droits de l'homme soient jugés et punis et à ce que les victimes et leur famille soient dédommagées des souffrances qu'elles ont endurées du fait des crimes commis par des agents de l'Etat¹⁰¹.

100. Voir Robert K. Goldman, "Impunity and international law — Inter-American Commission on Human Rights finds that Uruguay's 1986 amnesty law violated the American Convention on Human Rights", rapport (12 pages) présenté à la Réunion internationale concernant l'impunité, organisée par la Commission internationale de juristes et la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Genève, novembre 1992.

101. Déclaration écrite présentée par la Commission internationale de juristes à la quarante-quatrième session de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (E/CN.4/Sub.2/1992/NGO/9).

130. Il est également intéressant de rappeler que le Groupe de travail des Nations Unies sur les disparitions forcées ou involontaires s'est fermement prononcé contre l'impunité. Selon lui, elle est peut-être le facteur qui contribue le plus au phénomène des disparitions. Les auteurs de violations des droits de l'homme, qu'il s'agisse de civils ou de militaires, se montrent en effet d'autant plus impudents qu'ils n'ont pas à rendre compte de leurs actes devant un tribunal. Le Groupe de travail a conclu que l'impunité pouvait d'autre part amener les victimes de ces pratiques à se faire elles-mêmes justice d'une manière ou d'une autre, en exacerbant ainsi la spirale de la violence (E/CN.4/1990/13, par. 18 à 24 et 344 à 347). On peut donc conclure que dans un climat politique et social où prévaut l'impunité, le droit à réparation des victimes de violations graves de droits de l'homme et des libertés fondamentales a toutes les chances de devenir un droit illusoire. Il est difficile de concevoir un système judiciaire qui se soucie des droits des victimes mais reste en même temps indifférent et passif devant des agissements gravement répréhensibles.

VIII. REMARQUES FINALES: CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.

131. Il est évident que les violations graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier lorsqu'elles sont massives, sont de par leur nature même irréparables. En pareil cas, quelle que soit la réparation ou l'indemnisation, elle n'est pas proportionnée à la gravité des préjudices subis par les victimes. En justice, une règle impérative veut néanmoins que soit clairement établie la responsabilité des auteurs et que soient assurés au maximum les droits des victimes.

132. La présente étude montre clairement que l'on n'accorde qu'une attention minime ou marginale à la question du dédommagement et de la réparation dûs aux victimes. Cette indifférence à l'égard des droits des victimes est également relevée par les rapporteurs et les groupes de travail

de l'Organisation des Nations Unies qui s'occupent des violations flagrantes, constantes et systématiques des droits de l'homme. Ainsi, le Rapporteur spécial sur la question des exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires a mentionné qu'un seul gouvernement lui avait indiqué qu'il indemnisait les familles des victimes d'exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires¹⁰².

133. Malgré l'existence de normes internationales à cet effet (voir section II ci-dessus), on néglige souvent le point de vue de la victime. Il semble que nombre d'autorités considèrent qu'il s'agit là d'une question marginale, source de complications et de difficultés. On ne soulignera par conséquent jamais assez la nécessité de veiller de manière plus systématique, aux échelons national et international, au respect du droit à réparation des victimes de violations graves des droits de l'homme. Au sein de l'Organisation des Nations Unies, ce travail pourra s'accomplir dans le cadre des travaux normatifs, des études, des rapports, des procédures d'assistance et de réparation et des mesures pratiques comme celles mises au point par le Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour les victimes de la torture et le Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour la lutte contre les formes contemporaines d'esclavage.

134. Il ne faut pas l'oublier, de nombreuses victimes et leurs familles et amis réclament en premier lieu dans leur quête de justice le rétablissement de la vérité. On citera, à cet égard, un extrait d'un exposé présenté par une personnalité qui a siégé à la Commission nationale chilienne pour la vérité et la réconciliation:

"La vérité était considérée comme une valeur absolue à laquelle il était impossible de renoncer pour maintes raisons. Pour pouvoir prendre des mesures de réparation et de prévention, il faut savoir avec précision ce qu'il y a lieu de réparer et de prévenir. De plus, la société ne peut pas simplement passer sous silence un chapitre de son histoire; elle ne peut nier les faits passés, de quelque manière qu'on puisse les interpréter. Mensonges ou versions contradictoires et confuses des

102. E/CN.4/1993/46, paragraphe 688.

événements écoulés viendraient alors inévitablement combler le vide ainsi créé. L'unité d'une nation repose sur une identité commune, qui tient, elle, largement à une mémoire collective. La vérité contribue aussi à une catharsis sociale salutaire et aide à empêcher le passé de se répéter"¹⁰³.

135. On affirme parfois qu'avec le temps le besoin de réparation s'amenuise et disparaît. Comme le montre la présente étude, l'application de la prescription prive souvent les victimes de violations graves des droits de l'homme de la réparation qui leur est due. Il faudrait que, par principe, les demandes de réparation de ces victimes ne soient soumises à aucune prescription¹⁰⁴. A cet égard, on devrait tenir compte du lien qui existe entre les violations flagrantes des droits de l'homme et les crimes les plus graves pour lesquels, selon un avis juridique autorisé, la prescription ne peut s'appliquer. De plus, il est bien établi que pour nombre de victimes le temps n'a aucun effet adoucissant; au contraire, on constate une augmentation de la tension post-traumatique requérant une assistance matérielle, médicale, psychologique et sociale de longue durée.

136. Le Rapporteur spécial présente ci-après ses conclusions et recommandations.

Considérations générales

1. La question de la réparation due aux victimes de violations graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'a pas fait l'objet d'une attention suffisante et devrait être étudiée de manière plus

103. José Zalaquett, "The Mathew O. Tobriner Memorial Lecture: Balancing ethical imperative and political constraints: The dilemma of new democracies confronting past human rights violations"; in *Hastings Law Journal*, vol. 43 (1992), No 6, p. 1425 à 1438 (extrait de la page 1433).

104. Voir également Ellen L. Lutz, "After the elections: compensating victims of human rights abuses", in *New Directions in Human Rights* (éd. Ellen L. Lutz, Hurst Hannum, Kathryn J. Burke, University of Pennsylvania Press, Philadelphie, 1989, p. 195 à 212). L'auteur indique que "du point de vue des personnes ayant été victimes de violations, la meilleure solution pour l'introduction d'une réclamation serait de n'avoir aucune limitation de temps ou de bénéficier d'une période très longue" (p. 208).

systématique et plus approfondie tant par l'Organisation des Nations Unies que par les autres organisations internationales, ainsi qu'au niveau national.

2. La question de la réparation doit être replacée dans le contexte d'ensemble de la promotion et de la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la prévention et de la réparation des atteintes à ces droits.

3. En traitant de la question de la réparation, il convient de tenir dûment compte de l'expérience acquise par les pays qui ont connu un épisode de violations graves des droits de l'homme.

Organisation des Nations Unies et autres organisations intergouvernementales

4. Il est recommandé que l'Organisation des Nations Unies s'attache par priorité, durant la Décennie pour le droit international actuellement en cours, à adopter une série de principes et de directives définissant le contenu du droit à réparation des victimes de violations graves des droits de l'homme. Pour ce faire, on pourrait s'inspirer utilement des principes et directives de base proposés dans la présente étude (voir section IX).

5. Il est également recommandé de prévoir, le cas échéant, des dispositions sur la réparation dans les nouveaux instruments relatifs aux droits de l'homme et d'envisager d'amender sur ce point les instruments existants.

6. Tous les organismes et toutes les instances qui s'occupent des droits de l'homme et des questions humanitaires aux échelons national et international doivent garder à l'esprit le point de vue des victimes et ne pas oublier que celles-ci souffrent souvent des conséquences à long terme du préjudice qu'elles ont subi.

7. Les organes chargés en vertu d'instruments internationaux de surveiller le respect et la réalisation des droits de l'homme doivent toujours,

dans l'exercice de leur mandat, prêter l'attention voulue à la question de la réparation due aux victimes de violations des droits de l'homme. Ils doivent tenir compte de cette question en dressant le bilan de la situation dans les Etats parties et l'inclure dans leurs observations et recommandations générales et, le cas échéant, dans leurs jugements et avis portant sur des cas particuliers.

8. Les groupes de travail et les rapporteurs chargés d'examiner des situations et pratiques comportant des violations systématiques et flagrantes des droits de l'homme doivent recommander aux gouvernements des mesures à prendre pour indemniser les victimes.

9. Au cours des travaux de formulation et de codification sur le thème de la "responsabilité des Etats", il est recommandé de prêter une attention accrue à l'obligation des Etats d'assurer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales de toutes les personnes relevant de leur juridiction.

10. L'adoption d'une législation instituant une juridiction universelle pour tous ceux qui commettent des violations graves des droits de l'homme, ainsi que la création de tribunaux des droits de l'homme, qu'il s'agisse de juridictions civiles ou pénales, régionales ou mondiales, aideraient à rendre les auteurs de ces violations responsables de leurs actes.

Autres agents

11. Les organisations non gouvernementales devraient, le cas échéant, insister pour que soit reconnu et appliqué le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme, tant à l'échelon international que national, notamment en faisant connaître ces violations et en aidant les victimes à faire valoir leurs revendications.

12. Les victimes elles-mêmes ou, le cas échéant, leurs proches parents, les personnes à leur charge ou les personnes agissant en leur nom qui réclament réparation pour des blessures résultant de violations des droits de l'homme doivent pouvoir tenter un recours aux niveaux national et international.

13. Les Etats qui demandent et obtiennent une indemnisation pour des violations graves des droits de l'homme dont ont été victimes des ressortissants de ces Etats ou d'autres personnes au nom desquelles ils sont habilités à intervenir feront bénéficier les victimes des ressources ainsi obtenues. Ces Etats n'abandonneront pas leurs requêtes ni ne régleront les questions d'indemnisation sans que les victimes puissent donner leur consentement en toute connaissance de cause.

14. Il y aurait lieu de créer, chaque fois que cela se révèle nécessaire, des instituts ou des centres nationaux et internationaux de promotion de la justice pour les victimes de violations graves des droits de l'homme. Ces centres ou institutions constitueraient et tiendraient à jour une mémoire publique permanente de la vérité. Ils rassembleraient et réuniraient des informations, des textes législatifs, des études et d'autres documents sur les événements intéressants dans chaque pays, favoriseraient l'échange et les comparaisons de témoignages, tireraient de l'expérience les leçons qui s'imposent et participeraient à la constitution d'un capital de connaissances.

IX. PRINCIPES ET DIRECTIVES FONDAMENTAUX

137. Le Rapporteur spécial propose ci-après une série de principes et directives concernant le droit à réparation des victimes de violations graves des droits de l'homme.

Principes généraux

1. En droit international, toute atteinte à l'un des droits de l'homme fait naître un droit à réparation chez la victime. On accordera une attention particulière aux violations graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui couvrent, sans s'y limiter, les pratiques suivantes: génocide, esclavage et pratiques analogues, exécutions sommaires ou arbitraires, torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, disparitions forcées, détentions arbitraires et prolongées,

déportation ou transfert forcé de populations et discrimination systématique, notamment fondée sur la race ou le sexe.

2. Tout Etat* a le devoir de faire réparation lorsqu'il y a manquement à l'obligation à laquelle il est tenu en vertu du droit international de respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales et d'assurer leur respect. Il lui appartient ainsi de prévenir les violations, d'enquêter sur celles-ci, de prendre les mesures voulues contre leurs auteurs et d'assurer la réparation due aux victimes.

Les Etats doivent veiller à ce qu'aucune personne soupçonnée d'avoir commis des violations graves des droits de l'homme ne puisse bénéficier de l'immunité et échapper ainsi à ses responsabilités.

3. L'objet de la réparation est de soulager les souffrances des victimes et de leur rendre justice en éliminant ou en réparant, dans toute la mesure possible, les effets du préjudice subi et en empêchant et dissuadant la perpétration de violations.

4. La réparation doit répondre aux besoins et aux souhaits des victimes. Elle sera proportionnelle à la gravité des violations et du préjudice subi et comprendra la restitution, l'indemnisation, la réadaptation, la satisfaction et la garantie de non-renouvellement.

5. La réparation de certaines violations graves des droits de l'homme considérées comme des crimes en droit international comporte l'obligation de poursuivre et de punir leurs auteurs. L'impunité va à l'encontre de ce principe.

6. La réparation peut être réclamée par la victime directe ou, le cas échéant, par des proches parents, des personnes à charge ou toute autre personne ayant un lien particulier avec la victime même.

7. Outre la réparation prévue pour les particuliers, les Etats devront prendre les dispositions voulues pour permettre aux groupes de victimes

* Dans ces principes, le terme "Etats" couvre aussi, le cas échéant, les autres entités exerçant effectivement le pouvoir.

de faire valoir des revendications collectives et de bénéficier d'une réparation collective. Des mesures spéciales offriront la possibilité de se développer et de progresser aux groupes qui en ont été privés à la suite de violations de droits de l'homme.

Formes de réparation

8. La *restitution* doit permettre à la victime de retrouver, dans la mesure du possible, la situation qui était la sienne avant d'être lésée du fait de violations des droits de l'homme. Il y aura ainsi lieu de rétablir, entre autres, le droit à la liberté, à la citoyenneté ou à la résidence, à l'emploi ou à la propriété.

9. Il y aura *indemnisation* pour tout dommage résultant de violations des droits de l'homme évaluable en termes pécuniaires comme:

- a) Préjudice physique ou moral;
- b) Peines, souffrances et chocs émotionnels;
- c) Difficultés d'accès, notamment à l'éducation;
- d) Pertes de revenus et de la capacité de travail;
- e) Dépenses médicales et autres justifiées à des fins de réadaptation;
- f) Dommages matériels ou préjudices commerciaux, y compris manque à gagner;
- g) Atteintes à la réputation ou à la dignité;
- h) Frais justifiés d'assistance judiciaire et d'honoraires en vue d'obtenir réparation.

10. La *réadaptation* englobe les services juridiques et les soins et services médicaux, psychologiques et autres, ainsi que les mesures propres à rétablir la dignité et la réputation des victimes.

11. La *satisfaction et les garanties de non-renouvellement* couvrent les aspects suivants:

- a) Cessation de violations continues;
- b) Vérification des faits et divulgation publique de toute la vérité;
- c) Jugement déclaratoire en faveur de la victime;

- d) Excuses, notamment reconnaissance publique des faits et l'acceptation de la responsabilité;
- e) Traduction en justice des personnes responsables des violations;
- f) Célébration de commémorations et hommages aux victimes;
- g) Inclusion dans les programmes d'enseignement et les manuels d'un tableau fidèle des violations des droits de l'homme;
- h) Prévention de nouvelles violations:
 - i) en veillant au contrôle efficace des forces militaires et des forces de sécurité par l'autorité civile;
 - ii) en limitant les compétences des tribunaux militaires;
 - iii) en renforçant l'indépendance de la justice;
 - iv) en protégeant les professions juridiques et les défenseurs des droits de l'homme;
 - v) en assurant une formation en matière de droits de l'homme à tous les secteurs de la société, en particulier aux militaires, aux forces de sécurité et aux agents de la force publique.

Procédures et mécanismes

12. Tout Etat doit mettre en place des procédures disciplinaires, administratives, civiles et pénales, promptes et efficaces et instituer une juridiction universelle pour les violations des droits de l'homme considérées comme des crimes en droit international.

13. Le système judiciaire, en particulier pour ce qui est des questions civiles, administratives et procédurales, doit permettre un recours à pouvoir faire obstacle au droit à réparation, en assurer l'application sans limitations déraisonnables et tenir compte de la vulnérabilité potentielle des victimes.

14. Tout Etat doit divulguer, par le biais des médias et d'autres mécanismes appropriés, les procédures de recours en vigueur en matière de réparation.

15. La prescription ne doit pas être applicable durant les périodes où n'existe aucun recours efficace contre des violations des droits de l'homme.

Elle n'est pas opposable aux demandes en réparation en cas de violation grave des droits de l'homme.

16. Nul ne peut être forcé à retirer sa réclamation.

17. Tout Etat doit mettre à disposition sans délai toute preuve de violation des droits de l'homme en sa possession.

18. Les tribunaux administratifs ou judiciaires habilités à accorder réparation devront tenir compte du fait que les dossiers ou les autres preuves tangibles peuvent être limités ou non disponibles. En l'absence de toute autre preuve, la réparation sera établie sur la foi et le témoignage des victimes, des membres de leur famille et des experts médicaux et psychiatriques.

19. Tout Etat doit protéger les victimes, les membres de leur famille, leurs amis et les témoins contre toute intimidation ou représailles.

20. Il sera donné suite avec diligence et promptitude aux décisions de réparation concernant les victimes de violations des droits de l'homme. Des procédures de suivi, de recours ou de réexamen seront mises au point à cet effet.

DIREITOS DA CRIANÇA

MARTA SANTOS PAIS

Assessora

do Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Relatora

do Comité da ONU sobre os Direitos da Criança

**A CONVENÇÃO
DOS DIREITOS DA CRIANÇA**

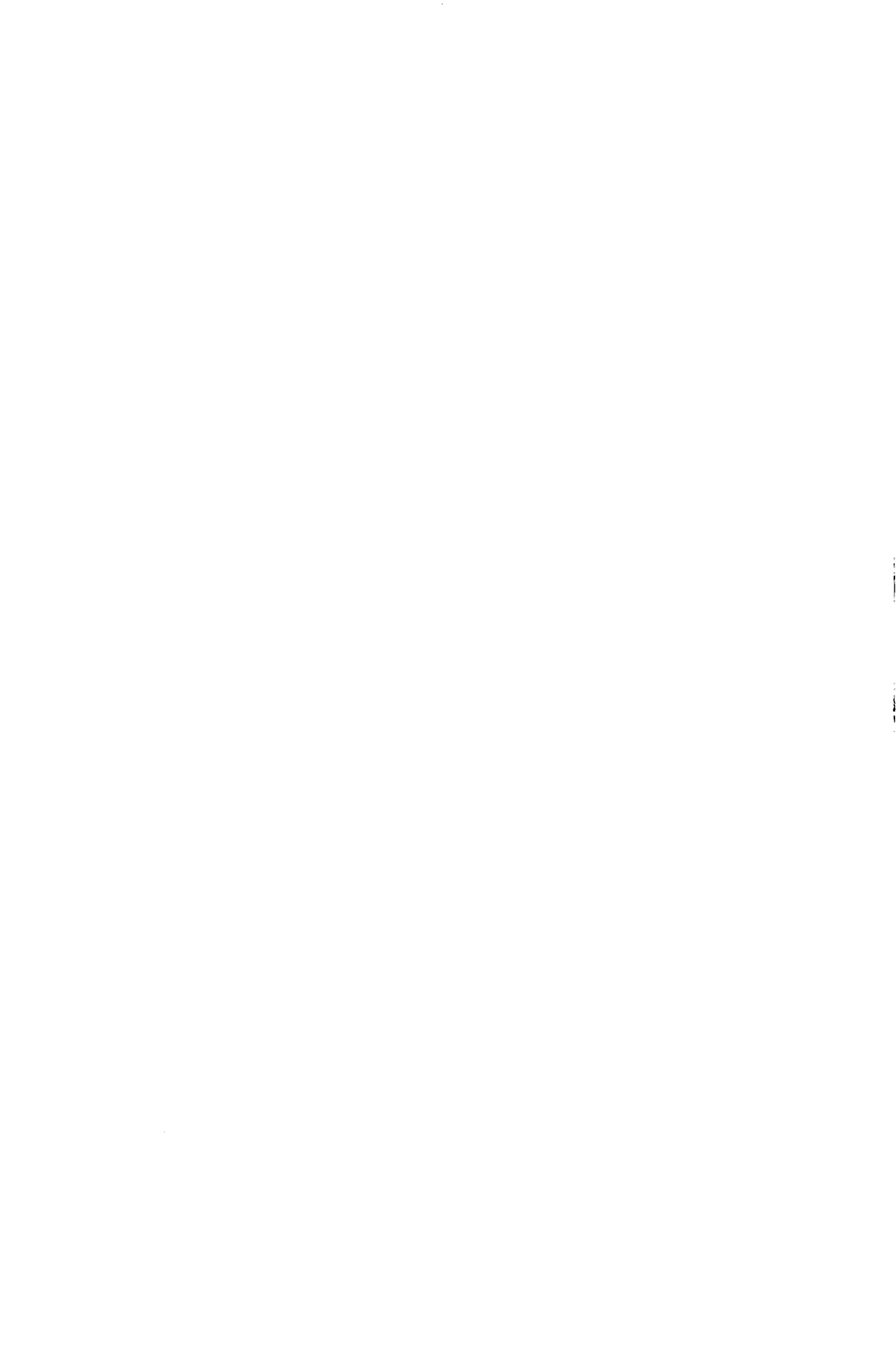
(quadro inspirador de uma política global para a infância)

Seminário Internacional

“A Criança portuguesa no limiar do novo século”

Fundação Calouste Gulbenkian

Maio de 1993



“Pois eu gosto de crianças!
Já fui criança também ...
Não me lembro de o ter sido;
Mas só ver reproduzido
o que fui, sabe-me bem.

É como se de repente
A minha imagem mudasse
No cristal duma nascente.
E tudo o que sou voltasse
À pureza da semente.”

(Miguel Torga)

I

1. É assim, com o nosso olhar de adultos, que tentamos reencontrar o mundo da nossa infância, a inocência de não saber, o sorrir despreocupado de quem tem o direito de não cumprir e toda uma eternidade para poder ensaiar ser grande, ao brincar ao faz de conta.

Foi como quem semeia um sonho que a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, há pouco mais de três anos, a Convenção dos Direitos da

Criança. Um momento solene e pleno de valor histórico, por coincidir com a comemoração dos dez anos da proclamação do Ano Internacional da Criança e dos trinta anos da adopção da Declaração dos Direitos da Criança.

2. Na sala registava-se o entusiasmo de algumas delegações que, ao longo de dez anos, haviam participado na redacção deste novo instrumento jurídico. Ninguém se atrevia, no entanto, a antecipar sucesso garantido ou a prever o apoio de que viria a beneficiar na comunidade internacional.

O desafio era de facto ambicioso — o de garantir de forma universal o direito de brincar e de aprender, de crescer num ambiente de afecto, harmonia e compreensão, de não ser maltratado, de ver respeitada a sua individualidade e dignidade de pessoa humana. Numa palavra, garantir a toda a criança o direito de ser criança.

- A Convenção nascia, no final da guerra fria, como um *compromisso* entre diferentes sistemas jurídicos e tradições culturais, no respeito dos direitos do homem. Compromisso possível, deixando por vezes o sabor a imperfeição, mas encerrando uma capacidade ilimitada de *promover o consenso* em torno das políticas da infância, no seio de organismos internacionais, entre países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, ou ainda entre entidades governamentais e não governamentais.

3. Este mesmo espírito de consenso tem colorido o sistema de aplicação da Convenção, transformando-a numa *referência normativa obrigatória e num quadro inspirador* da adopção de políticas e da elaboração de programas tendentes a promover e proteger os direitos da criança.

- Para tal contribuiu a sua *estrutura formal*. Com efeito, integrava-se agora num único documento o conjunto de disposições até aí dispersas por diferentes textos jurídicos internacionais. Havia agora uma verdadeira *Carta dos Direitos da Criança*, que, por definição, facilitava a consulta e dava sentido à sua aplicação.

Permanecia no entanto a dúvida de saber se seria aceite e se ganharia seguidores a nova *filosofia* que a Convenção introduzia.

Por um lado, tratava-se de um instrumento *imperativo*, criador de uma responsabilidade solene e concreta para os Estados de dar cumprimento aos diferentes direitos previstos pela Convenção e de sujeitar a sua acção à apreciação internacional. E muitos consideravam que só os países desenvolvidos estariam em condições de a concretizar, designadamente no campo económico e social.

- Por outro lado, estávamos perante um instrumento de direitos do homem, reconhecendo direitos inerentes à *dignidade humana, promovendo a igualdade e a solidariedade* e apresentando uma *visão global* dos direitos da criança. Assim se abandonava a visão paternalista e caritativa que caracterizara os textos adoptados até então, e que apelava exclusivamente para a adopção de medidas de assistência e protecção.

4. A criança passava agora a ser encarada não só como um ser indefeso e vulnerável, a vítima esquecida e inocente da exploração e negligência, mas também como *sujeito* de direitos, capaz de expressar opiniões, titular do direito de as ver tomadas em devida consideração, devendo ser informada e podendo partilhar decisões com os adultos. Isto é, tendo um efectivo direito de participação.

Não era de prever oposição clara a uma Convenção de defesa da causa das crianças, mas a reacção poderia ser de simples indiferença, assinalada pela ratificação simbólica por um número reduzido de Estados.

5. Hoje ninguém guarda dúvidas ou receios. *A Convenção é um texto de sucesso!* Entrou em vigor num tempo sem igual — curiosamente com um período de “gestação” de nove meses — e goza do maior número de Estados parte jamais registado no domínio dos direitos humanos*. O espírito de consenso que viu nascer a Convenção ganha assim novo sentido, face ao apoio inegável da comunidade internacional.

* Em 8 de Setembro de 1993, o número de Estados partes era de 146.

- Um apoio que ganhou *valor político* pela sua aceitação, de tendência universal, por países que pertencem às diferentes regiões do mundo, distintos no regime político que prosseguem ou no sistema económico por que optam, mas comungando de um mesmo ideal e partilhando uma mesma cartilha de promoção e protecção dos direitos da criança.

A Convenção torna-se num tema obrigatório da agenda internacional, inspirando debates e estudos, sensibilizando governos e promovendo programas de *cooperação* e de ajuda ao desenvolvimento.

Mas ela encerra sobretudo um compromisso solene que importa honrar. O compromisso de garantir a realização dos direitos da criança sem *discriminação* alguma; de assegurar que o *interesse superior* da criança é uma consideração essencial atendida em todas as decisões ou acções que respeitem à criança, tomadas por órgãos legislativos, judiciais ou administrativos, quer se trate de entidades públicas quer privadas. O compromisso, ainda, de afectar *todos os recursos necessários* à prossecução das políticas da infância por órgãos do poder central e do poder local.

6. Esta perspectiva evidencia o carácter *multidisciplinar* da Convenção e encoraja naturalmente o estabelecimento de um espírito de *interacção e complementaridade* entre todos aqueles que em cada país trabalham em favor da causa das crianças, tanto de natureza pública como privada. Por isso a *Convenção é promotora de diálogo e de alianças pela criança, por isso encoraja a participação popular!*

7. A Convenção inclui de forma inovadora uma diversidade de direitos, de natureza civil, política, económica, social e cultural, sublinhando o seu carácter *interdependente e complementar*. E neste quadro, não estabelece qualquer hierarquia nem atribui prioridade a qualquer direito em detrimento dos restantes. Todos são reconhecidos como *essenciais* para o desenvolvimento integral e harmonioso da criança e inerentes à sua dignidade, devendo a realização de cada um deles ser garantida no respeito de todos os outros.

Deste modo, a Convenção preconiza que o estudo de cada realidade específica deve ser precedido do conhecimento profundo da situação dos

direitos da criança no seu todo, única forma de definir conscientemente objectivos a atingir e de ajuizar das melhores estratégias a seguir para a solução de problemas concretos. A Convenção é assim *fonte de inspiração* e quadro de referência para a acção.

8. Enfim, a Convenção é um *instrumento de promoção* dos direitos da criança. Por esse motivo, o próprio texto inclui a obrigação de se assegurar a difusão dos princípios e disposições da Convenção. Só uma sensibilização constante, o conhecimento efectivo e a aplicação sistemática da Convenção permitirão, com efeito, garantir a defesa e o respeito dos direitos da criança, afastar preconceitos e tradições que condicionam ou limitam a sua protecção e prevenir de forma decisiva os riscos de violação.

É esta a filosofia da Convenção. São estes os traços que a afastam de um documento de *mera acção social* para a transformar numa *carta de direitos* fundamentais, substituem uma concepção reivindicativa de *satisfação de necessidades* por um movimento de *mobilização social participada*, abandonam a adopção de medidas *sectoriais dispersas* para promover a ponderação de uma *política integrada da criança*, afastam uma concepção *minimalista de acção governamental* para promoverem uma *aliança nacional alargada* pelos direitos da criança.

Uma filosofia que se reflecte no sistema de avaliação do progresso na aplicação da Convenção, e que implica o estabelecimento de um núcleo nacional coordenador das políticas da infância, a constituição de um sistema de informação acessível, completo e actualizado e uma atitude de verdade e transparência.

II

9. Com o fim de apreciar o progresso assegurado pelos Estados na sua aplicação, a Convenção institui o Comité dos Direitos da Criança.

Composto de dez peritos independentes, que participam a título pessoal, o Comité tem importantes atribuições de promoção e protecção dos direitos da criança, cabendo-lhe de forma muito particular acompanhar e avaliar o sistema de implementação da Convenção na ordem jurídica interna de cada Estado.

Para esse efeito, cabe aos Estados parte apresentar *relatórios periódicos* contendo informação detalhada e completa sobre o modo de aplicação da Convenção. Poder-se-ia pensar que se trata de *mera formalidade*, de um documento denso e inexpressivo. Ou que este exercício, por documentar a realidade nacional e a sujeitar ao escrutínio de uma instância internacional, encerra *riscos* que importa enfrentar com profunda cautela ou até com alguma desconfiança ...

Não é esta, porém, a visão que a Convenção preconiza. Com efeito, o sistema de apresentação de relatórios não tem natureza condenatória, visando antes a promoção de um diálogo construtivo entre o Estado e o Comité e o desencadear de um *debate nacional* sobre as políticas de protecção e promoção dos direitos da criança.

A elaboração dos relatórios deve assim constituir uma ocasião privilegiada para *estudar* a realidade existente, fazer o *balanço* do conjunto das medidas adoptadas, avaliar o *progresso*, identificar *problemas*, assinalar deficiências. E deste modo se estabelece o quadro ideal para a ponderação de novas *estratégias*, o estabelecimento de *objectivos* mais exigentes, a definição de *prioridades*.

O sistema de relatórios cria assim as condições adequadas para o Governo poder *avaliar a eficácia* das suas próprias políticas, encorajar a sua *apreciação pública*, e estimular a *participação* alargada da sociedade civil na realização dos direitos da criança.

E tão importante se revela esta atitude de abertura e transparência que a própria Convenção a reflecte com evidência ao estabelecer a obrigatoriedade de se assegurar ampla *difusão aos relatórios* estaduais no interior do respectivo país.

10. Para facilitar esta tarefa, o Comité dos Direitos da Criança tem encorajado a constituição em cada Estado de um *núcleo coordenador* dos direitos da criança.

Comissão, Comité, Coligação, por inúmeras designações se tem optado. O importante é, porém, que se possa assegurar a *coordenação* das políticas de aplicação da Convenção, instituir um sistema de avaliação regular e sugerir mecanismos e medidas de seguimento, num ciclo de ponderação, progressão e sucesso.

Em muitos países esta entidade é constituída por representantes dos diversos departamentos governamentais com responsabilidades na aplica-

ção da Convenção, membros do Parlamento, elementos do poder judicial e organizações não governamentais.

E as vantagens de tal *composição plural* são evidentes.

- Cria-se a possibilidade de *conhecer a multiplicidade e diversidade* de actividades desenvolvidas em torno da criança,
- evidencia-se a *multidisciplinaridade* e com ela constata-se a necessidade e insuficiência de cada domínio,
- surge a descoberta de determinadas áreas que suscitam o interesse e a *acção repetida* de entidades que desenvolvem esforços *paralelos*, quando não *divergentes*,
- e a constatação *amarga* da persistência de *domínios esquecidos*, coloridos pela ausência de ponderação de medidas ou de afectação de recursos.

Em suma, alcança-se uma visão de conjunto, a diversidade ganha coerência e o diálogo entre as entidades participantes e entre estas e a comunidade sai naturalmente reforçado.

- Com tal perfil, o núcleo coordenador dos direitos da criança estará em condições de desempenhar um papel catalisador na *difusão* de informação sobre a Convenção e na criação de uma atmosfera de adesão à sua filosofia inovadora.
- Por outro lado, estará particularmente bem colocado para garantir uma *apreciação* crítica e documentada da realidade sendo, por esse facto, uma entidade naturalmente vocacionada para ponderar ou assistir na adopção de novas medidas de implementação, sugerir estratégias de actuação no quadro ético e normativo da Convenção, ou ainda para assegurar a elaboração dos relatórios nacionais de aplicação deste instrumento jurídico.

11. Em todo este processo, a *existência e validade da informação*, bem como a sua *acessibilidade* assumem primordial importância.

Com efeito, para se assegurar uma avaliação real e profunda das políticas e dos mecanismos de implementação da Convenção, há que criar

uma rede de informação *completa e exacta*. *Completa* de forma a cobrir todos os domínios identificados pela Convenção, *exacta* por conter dados *específicos, seguros e objectivos*. Só deste modo se assegurará credibilidade às acções empreendidas e respeito pelos resultados obtidos!

O caminho a percorrer neste domínio é ainda longo. São inúmeras as áreas onde a *falta de informação* é a regra, onde escasseiam indicadores ou mesmo dados de natureza estatística. Bastará pensar no campo das liberdades e garantias fundamentais da criança ou do seu direito à participação. Em que situações se garante, de que modo se atende às suas opiniões, como se informa a criança para beneficiar do seu parecer, como se resiste à sua instrumentalização ...

Noutros casos, há informação disponível mas *não é evidente* nem é tratada com autonomia a parcela respeitante à criança. Conhece-se o número de desempregados, mas não se aprecia o efeito dessa situação na forma como a criança goza, ou se vê impedida de gozar, os seus direitos fundamentais — alimentação, saúde, educação ... Existem por vezes indicações sobre o número de famílias sem casa, mas não é claro o número de crianças afectadas ...

Noutras situações ainda, os dados existem mas *não são acessíveis* — por falta de publicação, por insuficiente desagregação ou simplesmente porque se não procede à sua compilação, condicionando o conhecimento do conjunto.

É bem certo que o estudo do mundo da criança e dos seus direitos é um desafio recente, afirmado contra uma longa tradição que lhe conferia estatuto subsidiário ou acessório.

Por outro lado, importa reconhecer que é ainda comum a tendência para identificar acesso à informação com criticismo, quando não mesmo com oposição política.

Mas o compromisso assumido perante a criança e a atitude ética preconizada pela Convenção exigem que emprestemos um diferente colorido à nossa acção! E os desafios que importa enfrentar não nos dão tempo para esperar ou hesitar.

Será tão difícil assim olhar o mundo com o olhar puro de criança que não guarda segredos e se inspira na busca incessante do porquê?

É esta a proposta da Convenção. A instituição de um sistema de diálogo constante com a vida, fundado na transparência e no conhecimento exigente da realidade.

Um conhecimento que assegura *coerência* ao conjunto de medidas adoptadas e dá valor e sentido a cada uma delas, permite avaliar a *eficácia* das actividades desenvolvidas, ponderar confiantemente a *estratégia* a levar a cabo, obviar à afectação inadequada de *recursos* disponíveis, *escassos* por definição, ou à formulação injustificada de *políticas*.

E que garante a todos estes passos a *segurança* de se fundarem numa filosofia comum, inspiradora do respeito pela criança e velando pela sua não discriminação, pela consideração primordial do seu interesse superior e pelo respeito pelas suas opiniões.

Assim se viabiliza e motiva a *participação* da sociedade civil, criando um movimento ético de adesão social, promovendo uma cadeia de entusiasmo, *diálogo e solidariedade* que reforça a justiça e recria a liberdade.

Numa roda muito grande onde todas as crianças tenham vontade de cantar.

**RAPPORT
SUR LA TROISIEME SESSION
DU COMITE
DES DROITS DE L'ENFANT**

Genève, 11-29 janvier 1993

TABLE DES MATIERES

	Paragraphes	Pages
I. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS ADOPTÉES PAR LE COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT		227
II. QUESTIONS D'ORGANISATION ET QUESTIONS DIVERSES	1-20	232
A. <i>Etats parties à la Convention</i>	1 - 2	232
B. <i>Ouverture et durée de la session</i>	3	232
C. <i>Ordre du jour</i>	4	233
D. <i>Composition du Comité et participation</i>	5 -10	233
E. <i>Groupes de travail de présession</i>	11-14	234
F. <i>Organisation des travaux</i>	15	235
G. <i>Futures sessions ordinaires</i>	16-17	236
H. <i>Deuxième réunion régionale officieuse</i>	18	236
I. <i>Future journée de débat général</i>	19-20	236
		223

III. RAPPORTS PRESENTES PAR LES ETATS PARTIES EN APPLICATION DE L'ARTICLE 44 DE LA CONVENTION	21-122	237
<i>A. Présentation des rapports</i>	21	237
<i>B. Examen de rapports</i>	22-122	238
1. Conclusions concernant la Bolivie	28- 45	239
2. Conclusions concernant la Suède	46- 58	243
3. Conclusions concernant le Viet Nam	59- 68	247
4. Conclusions concernant la Fédération de Russie	69- 92	250
5. Conclusions concernant l'Egypte	93-109	255
6. Observations préliminaires concernant le Soudan	110 -122	259
 IV. APERÇU DES AUTRES ACTIVITÉS DU COMITÉ	123-185	261
<i>A. Système de documentation et d'information</i>	123-134	261
1. Informatisation	123-125	261
2. Service de documentation sur les droits de l'enfant	126-130	262
3. Question des indicateurs	131-134	263
<i>B. Information</i>	135-138	264
<i>C. Services consultatifs ou assistance technique</i>	139-145	265
<i>D. Etudes futures</i>	146-152	266
<i>E. Rapport sur la quatrième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux</i>	153-160	267
<i>F. Préparatifs de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme</i>	161-172	269

	Paragrapbes	Pages
G. <i>Les enfants dans les conflits armés</i>	173-180	271
H. <i>Méthodes de travail</i>	181-185	274
1. Coopération avec d'autres organes compétents	181-182	274
2. Méthodes possibles d'organisation des travaux futurs du Comité	183-185	274
 V. PROJET D'ORDRE DU JOUR PROVISoire DE LA QUATRIÈME SESSION	 186	 275
 VI. ADOPTION DU RAPPORT	 187	 276

I. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS ADOPTEES PAR LE COMITE DES DROITS DE L'ENFANT

1. Les enfants dans les conflits armés: recommandation à l'Assemblée générale

Le Comité des droits de l'enfant,

Rappelant que, conformément aux dispositions de l'alinéa c) de l'article 45 de la Convention, le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant,

Rappelant également qu'à sa deuxième session le Comité a consacré une journée à un débat général sur le sujet "Les enfants dans les conflits armés", où il a étudié la pertinence et l'adéquation des normes existantes applicables aux enfants dans les conflits armés, les mesures de nature à assurer une protection efficace aux enfants dans des situations de conflits armés et la promotion de leur réadaptation physique et psychologique et de leur réinsertion sociale,

Ayant conclu que pour appeler davantage l'attention sur le problème grave des enfants dans les conflits armés une étude majeure des Nations Unies devrait être entreprise,

1. *Recommande* à l'Assemblée générale, conformément à l'alinéa c) de l'article 45 de la Convention, de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à une étude des voies et moyens d'améliorer la protection des enfants contre les effets adverses des conflits armés; à cette fin le Secrétaire général pourrait souhaiter solliciter la coopération d'institutions spécialisées compétentes, d'autres organes des Nations Unies, d'organisations non gouvernementales et du Comité international de la Croix-Rouge;

2. *Prie* le Secrétaire général de porter cette recommandation à l'attention de l'Assemblée générale pour qu'elle l'examine à sa quarante-huitième session.

2. Activités d'information

Le Comité des droits de l'homme,

Conscient qu'il importe de diffuser des informations sur la Convention relative aux droits de l'enfant, pour faire mieux comprendre et pour promouvoir la réalisation des droits de l'enfant,

Réaffirmant qu'il importe de faire en sorte que les centres d'information des Nations Unies ou, dans les pays où ces centres n'existent pas, les bureaux nationaux du Programme des Nations Unies pour le développement mettent à disposition gratuitement et régulièrement les documents du Comité pour une distribution générale,

1. *Prie* le Secrétaire général de veiller à ce qu'une attention particulière soit accordée à la disponibilité des rapports du Comité, des rapports présentés au Comité par l'Etat sur le territoire duquel le centre d'information est situé, ainsi que les compte rendus analytiques se rapportant à l'examen des rapports et aux conclusions adoptées par le Comité à la suite de cet examen;

2. *Recommande* que pour assurer un accès plus commode à ces documents et aider les Etats parties dans les efforts qu'ils déploient afin

que leurs rapports soient largement accessibles au public, dans leur pays, conformément au paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention, il soit envisagé soigneusement de publier une compilation contenant le rapport de l'Etat partie, les comptes rendus analytiques se rapportant à son examen et les conclusions adoptées à ce sujet par le Comité.

3. Relations avec d'autres organes des Nations Unies et avec d'autres organes créés en vertu d'instruments internationaux

Le Comité des droits de l'enfant,

Reconnaissant qu'il importe d'assurer une interaction et une coopération avec les autres organes des Nations Unies oeuvrant en faveur des droits de l'enfant,

Reconnaissant aussi la nécessité de maintenir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes des droits de l'homme sur des questions d'intérêt commun,

Jugeant important et nécessaire de participer aux activités organisées dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies qui intéressent ses travaux,

Rappelant l'accent que la quatrième réunion des présidents d'organes créés en vertu d'instruments internationaux a mis sur la promotion de l'interaction entre ces organes,

Réaffirmant les décisions et recommandations adoptées à ses sessions précédentes,

1. *Souligne la nécessité* d'assurer au Comité des ressources suffisantes afin qu'il soit en mesure d'établir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes des droits de l'homme et de participer aux réunions de l'Organisation des Nations Unies intéressant ses travaux;

2. *Réaffirme* son intérêt pour la réunion d'experts proposée sur l'application de normes internationales concernant les droits de l'homme des jeunes détenus et sa disposition à participer à cette réunion, et rappelle l'importance du cadre établi par la Convention sur les droits de l'enfant dans ce domaine;

3. *Décide* de suivre de près le processus préparatoire de l'Année internationale de la famille et, dans ce cadre, de renforcer sa coopération avec le Centre pour le développement social et les affaires humanitaires, particulièrement en vue d'être associé à cette manifestation et d'avoir accès aux études et documents pertinents;

4. *Prie* le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'enquêter sur la situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie de tenir pleinement compte de la Convention relative aux droits de l'enfant dans l'exécution de son mandat et dans ses rapports futurs.

4. Groupe de documentation sur les droits de l'enfant

Le Comité des droits de l'enfant,

Réaffirmant qu'il importe d'assurer son accès à toutes les sources d'informations pertinentes se rapportant à ses fonctions,

Reconnaissant la nécessité de maintenir une communication et un dialogue efficaces avec les autres organes oeuvrant en faveur des droits de l'enfant, en particulier avec le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution d'enfants et à la pornographie impliquant des enfants et avec le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

Rappelant la recommandation faite par la quatrième Réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs

aux droits de l'homme en vue de la création d'un groupe central d'information et de documentation au Centre pour les droits de l'homme,

Recommande que soit envisagée la création au Centre pour les droits de l'homme d'un groupe de documentation sur les droits de l'enfant chargé de suivre et de soutenir les activités entreprises par le Comité des droits de l'enfant, le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants et le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

5. Recommandation au Comité préparatoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme

Le Comité des droits de l'enfant,

Rappelant ses recommandations précédentes au Comité préparatoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme,

Constatant que l'Assemblée générale a adopté à sa quarante-septième session l'ordre du jour provisoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme,

Prenant note de l'inscription à l'ordre du jour provisoire d'un point intitulé "Examen des tendances actuelles et des nouveaux obstacles qui s'opposent à la pleine réalisation de tous les droits des femmes et des hommes, y compris ceux des personnes appartenant à des groupes vulnérables",

Reconnaissant qu'il importe d'examiner dans ce contexte la question de l'exercice des droits de l'enfant en période de conflit armé,

1. *Charge* son Président et son Rapporteur de le représenter à la quatrième session du Comité préparatoire de la Conférence mondiale;

2. *Décide* de recommander au Comité préparatoire d'examiner à sa quatrième session la question de l'utilisation d'enfants dans des conflits armés.

II. QUESTIONS D'ORGANISATION ET QUESTIONS DIVERSES

A. *Etats parties à la Convention*

1. Au 29 janvier 1993, date de clôture de la troisième session du Comité des droits de l'enfant, les Etats parties à la Convention relative aux droits de l'enfant étaient au nombre de 128. L'Assemblée générale, par sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, a adopté la Convention qui a été ouverte à la signature et à la ratification ou à l'adhésion à New York le 26 janvier 1990. Elle est entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément aux dispositions de son article 49.

2. Le texte des réserves et déclarations formulées par les Etats au sujet de la Convention ainsi que le texte des objections émises aux réserves et déclarations figurent dans le document CRC/C/2/Rev. 1.

B. *Ouverture et durée de la session*

3. Le Comité des droits de l'enfant a tenu sa troisième session à l'Office des Nations Unies à Genève, du 11 au 29 janvier 1993. La session a comporté 27 séances (47^{ème} à 74^{ème}). Il est rendu compte des délibérations du Comité dans les comptes rendus analytiques correspondants (CRC/C/SR.47 à 74).

C. *Ordre du jour*

4. A sa 47^{ème} séance, tenue le 11 janvier 1993, le Comité a adopté l'ordre du jour provisoire présenté par le Secrétaire générale (CRC/C/13); l'ordre du jour de la deuxième session, tel qu'adopté, était le suivant:

1. Adoption de l'ordre du jour

2. Informations fournies par le secrétariat sur les mesures prises conformément aux décisions adoptées par le Comité
3. Présentation de rapports par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention
4. Rapport sur la quatrième Réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux aux droits de l'homme
5. Préparation de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme
6. Examen de la question des indicateurs
7. Suivi du débat sur le thème "Les enfants dans les conflits armés"
8. Questions relatives aux méthodes de travail du Comité
9. Système de documentation et d'information
10. Etudes futures
11. Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention
12. Prochaines réunions du Comité
13. Questions diverses.

D. Composition du Comité et participation

5. Tous les membres du Comité à l'exception de Mme Akila Belemboago ont assisté à sa troisième session.

6. Le Bureau élu par le Comité à sa première session est resté en fonctions à la troisième session conformément à l'article 17 du règlement intérieur provisoire. Sa composition était la suivante: Hoda Badran (Egypte), Président; Luis A. Bambaren Gastelumendi (Pérou), Flora C. Eufemio (Philippines) et Youri Kolosov (Fédération de Russie), Vice-Présidents; Marta Santos Pais (Portugal), Rapporteur.

7. Etait représenté à la session l'organisme suivant de l'Organisation des Nations Unies: Fonds des Nations Unies pour l'enfance.

8. Etait également représentée l'institution spécialisée suivante: Organisation internationale du Travail.

9. Etait aussi représentée l'organisation suivante: Comité international de la Croix-Rouge.

10. Les organisations non gouvernementales ci-après étaient représentées:

Catégorie I: Mouvement international ATD quart monde, Soroptimist International;

Catégorie II: Association internationale de droit pénal, Bureau international catholique de l'enfance, Défense des enfants — mouvement international, Fédération internationale des assistants sociaux, Fédération internationale des femmes juristes, Fédération internationale Terre des Hommes, International Save the Children Alliance, Rädda Barnen International, Les sentiers de la paix, Service international pour les droits de l'homme;

Liste: International Inner Wheel.

E. Groupes de travail de présession

11. Conformément à la décision prise par le Comité à sa première session, un groupe de travail plénier de présession s'est réuni à Genève du 14 au 18 décembre 1992.

12. Le but principal de ce groupe de travail a été d'identifier à l'avance les principales questions qui devraient être discutées plus à fond avec les représentants des Etats qui présentent des rapports. Cette procédure, admise par le Comité à sa deuxième session (CRC/C/10, par. 39), est destinée à améliorer l'efficacité de la présentation des rapports et à faciliter la tâche des Etats parties en leur fournissant à l'avance une liste des principales questions qui pourraient être soulevées pendant l'examen de leurs rapports.

13. Au cours de ses séances, le groupe de travail de présession a examiné des listes préliminaires de questions présentées par des membres du Comité, concernant les rapports initiaux des sept pays suivants: Bolivie, Egypte, Fédération de Russie, Rwanda, Soudan, Suède et Viet Nam. Le Groupe de travail a été assisté dans sa tâche, dans l'esprit de l'article 45 de la Convention, par un groupe technique consultatif officieux où étaient représentés des organes de l'ONU, des institutions spécialisées et d'autres organes compétents. Les projets de listes ont été révisés et complétés sur la base d'observations et de commentaires faits au cours des séances, et la version finale de chaque liste a été adoptée par l'ensemble du groupe.

14. Les listes de questions ainsi établies ont été transmises directement aux missions permanentes des Etats concernés, avec une note où il était dit notamment:

"Cette liste ne prétend pas être exhaustive, et ne doit pas être interprétée comme limitant la nature et le nombre de questions que les membres du Comité souhaiteront poser, ni préjuger d'une façon quelconque de ces questions. Toutefois, le Groupe de travail espère faciliter le dialogue constructif que le Comité souhaite avoir avec les représentants des Etats parties en leur communiquant cette liste à l'avance."

F. Organisation des travaux

15. Le Comité a étudié l'organisation des travaux à sa 47^{ème} séance, le 11 janvier 1993. Il a été saisi des documents suivants: projet de programme de travail pour la troisième session établi par le Secrétaire général en consultation avec le Président du Comité; rapport du Comité sur sa deuxième session (CRC/C/10); résolution des Etats parties (A/47/667, annexe); résolution 47/112 de l'Assemblée générale.

G. Futures sessions ordinaires

16. Le Comité a noté que sa quatrième session aurait lieu du 20 septembre au 8 octobre 1993 et que son groupe de travail de présession

se réunirait du 28 juin au 2 juillet 1993. Il a également noté que le groupe de travail de présession de sa cinquième session se réunirait du 15 au 19 novembre 1993.

17. Le Comité a établi le projet de calendrier suivant pour ses sessions de 1994:

Cinquième session	10-28 juin 1994
Groupe de travail de présession	27 juin - 1er juillet 1994
Sixième session	26 septembre - 14 octobre 1994
Groupe de travail de présession	14-18 novembre 1994

H. Deuxième réunion régionale officielle

18. Etant donné l'importance que le Comité attache à la tenue de réunions en dehors du Siège de l'Organisation des Nations Unies, pour faire prendre davantage conscience de la Convention relative aux droits de l'enfant et faire comprendre plus profondément ses principes, il a décidé que sa deuxième réunion régionale officielle, qui doit être organisée en coopération étroite avec l'UNICEF, devrait avoir lieu à Bangkok au cours du mois de mai 1993.

I. Future journée de débat général

19. A la suite de la décision, prise à sa deuxième session (voir CRC/C/10, par. 14), de consacrer une journée de sa quatrième session au débat général sur le thème "Exploitation économique de l'enfant", le Comité a confié à certains de ses membres la tâche d'élaborer un schéma identifiant ses principales préoccupations à cet égard.

20. Le Comité a également décidé d'adresser ce schéma aux institutions spécialisées, à des organes compétents de l'ONU, tels que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité des droits de l'homme et le Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage

de la Sous-Commission, ainsi qu'à des organisations non gouvernementales et à d'autres organes compétents, en les invitant à participer à ce débat général et à présenter à l'avance des contributions écrites.

III. RAPPORTS PRESENTES PAR LES ETATS PARTIES EN APPLICATION DE L'ARTICLE 44 DE LA CONVENTION

A. *Présentation de rapports*

21. A propos de ce point, le Comité était saisi des documents suivants:

- a) des notes du Secrétaire général sur les rapports initiaux d'Etats parties attendus en 1992 (CRC/C/3), 1993 (CRC/C/8/Rev. 1) et 1994 (CRC/C/11);
- b) une note du Secrétaire général sur les Etats parties à la Convention et la présentation de leurs rapports. Le Comité a été informé qu'outre les sept rapports qui devaient être soumis à son examen à la présente session (voir par. 23 ci-après) le Secrétaire général avait reçu les rapports initiaux du Pérou (CRC/C/3/Add. 7), du Costa Rica (CRC/C/3/Add. 8), d'El Salvador (CRC/C/3/Add. 9), de l'Indonésie (CRC/C/3/Add. 10), du Mexique (CRC/C/3/Add. 11), de la Namibie (CRC/C/3/Add. 12) et du Pakistan (CRC/C/3/Add. 13).

B. *Examen de rapports*

22. A sa troisième session, le Comité a examiné les rapports initiaux présentés par six Etats parties en application de l'article 44 de la Con-

vention. Il a consacré 18 de ses 27 séances à l'examen de ces rapports (CRC/C/SR. 52 à 54, 56 à 58, 59 à 64 et 66 à 71).

23. A sa troisième session le Comité était saisi des rapports suivants, énumérés dans l'ordre où ils ont été reçus par le Secrétaire général:

Suède	CRC/C/3/Add. 1
Bolivie	CRC/C/3/Add. 2
Soudan	CRC/C/3/Add. 3
Rwanda	CRC/C/3/Add. 1
Viet Nam	CRC/C/3/Add. 4
Fédération de Russie	CRC/C/3/Add. 5
Egypte	CRC/C/3/Add. 6

24. A sa 47ème séance, le 11 janvier 1993, le Comité a accepté à la demande du Gouvernement rwandais de reporter à sa quatrième session l'examen du rapport initial du Rwanda (CRC/C/8/Add. 1).

25. Conformément à l'article 68 du Règlement intérieur provisoire du Comité, les représentants de tous les Etats qui avaient envoyé des rapports ont été invités à assister aux séances lorsque leur rapport était examiné. Tous les Etats parties dont les rapports ont été examinés par le Comité ont envoyé des représentants pour participer à l'examen de leurs rapports respectifs.

26. Les sections suivantes, présentées pays par pays dans l'ordre que le Comité a suivi pour l'examen des rapports, contiennent les observations qui reflètent les points saillants de la discussion et indiquent le cas échéant les questions qui appellent un suivi spécifique.

27. On trouvera des renseignements plus détaillés dans les rapports présentés par les Etats parties et dans les comptes rendus analytiques des séances correspondantes du Comité.

1. Conclusions concernant la Bolivie

28. Le Comité a examiné le rapport initial de la Bolivie (CRC/C/3/Add.2) à ses 52^{ème}, 53^{ème} et 54^{ème} séances (CRC/C/SR. 52 à 54), tenues les 14 et 15 janvier 1993, et a adopté à sa 65^{ème} séance, le 22 janvier 1993, les conclusions suivantes:

a) *Introduction*

29. Le Comité note avec satisfaction que la Bolivie, qui a été l'un des premiers Etats à signer la Convention relative aux droits de l'enfant, a présenté son rapport initial dans les délais. Bien que celui-ci contienne des renseignements utiles sur le cadre législatif dans lequel la Convention est appliquée, le dialogue engagé a permis au Comité de demander de plus amples renseignements sur la façon dont les lois sont appliquées dans la pratique et sur les mécanismes d'évaluation des résultats obtenus.

30. Le Comité attache une grande importance à la possibilité qu'offre l'examen du rapport d'un Etat partie d'engager un dialogue fructueux avec celui-ci sur la mise en oeuvre de la Convention. A ce propos, il remercie la délégation bolivienne pour la discussion franche et utile qui a eu lieu et pour les renseignements complémentaires qu'elle lui a fournis. Il a pu ainsi se faire une meilleure idée de la façon dont la Convention est appliquée en Bolivie. Il a pris note du regret de cette délégation de ne compter en son sein aucun représentant de rang élevé, envoyé par les ministères que concerne la mise en oeuvre de la Convention, qui aurait pu tirer profit d'une participation directe aux travaux du Comité.

b) *Aspects positifs*

31. Le Comité se félicite de l'adoption et de l'entrée en vigueur récente du nouveau code des mineurs qui, en mettant en place le cadre juridique nécessaire à la mise en oeuvre de la Convention, représente un pas important sur la voie d'une harmonisation de la législation et des mesures prises avec les dispositions de la Convention. Il prend note avec satisfaction de la procédure d'établissement des rapports, de la participation du pouvoir judiciaire et de ce qui a été fait pour que des organisations non gouvernemen-

tales soient associées à l'élaboration de la législation pertinente et de la politique relative aux enfants, élargissant ainsi la participation populaire à la mise en oeuvre de la Convention. Il relève que, chose importante, les dispositions de cet instrument peuvent être invoquées devant les tribunaux boliviens.

c) Facteurs et difficultés entravant la mise en oeuvre de la Convention

32. Le Comité note que, pour des raisons économiques, notamment le montant élevé de la dette extérieure, il est plus difficile d'appliquer intégralement toutes les dispositions de la Convention. Il constate avec inquiétude qu'il n'est pas tenu suffisamment compte des besoins des enfants d'aujourd'hui dans les considérations à long terme qui entrent en ligne de compte dans les mesures d'ajustement structurel. Même s'il incombe à l'Etat de mettre en oeuvre la Convention relative aux droits de l'enfant, le Comité reconnaît la nécessité d'une assistance internationale supplémentaire pour s'attaquer plus efficacement à la tâche qui s'impose d'améliorer la situation des enfants qui vivent dans la misère, en particulier dans les zones rurales du pays.

33. Le Comité reconnaît également que le nouveau code des mineurs n'ayant été adopté que depuis peu, le temps a manqué pour le mettre totalement en oeuvre ou en mesurer l'efficacité.

d) Principaux sujets de préoccupation

34. Le Comité est préoccupé par le coût social élevé des mesures budgétaires draconiennes qui ont été prises et qui ont des retombées négatives sur les droits de l'enfant en Bolivie. Il se félicite de l'adoption du Plan décennal d'action en faveur de l'enfant bolivien qui a pour objet de remédier à certains déséquilibres actuels préjudiciables aux enfants; il souligne toutefois la nécessité d'élaborer une stratégie globale visant à mettre en oeuvre la Convention et celle de mettre en place un dispositif de surveillance efficace pour l'évaluation des progrès accomplis et des difficultés rencontrées. Pour le moment, on ne sait pas très bien comment les organisations non gouvernementales et les citoyens participeront à la surveillance et à l'évaluation de la mise en oeuvre de la Convention.

35. Le Comité est préoccupé de voir que, dans le code des mineurs, la définition de l'enfant n'est pas conforme à l'article premier de la Convention.

36. Le Comité souligne qu'il importe d'appliquer toutes les dispositions de la Convention à la lumière des principes généraux énoncés dans les articles 2, 3, 6 et 12. Il note avec préoccupation les différences de situation et de traitement des enfants de Bolivie en fonction de la race, du sexe, de la langue ou de l'origine ethnique ou sociale. Les groupes vulnérables (filles, autochtones, pauvres, etc.) sont particulièrement défavorisés en ce qui concerne l'accès aux services de santé et aux moyens d'enseignement et sont les premières victimes d'abus, tels que la vente, la traite et le travail des enfants, ainsi que l'exploitation sexuelle et autres formes d'exploitation. Il est discriminatoire que l'âge minimum auquel on peut contracter le mariage soit plus bas pour les filles, qui bénéficient donc d'une protection moindre. Elles sont aussi privées de ce fait de la protection qu'offrent diverses autres dispositions de la Convention.

37. Le Comité est préoccupé par le fait que 47% seulement des accouchements ont lieu sous la surveillance d'un personnel médical qualifié et s'inquiète des incidences que cela peut avoir, c'est-à-dire des risques accrus de maladies et d'infirmités consécutives à des problèmes survenus au moment de l'accouchement et qui auraient pu être évités. Pour remédier à cette situation, il faudrait augmenter les crédits budgétaires et apporter un appui suffisant aux programmes en faveur des enfants handicapés moteurs et déficients mentaux. Il note avec préoccupation, en ce qui concerne l'éducation, que c'est dans les groupes vulnérables d'enfants (filles, autochtones et enfants vivant en milieu rural) que l'on trouve le plus grand nombre d'enfants non scolarisés.

38. Pour ce qui est des articles 37 et 40, le Comité constate avec inquiétude qu'il n'existe pas de garanties suffisantes pour protéger contre la discrimination dans l'application de ces dispositions de la Convention, que selon la procédure discrétionnaire en vigueur, on tienne compte, dans le jugement d'un mineur, de sa "personnalité" car cette pratique, telle qu'appliquée actuellement, risque souvent d'être discriminatoire à l'endroit des enfants vivant dans la misère et, enfin, que les enfants ne soient pas convenablement séparés des adultes dans les centres de détention et qu'ils

puissent être détenus 45 jours — période d'une longueur excessive — avant qu'il soit statué sur la légalité de cette détention. On ne sait pas très bien à quel âge un enfant peut demander des consultations juridiques sans le consentement de ses parents et la pratique dans ce domaine n'est peut-être pas conforme à l'article 37 d) de la Convention.

39. Le Comité est tout particulièrement inquiet pour les enfants qui, pour survivre, travaillent ou vivent dans la rue et ont besoin d'une attention spéciale en raison des sérieux risques auxquels ils sont exposés.

e) Suggestions et recommandations

40. Le Comité recommande d'apporter au code des mineurs les modifications voulues pour qu'il soit en tous points conforme à la Convention, en particulier en ce qui concerne la définition du cadre législatif et l'évaluation de ses conséquences pour les enfants, ceux surtout qui appartiennent à des groupes vulnérables. A ce propos, il faudrait surveiller activement l'impact du Plan décennal d'action en faveur de l'enfant bolivien et il conviendrait que la Bolivie indique, dans son deuxième rapport périodique, les indicateurs statistiques et autres nécessaires à l'évaluation des progrès accomplis. Le Comité se félicite du fait que la délégation s'est engagée à lui fournir sous peu d'autres informations sur les indicateurs, en ce qui concerne en particulier la santé, l'éducation, les enfants en conflit avec la loi, les enfants handicapés ou abandonnés.

41. Le Comité souligne que le principe de la non-discrimination qui est énoncé à l'article 2 de la Convention doit être fermement appliqué. Il faudrait en outre veiller plus activement à éliminer la discrimination à l'encontre de certains groupes d'enfants, tout particulièrement les filles. Le Comité note à ce propos que l'application de ce principe et celle d'autres principes généraux de la Convention ne sauraient dépendre des ressources budgétaires. Pour ce qui est des priorités budgétaires dans l'attribution des ressources disponibles, l'Etat partie doit se laisser guider par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme il est dit à l'article 3 de la Convention, en particulier à l'égard des groupes les plus vulnérables tels que les

filles, les enfants appartenant à un groupe autochtone et les enfants vivant dans la misère, y compris les enfants abandonnés.

42. Le Comité encourage le Gouvernement bolivien à envisager la possibilité d'adhérer à la Convention contre la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants.

43. Le Comité recommande que l'Etat partie s'engage à offrir une protection adéquate aux enfants défavorisés du point de vue économique et social qui sont aux prises avec la loi et que des solutions autres que le placement dans des institutions soient proposées, comme le prévoit l'article 40 (par. 3 et 4) de la Convention.

44. Le Comité insiste sur l'utilité de porter les dispositions de la Convention à la connaissance du public et, en particulier, des magistrats, avocats, enseignants et membres d'autres professions qui travaillent avec les enfants ou qui sont concernés par la mise en oeuvre de la Convention. La formation des policiers et du personnel des établissements de rééducation est à cet égard particulièrement importante. Des initiatives en ce sens pourraient être efficacement prises en collaboration avec des organisations non gouvernementales.

45. Le Comité recommande une plus large diffusion de la Convention dans les langues locales. Il faudrait prendre des mesures pour encourager les communautés locales à apporter leur appui aux droits de l'enfant et pour faire de la Convention un instrument d'incitation à l'élaboration de programmes de participation populaire bénévole. Ce serait là un moyen d'apporter un complément aux ressources budgétaires disponibles au profit des enfants.

2. Conclusions concernant la Suède

46. Le Comité a examiné le rapport initial de la Suède (CRC/C/3/Add. 1) à ses 56^{ème}, 57^{ème} et 58^{ème} séances (CRC/C/SR. 56 à 58) les 18 et 19 janvier 1993, et a adopté à sa 73^{ème} séance, tenue le 28 janvier 1993, les conclusions suivantes:

a) Introduction

47. Le Comité note avec satisfaction que la Suède a ratifié rapidement la Convention et a été le premier Etat à s'acquitter de ses obligations en matière d'établissement des rapports. Son rapport était très détaillé et respectait bien les directives du Comité, même s'il appelait un complément d'information sur la situation des groupes vulnérables, en particulier les enfants appartenant à des minorités autochtones et les enfants livrés à eux-mêmes dans les grandes villes.

48. Le Comité remercie la délégation de la Suède qui a présenté le rapport des renseignements complémentaires qu'elle lui a donnés. S'agissant d'une délégation de haut niveau, un dialogue constructif a pu s'engager entre le Comité et des fonctionnaires des ministères directement responsables de la mise en oeuvre de la Convention.

b) Aspects positifs

49. Le Comité se félicite que le gouvernement ait compris la nécessité de prendre des mesures concrètes pour mettre en oeuvre la Convention, la faire connaître et chercher les moyens d'améliorer la situation des enfants en Suède. Il relève avec satisfaction que des lois ont été promulguées et que des mesures administratives sont envisagées pour adapter à la Convention le cadre juridique mis en place pour protéger les droits de l'enfant. La législation en la matière reflète généralement les dispositions de la Convention ainsi que les principes généraux qui guident son application. Le désir du gouvernement de dialoguer avec les diverses organisations non gouvernementales, notamment pour faire connaître la convention et sensibiliser le public à ses dispositions, mérite d'être souligné.

50. Le Comité remercie le Gouvernement suédois et les organisations non gouvernementales suédoises de tout ce qu'ils font pour améliorer le sort des enfants dans le monde. La priorité accordée par l'Etat partie à la promotion des droits de l'enfant par une coopération et une assistance internationales dont bénéficient directement les enfants va dans le sens de l'article 4 de la Convention et peut servir d'exemple à d'autres Etats parties.

51. Le Comité note que les autorités suédoises compétentes envisagent la possibilité de ratifier la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

c) Principaux sujets de préoccupation

52. Le Comité note le fait que la loi n'offre aucune protection contre les diverses formes de discrimination énumérées à l'article 2 de la Convention. On ne voit pas très bien si elle interdit la discrimination fondée sur la langue, la religion, l'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, sur leur origine sociale, leur situation de fortune, leur incapacité, leur naissance ou toute autre situation.

53. Le Comité s'inquiète de l'ambiguïté de la loi et de ses contradictions apparentes en ce qui concerne la définition de l'enfant. Le Comité note que, en Suède, bien que les personnes âgées de moins de 18 ans ne soient pas considérées comme pleinement responsables au regard de la loi, elles peuvent être appelées sous les drapeaux, et que, à partir de 15 ans, les personnes peuvent être acceptées dans la garde nationale. Le Comité est également préoccupé par le fait que l'âge de la maturité sexuelle n'a pas été fixé en ce qui concerne l'exploitation des enfants à des fins pornographiques.

54. Le Comité est préoccupé par le fait que le gouvernement ne prévoit pas de séparer les enfants des adultes dans les établissements pénitentiaires et que des enfants étrangers sont placés en détention en vertu de la loi sur les étrangers. Il note que pareille pratique est discriminatoire dans la mesure où généralement les enfants suédois ne peuvent pas être mis en détention avant l'âge de 18 ans. Il semble également y avoir un manque d'information sur les enfants victimes d'exploitation sexuelle, notamment de l'inceste.

d) Suggestions et recommandations

55. Pour ce qui est des mesures d'application générale, le Comité recommande d'envisager sérieusement de créer un mécanisme de surveil-

lance et d'élaborer des indicateurs permettant d'évaluer les progrès accomplis dans la mise en oeuvre des mesures législatives et autres de nature à protéger les droits de l'enfant. Il souligne que pour que la Convention soit appliquée avec l'efficacité et dans le respect des dispositions et des principes généraux qu'elle énonce, sa mise en oeuvre doit se faire en collaboration étroite avec les autorités locales. Le gouvernement doit veiller à ce que les restrictions budgétaires décidées par les communes ne lèsent pas l'intérêt supérieur des enfants, en particulier de ceux qui appartiennent aux groupes les plus vulnérables. Pour que la Convention soit appliquée avec plus d'efficacité encore, le Comité suggère que l'Etat partie envisage de collaborer plus étroitement avec les organisations non gouvernementales à la prise des décisions, qu'il incorpore les dispositions de la Convention directement dans sa législation et qu'il renforce la coopération et l'assistance internationales, en particulier pour les groupes les plus vulnérables comme les enfants handicapés et ceux qui ont besoin d'une protection particulière.

56. S'agissant de la définition de l'enfant, le Comité recommande que l'Etat partie envisage d'en adopter une qui soit plus cohérente et plus conforme aux principes généraux et aux dispositions de la Convention. Compte tenu de l'article 38 de celle-ci, des mesures pourraient être prises pour aligner sur cette disposition la législation actuelle qui autorise l'incorporation dans les forces armées de mineurs de moins de 18 ans. Le Comité suggère que le gouvernement renvoie la réglementation qui régit l'exploitation des enfants à des fins pornographiques. En outre, il faudrait que le gouvernement ne néglige pas le problème des sévices sexuels au sein de la famille et s'interroge peut-être aussi sur l'opportunité de laisser un enfant, à partir de 7 ans, consulter un homme de loi ou un médecin sans le consentement de ses parents.

57. Pour ce qui est des enfants aux prises avec la loi, le Comité suggère que l'Etat partie étudie plus avant la question de la séparation des enfants d'avec les adultes dans les établissements pénitentiaires, compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants et en fonction des solutions de rechange qui peuvent exister. A ce propos, l'Etat partie pourra souhaiter étudier la situation dans les pays où il y a des contacts entre les mineurs et les forces de police. Le Comité suggère également que des solutions autres qu l'incarcération d'enfants en vertu de la loi sur les étrangers soient

recherchées et qu'un défenseur public soit nommé pour venir en aide aux enfants aux prises avec la loi.

58. Le Comité recommande également de surveiller de plus près la situation des enfants étrangers placés dans des familles adoptives en Suède. Il insiste sur l'importance de surveiller la situation des enfants étrangers et autres groupes vulnérables et il demande à l'Etat partie de faire figurer dans son prochain rapport des statistiques et autres indicateurs plus détaillés concernant ces groupes, notamment sur l'incidence de l'infection par le VIH et celle du SIDA. Entant donné que la ratification d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme favorise la promotion des droits de l'enfant, l'Etat partie pourrait envisager de ratifier la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui.

3. Conclusions concernant le Viet Nam

59. Le Comité a examiné le rapport initial du Viet Nam (CRC/C/3/Add. 4) à ses 59^{ème}, 60^{ème} et 61^{ème} séances (CRC/C/SR. 59 à 61) les 19 et 20 janvier 1993, et a adopté à sa 73^{ème} séance, tenue le 28 janvier 1993, les conclusions suivantes:

a) Introduction

60. Le Comité remercie l'Etat partie de son rapport. Il lui est également reconnaissant d'avoir envoyé une délégation de rang élevé avec laquelle un dialogue franc et utile a pu s'établir. Il note avec satisfaction que le Viet-Nam est le premier Etat d'Asie à avoir signé et ratifié la Convention puis à avoir présenté, sur son application, un rapport détaillé conforme aux directives du Comité.

61. Le rapport et les renseignements complémentaires détaillés fournis par les représentants de l'Etat partie lors du débat ont permis au Comité de se faire une idée générale sur la façon dont l'Etat partie s'acquitte des obligations découlant de la Convention relative aux droits

de l'enfant et applique les normes relatives aux droits de l'homme qu'elle énonce.

b) Aspects positifs

62. Le Comité note avec satisfaction les efforts déployés par le Gouvernement vietnamien pour faire appliquer la Convention sur l'ensemble du territoire vietnamien. L'adoption, par l'Assemblée nationale en août 1991, de la loi sur la protection, le soin et l'éducation des enfants et de celle sur la généralisation de l'enseignement primaire, la proclamation de l'année 1989-1990 comme Année de l'enfant vietnamien, le bilan national des 10 premières années (1979-1989) d'application de l'ordonnance sur la protection, le soin et l'éducation des enfants et activités connexes, l'insertion, dans la nouvelle Constitution nationale, de dispositions sur les droits de l'enfant sont autant d'étapes importantes vers la mise en oeuvre de la Convention. Le Comité note avec satisfaction la tenue, dans le sillage du Sommet mondial pour l'enfance, d'un Sommet national pour l'enfance et l'approbation par celui-ci du projet de Programme national d'action pour l'enfance pour les années 1991-2000. La création du Comité pour la protection et le soin de l'enfance à l'échelle nationale et la mise en place des comités du même type à l'échelon des provinces, des districts et des communes chargés de surveiller la mise en oeuvre de la Convention lui paraissent d'une importance particulière.

c) Facteurs et difficultés entravant la mise en oeuvre de la Convention

63. Le Comité note que le passage d'une économie planifiée à une économie de marché crée au Viet Nam de nouveaux problèmes sociaux ou aggrave ceux qui existaient déjà. Cela a un effet négatif sur la situation des enfants. De vieilles traditions respectées dans des régions reculées du pays engendrent aussi des difficultés dans la mise en application des dispositions de la Convention. Le Comité note que le Gouvernement vietnamien n'ignore pas les difficultés qui entravent actuellement l'application de la Convention et lui est très reconnaissant d'en avoir parlé ouvertement et franchement dans son rapport. Il relève également que le Gouvernement vietnamien s'est engagé à tout mettre en oeuvre, à l'échelle nationale et

internationale, afin que, dans cette difficile situation, une priorité aussi grande que possible soit accordée aux problèmes des enfants.

d) Principaux sujets de préoccupation

64. Le Comité est préoccupé par les effets négatifs sur la situation des enfants des réformes économiques en cours au Viet Nam et par la situation des enfants appartenant aux divers groupes minoritaires, en particulier ceux qui vivent dans les régions montagneuses du pays. Il constate que les longues peines d'emprisonnement dont les mineurs délinquants peuvent être frappés en vertu de la législation pénale vietnamienne ne sont pas conformes aux dispositions de l'article 37 de la Convention, et il fait observer que tout enfant suspecté ou convaincu d'infraction pénale devrait avoir droit aux garanties énumérées à l'article 40 de la Convention. Il est en outre préoccupé par la persistance, dans certaines régions du pays, de préjugés contre les femmes et les filles qui leur valent d'être victimes de discrimination, par la situation des enfants dans les zones rurales, notamment en ce qui concerne la santé et l'éducation, par le nombre croissant d'enfants qui vivent ou travaillent dans la rue, par la prostitution et la pornographie enfantines, enfin par l'insuffisance de la formation des responsables de l'application des lois pour ce qui touche la mise en oeuvre de la Convention.

e) Suggestions et recommandations

65. Le Comité estime particulièrement important que le Gouvernement vietnamien prenne toutes les mesures nécessaires, à l'échelle nationale et en faisant appel à l'assistance et à la coopération internationales, pour réduire au minimum les effets négatifs que les réformes économiques peuvent avoir pour la catégorie la plus vulnérable de la société vietnamienne: les enfants. Une attention particulière doit être accordée à la protection des enfants appartenant à différents groupes minoritaires, des enfants des zones rurales et des enfants des zones urbaines qui vivent ou travaillent dans la rue. S'agissant de ces derniers, il apparaît nécessaire d'étudier plus à fond les principales causes du phénomène et de prendre les mesures appropriées pour les supprimer.

66. Il faudrait apporter les modifications nécessaires au Code pénal pour le rendre conforme aux dispositions des articles 37, 39 et 40 de la Convention et aux dispositions pertinentes du Code de conduite pour les responsables de l'application des lois et des autres normes internationales établies dans ce domaine, telles que les "Règles de Beijing", les "Principes directeurs de Riyad" et les "Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté". A cet égard, le Comité recommande que le Centre vietnamien des droits de l'homme organise un cours de formation à l'intention des responsables de l'application des lois.

67. Le texte de la Convention devrait être traduit dans les langues de tous les groupes minoritaires et faire l'objet d'une diffusion aussi large que possible afin de sensibiliser l'opinion publique à la question de la protection des droits de l'enfant. Les organisations de jeunes et les organisations non gouvernementales pourraient y contribuer activement dans tout le pays.

68. Conformément à l'article 44, paragraphe 4, le Comité propose que des renseignements complémentaires sur l'administration de la justice des mineurs lui soient communiqués au 1er juin 1993 au plus tard pour examen par son groupe de travail de présession qui lui en rendrait compte à sa session d'automne. Enfin, il recommande que le rapport du Viet Nam et les comptes rendus des débats au Comité soient publiés et fassent l'objet d'une diffusion aussi large que possible dans tout le pays.

4. Conclusions concernant la Fédération de Russie

69. Le Comité a examiné le rapport initial de la Fédération de Russie (CRC/C/3/Add. 5) à ses 62^{ème}, 63^{ème} et 64^{ème} séances (CRC/C/SR. 62 à 64) les 21 et 22 janvier 1993, et a adopté à sa 73^{ème} séance, tenue le 28 janvier 1993, les conclusions suivantes:

a) Introduction

70. Le Comité note avec satisfaction que le rapport initial de la Fédération de Russie a été présenté dans les délais et qu'il s'agit d'un rapport franc, critique et détaillé. Il se félicite également du haut niveau de la délégation que le Gouvernement de la Fédération de Russie a envoyée pour

participer à l'examen de ce rapport, montrant ainsi l'importance qu'il attache aux obligations qui lui incombent en vertu de la Convention, ainsi que de l'attitude franche, ouverte et constructive qui a caractérisé le dialogue avec cette délégation.

b) Aspects positifs

71. Le Comité constate avec satisfaction que le gouvernement est désireux de définir la nature et l'importance des problèmes qui font obstacle à l'exercice des droits prévus dans la Convention et qu'il est prêt à rechercher des solutions satisfaisantes pour les résoudre. A cet égard, il se félicite des progrès accomplis dans l'adoption de mesures législatives permettant de mieux appliquer la Convention et de ce que la création de tribunaux pour mineurs et de tribunaux pour enfants est envisagée. Il reconnaît également l'importance des mesures prises pour développer: le rôle joué par les autorités locales et régionales dans la mise en oeuvre des droits de l'enfant; la participation des organisations non gouvernementales à des programmes destinés à mettre en oeuvre les droits de l'enfant; la formation des travailleurs sociaux et autre personnel s'occupant directement des problèmes liés aux enfants et à la famille; la prise de conscience de l'importance des responsabilités incombant à la famille et, à part égale, au père et à la mère; et la diffusion de l'information sur les droits de l'enfant.

72. Le Comité note aussi avec satisfaction, à la lumière de l'article 4 de la Convention, que des ressources supplémentaires ont été consacrées aux enfants grâce aux conséquences économiques du désarmement.

73. Vu la période critique de changement que traverse actuellement l'Etat partie et compte tenu des renseignements fournis par sa délégation, le Comité est sensible aux efforts que fait l'Etat partie pour introduire des changements positifs en faveur des enfants et pour poursuivre une politique qui tienne compte des besoins des enfants dans une période d'ajustement structurel.

c) Facteurs et difficultés entravant la mise en oeuvre de la Convention

74. Le Comité est conscient des difficultés auxquelles la Fédération de Russie doit faire face dans cette période de transition politique marquée

par un climat de transformation sociale et de crise économique. Mais il est également conscient de la survivance de certaines attitudes qui entravent la mise en oeuvre des droits de l'enfant, notamment en ce qui concerne le placement des enfants dans des institutions, la situation des handicapés et les responsabilités familiales.

75. Tout en reconnaissant l'importance des diverses réformes mentionnées par la délégation, le Comité note qu'il n'est pas en mesure au stade actuel d'évaluer l'incidence que peuvent avoir sur la situation des enfants les nouvelles mesures législatives ou autres adoptées ou envisagées.

d) Principaux sujets de préoccupation

76. Le Comité est préoccupé par les effets de la crise économique sur les enfants. A cet égard, il se demande en particulier si des mesures appropriées sont prises pour empêcher les enfants d'être victimes de la réforme économique, compte tenu des articles 3 et 4 de la Convention.

77. Le Comité craint que la société ne soit pas suffisamment sensible aux besoins et à la situation des enfants appartenant à des groupes particulièrement vulnérables et défavorisés comme les enfants handicapés, eu égard à l'article 2 de la Convention.

78. Le Comité estime que les graves problèmes posés par la vie familiale dans la Fédération de Russie doivent retenir l'attention en priorité. Il note avec inquiétude la tendance à la destruction des valeurs familiales dont témoignent le nombre d'enfants abandonnés, le nombre d'avortements, le taux de divorces, le nombre d'adoptions, le nombre d'enfants nés hors mariage, et les mesures prises pour assurer le recouvrement de la pension alimentaire.

79. De même, le Comité est préoccupé par la pratique consistant à placer dans des internats les enfants privés de leur milieu familial, notamment les enfants abandonnés ou orphelins.

80. Le Comité se déclare aussi préoccupé par les problèmes rencontrés dans le programme d'immunisation, par le niveau des soins prénatals, par les programmes de planification de la famille et par la formation du

personnel des services de santé des communautés locales. Le Comité s'inquiète également du recours fréquent à l'avortement, qui paraît être une méthode de planification de la famille.

81. En ce qui concerne l'application de l'article 28 de la Convention, le Comité est préoccupé par la situation des fillettes dans les zones rurales.

82. Le Comité craint que les établissements pénitentiaires et autres pour jeunes délinquants ne soient pas conformes à l'article 37 de la Convention et se demande comment le droit de l'enfant aux loisirs, son droit de rester en contact avec sa famille et son intérêt supérieur sont préservés dans des établissements de ce genre. Il est aussi préoccupé par la manière dont l'administration du système judiciaire est actuellement organisée et se demande si elle est compatible avec l'article 37 de la Convention et les autres normes relatives à la justice pour mineurs.

83. Le Comité note avec inquiétude l'augmentation du taux de criminalité chez les enfants et la vulnérabilité des enfants à l'exploitation sexuelle, à l'abus des drogues et à l'alcoolisme.

e) *Suggestions et recommandations*

84. Le Comité estime que, dans une période d'ajustement culturel, il est particulièrement important de surveiller régulièrement les effets que les changements économiques peuvent avoir sur les enfants. Il souligne aussi la nécessité de définir et d'utiliser des indicateurs pour suivre les progrès accomplis par le gouvernement dans l'application de mesures législatives et autres en faveur des droits de l'enfant.

85. Le Comité propose que le gouvernement envisage de créer une commission nationale ou tout autre organe gouvernemental similaire afin de coordonner et surveiller la mise en oeuvre de la Convention. Le Comité recommande que le gouvernement aide les organisations non gouvernementales locales et autres à mobiliser l'opinion en faveur des droits de l'enfant. Il recommande à cet égard les organisations non gouvernementales ainsi que les groupes de défense des enfants et des jeunes s'efforcent de modifier les mentalités et de les influencer de manière à ce que les droits de l'enfant soient mieux respectés.

86. Le Comité estime qu'il faudrait faire davantage d'efforts pour dispenser une formation à la vie familiale, organiser des discussions sur le rôle de la famille dans la société et faire mieux prendre conscience des responsabilités égales du père et de la mère.

87. Le Comité recommande que l'on cherche à remplacer le placement des enfants dans des internats par d'autres solutions telles que le placement familial. Il recommande aussi que le personnel de tous les services — sociaux, judiciaires ou éducatifs — reçoive une formation plus poussée. Cette formation pourrait porter notamment sur la manière d'aider l'enfant à acquérir et à conserver le sens de sa dignité et sur la question des enfants négligés et maltraités. Il faudrait aussi établir des mécanismes permettant d'évaluer la formation actuelle du personnel qui s'occupe des enfants.

88. Le Comité recommande d'améliorer le système de soins de santé primaires, notamment les soins prénatals, l'éducation sanitaire, y compris l'éducation sexuelle, la planification de la famille et les programmes d'immunisation. En ce qui concerne les problèmes particuliers que pose le programme d'immunisation, il suggère que le gouvernement fasse appel à la coopération internationale pour qu'on l'aide à obtenir et produire des vaccins.

89. Le Comité est préoccupé par les cas de mauvais traitements et de cruauté à l'égard des enfants à l'intérieur et à l'extérieur de la famille et suggère que des procédures et des mécanismes soient établis pour traiter des cas où des enfants se plaignent d'être victimes de mauvais traitements ou d'actes de cruauté.

90. Compte tenu des mesures positives actuellement prises pour réviser le Code pénal et la législation dans ce domaine, le Comité recommande que l'Etat partie entreprenne une réforme complète de l'administration de la justice pour mineurs et qu'il prenne pour guide dans cette révision les Règles de Beijing, les Principes directeurs de Riyad et les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté. En ce qui concerne les solutions de rechange à envisager pour le placement en institution, il faudrait accorder une attention particulière aux mesures de rééducation, à la réadaptation psychologique et à la réinsertion sociale, conformément à l'article 39 de la Convention.

91. Le Comité suggère également que la formation des agents de la force publique, des juges et autres responsables de l'administration de la justice soit en partie consacrée à l'étude des normes internationales relatives à la justice pour mineurs.

92. Le Comité souligne qu'il faut prendre des mesures plus énergiques pour lutter contre la prostitution des enfants: par exemple, les forces de police devraient enquêter en priorité sur les cas de ce genre et il faudrait mettre au point des programmes pour appliquer les dispositions de l'article 39 de la Convention.

5. Conclusions concernant l'Egypte

93. Le Comité a examiné le rapport initial de l'Egypte (CRC/C/3/Add. 6) de sa 66^{ème} à sa 68^{ème} séance (CRC/C/SR. 66 à 68) les 25 et 26 janvier 1993, et a adopté à sa 73^{ème} séance, tenue le 28 janvier 1993, les conclusions suivantes:

a) *Introduction*

94. Le Comité note avec satisfaction que l'Egypte, qui a été l'un des premiers Etats à signer la Convention relative aux droits de l'enfant, a présenté son rapport initial dans les délais. Il la félicite également de s'être conformée aux directives en la matière. Ce rapport, outre qu'il présente les lois et règlements pertinents, renseigne également sur les pratiques et sur les facteurs et les difficultés qui entravent la mise en oeuvre de la Convention.

95. Le Comité remercie la délégation de rang élevé qui lui a présenté le rapport des renseignements complémentaires qu'elle lui a fournis et des efforts qu'elle a faits pour répondre ouvertement à ses questions sans nier les problèmes qui existent.

b) *Aspects positifs*

96. Le Comité note les efforts déployés par le Gouvernement égyptien pour faire appliquer la Convention sur l'ensemble du territoire égyptien.

Il se félicite de la création, en janvier 1989, du Conseil national pour l'enfance et la maternité. L'élaboration d'une politique et d'une stratégie générales pour le développement de l'enfant en Egypte et l'intégration de composantes concernant l'enfance et la maternité dans le troisième plan quinquennal d'Etat 1992/93-1997/98 sont des mesures importantes. Il prend également note avec satisfaction des activités de la Cour constitutionnelle suprême pour ce qui touche la mise en oeuvre de la Convention. De plus, le Comité note l'intention qu'a le Conseil national de systématiser la collecte de données statistiques et autres pour étayer la poursuite des efforts d'application de la Convention. Toutes les indications données sur la recherche concernant les problèmes des enfants dans des circonstances particulièrement difficiles ont aussi été reçues avec intérêt. Considérées dans leur globalité, ces mesures montrent que le Gouvernement égyptien prend très au sérieux les obligations que lui impose la Convention et qu'il est en train de mettre en place un cadre juridique solide pour la réalisation des droits énoncés dans cet instrument.

c) Facteurs et difficultés entravant l'application de la Convention

97. Le Comité note que les mesures d'ajustement structurel entravent l'application des droits garantis par la Convention et ont un effet préjudiciable sur les situations des enfants, en particulier de ceux qui appartiennent aux catégories à bas revenu et de ceux qui vivent dans les zones rurales. Il saisit toutefois cette occasion de rappeler qu'en vertu de l'article 4 de la Convention les Etats parties doivent appliquer la Convention dans toutes les limites des ressources dont ils disposent.

d) Principaux sujets de préoccupation

98. Le Comité note que, si les lois et règlements garantissent en Egypte l'égalité entre les sexes, dans la réalité filles et garçons sont encore loin d'être sur un pied d'égalité, en particulier en ce qui concerne l'accès à l'éducation.

99. Le Comité est particulièrement préoccupé par la situation des enfants des zones rurales et des enfants handicapés, notamment par le très faible taux de scolarisation de ces derniers, qui traduit peut-être une prise

de conscience insuffisante par la société des besoins spécifiques et de la situation particulière de cette catégorie d'enfants.

100. Le Comité est préoccupé par la situation des enfants en conflit avec la loi, et en particulier par la situation des enfants qui purgent des peines de prison dans des établissements à caractère social. De manière générale, il s'inquiète de savoir si les établissements qui accueillent des mineurs délinquants et si l'administration de la justice pour les mineurs sont bien conformes aux articles 37 à 40 de la Convention.

101. Il s'inquiète aussi du nombre très élevé d'enfants âgés de 6 à 14 ans qui travaillent et ne peuvent donc pas aller à l'école, ou ne peuvent la fréquenter qu'une partie du temps. Bien qu'ils puissent, dans une certaine mesure, contribuer à des activités saisonnières, il faut toujours veiller à ce qu'ils aient la possibilité d'aller à l'école primaire et à ce qu'ils ne fassent pas de travaux dangereux.

102. La qualité de l'enseignement — méthodes pédagogiques, programmes, pénurie de matériel pédagogique adéquat — est aussi un sujet de préoccupations et peut expliquer les taux élevés d'abandon scolaire.

103. Le Comité se déclare soucieux de la nécessité d'adopter des mesures pour améliorer la santé des enfants, particulièrement d'âge scolaire.

e) Suggestions et recommandations

104. Le Comité souligne que le principe de la non-discrimination inscrit à l'article 2 de la Convention doit être strictement appliqué. Il faudrait prendre des mesures plus concrètes pour supprimer la discrimination à laquelle se heurtent certains groupes d'enfants, en particulier les filles et les enfants des zones rurales. Pour ce qui est du lien entre analphabétisme et scolarisation mentionné dans le rapport, il faudrait faire face de manière adéquate à tous les obstacles auxquels se heurtent les filles, afin qu'elles puissent exercer leur droit d'aller à l'école; on pourrait prendre de nouvelles mesures pour sensibiliser davantage les parents à cette question.

105. Il faudrait aussi prendre des mesures pour assurer une protection adéquate aux enfants handicapés, leur offrir notamment la possibilité, par

l'éducation, de s'intégrer à la société et sensibiliser davantage les familles à leurs besoins. Il est important de faire des efforts pour dépister les handicaps de bonne heure.

106. Il faudrait également prendre des mesures pour protéger convenablement les enfants en conflit avec la loi. Le Comité recommande de modifier dans ce sens la loi no. 31 de 1974 sur les mineurs de façon à ce qu'elle soit conforme à la Convention ainsi qu'à d'autres normes internationales dans ce domaine telles que les "Règles de Beijing", les "Directives de Riyad" et les Règles pour la protection des mineurs privés de liberté. Il conviendrait de tenir compte des principes généraux qui ont inspiré cet instrument, tels que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de sa dignité et de son rôle dans la société. La privation de liberté ne devrait être envisagée qu'en tout dernier recours et il faudrait accorder une attention particulière aux mesures de réinsertion, à la réadaptation psychologique et à la réinsertion sociale. De plus, la privation de liberté dans des établissements à caractère social devrait être régulièrement contrôlée par un juge ou un organe indépendant.

107. Le Comité suggère également que les recommandations formulées dans les études sur le travail des enfants entreprises avec l'assistance de l'OIT soient appliquées, et la législation égyptienne sur l'âge minimum révisée. L'Etat partie pourrait étudier la possibilité d'adhérer à la Convention no. 138 de l'OIT et à diverses autres conventions sur l'âge minimum d'admission à un emploi qui visent à protéger les enfants et les jeunes qui travaillent.

108. Le texte de la Convention devrait être porté à la connaissance d'un public aussi large que possible, en particulier des juges, des enseignants et membres d'autres professions qui travaillent avec les enfants. Il conviendrait également d'organiser des cours de formation à l'intention des responsables de l'application des lois, du personnel des maisons de correction et de ceux qui travaillent avec des familles ayant des problèmes psychologiques.

109. Il faudrait que l'Etat partie présente, dans son deuxième rapport périodique, les informations statistiques et autres indicateurs nécessaires pour évaluer les progrès accomplis dans la mise en oeuvre de la Convention.

6. Observations préliminaires concernant le Soudan*

110. Le Comité a commencé à examiner le rapport initial du Soudan (CRC/C/3/Add.3) à ses 69^{ème}, 70^{ème} et 71^{ème} séances (CRC/C/SR. 69 à 71), les 26 et 27 janvier 1993. Etant donné la complexité de la situation et des problèmes auxquels sont confrontés les enfants au Soudan, il a décidé de poursuivre l'examen du rapport initial du Soudan à sa quatrième session, qui doit se tenir du 20 septembre au 8 octobre 1993. Le Comité a donc prié l'Etat partie de lui fournir des réponses écrites aux questions restées sans réponse, faute de temps. Il a aussi demandé à l'Etat partie, conformément à l'article 69 de son règlement intérieur et au paragraphe 4 de l'article 44 de la Convention, des renseignements complémentaires sur les domaines critiques qu'il a identifiés et sur les résultats de toutes les études récentes entreprises. Le Comité a recommandé au Soudan de lui fournir ces informations pour le 15 mai 1993.

a) *Introduction*

111. Le Comité note avec satisfaction que l'Etat partie a ratifié rapidement la Convention, sans formuler de réserves, et qu'il a présenté son rapport initial en temps voulu. Il souhaite cependant, à la lumière des directives qu'il a adoptées, que l'Etat partie lui fournisse des renseignements complémentaires, notamment sur les mesures de protection spéciale et sur les politiques et stratégies à mettre en oeuvre pour atteindre les objectifs concernant les soins de santé et l'éducation.

b) *Aspects positifs*

112. Le Comité se félicite des commentaires faits par l'Etat partie au sujet de l'intérêt que présente l'instauration d'un dialogue utile et constructif avec le Comité, et du rôle positif que le Comité doit jouer à cet égard en donnant des conseils et en apportant une aide à l'Etat partie quant à la manière d'appliquer la Convention.

113. Le Comité prend note de la déclaration de la délégation soudanaise selon laquelle la Convention a été incorporée à la législation

* Adoptées à la 73^{ème} séance, tenue le 28 janvier 1993.

nationale. Le Comité aussi relève que le Gouvernement soudanais s'est montré prêt à tenir compte de ses recommandations pour remanier la législation en vigueur afin de la rendre conforme aux dispositions de la Convention et pour modifier les attitudes à l'égard de pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants, notamment la clitoridectomie.

114. En outre, le Comité prend note de la décision du Gouvernement soudanais de mettre à la disposition du public un document qui regrouperait à la fois le rapport présenté par le Soudan au Comité des droits de l'enfant et les résultats du dialogue avec ce Comité.

c) Facteurs et difficultés entravant la mise en oeuvre de la Convention

115. Le Comité prend note des problèmes qui entravent l'application de la Convention par l'Etat partie: guerre civile, mesures de réajustement structurel, infrastructures insuffisantes, désertification, sécheresse et famine.

d) Principaux sujets de préoccupation

116. Le Comité note l'incompatibilité de certaines dispositions de la législation nationale avec les dispositions et les principes de la Convention, notamment le recours à la flagellation.

117. Le Comité prend note avec inquiétude des problèmes que pose l'application de l'article 4 de la Convention relatif aux mesures à prendre dans le cadre de la coopération internationale pour faciliter la mise en oeuvre de la Convention.

118. Le Comité se déclare préoccupé par les conséquences du conflit armé sur les enfants, eu égard notamment à l'assistance humanitaire, aux secours et à la protection dont doivent bénéficier les enfants touchés par un conflit armé. Dans les situations d'urgence, toutes les parties concernées doivent tout mettre en oeuvre afin de faciliter la fourniture de l'assistance humanitaire nécessaire pour protéger la vie des enfants.

119. Il est aussi préoccupé par la situation des enfants déplacés à l'intérieur du pays et des enfants réfugiés et négligés.

120. De plus, le Comité exprime son inquiétude au sujet de l'administration de la justice et des problèmes que pose la responsabilité pénale pour les mineurs en général.

121. Le Comité se déclare également préoccupé par la question du travail forcé et de l'esclavage.

122. Le Comité demande des renseignements complémentaires sur ces questions préoccupantes et d'autres qui ont été soulevées pendant son dialogue avec la délégation et demande des éclaircissements sur la définition de l'enfant, la situation des enfants handicapés et l'accès des enfants à l'enseignement.

IV. APERÇU DES AUTRES ACTIVITES DU COMITE

A. Système de documentation et d'information

1. Informatisation

123. Eu égard à l'importance que le Comité attache à la mise en place d'un réseau d'information et de documentation intéressant ses travaux, ainsi qu'à l'installation d'un système d'informatisation, en coopération avec le Centre pour les droits de l'homme, les organismes des Nations Unies et les autres organes compétents, y compris les organisations non gouvernementales, le Comité a pris de nouveaux contacts avec les organes qui s'occupent des droits de l'enfant.

124. Ainsi, une session de travail a été organisée au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR); elle a été l'occasion d'un

échange de vues intéressant sur le système informatique utilisé par le HCR et sur les possibilités qu'il offrait.

125. Le Comité a également été informé des mesures prises avec l'appui du Centre international pour le développement de l'enfant de l'UNICEF à Florence (Italie) en vue de créer un réseau d'information et un système de base de données sur les droits de l'enfant. A cet égard, les membres du Comité ont réaffirmé leur conviction qu'il fallait développer la coopération et la coordination avec les organes qui se consacraient au même domaine. En particulier, il était nécessaire d'instaurer un esprit de travail coopératif, fondé sur une division du travail qui suive naturellement les domaines d'activité des différents organes et aboutisse à un régime d'assistance mutuelle et de mise en commun de l'information. Il a été décidé que le groupe de travail de la documentation et de l'information du Comité continuerait ses travaux, en particulier afin d'arrêter un ordre de priorité pour les activités du Comité, c'est-à-dire pour déterminer les domaines spécifiques qui devraient être couverts dans le cadre du système informatique des travaux des organes conventionnels, dans la perspective de l'utilisateur.

2. Service de documentation sur les droits de l'enfant

126. Le Comité a souligné que l'accès à toutes les sources d'information qui se rattachaient à ses fonctions était pour lui une garantie d'efficacité. Il a rappelé les mesures importantes déjà prises à cette fin, à savoir l'instauration d'une coopération étroite avec les organismes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les autres organes compétents, notamment les organisations non gouvernementales, en vue de mettre en place un réseau d'information sur les droits de l'enfant, ainsi que la constitution de dossiers par pays et l'établissement d'une étude analytique des renseignements disponibles au sujet de chaque Etat partie dont le Comité doit examiner le rapport.

127. Parallèlement, le Comité a regretté qu'il n'ait pas encore été possible de créer une salle de documentation où seraient rassemblés les informations sur les droits de l'enfant provenant de diverses sources, ce qui en faciliterait l'accès.

128. Le Comité a noté avec un intérêt particulier la recommandation adoptée par la réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme tendant à instituer au Centre pour les droits de l'homme un groupe central d'information et de documentation, afin d'assurer un accès plus facile et toute l'information utile (voir A/47/628, par. 51 à 55).

129. Dans le même souci et étant donné l'importance qu'il y avait à garantir une interaction réelle et un dialogue efficace et systématique avec les autres organes s'occupant des droits de l'enfant ainsi qu'à suivre de près les activités intéressant ses travaux. Le Comité a décidé de recommander, à titre de mesure préliminaire à la création d'un groupe central d'information et de documentation au Centre pour les droits de l'homme, d'envisager la possibilité de créer un groupe de documentation sur les droits de l'enfant.

130. Ce groupe, qui s'occuperait d'un sujet précis, représenterait un organe centralisateur dans ce domaine et rapprocherait les activités du Comité des droits de l'enfant, du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, à la prostitution des enfants et à la pornographie impliquant des enfants, ainsi que du Groupe de travail des formes contemporaines d'esclavage de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

3. Questions des indicateurs

131. Attachant une grande importance à l'utilisation des indicateurs appropriés pour mieux évaluer le degré d'application des droits reconnus dans la Convention relative aux droits de l'enfant et pour évaluer les progrès accomplis, le Comité a décidé à sa deuxième session de constituer un groupe de travail composé de certains de ses membres pour étudier cette question (CRC/C/10, recommandation 2).

132. Le groupe de travail a poursuivi l'examen de cette question importante, en s'attachant en particulier à préparer la participation du

Comité au Séminaire sur les indicateurs appropriés pour mesurer les progrès réalisés dans la mise en oeuvre progressive des droits économiques, sociaux et culturels, organisé à Genève du 25 au 29 janvier 1993.

133. Le Comité a décidé d'examiner le rapport du Séminaire à sa quatrième session et de réfléchir aux mesures à prendre pour donner suite aux conclusions et recommandations du Séminaire.

134. Le Comité a réaffirmé combien il importait de mettre au point des indicateurs pour chaque droit. Il a également rappelé la nécessité de renforcer sa coopération avec les organes de l'ONU et les autres organismes compétents, notamment les instituts de recherche, et de tirer parti de leur expérience dans cet important domaine, en particulier pour l'aider dans son examen de la question des indicateurs adaptés à chaque droit, en suivant la structure des directives adoptées par le Comité (CRC/C/5).

B. Information

135. Comme suite à ses recommandations dans ce domaine, le Comité a réaffirmé combien il importait de mieux faire connaître la Convention et son système de mise en oeuvre.

136. Afin de garantir que les documents du Comité soient largement disponibles pour le grand public et soient plus faciles à trouver dans les pays, le Comité a recommandé que soit constitué, après l'examen de chaque rapport d'un Etat partie, un dossier comportant le rapport, les comptes rendus analytiques des séances pendant lesquelles il a été examiné et les observations finales adoptées.

137. Le dossier serait mis gratuitement et systématiquement à la disposition du centre d'information des Nations Unies dans le pays intéressé ou, à défaut, au bureau régional du Programme des Nations Unies pour le développement.

138. Cette initiative offrirait en même temps un bon moyen d'aider les Etats parties à donner à leurs rapports, conformément au paragraphe 6 de l'article 44 de la Convention, une large diffusion dans leur propre pays.

C. Services consultatifs ou assistance technique

139. Le Comité a souligné l'importance qu'il attachait aux domaines où une assistance technique serait appropriée, et qui ressortaient de l'examen du rapport d'un Etat partie, compte tenu de l'alinéa b) de l'article 45 de la Convention.

140. Il a réaffirmé l'importance de la coopération avec les différents organismes des Nations Unies et les autres organes compétents dans les domaines intéressant l'application de la Convention. Dans ce contexte, il a souligné en particulier la nécessité d'être informé des programmes spécifiques d'assistance technique existants au niveau des pays et des difficultés qui se posaient dans les domaines où il était nécessaire de faire un effort pour mettre en place et développer la capacité au plan national.

141. Le Comité a reconnu que le groupe de travail de présession devrait servir d'organe centralisateur pour cette évaluation, en mettant donc l'accent sur la nécessité d'assurer la représentation des organes qui coopèrent avec lui dans la mise en oeuvre de la Convention au groupe de travail technique informel créé pour l'aider dans l'examen préliminaire des rapports des Etats parties.

142. Le Comité a reconnu en outre que, eu égard aux dispositions de l'alinéa b) de l'article 45 de la Convention, il serait important de préciser les domaines particulièrement intéressants ou de fournir des orientations pour la mise en oeuvre des programmes en cours ou proposés afin de garantir que le système de coopération internationale soit parfaitement adapté aux besoins et aux aspirations réels des enfants et soit conforme à l'esprit de la Convention.

143. A cette fin, le Comité a décidé de porter, selon les cas, ces considérations dans ses observations finales sur le rapport de chaque pays.

144. Il a décidé aussi, dans le cas où un programme d'assistance technique ou de services consultatifs précis était défini, d'encourager la convocation d'une réunion entre la délégation du gouvernement et les organes de l'ONU ou autres organes compétents, conformément à l'esprit

de dialogue et de coopération préconisé par la Convention relative aux droits de l'enfant, afin d'étudier à titre préliminaire le programme proposé.

145. Si ces besoins s'inscrivent dans le cadre du programme de services consultatifs et d'assistance technique du Centre pour les droits de l'homme, une réunion avec les responsables du centre serait également encouragée pour permettre une évaluation préliminaire des possibilités d'appui, en particulier en vue d'accroître la connaissance de la Convention et d'assurer des activités de formation à l'intention de tous ceux qui participent à sa mise en oeuvre ou pour aider à élaborer la législation en la matière.

D. Etudes futures

146. Après avoir examiné cette question à sa deuxième session, le Comité a pris connaissance de la note du secrétariat contenant une liste préliminaire des sujets retenus comme thèmes éventuels d'étude. Il a aussi examiné le récapitulatif des documents, rapports et autres publications joint à cette note, qui faciliterait l'organisation d'un réseau bibliographique dans ce domaine, car il permettrait de déterminer les domaines qui faisaient déjà l'objet d'études et d'activités de recherche menées par d'autres organisations.

147. Le Comité a réaffirmé l'importance qu'il attachait à l'établissement d'études dans ce domaine, y voyant un moyen de faire mieux connaître et mieux comprendre les principes et dispositions de la Convention et d'améliorer son système de mise en oeuvre.

148. Le Comité a rappelé les dispositions de l'alinéa c) de l'article 45 de la Convention, qui prévoyaient la possibilité de recommander l'établissement d'études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant. De plus il a souligné combien il importait de renforcer la coopération avec les organismes des Nations Unies et les autres organes compétents, qui pourraient également être invités à présenter des études sur des sujets intéressant les travaux du Comité.

149. Le Comité a également insisté sur la nécessité de définir des domaines prioritaires d'étude et sur l'important rôle de catalyseur qu'il

pourrait jouer pour susciter des activités de recherche à l'échelon international. Il a donc décidé de rédiger une note explicative sur la liste des sujets d'étude possibles particulièrement intéressants pour lui, en précisant les raisons de cet intérêt et en quoi ces études pourraient l'aider dans ses travaux futurs.

150. Le Comité a décidé d'adresser la note explicative aux divers organismes des Nations Unies, aux institutions spécialisées et autres organes compétents, y compris aux instituts de recherche.

151. A la suite du débat général sur les enfants dans les conflits armés tenu lors de la deuxième session du Comité, et eu égard à l'importance exceptionnelle de la question dans le contexte de la promotion et de la protection des droits de l'enfant, le Comité a conclu que l'ONU devait entreprendre une grande étude dans ce domaine.

152. Invoquant l'alinéa c) de l'article 45 de la Convention, il a donc décidé de recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général d'entreprendre une étude sur les moyens d'améliorer la protection des enfants contre les effets négatifs des conflits armés (voir chap. I, recommandation 1).

E. Rapport sur la quatrième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux

153. Le Président a rendu compte des décisions et des recommandations importantes adoptées par les présidents lors de leur réunion tenue à Genève du 12 au 16 octobre 1992, conformément à la résolution 46/111 de l'Assemblée générale et à la résolution 1992/15 de la Commission des droits de l'homme.

154. Un accent particulier a été mis sur l'attention portée par les présidents aux questions que le Comité avait décidé de soumettre à son examen (voir CRC/C/10, recommandation 5). Le Comité s'est déclaré encouragé par les résultats obtenus sur ces questions et sur d'autres questions essentielles.

155. Le Comité s'est félicité de la recommandation par laquelle les présidents soulignaient l'utilité de tenir des réunions des organes conventionnels en dehors de Genève, New York et Vienne et priaient le Secrétaire général de rechercher des moyens originaux permettant d'organiser plus facilement de telles réunions.

156. Le Comité a aussi été extrêmement encouragé par le sérieux avec lequel les présidents avaient traité la question des réserves émises à l'égard des principaux instruments relatifs aux droits de l'homme, reconnaissant qu'il y avait lieu de s'en inquiéter en raison de leur nombre, de leur nature et de leur portée. Il a pris note de la recommandation selon laquelle les organes conventionnels qui constataient que des réserves posaient de graves problèmes d'incompatibilité manifestes avec l'objet et le but du traité devaient envisager de prier le Conseil économique et social ou l'Assemblée générale, selon le cas, de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice.

157. Le Comité a rappelé qu'il avait examiné la question des réserves et déclarations à l'égard de la Convention relative aux droits de l'enfant à sa deuxième session et a insisté sur la nécessité de continuer à réfléchir à la question. Il a souligné combien il importait de poser systématiquement la question lors de l'examen des rapports soumis par les Etats parties, idée à laquelle les présidents avaient souscrit.

158. Le Comité a été encouragé par l'accueil favorable que les présidents avaient donné aux mesures mises en oeuvre pour améliorer ses méthodes de travail, à savoir la constitution par le secrétariat d'un dossier par pays complet pour chaque Etat partie dont le rapport devait être examiné (voir A/47/41, recommandation 2, par. 4) et la compilation des observations et recommandations d'ordre général adoptées par les divers organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (HRI/GEN/1), mesure qu'il avait préconisée à sa première session (A/47/41, recommandation 2, par. 8).

159. De plus, le Comité a noté l'importante recommandation par laquelle les présidents avaient donné leur appui à la proposition d'étudier tous les moyens d'habiliter le Secrétaire général et les organes d'experts

des droits de l'homme à porter les violations massives des droits de l'homme à l'attention du Conseil de sécurité (A/47/628).

160. Le Comité a été extrêmement encouragé de voir que cette recommandation répondait à la même préoccupation que la procédure d'urgence qu'il avait instaurée à sa deuxième session (voir CRC/C/10, par. 54 à 58), les deux mesures étant conçues pour empêcher la dégradation d'une situation et garantir un examen des violations graves des droits de l'homme, et permettant l'une et l'autre de porter ces violations à l'attention des organes compétents conformément au mandat de chacun.

F. Préparatifs de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme

161. Le Comité a pris note des faits nouveaux enregistrés récemment dans les préparatifs de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, à savoir l'approbation de son ordre du jour provisoire par l'Assemblée générale et la tenue de la première réunion régionale à Tunis.

162. Il a examiné de plus les recommandations relatives à la Conférence mondiale et à sa préparation adoptées par les présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux lors de leur quatrième réunion. Il a rappelé l'importance qu'il attachait à la participation sans réserve des représentants des organes conventionnels à toutes les réunions futures et à la Conférence proprement dite, à la reconnaissance du groupe des présidents en tant qu'organe consultatif spécial de la Conférence mondiale et à l'institution lors de la Conférence d'un groupe de travail spécial chargé d'examiner les questions liées à la mise en oeuvre des normes et instruments relatifs aux droits de l'homme, d'évaluer l'efficacité des méthodes et des mécanismes de l'ONU et de formuler des recommandations concrètes.

163. Le Comité a réaffirmé l'importance qu'il attachait à la Conférence mondiale, événement majeur de nature à contribuer de façon décisive à l'approfondissement de la connaissance des droits de l'homme dans le monde entier et au renforcement de leur promotion et de leur protection tout en accroissant le rôle des Nations Unies dans ce domaine. Il a donc décidé de suivre de près toutes les activités préparatoires et la Conférence mondiale proprement dite et d'y contribuer activement.

164. A cet égard, le Comité s'est déclaré à nouveau prêt à participer à toutes les activités de la Conférence. Il a décidé en outre de se faire représenter par deux ou plus de deux de ses membres à la quatrième session du Comité préparatoire, en avril 1993, au cours de laquelle la question des résultats de la Conférence mondiale devrait être abordée. Le Comité a décidé de se faire représenter par son président et son rapporteur.

165. Il a également exprimé son intention d'être représenté à la réunion régionale prévue en Asie, regrettant de n'avoir pas pu participer aux réunions de Tunis et de San José (Costa Rica).

166. De plus, le Comité a décidé de participer à la réunion annexe organisée à Strasbourg par le Conseil de l'Europe du 28 au 30 janvier 1993. Il a désigné pour le représenter Mme Marta Santos Pais et M. Thomas Hammarberg.

167. Le secrétariat a informé le Comité de l'état d'avancement de six études "prototypes", à soumettre à la Conférence mondiale, ainsi que des 12 contributions de fond établies par différents organes de l'ONU.

168. Le Comité a rappelé l'importance de cette documentation, d'autant plus grande que l'un des objectifs définis dans les annotations aux études était d'examiner et d'évaluer les progrès accomplis dans le domaine des droits des enfants et de tenir compte de la Convention relative aux droits de l'enfant (A/CONF.157/PC/20, par. 5), tandis que d'autres études devraient porter sur le système d'application des instruments relatifs aux droits de l'homme, notamment l'obligation de présenter des rapports, et envisager les moyens d'améliorer les travaux des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

169. Compte tenu de ces considérations, le Comité a décidé de désigner au moins deux de ses membres pour faire partie du groupe qui serait chargé d'examiner la teneur des études "prototypes", selon la recommandation des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux.

170. Le Comité a pris note de l'ordre du jour provisoire pour la Conférence mondiale, qui illustre l'importance accordée aux tendances actuelles et aux nouveaux obstacles qui s'opposent à la pleine réalisation de

tous les droits des femmes et des hommes, y compris ceux des personnes appartenant à des groupes vulnérables.

171. Le Comité a rappelé la recommandation qu'il avait déjà adressée au Comité préparatoire de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, tendant à concevoir l'ordre du jour de la Conférence de telle sorte que les droits de l'enfant y occupent la place qui leur était due.

172. Etant donné que le Comité préparatoire examinerait la question des résultats de la Conférence mondiale à sa quatrième session, et que des questions intéressant le Comité pourraient être soulevées et incluses dans le document final de la Conférence, le Comité a décidé de recommander l'examen de la question des "enfants dans les conflits armés", pour illustrer l'un des obstacles entravant la réalisation complète de tous les droits de l'homme, y compris de ceux des personnes appartenant à des groupes vulnérables (voir chap. I, recommandation 5).

G. Les enfants dans les conflits armés

173. Après avoir eu, à sa deuxième session, un débat général sur la question des enfants dans les conflits armés, le Comité a décidé d'instituer un groupe de travail composé de quelques-uns de ses membres pour examiner, à sa troisième session, des propositions concernant la suite à donner à ce débat, compte tenu des préoccupations exprimées et de la diversité des mesures proposées (CRC/C/10, par. 76).

174. Le groupe a présenté oralement au Comité un rapport sur ses activités, rendant compte de son examen des diverses mesures qui pouvaient être prises à cet égard, en indiquant la priorité que chacune méritait. Il a souligné une fois encore l'importance du débat général pour étudier et mieux comprendre cette réalité essentielle et pour mettre en place un cadre efficace pour ses activités futures.

175. Le Comité a reconnu la nécessité de veiller à ce que ce problème fasse l'objet d'une attention continue et de tirer parti de l'expérience acquise de l'examen des rapports des Etats parties pour concevoir de nouvelles mesures, en particulier en ce qui concernait l'examen d'une observation

générale ou l'élaboration d'un ensemble de recommandations ou de directives spécifiques.

176. Le Comité a envisagé l'adoption des mesures prioritaires ci-après:

- a) Eu égard à la gravité des atteintes causées par les conflits armés aux droits essentiels des enfants et afin de s'occuper davantage de cette réalité, recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général d'entreprendre, à la lumière de l'article 45 c) de la Convention, une étude des moyens d'améliorer la protection des enfants contre les effets négatifs des conflits armés.
- b) Charger l'un de ses membres d'établir un avant-projet de protocole facultatif se rapportant à la Convention, pour porter à 18 ans l'âge fixé à l'article 38 de la Convention. Dans ce contexte, le Comité a encouragé les Etats parties à réfléchir à l'adoption de mesures visant à porter à 18 ans l'âge fixé à l'article 38;
- c) Traiter de la question de l'utilisation d'enfants dans les conflits armés dans une recommandation à soumettre à la quatrième session du Comité préparatoire de la Conférence mondiale. Le Comité est convaincu en fait qu'à la suite de l'adoption par l'Assemblée générale de l'ordre du jour provisoire de la Conférence mondiale, cette question pourrait être un sujet important à aborder au titre du point consacré aux tendances actuelles et aux nouveaux obstacles qui s'opposent à la pleine réalisation de tous les droits des hommes et des femmes, y compris ceux des personnes appartenant à des groupes vulnérables;
- d) Inclure dans la liste des sujets éventuels d'étude dressée par le Comité la question de la réadaptation et de la réinsertion eu égard à l'article 39 de la Convention.

177. Enfin, le Comité s'est félicité de la contribution capitale au débat général sur les enfants dans les conflits armés apportée par les organes invités, le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la vente d'enfants, les organismes des Nations Unies, les institutions spécialisées et autres orga-

nismes compétents, y compris les organisations non gouvernementales, contribution qui avait permis un dialogue vivant, un examen poussé de chaque aspect et un mode d'approche global à cette réalité, dans le cadre de la Convention relative aux droits de l'enfant.

178. Le Comité a donc décidé d'adresser à tous ceux qui avaient participé au débat général une lettre pour les remercier de leur contribution et les informer des mesures de suivi qu'il avait adoptées.

179. Dans le cadre du débat général sur les enfants dans les conflits armés, le Comité a examiné la situation critique des enfants dans l'ancienne Yougoslavie et les rapports faisant état de violations des droits fondamentaux, y compris de viols de jeunes filles et de femmes en Bosnie-Herzégovine.

180. Le Comité a rappelé que la Yougoslavie avait ratifié en janvier 1991 la Convention relative aux droits de l'enfant. Il a aussi pris note de l'examen par le Comité des droits de l'homme de la situation en Croatie, en Bosnie-Herzégovine et en Yougoslavie. Eu égard à la gravité de cette situation et à la nécessité de réfléchir aux moyens de soulager le sort des enfants et de garantir le respect et la protection sans réserve de leurs droits, le Comité a décidé de porter ses préoccupations à l'attention du Rapporteur spécial désigné par la Commission des droits de l'homme pour suivre la situation dans le territoire de l'ancienne Yougoslavie, et l'a invité à prendre part aux travaux sur la question des enfants dans les conflits armés. Le Comité espérait par ce dialogue mieux faire comprendre les souffrances causées aux enfants par les conflits armés, en particulier quand ils sont utilisés comme cible de la stratégie militaire, et encourager l'examen de mesures conçues en fonction de l'intérêt supérieur des enfants. Il espérait aussi que ces préoccupations pourraient être reflétées dans les rapports que le Rapporteur spécial soumettrait à la Commission des droits de l'homme. Comme le Rapporteur spécial n'avait pu être présent, le Comité a décidé de lui adresser une recommandation lui demandant, lorsqu'il s'acquitterait de son mandat et établirait ses rapports (voir chap. I, recommandation 3). Il s'est en outre déclaré disposé à rencontrer le Rapporteur spécial à une autre de ses sessions pour poursuivre l'examen de la question.

H. Méthodes de travail

1. Coopération avec d'autres organes compétents

181. Le Comité a souligné qu'il importait de renforcer sa coopération avec les organismes des Nations Unies et les autres organes compétents en vue de garantir une meilleure application de la Convention.

182. Il a reconnu en outre le rôle important joué par les organisations non gouvernementales pour mieux faire connaître la Convention et pour contribuer à la surveillance de son application. Le Comité a ainsi pris note avec intérêt de la réunion des organisations non gouvernementales pour l'Amérique latine tenue à Lima (Pérou) en décembre 1992. Il a également appelé l'attention sur la déclaration adoptée à cette occasion, qui représentait un engagement important sur la voie du respect des droits de l'enfant, et a décidé de la distribuer en tant que document de session (CRC/C/14).

2. Méthodes possibles d'organisation des travaux futurs du Comité

183. Lors de ses différentes sessions, le Comité a examiné les méthodes possibles d'organisation de ses travaux futurs. Il s'est félicité de ce que l'Assemblée générale ait décidé récemment d'approuver l'organisation de deux sessions de trois semaines chacune par an et la création d'un groupe de travail de présession.

184. Bien qu'il obtienne ainsi davantage de temps, le Comité craignait fort que, vu le grand nombre d'Etats parties à la Convention (128) et donc le grand nombre de rapports à examiner en vertu de l'article 44 de la Convention, il ne doive bientôt prendre d'autres mesures.

185. Pour faciliter l'examen de ces mesures, le Comité a chargé l'un de ses membres de rédiger un document de travail indiquant plusieurs possibilités concernant l'organisation des travaux, compte tenu du mandat confié au Comité.

V. PROJET D'ORDRE DU JOUR PROVISOIRE DE LA QUATRIEME SESSION

186. L'ordre du jour provisoire de la quatrième session du Comité est le suivant:

1. Adoption de l'ordre du jour
2. Informations fournies par le secrétariat sur les mesures prises conformément aux décisions adoptées par le Comité
3. Examen des faits nouveaux intéressant les travaux du Comité, notamment:
 - a) mesures prises par l'Assemblée générale, la Commission des droits de l'homme et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités;
 - b) faits nouveaux dans le cadre des autres organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme
4. Présentation de rapports par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention
5. Examen des rapports des Etats parties
6. Conférence mondiale sur les droits de l'homme
7. Séminaire sur les indicateurs
8. Débat général sur la "protection des enfants contre l'exploitation économique"
9. Méthodes de travail du Comité
10. Système de documentation et d'information
11. Sessions futures
12. Questions diverses.

VI. ADOPTION DU RAPPORT

187. A ses 73^{ème} et 74^{ème} séances, les 28 et 29 janvier 1993, le Comité a examiné le projet de rapport sur les travaux de sa troisième session. Le rapport, tel que modifié au cours du débat, a été adopté à l'unanimité à la 74^{ème} séance.

**CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM**

MARC-ANDRÉ EISSEIN
*Greffier de la Cour européenne
des droits de l'homme*

**LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE
DANS LA JURISPRUDENCE
DE LA
COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME***

octobre 1991 - 3ème version révisée

* Le présent article a paru d'abord, en 1989, dans le n° 40 des "Etudes et Documents" du Conseil d'Etat de France (pp. 275-284); la Documentation française a bien voulu en autoriser la reproduction.

L'auteur, qui l'avait rédigé à titre strictement personnel, l'a mis à jour jusqu'au 31 octobre 1991.

On chercherait en vain dans la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"), ainsi que dans ses divers Protocoles additionnels, le terme même de "proportionnalité". L'idée qu'il exprime transparait pourtant assez nettement, à la manière d'un filigrane, dans plusieurs de leurs clauses et les arrêts de la Cour de Strasbourg ("la Cour") n'ont guère tardé à le constater (I). Toutefois, ils la dégagent progressivement aussi, voire davantage, de dispositions où l'on s'attendait sans doute moins à la rencontrer (II).

I. LA PROPORTIONNALITE "EN FILIGRANE"

A. *L'ARTICLE 15 DE LA CONVENTION: "STRICTE MESURE" ET PROPORTIONNALITÉ*

Parmi les textes de la première catégorie, citons d'abord l'article 15 de la Convention. Il autorise les Etats contractants à déroger, "en cas de guerre ou (...) d'autre danger public menaçant la vie de la nation", à leurs obligations du temps normal, mais seulement sous différentes conditions et en particulier "dans la stricte mesure où la situation l'exige".

Dans chacune des deux décisions qu'elle a rendues sur le terrain de l'article 15, la Cour a proclamé son pouvoir de contrôle en ce domaine. Elle

s'est employée à rechercher si les moyens mis en oeuvre n'étaient pas allés au-delà de ce que commandaient les circonstances, c'est-à-dire en somme s'ils ne se révélaient pas disproportionnés, encore qu'elle n'ait pas utilisé cet adjectif¹. Elle a néanmoins reconnu aux autorités nationales, en substance² ou explicitement³, une large marge d'appréciation en la matière; correctif, tempérament ou échappatoire — selon les goûts — que l'on retrouvera tout au long de notre étude. En définitive, la Cour n'a relevé jusqu'ici aucun dépassement de la "stricte mesure" des exigences de "la situation"⁴.

B. LES "PARAGRAPHE 2": NECESSITE DANS UNE SOCIETE DEMOCRATIQUE ET PROPORTIONNALITE

L'appel à la proportionnalité ressort plus clairement de la jurisprudence relative aux articles 8 à 11 de la Convention, qui garantissent le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté d'association y compris la liberté syndicale. En leur paragraphe 2, ils habilent les Etats contractants à limiter l'exercice de ces droits et libertés pour autant qu'il s'agisse de restrictions "prévues par la loi" et "nécessaires, dans une société démocratique", à la poursuite de divers buts d'intérêt général. Or la "nécessité" à la proportionnalité, il n'y a qu'un pas: pour être nécessaire, une mesure ne doit-elle pas correspondre à un "besoin social impérieux" à la fois dans son principe et dans son intensité, son ampleur ou son étendue?

¹ Contrairement au requérant Lawless: arrêt du 1.7.1961, publications de la Cour, série A n° 3, p. 57 (§ 32).

² Arrêt Lawless précité, pp. 56-57 (§§ 28 et 30), en ce qui concerne au moins l'existence d'un "danger public menaçant la vie de la nation".

³ Arrêt Irlande c. Royaume-Uni du 18.1.1978, série A n° 25, pp. 78-79 (§ 207).

⁴ Arrêt Lawless précité, pp. 55 (§ 22), 57-59 (§§ 31-38), 62 (§ 48, n° 4 du dispositif: unanimité) et 65-67 (opinion individuelle de M. Maridakis); arrêt Irlande c. Royaume-Uni précité, pp. 78-79 (§§ 206-207), 80-84 (§§ 211-220), 92-93 (§ 243, *mutatis mutandis*), 95 (n° 13 du dispositif: 16 voix contre 1) et 108-109 (opinion dissidente de M. O'Donoghue). — Voir aussi Rusen Ergec, "Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles", Bruxelles (Bruylant) 1987, pp. 172-213 (surtout).

Ce pas, la Cour l'a franchi pour la première fois par son *arrêt Handyside* du 7 décembre 1976 (liberté d'expression, article 10)⁵: elle y a présenté la proportionnalité "au but légitime poursuivi" non comme une condition autonome — bien que pareille conception se défende⁶, mais plutôt comme un corollaire de la "nécessité dans une société démocratique"⁷. Sa doctrine n'a pas changé depuis lors sur ce point et a même gagné en netteté comme en témoigne entre autres, pour le droit au respect de la vie familiale (article 8), l'*arrêt Olsson* du 24 mars 1988:

"(...) la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime recherché."⁸

⁵ Deux arrêts antérieurs consacraient déjà en substance, semble-t-il, l'idée de proportionnalité en ce qui concerne les restrictions à la liberté de correspondance (article 8): De Wilde, Ooms et Versyp, 18.6.1971, série A n° 12, pp. 45 (§ 93), 47 (point II-9 du dispositif: non-violation constatée par quinze voix contre une) et 59 (opinion dissidente de M. Wold); Golder 21.2.1975, série A n° 18, pp. 21-22 (§ 45), 23 (n° 2 du dispositif: violation constatée à l'unanimité), 31 (opinion séparée de M. Zekia) et 32-40 (opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice). Voir aussi l'arrêt du 23.7.1968 en l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, série A n° 6, p. 101, antépénultième alinéa (opinion dissidente de M. Maridakis).

⁶ Voir p. ex. l'opinion dissidente de MM. Ryssdal, Thór Vilhjálmsón et Gölcüklü dans l'affaire *Olsson*, arrêt du 24.3.1988, série A n° 130, p. 47 (mesures "nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi"), et celle de M. Matscher, approuvée par Mme Bindschedler-Robert, dans l'affaire *Oberschlick*, arrêt du 23.5.1991, série A n° 204, p. 33 (condamnation ne pouvant "être considérée comme une mesure non nécessaire et disproportionnée"). — On peut notamment imaginer une mesure "nécessaire", car seule apte à la réalisation du but visé, et pourtant disproportionnée parce qu'atteignant dans sa "substance même" le droit en cause.

⁷ Série A n° 24, p. 23 (§ 49).

⁸ Série A n° 130, pp. 31-32 (§ 67). Voir en outre:
- pour le droit au respect de la vie privée (article 8): l'arrêt *Dudgeon* du 22.10.1981, série A n° 45, pp. 21 (§ 53) et 33 (opinion dissidente de M. Matscher); l'arrêt *Leander* du 26.3.1987, série A n° 116, p. 25 (§ 58); l'arrêt *Norris* du 26.10.1988, série A n° 142, p. 18 (§ 41); l'arrêt *Chappell* du 30.3.1989, série A n° 152, p. 26 (§ 62);
- pour le droit au respect de la vie familiale (article 8); les arrêts *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, du 8.7.1987, série A n° 121-A, p. 27 (§ 60 b)), n° 121-B, p. 72 (§ 61 b)), et n° 121-C, p. 117 (§ 65 b)), ainsi que l'arrêt *Berrehab* du 21.6.1988, série A n° 138, pp. 15-16 (§ 28), l'arrêt *Eriksson* du 22.6.1989, série A n° 156, p. 26 (§ 69), et l'arrêt *Moustaquim* du 18.2.1991, série A n° 193, p. 19 (§ 43);

Le "contrôle européen" se marie là aussi, à des degrés variables, avec la "marge nationale d'appréciation"⁹. Il consiste à déterminer si des "motifs pertinents et suffisants"¹⁰ justifiaient l'ingérence en litige, le second de ces adjectifs ayant à l'évidence un lien étroit avec notre problème. Il a conduit la Cour à constater dans plusieurs affaires une violation résultant de la méconnaissance du principe de proportionnalité:

— *arrêt Sunday Times* du 26 avril 1979 (décision enjoignant à un hebdomadaire de ne pas commenter des procès civils en instance au Royaume-Uni au sujet du "drame de la thalidomide" — article 10)¹¹;

(suite de la note 8)

- pour le droit au respect du domicile (article 8): l'arrêt *Gillow* du 24.11.1986, série A n° 109, p. 22 (§ 55);
- pour le droit au respect de la correspondance (article 8): l'arrêt *Silver et autres* du 25.3.1983, série A n° 61, p. 38 (§ 97), l'arrêt *Schönenberger et Durmaz* du 20.6.1988, série A n° 137, p. 13 (§ 27), et, jusqu'à un certain point, l'arrêt *Klass et autres* du 6.9.1978, série A n° 28, p. 23 (§ 49);
- pour la liberté d'expression (article 10): l'arrêt *Sunday Times* du 26.4.1979, Série A n° 30, p. 38 (§ 62); l'arrêt *Barthold* du 26.3.1985, série A n° 90, p. 24 (§ 55); l'arrêt *Lingens* du 8.7.1986, série A n° 103-B, pp. 25-26 (§ 40); l'arrêt *Müller et autres* du 24.5.1988, série A n° 133, p. 21 (§ 32), ainsi que l'opinion dissidente de M. Spielmann dans les affaires *Glaserapp et Kosiek*, arrêts du 28.8.1986, série A n° 104, p. 34 (§ 25), et n° 105, p. 27 (§ 18); l'arrêt *Barfod* du 22.2.1989, série A n° 149, p. 12 (§ 28);
- pour la liberté de réunion pacifique (article 11): l'arrêt *Ezelin* du 26.4.1991, série A n° 202, p. 23 (§ 51);
- pour la liberté syndicale (article 11): l'arrêt *Young, James et Webster* du 13.8.1981, série A n° 44, p.25 (§ 63 *in fine*).

⁹ Arrêts *De Wilde, Ooms et Versyp* précité, p. 45 (§ 93); *Golder* précité, p. 22 (§ 45); *Handyside* précité, p. 22 (§ 48); *Klass et autres* précité, p. 26 (§ 65); *Silver et autres* précité, pp. 37-38 (§ 97 b)); *Barthold* précité, p. 25 (§ 55); *Lingens* précité, p. 25 (§ 39); *Gillow* précité, p. 22 (§ 55); *Leander* précité, p. 25 (§ 59); *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, précités, p. 27 (§ 60 d)), p. 72 (§ 61 d)), et p. 117 (§ 65 d)); *Olsson* précité, pp. 31-32 (§ 67); *Müller et autres* précité, p. 21 (§ 32); *Berrehab* précité, p. 15 (§ 28); *Norris* précité, p. 20 (§§ 45-46); *Barfod* précité, p. 12 (§ 28); *Chappell* précité, p. 25 (§ 59); *Eriksson* précité, p. 26 (§ 69); *Markt Intern GmbH Verlag et Klaus Beermann* du 20.11.1989, série A n° 165, pp. 19-20 (§ 33); *Groppera Radio AG et autres* du 28.3.1990, série A n° 173, p. 28 (§ 72); *Weber* du 22.5.1990, série A n° 177, p. 22 (§ 47); *Autronic AG* du 22.5.1990, série A n° 178, p. 26.27 (§ 61).

¹⁰ Terminologie empruntée à la jurisprudence que la Cour a élaborée dès 1968 quant au "délai raisonnable" de l'article 5 § 3 (voir la page 196). Arrêts *Handyside* précité, pp. 23-24 (§ 50), *Sunday Times* précité, p. 38 (§ 62), *Dudgeon* précité, p. 28 (§ 54), *Barthold* précité, p. 25 (§ 55), *Lingens* précité, pp. 25-26 (§ 40), *Olsson* précité, p. 32 (§ 68), *Müller et autres* précité, p. 21 (§ 32); *Norris* précité, p. 21 (§ 47).

- *arrêt Young, James et Webster* du 13 août 1981 (licenciement de cheminots britanniques en vertu d'un accord imposant l'appartenance à un syndicat comme condition d'emploi — article 11)¹²;
- *arrêts Dudgeon* du 22 octobre 1981 et *Norris* du 26 octobre 1988 (législation pénale d'Irlande du Nord et d'Irlande prohibant certaines formes de relations homosexuelles masculines, même en privé et entre adultes consentants — article 8)¹³;
- *arrêt Barthold* du 26 mars 1985 (limitations à la liberté d'expression d'un vétérinaire, apportées en République fédérale d'Allemagne en vertu d'une loi relative à la concurrence déloyale, combinée avec le code de déontologie de la profession — article 10)¹⁴;
- *arrêt Lingens* du 8 juillet 1986 (condamnation d'un journaliste en Autriche pour diffamation du chancelier fédéral — article 10)¹⁵;

¹¹ *Loc. cit.*, pp. 39-42 (§§ 63 *in fine* - 68), 45 (n° 1 du dispositif: 11 voix contre 9), 49-57 (§§ 6-16: opinion dissidente de M. Wiarda, M. Cremona, M. Thór Vilhjálmsson, M. Ryssdal, M. Ganshof van der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, Mme Bindschedler-Robert, M. Liesch et M. Matscher) et 66 (opinion concordante de M. Zekia).

¹² *Loc. cit.*, pp. 25-26 (§§ 64-65) et 27 (n° 1 du dispositif: 11 voix contre 3).

¹³ Série A n° 45, pp. 22-25 (§§ 54-63), 27 (n° 1 du dispositif: 15 voix contre 4), 29-31 (opinion dissidente de M. Zekia) et 41-47 (§§ 8 *in fine* - 24 de l'opinion en partie dissidente de M. Walsh); série A n° 142, pp. 18-21 (§§ 42-47: la Cour rejette la thèse du gouvernement défendeur, d'après lequel la proportionnalité ne constituait pas un critère valable en matière de protection de la morale) et 23 (n° 2 du dispositif: 8 voix contre 6 - division résultant uniquement d'un désaccord sur le point de savoir si le requérant pouvait se prétendre "victime", au sens de l'article 25: pp. 23 et 24-25, point 1 du dispositif et opinion dissidente de M. Valticos, approuvée par cinq autres juges).

¹⁴ *Loc. cit.*, pp. 23-24 (§§ 52-54), 26 (§§ 58-59), 28 (n° 1 du dispositif: 5 voix contre 2), 25-30 (opinion dissidente de M. Thór Vilhjálmsson et de Mme Bindschedler-Robert) et 31 (opinion concordante de M. Pettiti).

¹⁵ *Loc. cit.*, pp. 26-28 (§§ 43-47) et 30 (n° 1 du dispositif: unanimité). La proportionnalité semble au contraire n'avoir joué aucun rôle dans le constat de violation de l'article 10 auquel la Cour a abouti dans son arrêt *Oberschlick* précité, relatif lui aussi à la condamnation d'un journaliste en Autriche pour diffamation d'un homme politique: série A n° 204, pp. 23-27 (§§ 57-64) et 29 (n° 3 du dispositif: 16 voix contre 3). Voir toutefois, à la p. 33, l'avant-dernier alinéa de l'opinion en partie dissidente de M. Matscher, approuvée par Mme Bindschedler-Robert.

— *arrêt Gillow* du 24 novembre 1986 (limitations au droit de propriétaires d'habiter leur maison à Guernesey — article 8)¹⁶;

— *arrêt Olsson* du 24 mars 1988 (prise en charge d'enfants par l'autorité publique en Suède et placement de ceux-ci dans des foyers d'accueil éloignés les uns des autres et du domicile des parents — article 8)¹⁷;

— *arrêt Berrehab* du 21 juin 1988 (expulsion, par les autorités néerlandaises, d'un Marocain dont la fille mineure, née d'un mariage dissous par divorce, vivait aux Pays-Bas — article 8)¹⁸;

¹⁶ *Loc. cit.*, pp. 22-24 (§§ 55-58) et 29 (n° 1 et 2 du dispositif: non-violation sur un point, violation sur un autre — unanimité).

¹⁷ *Loc. cit.*, pp. 33-37 (§§ 72-83), 43-44 (n° 2 et 3 du dispositif: non-violation sur un point, 10 voix contre 5; violation sur un autre, 12 voix contre 3), 45-47 (opinion en partie dissidente de MM. Ryssdal, Thór Vilhjálmsson et Gölcüklü) et 48 (opinion séparée de MM. Pinheiro Farinha, Pettiti, Walsh, Russo et De Meyer). On peut éventuellement ajouter à la liste les arrêts W., B. et R. contre Royaume-Uni, précités, du 8.7.1987 (procédure applicable et recours disponibles en matière de décisions limitant ou supprimant, notamment, le droit de visite de parents à l'égard de leurs enfants confiés à une autorité locale - article 8), mais ils ne précisent pas nettement - à dessein, croyons-nous - si la violation relevée consiste en une ingérence incompatible avec le paragraphe 2 de l'article 8, parce que disproportionnée, ou en la méconnaissance d'une obligation positive découlant du paragraphe 1: *loc. cit.*, pp. 29-31 (§§ 66-70), 37 (n° 1 du dispositif: unanimité), 74-76 (§§ 66-70), 81 (n° 1 du dispositif: unanimité), 119-121 (§§ 71-75) et 127 (n° 1 du dispositif: unanimité).

Voir également l'opinion dissidente de M. Spielmann dans les affaires *Glasenapp* et *Kosiek*, précitées (série A n° 104, pp. 36-37 (§§ 34-40), et n° 105, pp. 28-30 (§§ 25-32)).

¹⁸ *Loc. cit.*, pp. 15-16 (§§ 27-29), 17 (n° 1 du dispositif: 6 voix contre 1), et 19-20 (opinion dissidente de M. Thór Vilhjálmsson). Quant à l'arrêt *Schönenberger* et *Durmaz*, il déclare contraire à l'article 8, parce que non "nécessaire", la non-transmission d'une lettre adressée à un détenu, en Suisse, par un avocat qui agissait sur les instructions de la femme de l'intéressé, mais il ne précise pas que la violation découle du caractère disproportionné de la mesure litigieuse (*loc. cit.*, pp. 13-14 (§§ 27-30), et p. 16 (n° 1 du dispositif: unanimité)). Dans les affaires *Weber* et *Autronic AG*, la Cour paraît aussi avoir estimé que les ingérences litigieuses avaient violé l'article 10 par leur existence même, et non pas seulement par leur intensité, ampleur ou leur étendue: arrêts précités du 22.5.1990, série A n° 177, pp. 22-23 (§§ 48-52), et n° 178, pp. 27-28 (§§ 62-63). Il en va de même de l'arrêt *Oberschlick* du 23-5-1991 (note 15 ci-dessus) et, pensons-nous, de l'arrêt *Ezelin* du 26.4.1991: la majorité y reconnaît que la sanction litigieuse "se situe vers le bas de l'échelle des peines disciplinaires" et semble bien condamner en l'espèce "une quelconque limitation" à "la liberté de participer à une réunion pacifique" (*loc. cit.*, p. 23, § 53).

- *arrêt Eriksson* du 22 juin 1989 (décision d'interdire à une mère, pour une durée indéterminée, de retirer sa fille d'un foyer d'accueil en Suède, maintien de cette interdiction pendant plus de six ans, restrictions aux visites et non-réunion des intéressées par les autorités — article 8)¹⁹;
- *arrêt Moustaquim* du 18 février 1991 (Marocain expulsé de Belgique bien qu'arrivé dans le pays très jeune et y ayant toute sa famille — article 8)²⁰;
- *arrêt Ezelin* du 26 avril 1991 (avocat condamné par une cour d'appel française à la sanction disciplinaire du blâme pour ne s'être pas désolidarisé d'une manifestation publique et virulente de protestation contre des décisions judiciaires et n'avoir pas consenti à déposer devant le juge d'instruction — article 11)^{20bis}.

Plusieurs décisions au contraire ont conclu à l'absence d'un tel manquement:

- *arrêt Handyside* du 7 décembre 1976 (condamnation, saisie et confiscation prononcées en vertu d'une loi anglaise sur les publications obscènes — article 10)²¹;
- *arrêt Klass et autres* du 6 septembre 1978 (surveillance secrète de la correspondance et des télécommunications, autorisée sous certaines conditions par la loi allemande — article 8)²²;

¹⁹ *Loc. cit.*, pp. 26-27 (§§ 68-72), 30 (§ 89) et 33 (n° 1 du dispositif: unanimité).

²⁰ *Loc. cit.*, pp. 18-20 (§§ 41-46), 22 (n° 1 du dispositif: 7 voix contre 2) et 24-25 (opinion dissidente de Mme Bindschedler-Robert et M. Valticos).

^{20 bis} *Loc. cit.*, pp. 22-23 (§§ 48-53), 24 (n° 2 du dispositif: 6 voix contre 3), 26 (opinion dissidente de M. Ryssdal), 27 (opinion dissidente de M. Matscher) et 28-30 (opinion dissidente de M. Pettiti). Voir toutefois la note 18 ci-dessus.

²¹ *Loc. cit.*, pp. 25-28 (§§ 53-59), 31 (n° 1 du dispositif: 13 voix contre 1) et 32-35 (opinion dissidente de M. Mosler).

²² *Loc. cit.*, pp. 23-28 (§§ 50-60) et 33 (n° 3 du dispositif: unanimité — en substance seulement).

- *arrêt Leander* du 26 mars 1987 (refus d'employer le requérant dans un musée de la marine, en Suède, en raison de renseignements figurant à son sujet dans un fichier secret de la police — article 8)²³;
- *arrêt Müller et autres* du 24 mai 1988 (amendes et confiscation prononcées en Suisse du chef de l'exposition de toiles jugées obscènes — article 10)²⁴;
- *arrêt Barfod* du 22 février 1989 (condamnation d'un particulier pour diffamation de magistrats par voie de presse au Groenland — article 10)²⁵;
- *arrêt Chappell* du 30 mars 1989 (perquisition opérée au Royaume-Uni, en vertu d'une ordonnance judiciaire non contradictoire, dans le cadre d'une procédure civile pour atteinte au droit d'auteur — article 8)²⁶;
- *arrêt Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beerman* du 20 novembre 1989 (interdiction faite à une maison d'édition et à son rédacteur en chef, sur la base de la loi allemande relative à la concurrence déloyale, de répéter certaines déclarations — même exactes — dans un de leurs bulletins d'information — article 10)²⁷;

²³ *Loc. cit.*, pp. 25-27 (§§ 60-67) et 32 (n° 1 du dispositif: unanimité).

²⁴ *Loc. cit.*, pp. 22-23 (§§ 35-37), 24-25 (§§ 40-44), 25 (dispositif: 6 voix contre 1 pour les amendes, 5 voix contre 2 pour la confiscation), 27-32 (opinion dissidente de M. Spielmann) et 33 (opinion séparée de M. De Meyer).
On peut éventuellement ajouter à la liste, sur un point de détail, l'arrêt *Silver* et autres précité (restriction à la liberté de correspondance de détenus - article 8), p. 40 (§ 103 *in fine*).

²⁵ *Loc. cit.*, pp. 12-14 (§§ 29-36 et dispositif: 6 contre 1) et 16-17 (opinion dissidente de M. Gölcüklü).

²⁶ *Loc. cit.*, pp. 24-27 (§§ 58-67 et dispositif: unanimité).

²⁷ *Loc. cit.*, pp. 19-22 (§§ 32-38 et dispositif: 9 voix contre 9, avec la voix prépondérante du président), 23-25 (opinion dissidente de MM. Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo et Valticos) et 28-30 (opinion dissidente de M. Martens, approuvée par M. Macdonald).

— *arrêt Groppera Radio AG et autres* du 28 mars 1990 (interdiction faite, en Suisse, à une société titulaire d'une antenne collective de retransmettre par câble des programmes radiodiffusés à partir de l'Italie — article 10)²⁸.

II. LA PROPORTIONNALITE "LATENTE"

Dans une série d'autres cas, où la proportionnalité ne transparait pas au travers du texte de la Convention et des Protocoles, la Cour l'a pourtant estimée sous-jacente à la norme qu'il lui incombait d'interpréter; elle l'a donc tirée de l'état latent pour la sortir au grand jour, qu'elle l'ait ou non désignée nommément. Il s'agissait tantôt d'apprécier la licéité de limitations aux droits et libertés protégés, tantôt de préciser les contours de l'un d'eux ou d'une obligation positive de l'Etat, tantôt enfin de se prononcer sur le caractère discriminatoire ou non d'une différence de traitement.

A. PROPORTIONNALITE DES LIMITATIONS AUTORISEES

1. Limitations explicites

Plusieurs dispositions de la Convention et des Protocoles habilent explicitement les Etats contractants — mais sans utiliser, du moins *expressis verbis*, le critère de la "nécessité dans une société démocratique" — à limiter l'exercice des droits et libertés qu'elles consacrent.

a) *Droits à la liberté physique de la personne* (article 5 de la Convention)

i. Ainsi, l'article 5 § 1 e) permet la "détention régulière (...) d'un aliéné". Selon la Cour, le trouble mental "doit revêtir un caractère

²⁸ *Loc. cit.*, pp. 27-28 (§§ 71-73), 29 (n° 2 du dispositif: 16 voix contre 3) et 32-41 (opinions dissidentes de MM. Pettiti, Bernhardt e De Meyer).

ou une ampleur légitimant l'internement" et "ce dernier ne peut se prolonger valablement sans la persistance de pareil trouble", quoiqu'il faille "reconnaître" à cet égard aussi "aux autorités nationales un certain pouvoir discrétionnaire", "une certaine latitude" ou "une certaine liberté de jugement"²⁹. Cependant, "les impératifs de la protection du public prévalent" parfois "sur la liberté individuelle, au point de légitimer", pour une brève durée, "un internement d'urgence ne s'entourant pas des garanties habituelles qu'implique l'article 5 § 1 e)"³⁰.

- ii. De son côté, la *détention provisoire* autorisée par l'article 5 § 1 c) ne continue à se justifier au regard de la Convention que si les "raisons plausibles de soupçonner" l'intéressé d'une infraction ne s'évanouissent pas en curs de route³¹.

Même alors, son maintien peut du reste se heurter à l'exigence du "délai raisonnable" de l'article 5 § 3 si le laps de temps "écoulé (...) avant le jugement (...) a dépassé à un moment donné les limites (...) du sacrifice qui, dans les circonstances de la cause, pouvait raisonnablement être infligé à une personne présumée innocente". Il incombe à la Cour d'"apprécier si les motifs" invoqués à l'appui par les juridictions nationales compétentes "sont

²⁹ Arrêts Winterwerp du 24-10-1979, série A n° 33, pp. 18-19 (§§ 39-43) et 29 (n° 1 du dispositif: unanimité pour la non-violation), X contre Royaume-Uni du 5-11-1981, série A n° 46, pp. 18-21 (§§ 40-47) et 29 (n° 1 du dispositif: unanimité pour la non-violation), Luberti du 23.2.1984, série A n° 75, pp. 12-15 (§§ 27-29) et 19 (n° 1 du dispositif: unanimité pour la non-violation) et Ashingdane du 28-5-1985, série A n° 93, pp. 18-22 (§§ 37-50), 26 (n° 1 du dispositif: 6 voix contre 1 pour la non-violation) et 28-30 (opinion dissidente de M. Pettiti). — Voir aussi l'arrêt Wassink du 27-9-1990, série A n° 185-A, pp. 11-12 (§ 25).

³⁰ Arrêt X contre Royaume-Uni, précité, p. 21 (§ 45).

³¹ Arrêts Stögmüller du 10.11.1969, série A n° 9, pp. 39-40 (§ 4); de Jong, Baljet et van den Brink du 22.5.1984, série A n° 77, pp. 21-22 (§§ 43-44); B. contre Autriche du 28.3.1990, série A n° 175, p. 16 (§ 42).

Voir également, dans le contexte de l'article 5 § 1 a) et de l'internement de récidivistes en Belgique ou au Royaume-Uni, l'arrêt Van Droogenbroeck du 24-6-1982, série A n° 50, pp. 19-22 (§§ 36-40) et 33 (n° 1 du dispositif: unanimité pour la non-violation), ainsi que l'arrêt Weeks du 2.3.1987, série A n° 114, pp. 23-27 (§§ 42-53), 34 (n° 1 du dispositif: 16 voix contre 1 pour la non-violation) et 38-39 (opinion dissidente de M. De Meyer).

pertinents et suffisants"³²; elle a aussi compétence pour rechercher, le cas échéant, si les garanties de reapparition auxquelles les autorités subordonnaient l'élargissement de l'intéressé (article 5 § 3, seconde phrase) n'allaient pas au-delà des besoins³³.

b) Droit de se marier (article 12 de la Convention)

L'article 12 de la Convention reconnaît à l'homme et à la femme, "à partir de l'âge nubile", "le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit". D'après la jurisprudence de la Cour, "les limitations (...) résultant" du renvoi aux lois nationales "ne doivent pas (...) restreindre ou réduire" le droit en cause "d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même". Les *arrêts Reeds* du 17 octobre 1986 et *Cossey* du 27 septembre 1990 n'ont pas considéré comme une telle atteinte "l'empêchement apporté, au Royaume-Uni, au mariage de personnes" — dont un(e) transsexuel(le) — n'appartenant pas à des sexes biologiques différents"³⁴. En revanche, l'*arrêt F. contre Suisse* du

³² Arrêt Wemhoff du 27.6.1968, série A n° 7, pp. 22 (§ 5), 24-26 (§§ 12-17), 27 (n° 1 du dispositif: 6 voix contre 1 pour la non-violation) et 35-40 (opinion dissidente de M. Zekia); arrêt Neumeister du 27.6.1968, série A n° 8, pp. 37-41 (§§ 4-15) et 44 (n° 1 du dispositif: unanimité pour la violation); arrêt Stögmüller précité, pp. 39-41 (§§ 4-6) et 43-45 (§§ 13-16 et dispositif: unanimité pour la violation); arrêt Matznetter du 10.11.1969, série A n° 10, pp. 31 (§ 3), 32-35 (§§ 7-9 et 11-12), 36 (n° 1 du dispositif: 5 voix contre 2 pour la non-violation), 42-45 (opinion dissidente de M. Zekia) et 46-50 (opinion dissidente de M. Cremona); arrêt Ringeisen du 16.7.1971, série A n° 13, pp. 42-45 (§§ 104-109), 46 (n° 5 et 6 du dispositif: 5 voix contre 2 pour la violation sur un point, 4 contre 3 sur un autre), 50-51 (§ 2 de l'opinion séparée de M. Verdross), 52 (opinion séparée de M. Holmbäck) et 53-56 (opinion séparée de M. Zekia); arrêt B. contre Autriche précité, pp. 16-17 (§§ 42-46), 20 (n° 1 du dispositif: unanimité pour la non-violation) et 22 (opinion concordante de M. Cremona); arrêt Letellier c. France du 26.6.1991, série A n° 207, pp. 18-21 (§§ 35-53) et 23 (n° 1 du dispositif: unanimité pour la violation).

³³ Arrêt Wemhoff précité, p. 25 (§ 15); arrêt Neumeister précité, p. 40 (§§ 12-14); arrêt Stögmüller précité, p. 40 (§ 15).

³⁴ Série A n° 106, p. 19 (§§ 48-51 et n° 2 du dispositif: unanimité); série A n° 184, pp. 17-18 (§§ 43-48 et n° 2 du dispositif: 14 voix contre 4) et 30-34 (opinion dissidente de M. Martens, section 4) et 43-44 (opinion dissidente de Mme Palm, M. Foighel et M. Pekkanen, §§ 5-6). - Même conclusion quant à la limitation à la capacité de se (re)marier découlant de l'interdiction du divorce en Irlande: arrêt Johnston et autres du 18.12.1986, série A n° 112, pp. 24 (§ 52), 33 (n° 2 du dispositif: 16 voix contre 1) et 35-38 (opinion séparée de M. De Meyer).

18 décembre 1987 a estimé "non proportionnée au but légitime poursuivi" une interdiction de remariage qui frappait, pour trois ans, un citoyen helvétique jugé entièrement responsable du divorce prononcé contre lui sur demande reconventionnelle de sa femme³⁵.

c) *Droit de propriété* (article 1 du Protocole n° 1)

- i. Par la *seconde phrase* de son *premier alinéa*, l'article 1 du Protocole n° 1 permet de priver une personne physique ou morale de sa propriété "pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international". Aux yeux de la Cour, "il ne suffit" pourtant "pas qu'une mesure privative de propriété poursuive (...) un objectif légitime d'utilité publique": "il doit aussi exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"³⁶, en particulier "un juste équilibre" en matière d'indemnisation. Eu égard à la "large marge d'appréciation" de l'Etat défendeur, l'*arrêt James et autres* du 21 février 1986 a déclaré compatible avec cette exigence la législation anglaise et galloise qui donne à des locataires de longue durée le droit, sous certaines conditions, de racheter son bien au propriétaire alors même qu'il n'y consentirait pas³⁷; l'*arrêt Lithgow et autres* du 8 juillet 1986 est arrivé à une conclusion analogue pour la loi britannique de 1977 portant nationalisation d'entreprises de construction aéronautique et navale³⁸, l'*arrêt Hakansson et Sturesson* du 21 février 1990 pour la revente forcée d'un domaine agricole en vertu d'une loi suédoise de 1979³⁹.

³⁵ Série A n° 128, pp. 16-19 (§§ 30-40), 20 (n° 1 du dispositif: 9 voix contre 8) et 22 (opinion dissidente de M. Thór Vilhjálmsson, Mme Bindschedler-Robert, M. Gölcüklü, M. Matscher, M. Pinheiro Farinha, M. Walsh, M. De Meyer et M. Valticos).

³⁶ Terminologie empruntée à la jurisprudence que la Cour a élaborée dès 1968 en matière de discrimination (article 14 — voir la page 207).

³⁷ Série A n° 98-B, pp. 34-38 (§§ 50-57), 41-43 (§§ 68-79) et 48 (dispositif: unanimité).

³⁸ Série A n° 102, pp. 50-66 (§§ 120-175), 75 (n° 1 et 2 du dispositif: 13 voix contre 5 sur un point, 17 voix contre 1 sur un autre) et 78-79 (opinion en partie dissidente de Mme Bindschedler-Robert et de MM. Gölcüklü, Pinheiro Farinha, Pettiti et Spielmann).

³⁹ Série A n° 171-A, pp. 17-18 (§§ 51-55) et 22 (n° 1 du dispositif: unanimité).

- ii. Pour son compte, le *second alinéa de l'article 1* laisse aux Etats contractants le droit d'appliquer "les lois qu'ils jugent nécessaires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes". Par exemple, ils demeurent libres en principe de prohiber l'importation de pièces d'or, mais encore faut-il qu'ils ménagent, "dans le jeu de cette interdiction" et nonobstant leur "grande marge d'appréciation", "un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés" — telle une confiscation — "et le but visé". La Cour a estimé qu'il en allait ainsi dans l'*affaire AGOSI* contre Royaume-Uni⁴⁰ puis, au sujet de diverses mesures de type différent, dans les affaires *Tre Traktörer AB*⁴¹, *Allan Jacobson*⁴², *Mellacher et autres*⁴³ et *Fredin*⁴⁴.
- iii. Une mesure qui ne relève ni du second alinéa de l'article 1 ni de la seconde phrase du premier peut néanmoins ne pas enfreindre la première, qui proclame le droit de toute personne "au respect de ses biens". Dans son *arrêt Sporrang et Lönnroth* du 23 septembre 1982, la Cour a précisé qu'"aux fins de cette disposition", elle "doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu". Dans les

⁴⁰ Arrêt du 24-10-1986, série A n° 108, pp. 18-21 (§§ 59-62) et 22 (n° 1 du dispositif: 6 voix contre 1) et 26-29 (opinion dissidente de M. Pettiti).

⁴¹ Arrêt du 7.7.1989, série A n° 159, pp. 23-24 (§§ 59-62) et 22 (n° 5 du dispositif: unanimité): fermeture d'un débit de boissons en Suède.

⁴² Arrêt du 25-10-1989, série A n° 163, pp. 17 (§ 55), 18-19 (§§ 59-63) et 23 (n° 1 du dispositif: unanimité): recours prolongé à des interdictions de construire empêchant un particulier de bâtir une seconde maison sur son terrain en Suède.

⁴³ Arrêt du 19.12.1989, série A n° 169, pp. 27-31 (§§ 48-57 et n° 1-2 du dispositif: 12 voix contre 5 quant à deux groupes de requérants, unanimité pour le troisième) et 32-33 (opinion dissidente de M. Cremona, Mme Bindschedler-Robert, M. Gölcüklü, M. Bernhardt et M. Spielmann): réductions de loyers prescrites par le législateur en Autriche.

⁴⁴ Arrêt du 18.2.1991, série A n° 192, pp. 17-18 (§§ 51-55) et 31 n° 1 du dispositif: unanimité): retrait du permis d'exploiter une gravière en Suède. - Voir aussi l'arrêt *Van Marle et autres* du 26.6.1986, série A n° 101, pp. 13 (§ 43) et 14 (n° 3 du dispositif: unanimité): refus, par les autorités néerlandaises, d'inscrire les intéressés sur la liste des experts-comptables agréés.

circonstances de la cause, elle a constaté que des permis d'exproprier, maintenus en vigueur pendant de longues périodes et assortis d'interdictions de construire, avaient imposé aux requérants "une charge spéciale et exorbitante" incompatible avec un tel équilibre⁴⁵. L'idée de "juste équilibre" — et, partant, de proportionnalité — domine donc l'article 1 tout entier⁴⁶, mais dans le cas de la première phrase du premier alinéa elle sert en somme à circonscrire des possibilités de limitations implicites, et non explicites, au droit dont il s'agit.

2. Limitations implicites

D'autres droits garantis se prêtent eux aussi à de telles limitations.

a) Droit à un procès équitable (article 6 § 1 de la Convention)

Dans son *arrêt Golder* du 21 février 1975, la Cour a jugé que l'article 6 § 1 de la Convention ne se borne pas à consacrer "le droit à un procès équitable dans une instance déjà pendante": il garantit en outre "à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil", en bref "le droit à un tribunal". Elle a cependant ajouté que "s'agissant d'un droit que la Convention reconnaît

⁴⁵ Série A n° 52, pp. 24-28 (§§ 69-74), 32 (n° 1 du dispositif: 10 voix contre 9), 35-38 (opinion dissidente de M. Zekia, M. Cremona, M. Thór Vilhjálmsson, M. Lagergren, Sir Vincent Evans, M. Macdonald, M. Bernhardt et M. Gersing) et 48-50 (§§ 1-6 de l'opinion dissidente de M. Walsh). — Voir aussi, à propos du transfert provisoire de terres dans le cadre d'opérations de remembrement, les arrêts *Erkner-Hofauer* et *Poiss* du 23.4.1987, série A n° 117-B, pp. 66-67 (§§ 75-80 et n° 3 du dispositif: unanimité), et n° 117-C, pp. 108-110 (§§ 65-70 et n° 3 du dispositif: unanimité), ainsi que l'opinion concordante de M. Thór Vilhjálmsson, approuvée par Mme Bindschedler-Robert et M. Matscher, dans l'affaire *Van der Mussele* (non-remboursement de ses frais à un avocat stagiaire commis d'office), arrêt du 23.11.1983, série A n° 70, p. 25.

⁴⁶ Arrêts *Sporrong* et *Lönroth* précité, p. 26 (§ 69); *James* et autres précité, p. 34 (§ 50); *Lithgow* et autres précité, p. 50 (§ 120); *Tre Traktörer AB* précité, p. 23 (§ 59); *Mellacher* et autres précité, p. 27 (§ 48); *Hakansson* et *Sturesson* précité, p. 17 (§ 51); *Fredin* précité, p. 17 (§ 51).

(...) sans le définir, il y a place, en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises". Elle a laissé entendre que ces dernières en doivent jamais en altérer la substance et a déclaré incompatible avec l'article 6 le refus, par le ministre de l'Intérieur du Royaume-Uni, d'autoriser un détenu à consulter un avocat en vue d'assigner un gardien en justice⁴⁷.

De son côté, l'*arrêt Winterwerp* du 24 octobre 1979 a relevé que "les maladies mentales (...) peuvent rendre légitimes certaines limitations à l'exercice du 'droit à un tribunal'⁴⁸, mais non l'absence totale de ce droit"⁴⁹.

Tout en concluant, lui, à la non-violation, l'*arrêt Ashingdane* du 28 mai 1985 a franchi une étape supplémentaire: d'après lui, les limitations au droit d'accès "ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé"^{50 51}. L'*arrêt Lithgow et autres* du 8 juillet 1986 a suivi une démarche analogue⁵², laquelle a conduit la Cour à cons-

⁴⁷ *Loc. cit.*, pp. 12-20 (§§ 25-26 et 38-40), 23 (n° 1 du dispositif: 9 voix contre 3), 24-25 (opinion séparée de M. Verdross), 26-31 (opinion séparée de M. Zekia) et 42-63 (§§ 23-48 de l'opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice).

⁴⁸ Et du droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de [la] détention" (*article 5 § 4* de la Convention): série A n° 33, pp. 24-25 (§§ 60-61) et 29 (n° 2 du dispositif: unanimité).

⁴⁹ Série A n° 33, pp. 29-30 (§§ 75-76 et n° 4 du dispositif: unanimité).

⁵⁰ Voir la note 36 ci-dessus.

⁵¹ *Loc. cit.*, pp. 24-26 (§§ 57-60 et n° 3 du dispositif: 6 voix contre 1) et 30-34 (opinion dissidente de M. Pettiti).

⁵² *Loc. cit.*, pp. 71-72 (§§ 194 et 196-197), 75 (n° 4 et 5 du dispositif: 14 voix contre 4 sur un point, 16 voix contre 2 sur un autre), 80 (opinion séparée de M. Lagergren, approuvée par M. Macdonald), 81 (opinion dissidente de MM. Pinheiro Farinha et Pettiti) et 85 (opinion en partie dissidente de MM Russo et Spielmann).

Voir aussi les arrêts Colozza du 12.2.1985, série A n° 89-A, pp. 15-16 (§§ 29-33) et 17 (n° 1 du dispositif: unanimité pour la violation), et F.C.B. du 28.8.91, série A n° 208-B, pp. 21-22 (§§ 33-36 et n° 1 du dispositif: unanimité pour la violation): procédure par contumace suivie à tort en Italie contre un prévenu et ayant entraîné pour lui la "perte totale et irréparable du droit de participer à l'audience"; l'arrêt Powell et Rayner du 21.2.1990, série A n° 172, p. 16 (§ 35 — thèses respectives des requérants et du gouvernement défendeur).

tater des manquements aux exigences de l'article 6 § 1 par son *arrêt Philis* du 27 août 1991^{52 bis}.

b) Droit à l'instruction (article 2 du Protocole n° 1)

Dès le 23 juillet 1968, l'*affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, la Cour avait noté que "le droit à l'instruction, garanti par la première phrase de l'article 2 du Protocole [n° 1], appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat". Celle-ci "peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus", mais "il va de soi" qu'elle "ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance de ce droit, ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention". La Cour n'avait aperçu en l'espèce aucune atteinte de ce genre⁵³, tandis qu'elle en a discerné une dans l'*affaire Campbell et Cosans*⁵⁴.

c) Droits de vote et d'éligibilité (article 3 du Protocole n° 1)

L'article 3 du Protocole n° 1 oblige les Etats contractants "à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif". Selon l'*arrêt Mathieu-Mohin et Clerfayt* du 2 mars 1987, il consacre de la sorte, malgré les apparences, des droits subjectifs de vote et d'éligibilité. Toutefois,

"Les droits en question ne sont pas absolus. Comme l'article 3 les reconnaît sans les énoncer en termes exprès ni moins encore les définir, il y a place pour des limitations implicites (...). Dans leurs ordres

^{52 bis} Série A n° 209, pp. 20-23 (§§ 59-65), 27 (n° 1 du dispositif: 8 voix contre 1) et 29 (opinion dissidente de M. Pettiti).

⁵³ Série A n° 6, pp. 32 (§ 5), 85-86 (§ 42, deuxième alinéa) et 87 (n° 2 du dispositif: unanimité).

⁵⁴ Arrêt du 25.2.1982, série A n° 48, pp. 19 (§ 41), 20 (n° 3 du dispositif: 6 voix contre 1) et 24-25 (§ 10 de l'opinion en partie dissidente de Sir Vincent Evans).

juridiques respectifs, les Etats contractants entourent les droits de vote et d'éligibilité de conditions auxquelles l'article 3 ne met en principe pas obstacle (...). Ils jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, mais il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole n° 1; il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés."⁵⁵

La Cour a estimé compatible avec l'article 3 ainsi interprété une loi belge du 8 août 1980 qui entraîne, pour les électeurs francophones de l'arrondissement administratif de Hal-Vilvorde, "la nécessité d'accorder leurs suffrages à des personnes aptes et prêtes à user de la langue de [la] région" flamande dans laquelle il se trouve englobé⁵⁶.

B. LA PROPORTIONNALITE COMME ELEMENT D'UN DROIT GARANTI OU D'UNE OBLIGATION POSITIVE DE L'ETAT

Parfois aussi, la proportionnalité sert à préciser les contours d'un droit garanti ou d'une obligation positive des Etats contractants.

1. Interdiction des peines et traitements inhumains ou dégradants (article 3 de la Convention)

L'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989 a jugé qu'il y aurait violation de l'article 3 de la Convention si les autorités britanniques extradiaient aux Etats-Unis un jeune Allemand poursuivi en Virginie pour un double assassinat qualifié, passible de la peine de mort (*capital murder*).

⁵⁵ Voir la note 36 ci-dessus.

⁵⁶ Série A n° 113, pp. 23 (§§ 51-52), 24-25 (§§ 56-57), 26 (n° 1 du dispositif: 13 voix contre 5) et 27-30 (opinion dissidente de M. Cremona, Mme Bindschedler-Robert, M. Bernhardt, M. Spielmann et M. Valticos).

Avant d'aboutir à cette conclusion, la Cour a pourtant rappelé que "le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général (...) et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention". Or "toutes les nations ont un intérêt croissant à voir traduire en justice les délinquants présumés qui fuient à l'étranger", car "les voyages de par le monde [deviennent] plus facile et la criminalité [prend] une plus grande ampleur internationale". Vice-versa, "la création de havres de sécurité pour fugitifs ne comporterait pas seulement des dangers pour l'Etat tenu d'abriter la personne protégée: elle tendrait également à saper les fondements de l'extradition". Ces considérations entrent en ligne de compte "pour interpréter et appliquer, en matière d'extradition, les notions de peine ou traitement inhumain ou dégradant".

S'agissant du châtement suprême, toutefois, les "circonstances entourant [la] sentence" jouent un rôle, telles "la manière dont elle est prononcée ou appliquée", "la personnalité du condamné", "une disproportion par rapport à la gravité de l'infraction", "les conditions de la détention vécue dans l'attente de l'exécution", la possibilité de livrer l'accusé à un Etat tiers ayant, lui, aboli la peine de mort, en l'occurrence la République fédérale d'Allemagne.

En définitive, la Cour a estimé qu'eu égard "à la très longue période à passer" dans le trop fameux "couloir de la mort" (*death row*), "à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental" à l'époque des crimes, "une extradition vers les Etats-Unis [eût exposé M. Soering] à un risque réel de traitement dépassant le seuil de l'article 3". Elle a relevé, à titre de "considération pertinente supplémentaire", l'existence d'"un autre moyen d'atteindre le but légitime de l'extradition, sans entraîner pour autant des souffrances d'une intensité ou durée aussi exceptionnelles": remettre l'intéressé aux autorités de son propre pays⁵⁷.

⁵⁷ Série A n° 161, pp. 35 (§ 89), 39 (§ 100) 41-45 (§§ 104-111), 50 (n° 1 du dispositif: unanimité); et 52 (opinion concordante de M. De Meyer, note 7). — Motivation critiquée par Frédéric Sudre dans "Extradition et peine de mort: arrêt Soering (...)", *Revue générale de droit international public*, 1990, pp. 119-121. — Plus généralement, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'"un mauvais traitement", "pour tomber sur le coup de l'article 3", doit présenter "un minimum de gravité" dont l'appréciation, "relative par essence", dépend de "l'ensemble des données de la cause" (arrêt Soering précité, *ibidem*, p. 39 (§ 100)); voir aussi les arrêts *Irlande contre Royaume-Uni* du 18.1.1978, série A n° 25, p. 65 (§ 162), *Tyrer* du 25.4.1978, série A n° 26, pp. 14-15 (§§ 29-30), et *Cruz Varas* du 20 mars 1991, série A n° 201, p. 31, § 83.

La même décision semble bien impliquer en outre, fût-ce *obiter*, qu'une "disproportion par rapport à la gravité de l'infraction" figure "parmi les éléments de nature" à rendre la peine capitale, bien que l'article 2 § 1 la tolère sous certaines conditions⁵⁸, incompatible en soi avec l'article 3 dans un cas déterminé⁵⁹.

2. Interdiction du travail forcé ou obligatoire (article 4 de la Convention)

Dans l'affaire *Van der Musselle*, un avocat stagiaire belge désigné d'office se plaignait d'avoir dû défendre un prévenu sans rémunération et sans remboursement de ses frais; il y voyait une forme de "travail forcé ou obligatoire" contraire à l'article 4. Cherchant à cerner la notion de "travail forcé ou obligatoire", la Cour est partie de la définition adoptée à l'article 2 § 1 de la Convention n° 29 de l'Organisation internationale du Travail⁶⁰, mais elle ne s'en est pas tenue là:

"(...) après avoir constaté l'existence d'un risque analogue à 'la menace d'une peine' (...), puis la valeur relative de l'argument tiré du 'consentement préalable' du requérant (...), elle [a pris] en compte l'ensemble des préoccupations qui sous-tendent l'article 4 de la Convention européenne, pour déterminer si le service exigé de Me Van der Musselle tomb[ait] sous le coup de l'interdiction du travail obligatoire. Il pourrait en aller ainsi d'un service à fournir pour accéder à une profession donnée, s'il imposait un fardeau à ce point excessif, ou hors de proportion avec les avantages attachés à l'exercice futur de celle-ci, que l'intéressé ne saurait passer pour s'être par avance 'offert de son plein gré à l'accomplir' (...)"⁶¹.

⁵⁸ Sans préjudice, bien entendu, du Protocole n° 6 qui la prohibe, au moins en dehors du "temps de guerre ou de danger imminent de guerre", mais que plusieurs Etats contractants, dont le Royaume-Uni, n'ont malheureusement pas encore ratifié.

⁵⁹ *Loc. cit.*, p. 41 (§ 104). - Voir aussi l'arrêt *Weeks* du 2.3.1987, série A n° 114, pp. 25-26 (§ 47) et 38 (opinion séparée de M. De Meyer, § 2), à propos d'une peine perpétuelle "indéterminée" d'emprisonnement infligée par des juridictions britanniques.

⁶⁰ *Loc. cit.*, pp. 16-18 (§§ 32-36).

⁶¹ *Ibidem*, pp. 18-19 (§ 37).

L'arrêt du 23 novembre 1983 a conclu à l'absence d'un "fardeau disproportionné", d'inconvénients "démessurés", d'un "déséquilibre considérable et déraisonnable entre le but poursuivi — accéder au barreau — et les obligations assumées pour l'atteindre"⁶².

3. Obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention

D'après la jurisprudence de la Cour, l'article 8 de la Convention "a 'essentiellement' pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics", mais "à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérents à un 'respect' effectif de la vie familiale"⁶³. Les arrêts *Rees* du 17 octobre 1986 et *Cossey* du 27 septembre 1990, qui concernaient le statut juridique des transsexuels au Royaume-Uni, ont précisé ce qui suit:

"Pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte (...) le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu."⁶⁴

La Cour n'a pas constaté de rupture de cet équilibre, mais d'une affaire à l'autre la majorité a beaucoup "fondu"⁶⁵.

⁶² *Ibidem*, pp. 19-20 (§§ 38-40) et 24 (dispositif: unanimité).

⁶³ Doctrine remontant à l'arrêt *Marckx* du 13.6.1979, série A n° 31, p. 15 (§ 31), Voir aussi l'arrêt *Airey* du 9.10.1979, série A, n° 32, p. 17 (§ 32); l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas* du 26.3.1985, série A n° 91, p. 11 (§ 23); l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28.5.1985, série A n° 94, p. 33 (§ 67); les arrêts *W., B. et R. contre Royaume-Uni* du 8.7.1987, *loc. cit.*, pp. 27 (§ 60), 72 (§ 61) et 117 (§ 65).

⁶⁴ Série A n° 106, pp. 14-15 (§§ 35-37); série A n° 184, p. 15 (§§ 36-37). - Voir aussi l'arrêt *Powell et Rayner*, *loc. cit.*, pp. 18 (§ 41) et 19-20 (§ 45), ainsi que, dans un contexte différent, l'arrêt *Johnston et autres*, *loc. cit.*, pp. 25 (§ 55) et 29-30 (§ 72).

⁶⁵ Série A n° 106, pp. 17-18 (§§ 42-45), 19 (n° 1 du dispositif: 12 voix contre 3) et 21-22 (opinion dissidente de Mme Bindschedler-Robert, M. Russo et M. Gersing); série A n° 184, pp. 15-16 (§§ 38-40), 18 (n° 1 du dispositif: 10 voix contre 8), 20 (opinion partiellement dissidente de Mme Bindschedler-Robert et M. Russo), 21 (opinion partiellement dissidente de MM Macdonald et Spielmann), 25-30 (section 3 de l'opinion dissidente de M. Martens), 34-37 (*idem*, section 5) et 42-43 (opinion dissidente de Mme Palm, M. Foighel et M. Pekkanen, §§ 2-4).

Avouons-nous que nous n'avons guère de peine à nous en consoler?

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Gaskin* du 7 juillet 1989 a jugé, lui, que le refus de donner au requérant, jadis pris en charge par l'autorité publique, pleinement accès à son dossier personnel avait enfreint l'article 8 dans les circonstances de la cause: l'absence d'un organe indépendant habilité à trancher au besoin ne cadrerait pas avec le principe de proportionnalité⁶⁶.

C. PROPORTIONNALITE ET NON-DISCRIMINATION

(article 14 de la Convention)

Le dernier domaine étudié ici sera, paradoxalement, le premier où la Cour ait utilisé le mot de "proportionnalité".

En son texte français, l'article 14 de la Convention semblerait prohiber toute "distinction" de traitement "dans la jouissance des droits et libertés reconnus", mais l'on aboutirait à des résultats absurdes si on l'interprétait et appliquait au pied de la lettre. Aussi la cour a-t-elle aperçu dès 1968, dans l'affaire *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, la nécessité "de rechercher les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement" revêt ou non un caractère discriminatoire contraire à l'article 14:

"(...) suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'Etats démocratiques, [elle a retenu] que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé s'il est

⁶⁶ Série A n° 160, pp. 17-20 (§§ 42-49), 23 (n° 1 du dispositif: 11 voix contre 6), 24-25 (opinion dissidente de M. Ryssdal, M. Cremona, M. Gölcüklü, M. Matscher et Sir Vincent Evans) et 26 (opinion dissidente de M. Walsh, § 1).

clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé."⁶⁷

Au début, la Commission européenne des Droits de l'Homme et une partie de la doctrine n'ont pas compris qu'aux yeux de la Cour la proportionnalité constituait le second élément d'une justification objective et raisonnable — le premier consistant dans le but légitime — et non une condition supplémentaire⁶⁸, mais des arrêts ultérieurs ont mis les choses au point:

"Selon la jurisprudence constante de la Cour, une distinction se révèle discriminatoire si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime', ou si fait défaut un 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé' (...)"⁶⁹

Malgré la marge d'appréciation qu'elle reconnaît ici encore aux autorités nationales, la Cour a relevé au moins deux fois une violation de l'article 14, combiné avec une autre clause normative de la Convention ou d'un Protocole, à raison de l'absence d'un tel rapport⁷⁰:

⁶⁷ *Loc. cit.*, pp. 34 (§ 10), 35-36 (§ 12) et 108, troisième alinéa (opinion dissidente de M. Wold). Voir aussi les arrêts Syndicat national de la police belge du 27.10.1975, série A n° 19, pp. 20 (§§ 46-47) et 21 (§ 49); Syndicat suédois des conducteurs de locomotives du 6.2.1976, série A n° 20, p. 17 (§ 45 *in fine*); Schmidt et Dahlström du 6.2.1976, série A n° 21, p. 17 (§ 39 *in fine*); Irlande contre Royaume-Uni précité, pp. 85-86 (§ 226 *in fine*)

⁶⁸ Voir p. ex. le rapport de la Commission dans l'affaire Marckx, publications de la Cour, série B, n° 29, p. 50 (§ 92); voir aussi l'arrêt Syndicat national de la police belge précité, p. 27 (opinion séparée de M. Zekia).

⁶⁹ Arrêts Marckx précité, p. 16 (§ 33); Rasmussen du 28.11.1984, série A n° 87, p. 14 (§ 38); Abdulaziz, Cabales et Balkandali précité, pp. 35-36 (§ 72); James et autres précité, pp. 66-67 (§ 177); Gillow précité, pp. 25-26 (§ 64); Inze du 28.10.1987, série A n° 126, p. 18 (§ 41); Darby du 26.10.1990, série A n° 187, p. 12 (§ 31). - Voir aussi l'arrêt Groppera Radio AG et autres, *loc. cit.*, p. 40 (§ 1 *in fine* de l'opinion dissidente de M. De Meyer), et l'arrêt Cossey, *loc. cit.*, p. 17 (§ 41).

⁷⁰ Le manquement constaté dans l'affaire Darby découlait du défaut de but légitime: *loc. cit.*, pp. 13 (§§ 33-34) et 15 (n° 1 du dispositif: unanimité).

— l'arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, quant à la cinquième des six questions à trancher (article 14 de la Convention combiné avec l'article 2, première phrase, du Protocole n° 1)⁷¹;

— l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, en ce qui concerne une discrimination fondée sur le sexe dans l'application des règles d'immigration au Royaume-Uni (article 14 de la Convention combiné avec l'article 8)⁷².

D'autres arrêts au contraire, plus nombreux, ont conclu au respect du principe de proportionnalité:

— l'arrêt *Syndicat national de la police belge* du 27 octobre 1975, l'arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* du 6 février 1976 et l'arrêt *Schmidt et Dahlström* de la même date, quant à

⁷¹ *Loc. cit.*, pp. 70 (§ 32, avant-dernier alinéa), 87 (n° 1 du dispositif: 8 voix contre 7), 89-95 (opinion dissidente de MM. Holmbäck, Rodenbourg, Ross, Wiarda et Mast) et 102 (§ 7 de l'opinion dissidente de M. Maridakis). Voir aussi, en ce qui concerne la sixième question, les pp. 86-87 (§ 42, du septième alinéa au douzième), ainsi que les pp. 44 (§ 7 *in fine* — première question), 50-51 (§ 13, les deux derniers alinéas — deuxième question), 56 (§ 19, avant-dernier alinéa - troisième question) et 87 (point 2 du dispositif: unanimité pour la non-violation).

⁷² *Loc. cit.*, pp. 37-39 (§§ 77-83) et 45 (n° 3 du dispositif: unanimité). Voir aussi les pp. 41 (§ 88) et 45 (n° 2 du dispositif: unanimité pour la non-violation) en ce qui concerne la discrimination alléguée fondée sur la naissance. Il échet peut-être d'ajouter:

- l'arrêt *Marckx* précité, relatif au statut juridique des mères célibataires et de leurs enfants en Belgique, pp. 18-20 (§§ 38-43), 22 (§ 48), 24-26 (§§ 54-59), 27 (§ 62), 28 (§ 65), 29 (n° 3 du dispositif: 11 voix contre 4), 30 (n° 5 du dispositif: 13 voix contre 2; n° 7: 13 voix contre 2; point 10: 13 voix contre 2; point 12: 13 voix contre 2; point 15: 10 voix contre 5), 34-35 (opinion en partie dissidente de M. O'Donoghue), 37 (§ 3 de l'opinion en partie dissidente de M. Thór Vilhjálmsson), 55-56 (opinion en partie dissidente de Mme Bindschedler-Robert), 58-59 (§§ 1-2 e II de l'opinion en partie dissidente de M. Matscher) et 62-63 (§§ 3 et 5 de l'opinion en partie dissidente de M. Pinheiro Farinha) (article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 ou avec l'article 1 du Protocole n° 1, selon le cas);

- l'arrêt *Inze* précité, pp. 18-19 (§§ 41-45) et 22 (n° 2 du dispositif: unanimité): inégalité de traitement entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage, en matière d'attribution préférentielle d'une exploitation agricole en Carinthie (article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1).

Toutefois, ces décisions n'indiquent pas nettement si elles reposent sur l'absence de but légitime ou plutôt sur celle d'un rapport raisonnable de proportionnalité.

l'étendue de la liberté syndicale en Belgique et en Suède (article 14 de la Convention combiné avec l'article 11)⁷³;

— l'arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976, quant aux différences de traitement fondées sur le grade en matière de sanctions disciplinaires militaires aux Pays-Bas (article 14 de la Convention combiné avec l'article 5 § 1)⁷⁴;

— l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, quant à la différence de traitement entre "loyalistes" et "républicains" dans la lutte contre le terrorisme en Irlande du Nord (article 14 de la Convention combiné avec l'article 5)⁷⁵;

— l'arrêt *Rasmussen* du 28 novembre 1984, quant à l'inégalité de traitement entre père et mère pour l'exercice d'une action en contestation de paternité au Danemark (article 14 de la Convention combiné avec les articles 6 ou 8)⁷⁶;

— l'arrêt *James et autres* du 21 février 1986, quant à certaines inégalités de traitement instaurés entre divers groupes de propriétaires par la législation de réforme de l'emphytéose au Royaume-Uni (article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1)⁷⁷;

— l'arrêt *Gillow* du 24 novembre 1986, quant aux différences de traitement établies par les lois de Guernesey sur le logement entre

⁷³ Série A n° 19, pp. 21-22 (§ 49 et n° 2 du dispositif: 10 voix contre 4), 26-27 (opinion séparée de M. Zekia), 28-29 (opinion séparée de M. Wiarda, M. Ganshof van der Meersch et Mme Bindschedler-Robert) et 30 (§ 1 *in fine* de l'opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice); série A n° 20, p. 17 (§ 48); série A n° 21, p. 18 (§ 42).

⁷⁴ Série A n° 22-A, pp. 31 (§ 72 *in fine*) et 45 (n° 6 du dispositif: unanimité).

⁷⁵ *Loc. cit.*, pp. 86-87 (§§ 227-230), 95 (n° 17 du dispositif: 15 voix contre 2), 102-104 (opinion séparée de M. O'Donoghue), 134-135 (§§ 44-45 de l'opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice) et 140-141 (opinion séparée de M. Matscher).

⁷⁶ *Loc. cit.*, pp. 15-16 (§ 41 *in fine* et dispositif: unanimité).

⁷⁷ *Loc. cit.*, pp. 45-46 (§§ 76-78) et 48 (dispositif: unanimité).

les personnes nées ou ayant des racines dans l'île et les autres citoyens britanniques (article 14 de la Convention combiné avec l'article 8)⁷⁸.

*

Le bilan que nous avons essayé de dresser n'est sûrement pas complet. Par exemple, il faudrait sans doute se demander si la proportionnalité ne se reflète pas, peu ou prou, dans la jurisprudence d'après laquelle l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention au contentieux disciplinaire ou administratif peut dépendre de la gravité de l'enjeu pour l'intéressé: tout se passe comme si, aux yeux de la Cour, le risque d'une sanction sévère ou d'une ingérence directe et substantielle dans l'exercice d'un droit de caractère civil milite en faveur de garanties de procédure plus étendues⁷⁹. En outre, la notion de proportionnalité ne semble pas étrangère à plusieurs

⁷⁸ *Loc. cit.*, pp. 26 (§§ 65-67) et 29 (n° 3 du dispositif: unanimité).

⁷⁹ Arrêts Engel et autres précité, p. 35 (§ 82); Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23.6.1981, série A n° 43, pp. 21-22 (§§ 47-49); Albert et Le Compte du 10.2.1983, série A n° 58, p. 16 (§ 28); Öztürk du 21.2.1984, série A n° 73, p. 18 (§ 50); Campbell et Fell du 28.6.1984, série A n° 80, p. 35 (§ 69); Lutz du 25.8.1987, série A n° 123, pp. 22-23 (§ 54). A ce sujet, voir aussi l'opinion dissidente de M. Pettiti dans l'affaire Ezelin, *loc. cit.*, p. 28.

Voire en outre:

- toujours pour l'article 6 § 1, l'arrêt Colozza précité, p. 16 (§ 32), et l'arrêt F.C.B. précité, p. 21 (§ 35): condamnation, par défaut ou par contumace, d'une personne considérée (à tort) comme "introuvable" et en fuite — conséquences "manifestement disproportionnées" tirées de ce que l'intéressé n'avait pas signalé son changement de domicile (1e et 2e espèces), ni établi la réalité de l'empêchement allégué par son conseil (2e espèce);
- pour l'article 5 § 4, l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp précité, série A n° 12, pp. 40-42 (§§ 75-80);
- pour l'article 6 § 2, l'arrêt Salabiaku du 7.10.1988, série A n° 141-A, pp. 15-16 (§ 28).

dispositions que la Cour n'a pas eu, jusqu'ici, l'occasion d'interpréter: les articles 2 § 2⁸⁰ et 6 § 1 *in fine*⁸¹ de la Convention, l'article 2 § 3 du Protocole n° 4⁸² et les articles 2 § 2⁸³ et 5⁸⁴ du Protocole n° 7, entré en vigueur le 1er novembre 1988 seulement.

Il y aurait lieu aussi de pousser plus loin l'analyse et de l'affiner. Ainsi, quelles sont exactement les relations entre proportionnalité et absence d'atteinte à la "substance même" d'un droit? La seconde idée, que l'on rencontre avec une fréquence croissante dans les arrêts de la Cour⁸⁵, représente-t-elle un simple aspect de la première ou, au contraire, une exigence distincte et supplémentaire⁸⁶? D'autre part, on voit constamment la Cour associer le concept de proportionnalité à celui — qui d'après elle

⁸⁰ "La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire" à certaines fins énumérées aux alinéas a) à c).

⁸¹ Huis clos ordonné, "dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice".

⁸² Possibilité d'apporter aux libertés de circulation et de résidence des restrictions "nécessaires, dans une société démocratique", à la poursuite de certains buts énumérés.

⁸³ Possibilité d'expulser un étranger avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 lorsque l'expulsion "est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public".

⁸⁴ Droit pour les Etats, monobstant l'égalité des époux, "de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants".

⁸⁵ Pp. 7-8, 10, 11, 12 et 23 (note 6) ci-dessus, ainsi que:
- pour l'article 5 § 1 c), l'arrêt Fox, Campbell et Hartley du 30.8.1990, série A n° 182, pp. 16-18 (§§ 32 et 34);
- pour l'article 5 § 3 ("aussitôt", "*promptly*"), l'arrêt Brogan et autres du 29.11.1988, série A n° 145-B, pp. 32-34 (§§ 59 et 62);
- pour l'article 5 § 4, l'arrêt Winterwerp du 24.10.1979, *loc. cit.*, p. 24 (§ 60);
- pour l'article 6 § 2, l'arrêt Salabiaku précité, p. 16 (§ 28);
- pour l'article 10, l'arrêt Müller et autres précité, p. 21 (§ 31 — thèse des requérants);
- pour l'article 11, l'arrêt Young, James et Webster du 13.8.1981, *loc. cit.*, pp. 22 (§ 52) et 23 (§ 55);
- pour l'article 1 du Protocole n° 1, l'arrêt Bodén du 27.10.1987, série A n° 125, p. 41 (§ 32).

⁸⁶ Voir la note 6 ci-dessus.

domine la Convention tout entière⁸⁷ — de "juste équilibre" à ménager entre "la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme"⁸⁸. S'agit-il là de deux éléments voisins mais différents, ou bien se confondent-ils en pratique? L'*arrêt Ezelin* du 26 avril 1991 le donnerait assez à penser^{88 bis}.

Quoi qu'il en soit, la Cour de Strasbourg semble bien attribuer à la proportionnalité un rôle considérable et grandissant.

A la vérité, elle s'attache constamment, dans l'exercice de son pouvoir de "contrôle européen", à la marier, à la combiner en un subtil dosage, avec la notion de "marge nationale d'appréciation". Elle paraît y réussir d'ordinaire, mais quelques décisions récentes peuvent susciter la crainte d'un glissement au profit de la seconde et au détriment de la première.

Nous songeons ici, d'abord, à l'*arrêt James et autres* du 21 février 1986 ainsi qu'à l'*arrêt Mellacher et autres* du 19 décembre 1989. Relatifs au droit de propriété tel que le garantit l'article 1 du Protocole n° 1, ils adoptent un critère très étroit: le "jugement" du législateur d'un Etat contractant quant à "l'existence d'un problème d'intérêt général appelant une réglementation", tout comme au "choix des mesures d'application" de celle-ci, s'impose à la Cour sauf s'il "se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable"⁸⁹. Il faut pourtant reconnaître que si la "marge nationale d'appréciation" représente pour l'essentiel une création prétorienne — du reste peu contes-

⁸⁷ Arrêt précité du 23 juillet 1968 en l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, p. 32 (§ 5); arrêt *Klass et autres* précité, pp. 27-28 (§ 59); arrêt *Sporrong et Lönnroth* précité, p. 26 (§ 69); arrêt *Brogan et autres* précité, pp. 27-28 (§ 48); arrêt *Soering* précité, p. 35 (§ 89); arrêt *Fox, Campbell et Hartley* précité, p. 15 (§ 28).

⁸⁸ Pp. 168, 169, 203, 206 (note 46), 206 (note 64) et note 87 ci-dessus. *Adde*: arrêt *Barthold* précité, p. 26 (§ 58); arrêt *Van Marle et autres* précité, p. 13 (§ 43); arrêt *Rees* précité, p. 15 (§ 37); arrêt *Agosi* précité, pp. 18 (§ 52) et 19 (§ 54); arrêt *Gillow* précité, p. 22 (§ 55); *Johnston et autres* précité, pp. 29-30 et 31 (§ 72) et 31 (§ 77); arrêt *Leander* précité, p. 25 (§ 59); arrêt *Erkner et Hofauer* précité, p. 66 (§§ 75 et 79); arrêt *Poiss* précité, pp. 108-109 (§§ 65 et 69); arrêt *Berrehab* précité, pp. 15-16 (§§ 27 et 29); arrêt *Barfod* précité, p. 12 (§ 29); arrêt *Gaskin* précité, pp. 16-19 (§§ 40, 42, 44 et 48); arrêt *Allan Jacobsson* précité, pp. 17-19 (§§ 55, 59 et 62); arrêt *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann* précité, p. 20 (§ 34); arrêt *Moustaquim* précité, p. 20 (§ 46).

^{88 bis} *Loc. cit.*, p. 23 (§ 52).

⁸⁹ Série A n° 98, pp. 32 (§ 46) et 34 (§ 49); série A n° 169, pp. 26 (§ 45) et 27 (§ 48).

table en soi —, elle trouve une base dans le texte même du deuxième alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1⁹⁰, ce qui sans doute autorise l'interprète à lui accorder en la matière un poids exceptionnel⁹¹.

L'arrêt *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann*, du 20 novembre 1989, nous préoccupe beaucoup plus. Rendu à la majorité "technique" de neuf voix contre neuf, avec la voix prépondérante du président, il concerne, lui, la liberté d'expression, qui d'après une série d'arrêts antérieurs "constitue l'un des fondements" d'une "société démocratique", "l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun"⁹², de sorte que "la nécessité de la restreindre pour un des buts énumérés" au paragraphe 2 de l'article 10 "doit se trouver établie de manière convaincante"⁹³. Il s'agissait de l'interdiction faite à une maison d'édition et à son rédacteur en chef, en vertu de la loi allemande sur la concurrence déloyale et sous peine de lourdes sanctions pécuniaires, voire privatives de liberté, de répéter dans l'un de leurs bulletins d'information diverses déclarations — pour la plupart exactes — critiquant les pratiques commerciales d'une société anglaise de vente par correspondance⁹⁴. Or en l'espèce la Cour n'a pas recherché, comme de coutume, si l'ingérence litigieuse s'appuyait sur des "motifs pertinents et suffisants"⁹⁵ qui la légitimaient à la fois dans son principe et dans son étendue: élargissant le domaine abandonné à la "marge nationale d'appréciation", aux dépens de celui du "contrôle européen", elle s'est contentée de "motifs raisonnables". Elle a conclu non pas que la

⁹⁰ Il réserve le "droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes". On notera néanmoins que l'arrêt *James et autres*, à la différence de l'arrêt *Mellacher et autres*, avait trait au premier alinéa (privations de propriété).

⁹¹ Voir aussi l'article 6 § 1 *in fine* de la Convention (note 81 ci-dessus).

⁹² Arrêt *Handyside* précité, p. 23 (§ 49); arrêt *Sunday Times* précité, p. 40 (§ 65); arrêt *Barthold* précité, p. 26 (§ 58); arrêt *Lingens* précité, p. 26 (§ 41); arrêt *Müller et autres* précité, p. 22 (§ 33).

⁹³ Arrêt *Barthold* précité, *ibidem*. - Voir aussi les arrêts *Weber*, *loc. cit.*, p. 22 (§ 47), et *Autronic AG*, *loc. cit.*, p. 26-27 (§ 61), tous deux postérieurs au 20 novembre 1989.

⁹⁴ Série A n° 165, pp. 8-16 (§§ 8-20).

⁹⁵ P. 190 ci-dessus.

"nécessité" de la mesure ressortait "de manière convaincante" du dossier, mais seulement qu'"aucune violation de l'article 10 ne se trouv[ait] établie"⁹⁶. Changements de terminologie révélateurs?

Pareille démarche a inspiré aux membres de la "minorité" un sentiment d'inquiétude que nous éprouvons nous aussi⁹⁷.

On ne doit cependant pas surestimer le danger. Au fil des ans, la proportionnalité a poussé dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme des racines solides et durables, probablement vouées à y pénétrer encore plus en profondeur et à s'y ramifier sans cesse davantage. A telle enseigne que l'on en arrive à penser qu'elle a désormais accédé, dans le système de la Convention, à la dignité de principe général comme il en est de maints ordres juridiques internes et du droit communautaire⁹⁸.

Marc-André Eissen

⁹⁶ *Loc. cit.*, p. 21 (§§ 37-38).

⁹⁷ *Loc. cit.*, pp. 23-25 (opinion dissidente commune à MM. Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo et Valticos), 26-27 (opinion dissidente individuelle de M. Pettiti) et 28-30 (opinion dissidente de M. Martens, approuvée par M. Macdonald).

⁹⁸ Question soulevée voici déjà plus d'une douzaine d'années par Michele de Salvia, "La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour (...)", dans "Diritto comunitario e degli scambi internazionali", Milan (Franco Angeli), 1978, n° 3, pp. 463-493.

ESTUDOS

TERESA ALVES MARTINS
Jurista
do Gabinete de Documentação e Direito Comparado

**RELEASE PENDING TRIAL: THE GENERAL
PRINCIPLE***

* Texto da comunicação apresentada no Seminário de Riga, de 10 a 13 de Março de 1993, organizado pelo Conselho da Europa, em colaboração com o Ministério da Justiça da Letónia.

PART I – The general principles contained in the existing international instruments

Preliminary observations

I have been asked to say a few words about release pending trial. This raises the question about how a democratic society values the liberty of the individual facing a charge of violation of criminal law until he/she is proven guilty in accordance with the law.

Therefore, my paper will deal primarily with the deprivation in liberty pending trial, in particular with the remand in custody, and will then proceed to the alternative measures that may apply, in view of the release pending trial.

1. A fundamental issue of the criminal proceedings, in terms of a democratic society based on the rule of law, is the way it deals effectively with the **liberty** of the individual within the criminal justice system, whose ultimate goal is the promotion of the **dignity** of the person.

2. As a matter of fact, the value of liberty, which in itself is one of the **cornerstones** of the criminal proceedings, also constitutes, within the framework of the fundamental rights of the person, one of the **aims** of the criminal proceedings.

3. However, the several goals of the criminal procedure system — the accomplishment of justice and the discovery of truth; the protection of the fundamental rights of the persons, including the rights of the offender; and the reestablishment of peace in the community namely through the effective application of the criminal law, thus reaffirming the validity of the legal command that has been violated — are likely to be **conflicting goals** in essence.

This fact, makes it necessary to promote, within each particular case, a “**practical compatibility**”¹, in order to ensure that deprivation of liberty of any person still awaiting trial is reduced to the “minimum compatible with the interests of justice”, as stated in the fourth preambular paragraph of Recommendation R (80) 11, of the Council of Europe.

The existing international instruments

4. This aim can be recognized in the most relevant international instruments dealing with the subject.

5. In fact, it is present in the outcome of the activity of two instances to which I will refer now: at the european level, the Council of Europe and, at the universal level, the United Nations Organization. The instruments adopted within these two organizations, whether of a binding nature, such as a Convention or a Covenant, or of a non-binding nature, such as a Recommendation or a Declaration of Principles, remain a **basic reference** for other texts adopted at different levels (either bilateral or multilateral, regional or interregional and, of course, in the domestic law) around the world.

I will concentrate on the texts elaborated within the Council of Europe, which provide the basis for the present exposition. May I recall, however,

¹ Figueiredo Dias, «O Novo Código de Processo Penal», *BMJ*, no. 369 (1987), p. 5 e segs. João Castro e Sousa, *Os meios de coacção no novo Código de Processo Penal*, CEJ - O Novo Código de Processo Penal, 1988, p. 147 e segs.

that the main texts elaborated under the auspices of the United Nations, on this subject, are:

- The **Universal Declaration of Human Rights**, adopted by the General Assembly of the United Nations in 1948. It states that everyone has the right to liberty and security (article 3) and adds, that no one shall be subjected to arbitrary arrest or detention (article 9).
- The **Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners**, adopted during the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Geneva, 1955.
- The **International Covenant on Civil and Political Rights**, of 1966. This binding instrument provides a complete regulation of the conditions of arrest and detention and the treatment of such detainees (articles 9-12).
- More recently, the **Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment**, adopted by the General Assembly in December, 1988, aiming at a more effective stage of the **protection** of the persons placed under detention or imprisonment.
- Lastly, the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of the Offenders, held in Havana in 1990, approved a resolution intitled “Pre-trial detention”. In this interesting text, all relevant existing instruments of a general character were recalled and it was recommended to the Member States that use of pre-trial detention is made only if circumstances make it **strictly necessary** and as a **last resort** in criminal proceedings.

7. Speaking about the Council of Europe, the basic text produced in this matter is, as we all know, the **European Convention on Human Rights**, adopted in 1950 and since then completed by several Protocols, as well as by the case-law of the Commission and Court of Human Rights.

The European Convention provides the fundamental framework of an **international system of individual rights and guarantees** that should apply in a democratic society. To this end, it established an important set of rules, among them being **article 5**, whose scope is to ensure that **no one shall be arbitrarily deprived of his/her liberty**.

In this respect, the Court established that the term “liberty” is used in article 5 in its classical meaning, in the sense of the **physical liberty** of the person.

Therefore, the system set forth in article 5 is completed by Protocol no. 4 that concerns **restrictions to freedom of movement**, as laid down in article 2.

According to the latter provision, restrictions on the lawful exercise of the right to liberty of movement and freedom to choose one’s own residence, within the territory of a State, as well as the right to leave it, shall not exist, except to the extent necessary in a democratic society on limited grounds, among them being the prevention of crime.

We must also acknowledge the importance of the Recommendations addressed to the Member States, given that they provide a valuable guidance on the way the principles and rules elaborated within the Council of Europe should be effectively **implemented through national law and practice**.

In the matter we are dealing with, I may outline Resolution 65 (11) of April 9, 1965, on remand in custody and Recommendation of the Committee of Ministers R (80) 11, of June 27, 1980, concerning custody pending trial.

Furthermore, in the broader context of standard minimum rules for the treatment of all categories of prisoners, there are the specific provisions concerning **unconvicted** prisoners of Resolution (73) 5, of January 19, 1973 and of recent Recommendation R (87), concerning the European Prison Rules.

I will now refer to the general principles and will follow closely Recommendation R (80) 11 of the Committee of Ministers.

Important Note: In doing so, I will use indifferently the several terms (e.g. arrest, detention, custody) contained in the international texts elaborated in the matter, within the general concept of deprivation of liberty. It is important to note, in this respect, that the national law of each country is free to apply to its own concepts the terms contained in the European Convention and in the other international instruments, **provided that they fall under the objectives of those instruments**.

The general principles

8. The basic principle enshrined in article 6, par. 2 of the European Convention on Human Rights, as well as in article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, states that everyone charged with an offence is **presumed innocent** until proved guilty according to law.

9. In accordance with such principle, deprivation of liberty before trial may only take place under the **strict conditions** laid down in article 5, par. 1, letter c) of the European Convention, that is:

- on reasonable suspicion of having committed an offence; or
- when it is reasonably considered necessary to prevent further committing of an offence; or
- to prevent escape after having committed an offence.

10. The provisions of this paragraph have to be articulated with the contents of paragraph 3, according to which everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1, c) “shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be **entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial**”.

In this respect, the case-law of the European Court established that the guarantee envisaged in this paragraph is fulfilled by any of those authorities — judge or officer —, provided that they present the characteristics of **independence and impartiality**, that are inherent to the exercise of judicial power.

Furthermore, the last sentence of this paragraph states that release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

Paragraph 2 gives the person arrested a right to be informed promptly, in a language he/she understands, of the reasons for the arrest and of any charge against him/her.

This system is completed by two other important guarantees.

The first one, contained in paragraph 4, concerns the right of the person deprived of liberty to **challenge the lawfulness** of the detention through

speedy proceedings, as well as the right to have his/her release ordered if the detention is not lawful.

The second one is contained in paragraph 5, which states that everyone who has been the victim of arrest or detention in breach of the conditions laid down under par. 1, c) and, of course, of the provisions of the other relevant paragraphs, has an enforceable **right to compensation**.

These features are also contained in article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

11. In developing the principles contained in such rules and in order to ensure the effective implementation of the same rules, Recommendation R (80) 11 recommends that the Member States observe the following principles in their law and practice:

Deprivation of liberty of any person charged with an offence may be imposed only if such measure is **strictly necessary** and shall be limited to the extent strictly necessary. This is the assertion of the **principles of necessity, suitability and proportionality**.

The **principle of necessity**, (principles 1 and 3) of that Recommendation, implies that remand in custody can only be imposed under certain conditions that may justify it, in view of the requirements of prevention of the criminal proceedings. Those conditions are related to the preservation of evidence, the preservation of social peace, the prevention of future crime, or the prevention of the danger of escape — see also principle 3.

According to the **principle of suitability**, custody will have to be adequate to the particular case, in view of the requirements of prevention of the proceedings.

This means that, when considering whether custody should be ordered, it is not enough to take into account only the seriousness of the penalty, but also other factors that may concur into the case, such as, for instance, the strength of the evidence, the penalty likely to be incurred in the event of conviction, the character, antecedents and personal and social circumstances, or the conduct of the person concerned (principle 4).

Furthermore, it means, as implied in principle 9, that custody could not be avoided by imposing alternative measures.

The **principle of proportionality** implies that:

- custody shall not be imposed if deprivation of liberty would be disproportionate in relation to the nature of the alleged offence and the penalty which the offence carries (principle 7);
- custody shall not be continued if it is no longer necessary in the light of the conditions that made it admissible; and that
- it shall not be continued if the period spent in custody awaiting trial would be disproportionate to the sentence likely to be served in the event of conviction (principle 13).

12. This means, in conclusion, that custody pending trial shall be regarded as an **exception** and freedom shall be the rule.

Furthermore, custody pending trial shall not prevail whenever it can be replaced by other suitable measure implying less constraint, because of its **subsidiary** nature. Therefore, it shall not be compulsory and it shall be applied only if the particular circumstances of the case show it to be necessary, proportionate and suitable.

Finally, custody pending trial shall not be used for punitive reasons. This is because its application is not based on a previous conviction, but on the requirements of prevention of the criminal proceedings.

Safeguards and guarantees applicable to deprivation of liberty pending trial

13. Recommendation R (80) 11 also states that any person charged with an offence and deprived of his/her liberty shall be brought promptly before a judge or other person authorised to exercise judicial power and that such authority shall take a decision on his/her custody without delay (principle 2).

Thus, the person arrested will be entitled to a **prompt decision** on the **lawfulness** of its arrest and on the need to be kept in custody.

14. If custody is ordered, the record of the decision shall state as precisely as possible the subject matter of the charge and the reasons underlying the decision. It must be communicated promptly to the person concerned who shall be given a copy of it, in accordance with principle 8.

Motivation is essential to enable the concerned person, not only to understand the reasons why he/she is under custody, but also to react against the lawfulness of that detention and to exercise his/her rights of appeal as provided for in the domestic law and in the conventional law that may apply.

As a matter of fact, the right of appeal, the right to apply for release and the right to review *ex officio* at regular intervals of the decision that imposed remand in custody, are expressly recommended (principles 11 and 14).

15. The rights to legal counsel and to apply for legal aid are also recognized (principle 10).

16. Finally it must be outlined the right of the person concerned to be **informed** of his/her rights (principle 12).

17. It is also recommended that, before delivering a decision on custody, the judicial authority takes into account the information produced by the competent services, about the personal and social circumstances of the person concerned.

Principles applicable to alternative measures

13. As far as alternative measures are concerned, Recommendation R (80) 11, provides a non exhaustive list of possible alternative measures. These are, in general, non custodial measures, to be considered by the judicial authority, when examining whether custody pending trial can be avoided and successfully replaced by any of such measures (principle 15).

14. Furthermore it recommends that the person on whom any alternative measure is imposed shall, in so far as that measure requires it, have the

benefit of the same safeguards as are accorded to a person placed in custody pending trial.

Principles applicable to the investigation and trial

15. Recommendation R (80) 11 ends with a set of principles aimed at speeding up the proceedings, as a contribution to shorten the delays of detention.

Therefore, principle 16 recommends that the investigation of charges against persons kept in custody be conducted as **expeditiously** as possible and that priority is given to cases where the person concerned is in custody.

16. A very important recommendation is laid down in principle 17, in the sense that the period spent in custody pending trial shall be **deducted** from the length of the sentence.

17. A right to compensation should be established in favour of those who have been in custody and are subsequently not convicted (principle 18).

Case-law of the European Commission, and Court, of Human Rights

18. Before closing Part I of my paper, I would like to invite you to look at one of the most recent cases of the Court, the case of Tomasi (judgement of August 27, 1992), where the claimant argued the excessive length of the remand in custody in violation of article 5 (par. 3) of the Convention. There we can see how the Commission and the Court have applied article 5 of the European Convention and developed the principles above-mentioned.²

In the case, Mr. Tomasi has been remanded in custody for a period of 5 years and 7 months, for allegedly having committed a terrorist criminal offence.

² This is a free translation from the French version.

In spite of his several requests for release, remand in custody had been maintained on the following grounds: seriousness of the facts, need to preserve public order, risk of pressure on the witnesses or collusion between co-authors and danger of escape.

The Court, following its previous case-law considered that it is incumbent upon the national judicial authorities **to ensure that remand in custody does not overcome a certain length**. For that purpose those authorities have to **examine all the circumstances that may confirm or deny the real existence of a motive of public interest that is able to justify, in the light of the presumption of innocence, an exception to the rule of respect for individual liberty**.

Furthermore, the Court considered that the continuance of reasonable suspicion of his having committed an offence is a *conditio sine qua non* of the lawfulness of the remand in custody but that, **after a certain lapse of time**, it can no longer be considered **sufficient**.

It is, then, to the Court to establish whether or not there are other motives that still legitimate deprivation of liberty. If such motives exist and appear to be “pertinent” and “sufficient”, the Court has to ascertain further if the national authorities did act “expeditiously” as far as concerns the development of the proceedings.

Having stated that the duration of remand in custody did not appear in the case to have been caused, either by the complexity of the case or by the conduct of the claimant, the Court decided that there had been violation of article 5, par. 3.

In conclusion, I would retain the following main features that flow from the system established under article 5, par. 1. c), in connection with par. 3, of the European Convention.

- Deprivation of liberty, even when lawful at the moment it took place, is subject to time-limits, in order not to be considered excessive;
- Should such a situation occur, and given the absence of trial, deprivation of liberty cannot be maintained and the person concerned has to be released;
- However, release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

- Furthermore, given its exceptional nature, other measures of less constraint should be imposed instead of custody pending trial, whenever they are suitable and sufficient to guarantee the aims envisaged by remand in custody.

PART II — The Portuguese Legal Experience³

Preliminary observations

1. After the Revolution of 1974 and the establishment of a democratic regime in Portugal, a new Constitution was approved in 1976. A whole part was dedicated in it to fundamental rights, safeguards and guarantees, among which those related to the criminal law and to the guarantees of the penal proceedings.

With the 1976 Constitution, the principle of presumption of innocence became recognized at the constitutional level.

Portugal became a Member of the Council of Europe in that same year and, in 1978, ratified the European Convention on Human Rights.

Pursuant to this fundamental framework Portugal also ratified other relevant international instruments in the field of Human Rights, such as the International Covenant on Political and Civil Rights, of the United Nations, which entered into force for us in 1978.

³ Odete Oliveira, *As medidas de coacção no novo Código de Processo Penal*, CEJ - O Novo Código de Processo Penal, 1988, p. 165 e segs;
João Castro e Sousa (see note 1);
José António Barreiros (see note 4);
Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª ed., 1988;
Second periodic report submitted by Portugal under article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR/C/42/Add.1), October 1988. And *Boletim Documentação e Direito Comparado*, no. 43/44 (1990).

It should be stressed that in implementing the fundamental principles related to the penal law and procedure, notably through the approval of new legislation — in particular a new Penal Code in 1982 and a new Code of Penal Procedure in 1987 — the Portuguese law and practice was influenced by the recommendations contained in the international instruments meanwhile elaborated within the Council of Europe.

Therefore, the subsequent Amendment Acts, respectively Constitutional Laws of 1982 (no. 1/82, of 30 September) and of 1989 (1/89, of 8 July), included certain new rights in the Constitution.

This is the case, for example, of the **right to compensation** in case of any violation of the provisions of the Constitution and the law.

And the right of any person deprived of liberty to be immediately informed in a language he/she can understand, not only of the reasons of the arrest or detention, **but also of his/her rights**.

The fundamental and legal framework

2. **Article 27** of the Constitution takes account of the exceptions to the general principle that “No one shall be deprived of his/her freedom in whole or in part, except as the result of a court judgement convicting him/her of an offence punishable under the law by a prison sentence or as the result of the judicial application of a security measure (art. 27, par. 2).

Those exceptions are listed in five categories, from which I shall outline the following:

- remand in custody, where a person is caught in *flagrante delicto* or where there is strong evidence that he/she has committed a deliberate offence punishable by a maximum term of imprisonment of **more than three years**;
- detention by court order following failure to comply with a court decision, or for the purpose of ensuring appearance before the competent judicial authority.

In compliance with these two concepts, the Code of Penal Procedure deals separately with **remand in custody** (articles 191-228) and with

detention, which includes arrest, (articles 254-261), the purposes of which are the following (254):

- to bring the prisoner before a court within 48 hours after his arrest (to stand trial under summary proceedings); or
- within the same time-limit, before the examining magistrate competent to carry out the initial judicial interrogatory or to impose remand in custody or other alternative measure; or
- to bring the arrested person immediately before a court for procedural purposes (that is, to accomplish a procedural activity where his/her presence is necessary).

This point is important because, given the different purposes of remand in custody and detention, I will make no further reference to detention when further describing the Portuguese legal system concerning custody and measures of provisional release, pending trial.

Other paragraphs of article 27 of the Constitution recognize the right to be informed and, as stated earlier, the right to compensation.

Article 28 of the Constitution sets out the fundamental features of remand in custody, as follows:

- arrest before charge is subject, within **48 hours**, to a court order confirming or continuing detention;
- the judge assesses the reasons of the detention and informs the detained person thereof. Before issuing a decision, the judge questions the detained person and gives him/her an opportunity to defend him or herself;
- remand in custody **shall not be continued** if it can be replaced by another measure more favourable, as provided for by law;
- remand in custody is subject, before and after the charge, to the time-limits laid down by law.

Article 32, par. 2, of the Constitution concerns the presumption of innocence and clarifies that “Any person charged with an offence shall be presumed innocent **until his conviction has acquired the force of**

res judicata". Trial shall occur as soon as compatible with safeguards for the defence.

3. Let us see, then, how those principles are expressed in the Code of Penal Procedure, entered into force in 1988.^{see note 4}

The Code contains a separate set of rules relating to the comprehensive regulation of measures, under the general heading of **measures of constraint**.

Their common features are their instrumental character to the fulfilment of the specific aims of the criminal proceedings and the imposition of limitations of a lesser or a major degree to the liberty of the person.

The measures of constraint are the following:

- **term of identity and residence**, consisting of an obligation to appear before the judicial authority or to remain at the disposal of such authority;
- **bail** — it may be applied if the offence is punishable by imprisonment;
- **obligation to appear periodically** before a judicial authority or a police authority — it may be applied if the offence carries a maximum prison term of more than six months;
- **temporary disqualifications for certain professional activities or rights** — it may be applied if the offence carries a maximum prison term of more than two years;
- **restriction on staying in a place, leaving it or establishing certain contacts** — it may be applied in case of strong suspicion of perpetration of a deliberate offence carrying a maximum prison term of more than three years;

⁴ Every article indicated without reference to the text to which it belongs is meant to be referred to the Code of Penal Procedure.

- **requirement to remain at home** — it may be applied in case of strong suspicion of perpetration of a deliberate offence carrying a maximum prison term of more than three years;
- **remand in custody** — it may be applied, **if all the other measures have been considered insuitable or insufficient**, on the basis of strong suspicion of perpetration of a deliberate offence carrying a maximum prison term of more than three years.

As we can see, there is a sort of **legal hierarchy**⁵ concerning the scope of application of each measure, that ends up with remand in custody, in compliance with its exceptional and subsidiary nature.

General principles and conditions of application

4. All these measures are subject to the principles of legality, suitability and proportionality (articles 19-195).

Only those measures that are exhaustively established in the successive articles may apply and limit, in whole or in part, the liberty of the persons. This is the **principle of legality** (article 191).

On the other hand, the liberty of persons may only be limited in view of the requirements of prevention of the criminal proceedings — and this is the assertion of **necessity**.

The principles in question concern not only the **adoption** of a given measure, but also its **execution**. That's why the law states (article 193, par. 3) that the execution of the measures of constraint shall not affect the exercise of those fundamental rights which are not incompatible with the requirements of prevention in the individual case.

Let us see an example: restriction on leaving the place of residence (be it a village or district, for instance), may be subject, (if not incompatible with the requirements of the individual case), to previous authorisation to

⁵ José António Barreiros, "As medidas de coacção e de garantia patrimonial no novo Código de Processo Penal", *BMJ*, no. 371 (1987), p. 5 e segs.

circulate to a predeterminate place like the place of work, thus observing the right to work also enshrined in the Constitution.

5. The **pre-conditions** of the application of any measure are the following:

- their use depend on whether the person has first been duly charged. This will enable the person concerned to make full use of the means for its defense as provided for by the law (art. 192, par. 1) — for instance, right to be heard, right to legal counsel, right to remain silent;
- they may not be applied if there are good grounds for believing that there are causes entailing exemption from responsibility or termination of the criminal proceedings.

With this condition, the law intends to avoid the imposition of a measure of constraint when there is no basis for sentencing the person concerned (article 192, par. 2). These are mainly the cases of immunity from prosecution or from the sentence, by reason of lapse of time (articles 117 to 127 of the Penal Code), but I believe they also concern cases such as self-defense or the accomplishment of higher duty.

- Should imposition of a given measure (e.g. remand in custody) depend on the extent of the penalty, this will be the maximum limit of the penalty carried by the offence in question (article 195).

6. But even if there is scope for the application of any particular measure of constraint, and with the single exception of the term of identity and residence, that measure may only be used under the following **conditions**:

- the alleged offender escaped or there is danger of escape;
- there is danger the alleged offender interferes with the inquiry or the investigations, namely as concerns obtaining or preserving the evidence;

- reasons of prevention result from the danger of his/her committing new crimes or of troubling public order and peace, in the light of the nature and circumstances of the crime or of the personality of the person in question.

7. **Competent authority:** the measures shall be applied by the judge, on the request of the Public Prosecutor during the inquiry, and thereafter, even *ex officio*, after hearing the Public Prosecutor (article 194, par. 1).

The only exception concerns the term of identity and residence. In certain cases, it may be applied directly by the Public Prosecutor, who, under the Portuguese law, has a high degree of autonomy and constitutes a separate body hierarchically organised. The head of this hierarchy is the Attorney-General.

Revocation, modification and termination

8. The **provisional character** of the measures of constraint, which is a necessary effect of the principle of presumption of innocence, is also underlying the detailed regulation of their conditions for revocation, modification and termination.

Revocation is immediately (this is the expression of the law) ordered by the judge in case the circumstances underlying its application no longer exist (article 212, par. 1, b).

However, a revoked measure may be **re-imposed** for supervening reasons. In such case, the time-limits will still apply as if the measure had not been interrupted (article 212, par. 2).

Reversely, if the circumstances become less serious, the judge may **replace** a measure for a simpler one or **modify the conditions of its execution** (for instance, instead of absolute restriction of movement the judge may authorise circulation under certain conditions or within certain places).

Regulations also apply to the **time-limits for several measures**, which for the most part are established in connection with time-limits for

remand in custody. Only the term of residence and bail may be maintained until the end of the proceedings (article 218).

This is important, because exceeding the length of a particular measure may give ground to challenge it.

In fact, the decision to impose or to continue any measure of constraint may be challenged through an **appeal**. This appeal shall be decided within **30 (thirty) days** running from the day the request was lodged before the Court of Appeal (article 219). In general, the appeal does not suspend the effects of the challenged decision (article 408, par. 2, b).

But the **termination** of measures of constraint is **not limited to their ending after a certain period of time**. The dynamics of the proceedings does also play a fundamental role in the duration of those measures.

Therefore, if after the inquiry — which begins the proceedings — the person previously charged is not formally accused, any measure pending at the time shall terminate immediately.

Another example concerns the acquittal, where the measure terminated may not be re-imposed, even in case of appeal.⁶

The reason underlying this legal solution is the reinforcement of the presumption of innocence, as a result of the acquittal.

Specific features of remand in custody: periodical review, time-limits, *habeas corpus*

I would like to end this exposition with a reference to the specific features of remand in custody, which, for obvious reasons, deserves a more detailed treatment under the law, as well as in the case-law of our courts and in the doctrine.

⁶ There is a single exception to this rule, in case a conviction was issued upon review. From that date on, until the moment the judgement has acquired the force of *res judicata* (which in fact is a very short time — ten (10) days) —, a measure may then be imposed.

Specific conditions of application

15. Remand in custody is clearly defined as a measure of last resort, in compliance with its exceptional nature.

Therefore, when deciding on remand in custody, if the requirements of prevention are met (danger of escape, of interference with the proceedings or of troubling public order and peace), the judge has to ascertain **specifically** (article 202):

- if, in the light of the facts of the case, there are strong grounds for believing that the person in question committed a serious offence punishable by a maximum prison term of more than three years (par. 1, a);

Note: There are other specific cases to which remand in custody is applicable, subject to the same general principles and conditions, but they do not fit into this context and, therefore, I shall live them aside.

and,

- if none of the other measures of restraint is able to answer in a suitable or sufficient way to the requirements of prevention of the case.

Only then may the judge impose remand in custody if it appears to be proportionate to the seriousness of the offence and to the penalty probably applicable, in accordance with the principle of proportionality (article 193, par. 1).

16. In accordance with these features, the law approving the present Code of Penal Procedure also abolished the former system (lastly laid down in Decree-Law 477/82, of 22 December 1982) of **compulsory remand in custody for certain categories of offences considered to be more serious**, their effects having a bigger impact in public opinion.

Instead, the judge in such cases has to motivate its decision **not to apply** remand in custody (article 209). This stresses the subsidiary nature of the measure, which is now evaluated on a case by case basis.

Periodical review

17. Specific provisions apply to the revocation, modification and termination of remand in custody.

Beyond the review at any time, in the general terms of revocation or modification of any measure of constraint, the decision to remand in custody is subject to **periodical review**, *ex officio*, every three months (article 213, par. 1). The judge reassesses whether remand should be maintained, replaced by another measure of constraint or simply revoked.

For that purpose, it should be noted that the judge may ask for a social report to the Institute for Social Reintegration, in line with the international recommendations in this respect (article 213, par. 3).

The Institute is an entity of the penitentiary system which has specific competence to collaborate with the courts in the application of criminal penalties (and also in the execution of alternative measures to imprisonment), through the elaboration of reports on the personality, or on the social, professional and familiar ties of the offender.

Time-limits

17. Strict regulations apply to time-limits of remand in custody.

The maximum time-limits of remand in custody are established in relation with the several stages of the criminal proceedings. The **general rule** states that no one can be remanded in custody for **more than two years** since the date the judge decided to remand him/her in custody until the moment where the final judgement has acquired the force of *res judicata*.

Therefore, the time-limits for remand in custody during the successive stages of the proceedings are the following:

- six (6) months since the date the person concerned has been remanded if that person has not yet, by then, been accused of an offence. (It should be noted that this is also the maximum time-limit laid down in the law for the corresponding stage of the investigations, which we call the inquiry procedure);

- ten (10) months running from that initial date, if the judge — which is the examining judge — has not yet, by then, delivered a decision to bring the case for trial. This decision is delivered at the end of a second stage of criminal investigations, which is optional in nature and only takes place at the request of the victim, duly represented, or of the alleged offender;
- eighteen (18) months running from that initial date, if the judgement in first instance is not yet delivered, by then;
- two (2) years, running from that initial date, if the judgement has not yet, by then, acquired the force of *res judicata*.

However, the law sets out some exceptions to this general rule, on the basis of the following factors:

- the nature of the crime: the time-limits are longer for certain types of offences, laid down in the law, that are considered to be more serious (e.g. illicit drug trafficking, criminal association, car theft). In this case, the time-limits above-mentioned are extended up, respectively, to eight (8) months, one year, two years and thirty (30) months;
- the exceptional complexity of the proceedings, whenever they relate to any of those particularly serious types of offence.

The law does not provide for an exhaustive list of the criteria concerning complexity, and leaves it to the judge to ascertain that complexity, in view of the circumstances of the case.

However, it does provide two examples. The first one concerns the number of offenders or victims (thus referring to the gravity of the offence and of its effects). The second one concerns the character highly organised of the offence;

- the existence of an appeal pending in the Constitutional Court; or when the criminal proceedings have been suspended to allow another court to appreciate a question of another nature that is

pending there (e.g. the question of property that is important to the criminal proceedings relating to an offence of theft).

Therefore, whenever a time-limit has been reached in a particular stage of the proceedings, and this stage was not concluded within the legal delays, the detained person has to be immediately released⁷.

But in case of release, what happens, then, to the situation of the person released?

Because the release occurs by virtue of the time-limits, the judge may apply another non-custodial measure of constraint, deemed to be fit.

However, this does not prejudice the possibility that the person is remanded in custody again if a new stage of the proceedings begins.

In fact, a court has already interpreted the provisions on time-limits, (judgement of the Court of Appeal of Lisbon, 8 May 1991), stating in the case that:

“the person charged may be remanded in custody again within a further stage of the proceedings provided that the factual premisses of the remand in custody still exist and that the global time-limit has not yet reached its maximum, as laid down in the law.”

Legal remedies

18. The person who considers himself/herself to be illegally kept in custody can apply for *habeas corpus*.

I will not develop this issue further, as it will be the subject of another report.

I will only point out that this is a specific remedy to control the legality of the duration of the measure. Beyond this legal possibility, there is also the general right of appeal, that I mentioned before, and which can be used, namely, against the judicial decision imposing remand in custody or its continuance.

⁷ It should be noted, however, that this does not prejudice the possibility of the person concerned being remanded in custody within another pending proceedings (article 217).

Right to compensation

14. The Portuguese Constitution already stated that “Any deprivation of liberty in breach of the provisions of the Constitution and the law shall place on the State an obligation to compensate the victim in accordance with the law”.

Following the ratification by Portugal of the European Convention on Human Rights and other relevant international instruments, the Code of Penal Procedure states that a compensation is due by virtue of **unlawful** or **injustified** detention or remand in custody (articles 225 and 226).

Remand in custody is deemed to be unjustified (article 225, par. 2):

- in case of an obvious error in assessing the factual premisses on which the decision to remand in custody is based;
- if the deprivation of liberty has caused abnormal and very serious harm, unless the prisoner helped create the situation by intent or negligence.

In conclusion, I would retain the following main features of the Portuguese legal framework concerning the measures of constraint:

- The matter is expressly dealt with at the constitutional level, as concerns the basic principles applying to deprivation of liberty;
- Those principles are developed at the ordinary level, in the Code of Penal Procedure.

Accordingly, any measure of constraint is subject to the principles of legality, suitability, proportionality and of necessity, which is evaluated in view of the requirements of prevention of the case;

- Remand in custody is an exceptional and subsidiary measure, that can not be maintained whenever it can be replaced by another measure of constraint that is more favourable;
- Strict regulations apply to the revocation, modification and termination of any measure of constraint, as well as to their

respective time-limits. In the same context, specific regulations apply to remand in custody.

- The law sets out the right of appeal, including *habeas corpus* against illegal deprivation of liberty, as well as the right to compensation.

Concluding remarks

It was my intention to provide a picture, as clear as possible, of the general framework of release pending trial.

The principles and conditions applying to it, as laid down in the international instruments, provide a general framework that is to be adapted, within objectively reasonable limits, to the reality of each particular country, taking in due account the social values and the main features of its society.

But far beyond the language of the law, it is through the dialogue, and through the activity of those actively involved in the machinery of Justice — namely the judges, the Members of Prosecution, the lawyers, the police, and, in general, the judicial or legal officers — that those principles can be fully implemented and respected.

Thank you very much.

DOCUMENTAÇÃO

**DECLARATION
DES DROITS DES PERSONNES
APPARTENANT
A DES
MINORITES NATIONALES OU ETHNIQUES,
RELIGIEUSES ET LINGUISTIQUES ***

* Rapport sur la 92ème séance plénière du 18 décembre 1992: A/47/678(Add.2).

L'Assemblée générale,

Réaffirmant que l'un des principaux buts des Nations Unies, selon la Charte, est de réaliser la coopération internationale en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion,

Sachant qu'il importe d'appliquer plus efficacement encore les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, quant aux droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques,

Notant avec satisfaction que les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme accordent une attention croissante à la protection des minorités et à la non-discrimination à leur égard,

Considérant les dispositions de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui a trait aux droits des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques,

Considérant que l'Organisation des Nations Unies a un rôle de plus en plus important à jouer touchant la protection des minorités,

Avant à l'esprit, les travaux accomplis jusqu'ici par le système des Nations Unies, en particulier par les mécanismes pertinents de la Commis-

sion des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, pour promouvoir et protéger les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques,

Constatant les résultats importants obtenus à cet égard dans les cadres régionaux, sous-régionaux et bilatéraux, qui peuvent utilement inspirer l'action future de l'Organisation,

Soulignant la nécessité d'assurer à tous, sans discrimination d'aucune sorte, la pleine jouissance et le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales et soulignant à cet égard l'importance du projet de déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques,

Rappelant sa résolution 46/115 du 17 février 1991, la résolution 1992/16 de la Commission des droits de l'homme, en date du 21 février 1992, par laquelle la Commission a approuvé le texte du projet de déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, et la résolution 1992/4 du Conseil économique et social du 20 juillet 1992, que le Conseil a recommandée à l'Assemblée générale pour adoption et suite à donner,

Ayant examiné la note du Secrétaire général*,

1. *Adopte* la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, dont le texte est joint en annexe à la présente résolution;

2. *Prie* le Secrétaire générale d'assurer la plus large diffusion possible à la Déclaration et d'en inclure le texte dans la prochaine édition de la publication intitulée "Droits de l'homme: recueil d'instruments internationaux":

3. *Invite* les institutions et organismes des Nations Unies, ainsi que les organisations intergouvernementales et non gouvernementales, à intensi-

* A/47/501.

fier leurs efforts pour faire connaître la Déclaration et en faire comprendre la teneur;

4. *Invite* les organes et organismes compétents des Nations Unies, notamment les organes créés en vertu d'instruments internationaux, ainsi que les représentants de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, à tenir dûment compte de la Déclaration dans l'exécution de leurs fonctions;

5. *Prie* le Secrétaire général d'étudier des moyens permettant d'assurer une promotion effective de la Déclaration, et de faire des propositions à ce sujet;

6. *Prie* le Secrétaire général de lui rendre compte à sa quarante-huitième session de l'application de la présente résolution, au titre du point de l'ordre du jour intitulé "Questions relatives aux droits de l'homme".

ANNEXE

DECLARATION DES DROITS DES PERSONNES APPARTENANT A DES MINORITÉS NATIONALES OU ETHNIQUES, RELIGIEUSES ET LINGUISTIQUES

L'Assemblée générale,

Réaffirmant que l'un des principaux buts des Nations Unies, selon la Charte, est de promouvoir et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion,

Réaffirmant sa foi dans les droits de l'homme fondamentaux, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes et des nations, grandes et petites,

Désireuse de promouvoir le respect des principes contenus dans la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction et la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que dans d'autres instruments internationaux pertinents qui ont été adoptés sur le plan universel ou régional et dans ceux qui ont été exclus entre différents Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies,

S'inspirant des dispositions de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant les droits des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques,

Considérant que la promotion et la protection des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques contribuent à la stabilité politique et sociale des Etats dans lesquels elles vivent,

Soulignant que la promotion constante et la réalisation des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, faisant partie intégrante de l'évolution de la société dans son ensemble et s'inscrivant dans un cadre démocratique fondé sur la légalité, contribueraient au renforcement de l'amitié et de la coopération entre les peuples et les Etats,

Considérant que les Nations Unies ont un rôle important à jouer en ce qui concerne la protection des minorités,

Considérant les travaux déjà accomplis au sein du système des Nations Unies, notamment par la Commission des droits de l'homme, par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités et par les organes créés en application des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et d'autres instruments internationaux per-

fier leurs efforts pour faire connaître la Déclaration et en faire comprendre la teneur;

4. *Invite* les organes et organismes compétents des Nations Unies, notamment les organes créés en vertu d'instruments internationaux, ainsi que les représentants de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, à tenir dûment compte de la Déclaration dans l'exécution de leurs fonctions;

5. *Prie* le Secrétaire général d'étudier des moyens permettant d'assurer une promotion effective de la Déclaration, et de faire des propositions à ce sujet;

6. *Prie* le Secrétaire général de lui rendre compte à sa quarante-huitième session de l'application de la présente résolution, au titre du point de l'ordre du jour intitulé "Questions relatives aux droits de l'homme".

ANNEXE

DECLARATION DES DROITS DES PERSONNES APPARTENANT A DES MINORITÉS NATIONALES OU ETHNIQUES, RELIGIEUSES ET LINGUISTIQUES

L'Assemblée générale,

Réaffirmant que l'un des principaux buts des Nations Unies, selon la Charte, est de promouvoir et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion,

Réaffirmant sa foi dans les droits de l'homme fondamentaux, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes et des nations, grandes et petites,

Désireuse de promouvoir le respect des principes contenus dans la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction et la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que dans d'autres instruments internationaux pertinents qui ont été adoptés sur le plan universel ou régional et dans ceux qui ont été exclus entre différents Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies,

S'inspirant des dispositions de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant les droits des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques,

Considérant que la promotion et la protection des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques contribuent à la stabilité politique et sociale des Etats dans lesquels elles vivent,

Soulignant que la promotion constante et la réalisation des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, faisant partie intégrante de l'évolution de la société dans son ensemble et s'inscrivant dans un cadre démocratique fondé sur la légalité, contribueraient au renforcement de l'amitié et de la coopération entre les peuples et les Etats,

Considérant que les Nations Unies ont un rôle important à jouer en ce qui concerne la protection des minorités,

Considérant les travaux déjà accomplis au sein du système des Nations Unies, notamment par la Commission des droits de l'homme, par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités et par les organes créés en application des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et d'autres instruments internationaux per-

tinents relatifs aux droits de l'homme, en vue de promouvoir et de protéger les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques,

Tenant compte de l'important travail effectué par des organisations intergouvernementales et non gouvernementales pour ce qui est de protéger les minorités et de promouvoir et protéger les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques,

Consciente de la nécessité d'assurer une mise en oeuvre encore plus efficace des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme pour ce qui est des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques,

Proclame la présente Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques:

Article premier

1. Les Etats protègent l'existence et l'identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse et linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité.

2. Les Etats adoptent les mesures législatives ou autres qui sont nécessaires pour parvenir à ces fins.

Article 2

1. Les personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (ci-après dénommées personnes appartenant à des minorités) ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque.

2. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique.

3. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de prendre une part effective, au niveau national et, le cas échéant, au niveau régional, aux décisions qui concernent la minorité à laquelle elles appartiennent ou les régions dans lesquelles elles vivent, selon des modalités qui ne soient pas incompatibles avec la législation nationale.

4. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de créer et de gérer leurs propres associations.

5. Les personnes appartenant à des minorités ont le droit d'établir et de maintenir, sans aucune discrimination, des contacts libres et pacifiques avec d'autres membres de leur groupe et avec des personnes appartenant à d'autres minorités, ainsi que des contacts au-delà des frontières avec des citoyens d'autres Etats auxquels elles sont liées par leur origine nationale ou ethnique ou par leur appartenance religieuse ou linguistique.

Article 3

1. Les personnes appartenant à des minorités peuvent exercer leurs droits, notamment ceux qui sont énoncés dans la présente Déclaration, individuellement aussi bien qu'en communauté avec les autres membres de leur groupe, sans aucune discrimination.

2. Les personnes appartenant à des minorités ne doivent souffrir en aucune façon du fait qu'elles exercent ou n'exercent pas les droits énoncés dans la présente Déclaration.

Article 4

1. Les Etats prennent, le cas échéant, des mesures pour que les personnes appartenant à des minorités puissent exercer intégralement et

effectivement tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales, sans aucune discrimination et dans des conditions de pleine égalité devant la loi.

2. Les Etats prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes, sauf dans le cas de pratiques spécifiques qui constituent une infraction à la législation nationale et sont contraires aux normes internationales.

3. Les Etats devraient prendre des mesures appropriées pour que, dans la mesure du possible, les personnes appartenant à des minorités aient la possibilité d'apprendre leur langue maternelle ou de recevoir une instruction dans leur langue maternelle.

4. Les Etats devraient, le cas échéant, prendre des mesures dans le domaine de l'éducation afin d'encourager la connaissance de l'histoire, des traditions, de la langue et de la culture des minorités qui vivent sur leurs territoires. Les personnes appartenant à des minorités devraient avoir la possibilité d'apprendre à connaître la société dans son ensemble.

5. Les Etats devraient envisager des mesures appropriées pour que les personnes appartenant à des minorités puissent participer pleinement au progrès et au développement économiques de leur pays.

Article 5

1. Les politiques et programmes nationaux sont élaborés et mis en oeuvre compte dûment tenu des intérêts légitimes des personnes appartenant à des minorités.

2. Des programmes de coopération et d'assistance entre Etats devraient être élaborés et mis en oeuvre compte dûment tenu des intérêts légitimes des personnes appartenant à des minorités.

Article 6

Les Etats devraient coopérer sur les questions relatives aux personnes appartenant à des minorités, notamment échanger des informations et des données d'expérience afin de promouvoir la compréhension mutuelle et la confiance.

Article 7

Les Etats devraient coopérer afin de promouvoir le respect des droits énoncés dans la présente Déclaration.

Article 8

1. Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut empêcher les Etats de s'acquitter de leurs obligations internationales à l'égard des personnes appartenant à des minorités. En particulier, les Etats doivent s'acquitter de bonne foi des obligations et des engagements qu'ils ont assumés au titre des traités ou accords internationaux auxquels ils sont parties.

2. L'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration ne porte pas atteinte à la jouissance par quiconque des droits de l'homme et des libertés fondamentales universellement reconnus.

3. Les mesures prises par les Etats afin de garantir la jouissance effective des droits énoncés dans la présente Déclaration ne doivent pas a priori être considérés comme contraires au principe de l'égalité contenu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

4. Aucune des dispositions de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme autorisant une quelconque activité contraire aux buts et principes des Nations Unies, y compris à l'égalité souveraine, à l'intégrité territoriale et à l'indépendance politique des Etats.

Article 9

Les institutions spécialisées et autres organismes des Nations Unies contribuent à la pleine réalisation des droits et des principes énoncés dans la présente Déclaration, dans leurs domaines de compétence respectifs.

**CONFERENCE MONDIALE
SUR LES
DROITS DE L'HOMME**

**DECLARATION ET PROGRAMME D'ACTION
DE VIENNE**

LA CONFERENCE MONDIALE SUR LES DROITS DE L'HOMME

Considérant que la promotion et la protection des droits de l'homme est une question prioritaire pour la communauté internationale et que sa tenue offre une occasion unique de procéder à une analyse globale du système international des droits de l'homme et des mécanismes de protection de ces droits, afin d'inciter à les respecter intégralement et donc d'en promouvoir le plein exercice, de manière équitable et équilibrée,

Reconnaissant et affirmant que tous les droits de l'homme découlent de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine, que la personne humaine est le sujet même des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que, par conséquent, elle doit en être le principal bénéficiaire et participer activement à leur réalisation,

Réaffirmant son attachement aux buts et principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme,

Réaffirmant l'engagement pris à l'Article 56 de la Charte des Nations Unies d'agir, tant conjointement que séparément, en accordant l'importance qu'il mérite au développement d'une coopération internationale efficace pour atteindre les buts énoncés à l'Article 55, y compris le respect

universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous,

Soulignant l'obligation qu'ont tous les Etats, conformément à la Charte des Nations Unies, de développer et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion,

Rappelant le préambule de la Charte des Nations Unies, en particulier la détermination des peuples des Nations Unies à proclamer à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites,

Rappelant en outre la détermination des peuples des Nations Unies, exprimée dans le préambule de la Charte des Nations Unies, à préserver les générations futures du fléau de la guerre, à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international, à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande, à pratiquer la tolérance et à vivre en bon voisinage et à recourir aux institutions internationales pour favoriser le progrès économique et social de tous les peuples,

Soulignant que la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui constitue un modèle commun à suivre pour tous les peuples et toutes les nations, est la source d'inspiration de l'Organisation des Nations Unies et l'assise à partir de laquelle elle a progressivement élaboré les normes énoncées dans les instruments internationaux en vigueur dans le domaine considéré, en particulier dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,

Considérant les importants changements qui se produisent sur la scène internationale et le fait que tous les peuples aspirent à l'instauration d'un ordre international reposant sur les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, laquelle souligne notamment la nécessité de promouvoir et

d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ainsi que le respect du principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et sur la paix, la démocratie, la justice, l'égalité, l'Etat de droit, le pluralisme, le développement, l'amélioration des conditions de vie et la solidarité,

Profondément préoccupée par les diverses formes de discrimination et de violence auxquelles les femmes continuent d'être exposées dans le monde entier,

Reconnaissant que les activités de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme devraient être rationalisées et améliorées pour renforcer les mécanismes de l'Organisation dans ce domaine et pour contribuer au respect universel et effectif des normes internationales en la matière,

Ayant pris acte des déclarations adoptées par les trois réunions régionales tenues à Tunis, à San José et à Bangkok et des communications faites par les gouvernements, et ayant présentes à l'esprit les suggestions émises par les organisations intergouvernementales et non gouvernementales ainsi que les études établies par des experts indépendants au cours des préparatifs de la Conférence,

Se félicitant de la célébration, en 1993, de l'Année internationale des populations autochtones du monde par laquelle se trouve réaffirmé l'engagement de la communauté internationale d'assurer à ces populations la jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales et de respecter la valeur et la diversité de leurs cultures et leur identité,

Reconnaissant également que la communauté internationale devrait concevoir des moyens pour éliminer les obstacles actuels, faire face aux difficultés qui entravent la pleine réalisation de tous les droits de l'homme et mettre fin aux violations continuelles de ces droits qui en résultent dans le monde entier,

Invoquant l'esprit et les réalités de notre temps pour demander aux peuples du monde et à tous les Etats Membres de l'Organisation des Na-

tions Unies de se consacrer à nouveau à la tâche universelle que constitue la promotion et la protection de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales afin d'en garantir la jouissance intégrale et universelle,

Soucieuse de renforcer la détermination de la communauté internationale en vue de la réalisation de progrès sensibles dans l'action menée en faveur des droits de l'homme, grâce à un effort accru et soutenu de coopération et de la solidarité internationales,

ADOpte SOLENNELLEMENT LA DECLARATION ET LE PROGRAMME D'ACTION SUIVANTS

I

1. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme l'engagement solennel pris par tous les Etats de s'acquitter de l'obligation de promouvoir le respect universel, l'observation et la protection de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, conformément à la Charte des Nations Unies, aux autres instruments relatifs aux droits de l'homme et au droit international. Le caractère universel de ces droits et libertés est incontestable.

Dans ce contexte, le renforcement de la coopération internationale dans le domaine des droits de l'homme est essentiel pour que les objectifs de l'Organisation des Nations Unies soient pleinement atteints.

Les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont inhérents à tous les êtres humains; leur promotion et leur protection incombent au premier chef aux gouvernements.

2. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel.

Compte tenu de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupation étrangères, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme reconnaît que les peuples ont le droit de prendre toute mesure légitime, conformément à la Charte des Nations Unies, pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Elle considère que le déni du droit à l'autodétermination est une violation des droits de l'homme et souligne qu'il importe que ce droit soit effectivement réalisé.

En application de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, ce qui précède ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'Etats souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité de droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune.

3. Il faudrait prendre des mesures internationales efficaces pour garantir et contrôler l'application des normes relatives aux droits de l'homme à l'égard des populations soumises à une occupation étrangère et leur assurer une protection juridique efficace contre la violation de ces droits conformément aux normes relatives aux droits de l'homme et au droit international, en particulier à la Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et aux autres normes du droit humanitaire applicables.

4. La promotion et la protection de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales doivent être considérées comme un objectif prioritaire de l'Organisation des Nations Unies conformément à ses buts et principes, eu égard en particulier à l'objectif de coopération internationale. Eu égard à ces buts et principes, la promotion et la protection de tous les droits de l'homme est une préoccupation légitime de la communauté internationale. Les organes et les institutions spécialisées s'occupant des droits de l'homme doivent donc renforcer encore la coordination de leurs activités en se fondant sur l'application uniforme et objective des instruments internationaux en la matière.

5. Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.

6. Les efforts du système des Nations Unies en faveur du respect et de la mise en oeuvre universels des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous contribuent à la stabilité et au bien-être nécessaires à l'établissement de relations pacifiques et amicales entre les nations, ainsi qu'à l'établissement de conditions plus propices à la paix, à la sécurité et au développement social et économique, conformément à la Charte des Nations Unies.

7. La promotion et la protection des droits de l'homme devraient se faire conformément aux buts et principes de la Charte des Nations Unies et au droit international.

8. La démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont interdépendants et se renforcent mutuellement. La démocratie est fondée sur la volonté, librement exprimée, du peuple qui détermine le système politique, économique, social et culturel, qui sera le sien et sur sa pleine participation à tous les aspects de la vie de la société. Cela posé, la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux niveaux national et international, devraient être universelles et se réaliser sans l'imposition d'aucune condition.

La communauté internationale devrait s'employer à renforcer et promouvoir la démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le monde entier.

9. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que les pays les moins avancés qui s'attachent à faire progresser la démocratisa-

tion et les réformes économiques, dont nombre de pays africains, devraient recevoir l'appui de la communauté internationale de manière à franchir le cap du passage à la démocratie et au développement économique.

10. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que le droit au développement, tel qu'il est établi dans la Déclaration sur le droit au développement, est un droit universel et inaliénable qui fait partie intégrante des droits fondamentaux de la personne humaine.

Ainsi qu'il est dit dans la Déclaration sur le droit au développement, la personne humaine est le sujet central du développement.

Si le développement facilite la jouissance de tous les droits de l'homme, l'insuffisance de développement ne peut être invoquée pour justifier une limitation des droits de l'homme internationalement reconnus.

Les Etats devraient coopérer pour assurer le développement et éliminer les obstacles qui s'y opposent. La communauté internationale devrait promouvoir une coopération internationale efficace pour éliminer ces obstacles et réaliser le droit au développement.

Pour progresser durablement dans la réalisation du droit au développement, il faut, au niveau national, des politiques de développement efficaces et, au niveau international, des relations économiques équitables et un environnement économique favorable.

11. Le droit au développement devrait se réaliser de manière à satisfaire équitablement les besoins des générations actuelles et futures en matière de développement et d'environnement. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme reconnaît que le déversement illicite de substances et de déchets toxiques et nocifs peut constituer une grave menace pour les droits de chacun à la vie et à la santé.

En conséquence, elle engage tous les Etats à adopter et appliquer énergiquement les conventions en vigueur concernant le déversement de produits et déchets toxiques ou nocifs et à coopérer à la prévention des déversements illicites.

Chacun a le droit de jouir des fruits du progrès scientifique et des applications. Notant que certaines avancées, notamment dans les sciences biomédicales et les sciences de la vie ainsi que dans les techniques de l'information, peuvent avoir des conséquences néfastes pour l'intégrité, la dignité de l'individu et l'exercice de ses droits, la Conférence mondiale sur

les droits de l'homme appelle les Etats à coopérer de manière à veiller à ce que les droits et la dignité de la personne humaine soient pleinement respectés dans ce domaine d'intérêt universel.

12. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme lance un appel à la communauté internationale pour qu'elle mette tout en oeuvre afin d'alléger le fardeau de la dette extérieure des pays en développement de manière à compléter les efforts que déploient les gouvernements de ces pays pour réaliser pleinement les droits économiques, sociaux et culturels de leur population.

13. La nécessité s'impose aux Etats et aux organisations internationales, agissant en coopération avec les organisations non gouvernementales, de créer, aux niveaux national, régional et international, des conditions propres à assurer la jouissance pleine et effective des droits de l'homme. Les Etats devraient mettre un terme à toutes les violations des droits de l'homme et en éliminer toutes les causes ainsi que les obstacles à la jouissance de ces droits.

14. L'extrême pauvreté généralisée s'opposant à la jouissance pleine et effective des droits de l'homme, la communauté internationale doit continuer à accorder un rang de priorité élevé aux mesures visant à l'atténuer dans l'immédiat pour, finalement, l'éliminer.

15. Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sans distinction aucune est une règle élémentaire du droit international en la matière. Eliminer rapidement et intégralement toutes les formes de racisme et de discrimination raciale, ainsi que de xénophobie, et l'intolérance dont elles s'accompagnent, est pour la communauté internationale une tâche prioritaire. Les gouvernements devraient prendre des mesures efficaces pour les empêcher et les combattre. Les groupes, institutions, organisations intergouvernementales et non gouvernementales et les particuliers sont instamment priés de redoubler d'efforts pour lutter contre ces fléaux en coopérant et coordonnant les activités qu'ils déploient à cette fin.

16. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se félicite des progrès accomplis en vue de démanteler l'apartheid et lance un appel à la

communauté internationale et aux organismes des Nations Unies pour qu'ils facilitent ce processus.

Elle déplore d'autre part la persistance d'actes de violence visant à compromettre la recherche d'un démantèlement pacifique de l'apartheid.

17. Les actes, méthodes et pratiques de terrorisme sous quelque forme que ce soit et dans toutes ses manifestations et leur lien, dans certains pays, avec le trafic de stupéfiants, visent l'anéantissement des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la démocratie, menacent l'intégrité territoriale et la sécurité des Etats et déstabilisent des gouvernements légitimement constitués. La communauté internationale doit prendre les mesures qui s'imposent pour renforcer la coopération en vue d'empêcher et de combattre le terrorisme.

18. Les droits fondamentaux des femmes et des fillettes font inaliénablement, intégralement et indissociablement partie des droits universels de la personne. L'égalité et pleine participation des femmes à la vie politique, civile, économique, sociale et culturelle, aux niveaux national, régional et international, et l'élimination totale de toutes les formes de discrimination fondées sur le sexe sont des objectifs prioritaires de la communauté internationale.

Les violences qui s'exercent en fonction du sexe et toutes les formes de harcèlement et d'exploitation sexuels, y compris celles qui sont la conséquence de préjugés culturels et d'une traite internationale, sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine et doivent être éliminées. On peut y parvenir au moyen de mesures juridiques et grâce à une action nationale et à la coopération internationale dans divers domaines comme le développement économique et social, l'éducation, la protection de la maternité, les soins de santé et l'aide sociale.

Les droits fondamentaux des femmes doivent faire partie intégrante des activités de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme, qui doivent inclure notamment la promotion de tous les instruments en la matière qui concernent les femmes.

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment aux gouvernements, aux institutions, aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales d'intensifier leurs efforts en vue de protéger et de promouvoir les droits fondamentaux des femmes et des fillettes.

19. Considérant l'importance que revêtent la promotion et la protection des droits des personnes appartenant à des minorités et le fait que l'on contribue par ces moyens à la stabilité politique et sociale des Etats dans lesquels elles vivent,

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que les Etats ont l'obligation de veiller à ce que les personnes appartenant à des minorités puissent exercer intégralement et effectivement tous les droits et toutes les libertés fondamentales de l'homme sans aucune discrimination et en toute égalité devant la loi, conformément à la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

Les personnes appartenant à des minorités ont le droit de jouir de leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue, en privé et en public, librement et sans immixtion ou ni aucune discrimination que ce soit.

20. La conférence mondiale sur les droits de l'homme reconnaît la dignité intrinsèque des populations autochtones et la contribution unique qu'elles apportent au développement et à la diversité des sociétés et réaffirme énergiquement l'engagement pris par la communauté internationale d'assurer leur bien-être économique, social et culturel et de les faire bénéficier des fruits d'un développement durable. Les Etats devraient veiller à la pleine et libre participation de ces populations à tous les aspects de la vie sociale, en particulier dans les domaines qui les intéressent. Considérant l'importance de la promotion et de la protection des droits des populations autochtones et le fait que l'on contribue, par ces moyens, à la stabilité politique et sociale des Etats dans lesquels elles vivent, les Etats devraient, conformément au droit international, prendre des mesures constructives concertées pour leur garantir le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, en se fondant sur l'égalité et la non-discrimination, et reconnaître la valeur et la diversité de leurs identités, de leurs cultures et de leur organisation sociale.

21. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme, se félicitant de la ratification rapide de la Convention relative aux droits de l'enfant par un grand nombre d'Etats et notant que les droits de l'enfant ont été reconnus dans la Déclaration mondiale et le Plan d'action en faveur de la survie, de

la protection et du développement de l'enfant adoptés par le Sommet mondial pour les enfants, recommande instamment que la Convention soit ratifiée par tous les pays avant 1995 et qu'elle soit effectivement appliquée par les Etats parties qui devraient adopter toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires et affecter un maximum de ressources à cette fin. Dans toutes les actions entreprises, les considérations dominantes devraient être la non-discrimination et l'intérêt supérieur de l'enfant dont les vues devraient être dûment prises en considération. Il conviendrait de renforcer les mécanismes et programmes nationaux et internationaux de défense et de protection des enfants, en particulier des fillettes, des enfants abandonnés, des enfants des rues, des enfants victimes d'une exploitation économique et sexuelle, à des fins notamment de pornographie ou de prostitution ou pour la vente d'organes, des enfants victimes de maladies, dont le Syndrome d'immunodéficience humaine acquise, des enfants réfugiés et déplacés, des enfants en détention, des enfants mêlés à des conflits armés, ainsi que des enfants victimes de la famine et de la sécheresse ou d'autres situations d'urgence. Il faudrait susciter un surcroît de coopération et de solidarité internationales pour étayer l'application de la Convention et les droits de l'enfant devraient recevoir la priorité dans l'action menée à l'échelle du système des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme.

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne aussi que, pour que sa personnalité se développe pleinement et harmonieusement, l'enfant doit pouvoir grandir dans un environnement familial qui mérite de ce fait d'être plus largement protégé.

22. Il faut veiller particulièrement à ce que les handicapés ne soient pas victimes de discrimination et puissent exercer dans des conditions d'égalité tous les droits et libertés fondamentales de la personne humaine, y compris en participant activement à tous les aspects de la vie sociale.

23. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que chacun, sans distinction d'aucune sorte, a le droit de chercher et de trouver asile dans d'autres pays pour échapper à la persécution, ainsi que celui de retourner dans son propre pays. A cet égard, elle souligne l'importance de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Convention de 1951

relative au statut des réfugiés, du Protocole de 1967 s'y rapportant et des instruments régionaux. Elle sait gré aux Etats qui continuent à accueillir un grand nombre de réfugiés sur leur territoire et remercie le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés du dévouement avec lequel il s'acquitte de sa tâche. Elle rend également hommage à l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient.

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme considère que les violations flagrantes des droits de l'homme, notamment lors de conflits armés, comptent parmi les facteurs multiples et complexes qui entraînent des déplacements de population.

Elle estime qu'étant donné la complexité de la crise mondiale des réfugiés, la communauté internationale, agissant en coordination et en coopération avec les pays concernés ainsi que les organisations compétentes, et tenant compte du mandat du HCR, devrait adopter une démarche globale, conformément à la Charte des Nations Unies et aux instruments internationaux pertinents, dans un esprit de solidarité internationale et de partage des charges. Il faudrait mettre au point des stratégies afin de s'attaquer aux causes mêmes du problème et remédier aux conséquences des mouvements de réfugiés et autres déplacements de personnes, renforcer les mécanismes de préparation et de réaction aux situations d'urgence, fournir une protection et une assistance efficaces, compte tenu des besoins particuliers des femmes et des enfants, et trouver des solutions durables en privilégiant le rapatriement volontaire dans la dignité et la sécurité, notamment des solutions analogues à celles préconisées par les conférences internationales sur les réfugiés. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme insiste sur les responsabilités des Etats, en particulier des pays d'origine.

Dans cette optique globale, elle souligne la nécessité d'accorder une attention particulière, en faisant notamment appel au concours d'organisations intergouvernementales et humanitaires, aux problèmes des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et d'y apporter des solutions durables, notamment en favorisant le retour volontaire dans la sécurité et la réinsertion.

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit humanitaire, elle souligne également combien il est important et nécessaire de fournir une assistance humanitaire aux victimes de toutes les catastrophes, naturelles ou causées par l'homme.

24. Il faut accorder une grande importance à la promotion et à la protection des droits des personnes appartenant à des groupes rendus vulnérables, y compris les travailleurs migrants, à l'élimination de toutes les formes de discrimination à leur égard, ainsi qu'au renforcement et à l'application plus efficace des instruments relatifs aux droits de l'homme. Les Etats ont l'obligation de prendre au niveau national des mesures appropriées et d'en assurer la continuité, en particulier dans le domaine de l'éducation, de la santé et de l'aide sociale, pour promouvoir et protéger les droits des personnes appartenant à des secteurs vulnérables de la population, ainsi que de veiller à ce que les intéressés puissent participer à la solution de leurs propres problèmes.

25. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme affirme que l'extrême pauvreté et l'exclusion sociale constituent une violation de la dignité humaine et qu'il s'impose de prendre sans attendre des mesures de manière à mieux connaître le phénomène de l'extrême pauvreté et ses causes, notamment celles liées aux problèmes de développement, afin de promouvoir les droits de l'homme des plus démunis, de mettre fin à l'extrême pauvreté et à l'exclusion sociale et de mieux assurer la jouissance des fruits du progrès social. Il est indispensable que les Etats favorisent la participation des plus démunis à la prise des décisions au sein de la communauté dans laquelle ils vivent, à la promotion des droits de l'homme et à la lutte contre l'extrême pauvreté.

26. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se félicite des progrès réalisés dans la codification des instruments en la matière, processus dynamique en évolution constante, et souhaite vivement que les traités relatifs aux droits de l'homme soient universellement ratifiés. Tous les Etats sont encouragés à adhérer à ces instruments internationaux; tous les Etats sont encouragés à éviter, autant que possible, d'émettre des réserves.

27. Il faudrait qu'il y ait dans chaque Etat un ensemble de recours efficaces pour remédier aux violations des droits de l'homme. L'administration de la justice, notamment les organes chargés de faire respecter la loi et les organes chargés des poursuites et, surtout, un corps judiciaire et un barreau indépendants, en pleine conformité avec les normes applicables énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme,

sont essentiels à la pleine réalisation de ces droits, sans discrimination aucune, et sont indispensables à la démocratisation et à un développement durable. Il faudrait, à ce sujet, que les institutions chargées de l'administration de la justice puissent compter sur des ressources financières suffisantes et que la communauté internationale accroisse tant son assistance technique que son aide financière. Il incombe à l'Organisation des Nations Unies d'utiliser à titre prioritaire les programmes spéciaux de services consultatifs pour mettre en place une administration de la justice efficace et indépendante.

28. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se déclare consternée par les violations massives des droits de l'homme, notamment celles qui prennent la forme de génocide, de "nettoyage ethnique" et de viol systématique des femmes en temps de guerre, violations qui sont à l'origine d'exodes massifs de réfugiés et de déplacements de personnes. Elle condamne énergiquement des pratiques aussi révoltantes et elle demande à son tour que les auteurs de tels crimes soient punis et qu'il soit immédiatement mis fin à ces pratiques.

29. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme exprime ses vives inquiétudes devant les violations des droits de l'homme qui continuent de se commettre partout dans tout le monde au mépris des normes énoncées dans les instruments internationaux en la matière et du droit humanitaire international, et devant l'absence de recours suffisants et efficaces pour les victimes.

Elle est profondément préoccupée par les violations des droits de l'homme en période de conflit armé, qui visent la population civile, en particulier les femmes, les enfants, les personnes âgées et les personnes handicapées. En conséquence, elle invite les Etats et toutes les parties aux conflits armés à respecter scrupuleusement le droit humanitaire international, énoncé dans les Conventions de Genève de 1949 et d'autres règles et principes de droit international, ainsi que les normes minima de protection des droits de l'homme, énoncées dans les conventions internationales.

Elle réaffirme le droit des victimes à recevoir l'assistance d'organisations humanitaires, comme prévu dans les Conventions de Genève de 1949 et les autres instruments de droit humanitaire international pertinents, et demande à ce que soit assuré l'accès à cette assistance dans des conditions de sécurité et dans les meilleurs délais.

30. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se déclare consternée que des violations flagrantes et systématiques et des situations faisant gravement obstacle au plein exercice de tous les droits de l'homme continuent à se produire en divers endroits du monde et elle les condamne. Ces violations et obstacles se traduisent, outre par la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, par des exécutions sommaires et arbitraires, des disparitions, des détentions arbitraires, toutes les formes de racisme, de discrimination raciale et d'apartheid, par l'occupation et la domination étrangères, par la xénophobie, la pauvreté, la faim, le non-respect des droits économiques, sociaux et culturels, l'intolérance religieuse, le terrorisme, la discrimination à l'égard des femmes et l'absence de légalité.

31. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande aux Etats de ne prendre unilatéralement aucune mesure incompatible avec le droit international et la Charte des Nations Unies qui fasse obstacle aux relations commerciales internationales et s'oppose à la pleine réalisation des droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et les instruments internationaux en la matière, en particulier à la réalisation du droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé et son bien-être, y compris en ce qui concerne l'alimentation, les soins médicaux et les services sociaux. Elle affirme que l'alimentation ne devrait pas être utilisée comme un instrument de pression politique.

32. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme qu'il importe d'assurer que l'examen des questions relatives aux droits de l'homme se fasse dans un esprit d'universalité, d'objectivité et de non-sélectivité.

33. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que les Etats sont tenus, comme le stipulent la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et d'autres instruments internationaux en la matière, de veiller à ce que l'éducation vise au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle souligne à quel point il importe que la question des droits de l'homme ait sa place dans les programmes d'enseignement et invite les Etats à y veiller. L'éducation devrait favoriser la

compréhension, la tolérance, la paix et les relations amicales entre les nations et entre tous les groupes raciaux ou religieux, et encourager le développement des activités menées par l'ONU pour atteindre ces objectifs. L'éducation en matière de droits de l'homme et la diffusion d'une information appropriée, à la fois théorique et pratique, jouent donc un rôle important dans la promotion et en faveur du respect des droits de tous les individus, sans distinction d'aucune sorte fondée sur la race, le sexe, la langue ou la religion, et cela devrait être pris en considération dans les politiques d'éducation aux niveaux aussi bien national qu'international. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme note que le manque de ressources et la faiblesse des institutions peuvent faire obstacle à la réalisation immédiate de ces objectifs.

34. Il faudrait faire davantage d'efforts pour aider les pays qui le demandent à créer les conditions permettant à chacun de jouir des droits universels et des libertés fondamentales de l'homme. Les gouvernements, les organismes des Nations Unies ainsi que d'autres organisations multilatérales sont instamment priés d'accroître considérablement les ressources qui sont allouées aux programmes concernant l'élaboration de lois et le renforcement de la législation nationale, la création ou le renforcement d'institutions nationales et d'infrastructures connexes qui maintiennent l'Etat de droit et la démocratie, l'assistance électorale, la sensibilisation aux droits de l'homme par la formation, l'enseignement et l'éducation, le développement de la participation populaire et le renforcement de la société civile.

Il faudrait à la fois renforcer les programmes de services consultatifs et de coopération technique exécutés sous les auspices du Centre pour les droits de l'homme et les rendre plus efficaces et transparents pour qu'ils contribuent, de la sorte, dans une large mesure à améliorer le respect des droits de l'homme. Les Etats sont invités à contribuer plus largement à ces programmes, à la fois en encourageant l'Organisation des Nations Unies à leur octroyer une part plus importante des ressources de son budget ordinaire et en versant des contributions volontaires à cette fin.

35. La réalisation intégrale et effective des activités de l'Organisation des Nations Unies visant à promouvoir et protéger les droits de l'homme doit être à la hauteur de l'importance que la Charte des Nations Unies accorde à ces derniers et de l'ampleur de la tâche incombant à l'Organisation dans

le domaine considéré, conformément au mandat donné par des Etats Membres. Il faudrait pour cela consacrer davantage de ressources aux activités de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme.

36. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme le rôle important et constructif que jouent les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, en particulier en leur qualité de conseillers des autorités compétentes, ainsi que leur rôle dans l'action visant à remédier aux violations dont ces droits font l'objet et celui concernant la diffusion d'informations sur les droits de l'homme et l'éducation en la matière.

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme encourage la création et le renforcement d'institutions nationales et reconnaissant qu'il appartient à chaque Etat de choisir le cadre le mieux adapté à ses besoins particuliers au niveau national.

37. Les mécanismes régionaux jouent un rôle fondamental pour la promotion et la protection des droits de l'homme. Ils devraient renforcer les normes universelles en la matière énoncées dans les instruments internationaux pertinents et la protection de ces droits. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme appuie les efforts qui sont faits pour renforcer ces mécanismes et en accroître l'efficacité, tout en soulignant l'importance de la coopération avec l'Organisation des Nations Unies dans le domaine considéré.

Elle réaffirme qu'il est nécessaire d'envisager la possibilité de créer là où il n'en existe pas encore des mécanismes régionaux et sous-régionaux pour la promotion et la protection des droits de l'homme.

38. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme reconnaît l'importance du rôle des organisations non gouvernementales dans la promotion de tous les droits de l'homme et dans l'action humanitaire aux niveaux national, régional et international. Elle se félicite de la contribution qu'elles apportent à l'effort de sensibilisation du public aux questions liées aux droits de l'homme, à la réalisation de programmes d'éducation, de formation et de recherche dans ce domaine, ainsi qu'à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Tout en

reconnaissant que la responsabilité essentielle de l'élaboration de normes revient aux Etats, elle se félicite de la contribution apportée en la matière par ces organisations. A cet égard, elle souligne l'importance de la poursuite du dialogue et de la coopération entre gouvernements et organisations non gouvernementales.

Les organisations non gouvernementales et leurs membres qui oeuvrent véritablement en faveur des droits de l'homme devraient jouir des droits et des libertés reconnus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la protection de la loi nationale. Ces droits et libertés ne peuvent pas s'exercer de façon contraire aux buts et aux principes de l'Organisation des Nations Unies. Les organisations non gouvernementales devraient être libres d'exercer leurs activités relatives aux droits de l'homme, sans ingérence aucune, dans le cadre de la législation nationale et de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

39. Soulignant l'importance d'une information objective, responsable et impartiale pour ce qui a trait aux droits de l'homme et aux questions humanitaires, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme préconise une participation accrue des médias auxquels liberté et protection devraient être garanties dans le cadre de la législation nationale.

II

A. *COORDINATION ACCRUE AU SEIN DU SYSTÈME DES NATIONS UNIES DANS LE DOMAINE DES DROITS DE L'HOMME*

1. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande d'accroître la coordination en faveur des droits de l'homme et des libertés fondamentales au sein du système des Nations Unies. A cet effet elle demande instamment à tous les organes, organismes et institutions spécialisées qui s'occupent des droits de l'homme dans le cadre de leurs activités, de coopérer pour renforcer, rationaliser et simplifier celles-ci, compte tenu de la nécessité d'éviter les doubles emplois. Elle recommande également

au Secrétaire général de faire en sorte qu'à leur réunion annuelle les hauts responsables des organes et institutions spécialisées compétents des Nations Unies non seulement coordonnent leurs activités, mais aussi évaluent l'effet de leurs stratégies et politiques quant à la jouissance de tous les droits de l'homme.

2. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme invite par ailleurs les organisations régionales et les principales institutions internationales et régionales de financement et de développement à évaluer elles aussi l'effet de leurs politiques et de leurs programmes quant à la jouissance des droits de l'homme.

3. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme estime que les institutions spécialisées et les organes et organismes des Nations Unies ainsi que les autres organisations intergouvernementales qui s'occupent des droits de l'homme dans le cadre de leurs activités jouent, au titre de leur mandat respectif, un rôle vital dans l'élaboration, la promotion et l'applications des normes en la matière et qu'ils devraient tenir compte des résultats auxquels elle a abouti dans leur domaine de compétence.

4. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande vivement de mener une action concertée en vue d'encourager et de faciliter la ratification des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et des protocoles s'y rapportant adoptés dans le cadre du système des Nations Unies, l'adhésion à ces instruments ou la succession en la matière, l'objectif consistant à les faire reconnaître universellement. Le Secrétaire général, agissant en consultation avec les organes créés en vertu de traités, devrait envisager d'ouvrir un dialogue avec les Etats qui ne sont pas parties à ces instruments, afin de déterminer quels sont les obstacles qui s'y opposent et de voir comment les surmonter.

5. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme encourage les Etats à envisager de limiter la portée des réserves qu'ils formulent à l'égard des instruments internationaux en la matière, à formuler toutes réserves avec autant de précision et de circonspection que possible, à veiller à ce qu'aucune ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité en cause et à examiner régulièrement les réserves qu'ils auraient formulées en vue de les retirer.

6. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme, reconnaissant qu'il importe de maintenir la haute qualité des normes internationales en vigueur et de prévenir la prolifération des instruments relatifs aux droits de l'homme, rappelle les principes directeurs relatifs à l'élaboration de nouveaux instruments internationaux, énoncés dans la résolution 41/120 de l'Assemblée générale, en date du 4 décembre 1986, et invite les organes des Nations Unies s'occupant des droits de l'homme, lorsqu'ils envisagent d'élaborer de nouvelles normes internationales, à garder à l'esprit lesdits principes, à examiner, en consultation avec les organes créés en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme, s'il est nécessaire d'élaborer de nouvelles normes et à demander au Secrétariat de procéder à une étude technique des nouveaux instruments proposés.

7. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande d'affecter, lorsque cela est nécessaire, aux bureaux régionaux de l'Organisation des Nations Unies, des spécialistes des droits de l'homme chargés de diffuser l'information et d'offrir une formation et d'autres types d'assistance technique dans le domaine considéré à la demande des Etats Membres intéressés. Il faudrait organiser des programmes de formation à l'intention des fonctionnaires internationaux devant s'occuper des droits de l'homme.

8. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se félicite de ce que la Commission des droits de l'homme se réunisse en sessions d'urgence, initiative qu'elle juge heureuse, et de ce que les organes compétents du système des Nations Unies envisagent divers moyens pour répondre aux violations flagrantes des droits de l'homme.

Ressources

9. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme, inquiète de la disproportion croissante entre les activités du Centre pour les droits de l'homme et les ressources humaines, financières et autres qui sont dégagées pour les exécuter et cependant consciente que des ressources sont nécessaires pour d'autres programmes importants des Nations Unies, demande au Secrétaire général et à l'Assemblée générale de prendre immédiatement des mesures pour accroître substantiellement celles qui sont affectées à ce programme dans le cadre des budgets ordinaires, actuels

et futurs, de l'Organisation et pour trouver un surcroît de ressources extrabudgétaires.

10. Une proportion accrue du budget ordinaire devrait être directement allouée au Centre pour les droits de l'homme afin de couvrir ses coûts de fonctionnement et tous les autres frais qu'il prend en charge, notamment ceux qui concernent les autres organes des Nations Unies s'occupant des droits de l'homme. Ce budget étoffé devrait être renforcé grâce aux moyens de financement volontaire des activités de coopération technique du Centre; la Conférence mondiale sur les droits de l'homme lance un appel pour que des contributions généreuses soient versées aux fonds d'affectation spéciale existants.

11. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande au Secrétaire général et à l'Assemblée générale d'assurer au Centre pour les droits de l'homme des ressources humaines, financières et autres qui lui soient suffisantes pour exécuter dûment, efficacement et rapidement ses activités.

12. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme, notant la nécessité de faire en sorte que des ressources humaines et financières soient disponibles pour mener à bien les activités en matière de droits de l'homme dont l'exécution est demandée par des organismes intergouvernementaux, engage instamment le Secrétaire général, conformément à l'Article 101 de la Charte des Nations Unies, et les Etats Membres à adopter une démarche cohérente afin d'assurer au Secrétariat des ressources qui soient à la mesure de mandats étendus. Elle invite le Secrétaire général à envisager la nécessité ou l'utilité d'ajuster les procédures prévues dans le cycle du budget-programme, de manière à assurer l'exécution effective, en temps voulu, des activités relatives aux droits de l'homme, conformément aux mandats donnés par les Etats membres.

Centre pour les droits de l'homme

13. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne qu'il importe de renforcer le Centre pour les droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies.

14. Le Centre pour les droits de l'homme devrait jouer un rôle important dans la coordination des activités en la matière, dans l'ensemble du système. C'est en étant à même de coopérer pleinement avec les autres organes de l'ONU que le Centre s'acquittera le mieux de sa fonction d'animateur. Le rôle coordonnateur du Centre pour les droits de l'homme implique également que son Bureau de New York soit renforcé.

15. Le Centre pour les droits de l'homme devrait être assuré de disposer de moyens suffisants pour faire fonctionner le système de rapporteurs thématiques et par pays, d'experts, de groupes de travail et d'organes créés en vertu de traités. La Commission des droits de l'homme devrait étudier à titre prioritaire comment donner suite à leurs recommandations.

16. Le Centre pour les droits de l'homme devrait jouer un rôle plus important dans la promotion des droits de l'homme. Ce rôle pourrait se concrétiser grâce à la coopération des Etats Membres et par un renforcement du programme de services consultatifs et d'assistance technique. A cette fin, il faudrait augmenter dans des proportions notables les fonds de contributions volontaires actuels et en coordonner plus efficacement la gestion. Toutes les activités devraient être exécutées dans le respect de règles rigoureuses et transparents de gestion des projets et il faudrait évaluer périodiquement les programmes et les projets. Le résultat des évaluations et tous autres renseignements pertinents devraient être communiqués régulièrement. Le Centre devrait, en particulier, organiser au moins une fois par an des réunions d'information ouvertes à tous les Etats Membres et à toutes les organisations qui participent directement à ces projets et programmes.

Adaptation et renforcement des mécanismes de l'ONU pour les droits de l'homme, y compris la question de la création d'un haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

17. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme reconnaît la nécessité d'adapter constamment les mécanismes de l'Organisation des Nations Unies pour les droits de l'homme aux besoins actuels et futurs qu'impliquent leur promotion et leur protection, dans le sens indiqué par la

présente Déclaration et dans la perspective d'un développement équilibré et durable pour tous. Les organes de l'ONU s'occupant des droits de l'homme devraient en particulier améliorer la coordination et l'efficacité de leurs activités.

18. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande à l'Assemblée générale, lorsqu'elle examinera son rapport, à sa quarante-huitième session, d'étudier en priorité la question de la création d'un haut commissariat aux droits de l'homme pour promouvoir et protéger l'ensemble de ces droits.

B. EGALITE, DIGNITE ET TOLERANCE

1. Racisme, discrimination raciale, xénophobie et autres formes d'intolérance

19. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme considère que l'élimination du racisme et de la discrimination raciale, en particulier sous une forme institutionnalisée comme l'apartheid ou résultant de doctrines fondées sur la supériorité raciale ou sur l'exclusion, ainsi que d'autres formes et manifestations contemporaines de racisme, constitue un objectif primordial de la communauté internationale et d'un programme mondial de promotion des droits de l'homme. Les organes et organismes du système des Nations Unies devraient redoubler d'efforts pour mettre en oeuvre le programme d'action lié à la troisième Décennie de la lutte contre le racisme et la discrimination raciale et pour remplir par la suite d'autres mandats ayant le même objet. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme engage vivement la communauté internationale à contribuer généreusement au Fonds d'affectation spéciale pour le programme relatif à la Décennie de la lutte contre le racisme et la discrimination raciale.

20. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment à tous les gouvernements d'agir sans attendre et d'élaborer des politiques vigoureuses pour prévenir et combattre toutes les formes et manifestations de racisme, de xénophobie et d'intolérance, en adoptant, si nécessaire, une législation appropriée prévoyant des mesu-

res pénales et en créant des institutions nationales pour lutter contre ces phénomènes.

21. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se félicite de la décisions de la Commission des droits de l'homme de nommer un rapporteur spécial qui sera chargé d'étudier les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale et de xénophobie et les manifestations d'intolérance connexes. Elle invite instamment aussi tous les Etats parties à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale à envisager de faire la déclaration prévue à l'article 14 de ladite Convention.

22. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment à tous les gouvernements de prendre toutes les mesures appropriées en application de leurs obligations internationales et compte dûment tenu de leurs systèmes juridiques respectifs pour contrecarrer l'intolérance fondée sur la religion ou les conviction et la violence dont elle s'accompagne, y compris les pratiques discriminatoires à l'encontre des femmes et la profanation des sites religieux, en reconnaissant que tout individu a le droit à la liberté de pensée, de conscience, d'expression et de religion. Elle invite également tous les Etats à mettre en pratique les dispositions de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou les convictions.

23. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne que toutes les personnes qui commettent ou autorisent des actes criminels aux fins de nettoyage ethnique sont individuellement responsables de ces violations des droits de l'homme et doivent en rendre compte, et que la communauté internationale doit tout mettre en oeuvre pour traduire en justice ceux qui sont responsables en droit de ces violations.

24. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme engage tous les Etats à prendre sur le champ, individuellement et collectivement, des mesures pour combattre le nettoyage ethnique afin d'y mettre rapidement un terme. Les victimes de cette pratique odieuse ont droit à des recours appropriés et efficaces.

2. Personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

25. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment à la Commission des droits de l'homme d'examiner les moyens de promouvoir et protéger effectivement les droits des personnes appartenant à des minorités énoncés dans la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques. A cet égard, elle prie le Centre pour les droits de l'homme de fournir, à la demande des gouvernements intéressés et dans le cadre de son programme de services consultatifs et d'assistance technique, des services d'experts concernant les problèmes des minorités et les droits de l'homme ainsi que la prévention et le règlement des différends, pour aider à résoudre les problèmes qui se posent ou pourraient se poser à propos des minorités.

26. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment aux Etats et à la communauté internationale de promouvoir et de protéger, conformément à ladite Déclaration, les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques.

27. Les mesures à prendre, s'il y a lieu, devraient consister notamment à faciliter la pleine participation de ces personnes à tous les aspects, politique, économique, social, religieux et culturel, de la vie de la société, au progrès économique et au développement de leur pays.

Populations autochtones

28. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme invite le Groupe de travail sur les populations autochtones de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à achever, lors de sa onzième session, la rédaction d'une déclaration sur les droits de ces populations.

29. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande que la Commission des droits de l'homme envisage le renouvellement et la

mise à jour du mandat du Groupe de travail sur les populations autochtones, une fois achevée la rédaction de ladite déclaration.

30. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande aussi que les services consultatifs et les programmes d'assistance technique du système des Nations Unies répondent favorablement aux demandes formulées par les Etats en vue d'une assistance qui présenterait un avantage direct pour les populations autochtones. Elle recommande en outre que des ressources humaines et financières suffisantes soient mises à la disposition du Centre pour les droits de l'homme dans le cadre général du renforcement des activités du Centre qu'envisage la présente Déclaration.

31. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment aux Etats d'assurer la libre et pleine participation des populations autochtones à la vie de la société sous tous ses aspects, spécialement s'agissant des questions qui les concernent.

32. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande que l'Assemblée générale proclame une Décennie internationale des populations autochtones qui commencerait en janvier 1994 et dans le cadre de laquelle on prévoirait l'exécution de programmes orientés vers l'action, lesquels seraient arrêtés de concert avec les populations concernées. Il faudrait créer à cette fin un fonds d'affectation spéciale alimenté par des contributions volontaires. A l'occasion de cette décennie, il faudrait envisager de créer dans le système des Nations Unies un forum permanent des populations autochtones.

Travailleurs migrants

33. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme prie instamment tous les Etats de garantir la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

34. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme estime qu'il est particulièrement important de créer des conditions propres à susciter plus d'harmonie et de tolérance entre les travailleurs migrants et le reste de la population de l'Etat dans lequel ils résident.

35. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme invite les Etats à envisager la possibilité de signer ou de ratifier, dans les plus brefs délais possibles, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

3. Egalité de condition et droits fondamentaux de la femme

36. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment que les femmes jouissent pleinement et dans des conditions d'égalité de tous leurs droits fondamentaux, et que cela soit une priorité pour les gouvernements et pour l'Organisation des Nations Unies. Elle souligne aussi l'importance de l'intégration et de la pleine participation des femmes au développement en tant qu'agents et bénéficiaires de celui-ci et rappelle les objectifs de l'action mondiale en faveur de la participation des femmes à un développement durable et équitable qui sont énoncés dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et au chapitre 24 du programme Action 21, adoptés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992).

37. Dans les principales activités du système des Nations Unies devrait figurer une composante se rapportant à l'égalité de condition et aux droits fondamentaux de la femme. L'ensemble des organes et mécanismes compétents de l'Organisation des Nations Unies devrait examiner régulièrement et systématiquement ces questions. En particulier, des mesures devraient être prises pour accroître la coopération entre la Commission de la condition de la femme, la Commission des droits de l'homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Fonds de développement des Nations Unies pour la femme, le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes des Nations Unies et pour mieux en intégrer les objectifs. A ce propos, il faudrait renforcer la coopération et la coordination entre le Centre pour les droits de l'homme et la Division de la promotion de la femme.

38. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne, en particulier, à quel point il importe de s'employer à éliminer la violence à

laquelle sont exposées les femmes dans la vie publique et privée, toutes les formes de harcèlement sexuel, d'exploitation et de traite dont elles sont victimes ainsi que les préjugés dont elles font l'objet dans l'administration de la justice, et à venir à bout des contradictions qui peuvent exister entre les droits des femmes et les effets nuisibles de certaines pratiques traditionnelles ou coutumières, des préjugés culturels et de l'extrémisme religieux. Elle demande à l'Assemblée générale d'adopter le projet de déclaration sur la violence contre les femmes et invite instamment les Etats à lutter, conformément aux dispositions prévues, contre la violence dont celles-ci sont victimes. Les violations des droits fondamentaux des femmes dans les situations de conflit armé contreviennent aux principes fondateurs des droits de la personne humaine et du droit humanitaire internationalement reconnus. Toutes les violations de cette nature, y compris et en particulier le meurtre, le viol systématique, l'esclavage sexuel et la grossesse forcée, exigent des mesures particulièrement efficaces.

39. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment qu'il soit mis fin à toutes les formes de discrimination, occulte ou flagrante, à l'encontre des femmes. L'Organisation des Nations Unies devrait encourager tous les Etats à ratifier la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes d'ici à l'an 2000. Il faudrait favoriser la recherche de moyens permettant de remédier au nombre particulièrement élevé de réserves formulées à l'égard de cette Convention. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes devrait notamment poursuivre l'examen des réserves dont elle fait l'objet. Les Etats sont invités instamment à retirer les réserves qui sont contraires à l'objet et au but de la Convention ou qui, de toute autre façon, sont incompatibles avec le droit international des traités.

40. Les organes de surveillance de l'application des traités devraient diffuser l'information nécessaire afin de permettre aux femmes de tirer meilleur parti des procédures en vigueur pour s'assurer la pleine jouissance en toute égalité de leurs droits à l'abri de la discrimination. Il faudrait aussi adopter de nouvelles procédures de manière à ce que l'engagement d'assurer l'égalité et les droits fondamentaux des femmes soit mieux suivi d'effets. La Commission de la condition de la femme et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes devraient étudier sans tarder la possibilité d'introduire un droit de présenter des plaintes en élaborant un

protocole facultatif se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se félicite de la décision de la Commission des droits de l'homme d'envisager à sa cinquantième session, la nomination d'un rapporteur spécial sur la violence à l'égard des femmes.

41. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme reconnaît qu'il importe que les femmes jouissent tout au long de leur vie du niveau de santé physique et mentale le meilleur possible. Ayant à l'esprit la Conférence mondiale sur les femmes, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ainsi que la Proclamation de Téhéran de 1968, elle réaffirme, en se fondant sur le principe de l'égalité de l'homme et de la femme, le droit de la femme à des soins de santé accessibles et suffisants et à la gamme la plus large possible de services de planification familiale, ainsi qu'à l'égalité d'accès à l'éducation à tous les niveaux.

42. Les organes de surveillance de l'application des traités devraient consacrer une partie de leurs travaux à la condition et aux droits fondamentaux de la femme, en s'aidant de données spécifiques ventilées par sexe. Les Etats devraient être encouragés à fournir, dans leurs rapports à ces organes, des informations sur la situation des femmes, de jure et de facto. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme note avec satisfaction que la Commission des droits de l'homme a adopté à sa quarante-neuvième session la résolution 1993/46, du 8 mars 1993, dans laquelle elle déclarait que les rapporteurs et les groupes de travail qui ouvrent dans le domaine des droits de l'homme devraient être encouragés à faire de même. La Division de la promotion de la femme, en coopération avec d'autres organes des Nations Unies, spécialement le Centre pour les droits de l'homme, devrait prendre également des mesures pour veiller à ce que les instances de l'ONU actives dans ce domaine s'intéressent systématiquement aux violations des droits fondamentaux des femmes, y compris aux violences dont celles-ci sont victimes en raison de leur sexe. Il faudrait encourager la formation des fonctionnaires de l'ONU travaillant dans le secteur des droits de l'homme et des secours humanitaires de manière à ce qu'ils puissent reconnaître les violations de droits dont les femmes, en particulier, sont victimes, y remédier et s'acquitter de leur tâche sans parti pris d'ordre sexuel.

43. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme invite instamment les gouvernements et les organisations régionales et internationales à faciliter l'accès des postes de responsabilité aux femmes et à leur assurer une plus grande participation au processus de prise des décisions. Elle encourage le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies à adopter de nouvelles mesures de manière à nommer et promouvoir des fonctionnaires de sexe féminin, conformément à la Charte des Nations Unies, et invite les autres organismes, principaux et subsidiaires, du système à garantir la participation des femmes dans des conditions d'égalité.

44. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se félicite qu'une conférence mondiale sur les femmes se tienne à Beijing en 1995 et demande instamment que l'on y accorde, dans les délibérations, une place importante à leurs droits fondamentaux, conformément aux thèmes prioritaires de la Conférence qui sont l'égalité, le développement et la paix.

4. Droits de l'enfant

45. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme le principe de l'action prioritaire en faveur des enfants et, à cet égard, souligne l'importance des efforts déployés à l'échelle nationale et internationale, en particulier par le Fonds des Nations Unies pour l'enfance, pour promouvoir le respect des droits de l'enfant à la survie, à la protection, au développement et à la participation.

46. Des mesures devraient être prises de manière à ce que la Convention relative aux droits de l'enfant soit ratifiée par tous les pays avant 1995 et que la Déclaration mondiale en faveur de la survie, de la protection et du développement de l'enfant et le Plan d'action adoptés à l'issue du Sommet mondial pour les enfants soient universellement signés et effectivement pris en oeuvre. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme prie instamment les Etats de retirer les réserves qu'ils ont formulées en ratifiant la Convention relative aux droits de l'enfant qui seraient contraires à l'objet et au but de cet instrument ou qui, de toute autre façon, ne seraient pas conformes au droit international des traités.

47. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment à tous les pays de prendre, dans toute la mesure de leurs moyens et à l'aide de la coopération internationale, des dispositions pour atteindre les objectifs du Plan d'action publié à l'issue du Sommet mondial. Elle prie les Etats d'intégrer la Convention relative aux droits de l'enfant dans leurs plans d'action nationaux. Grâce à ces plans d'action nationaux et à l'effort international, un rang de priorité particulier devrait être attribué à la réduction des taux de mortalité infantile et maternelle, à la lutte contre la malnutrition et l'analphabétisme, à l'approvisionnement en eau potable salubre et à l'éducation de base. Chaque fois que cela s'impose, les plans d'action nationaux devraient être conçus pour lutter contre les effets dévastateurs des situations d'urgence résultant de catastrophes naturelles et de conflits armés ainsi que contre le problème également grave de l'extrême pauvreté dans laquelle des enfants se trouvent plongés.

48. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment à tous les Etats de venir en aide, en faisant appel à la coopération internationale, aux enfants qui se trouvent dans des situations particulièrement difficiles. Il faudrait lutter activement contre l'exploitation des enfants et contre les mauvais traitements qui leur sont infligés et s'attaquer aux racines du mal. Il faudrait prendre effectivement des mesures pour lutter contre l'infanticide des filles, l'emploi des enfants à des travaux dangereux, la vente d'enfants et d'organes d'enfants, la prostitution enfantine, la pornographie impliquant des enfants et autres formes de sévices sexuels.

49. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme appuie toutes les mesures prises par l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées en vue d'assurer une protection et une promotion efficaces des droits des enfants de sexe féminin. Elle prie instamment les Etats d'abroger les lois et règlements en vigueur et d'éliminer les coutumes et pratiques qui sont discriminatoires et néfastes à l'endroit des filles.

50. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme soutient sans réserve la proposition visant à ce que le Secrétaire général étudie les moyens d'améliorer la protection des enfants en cas de conflit armé. Les normes humanitaires devraient être appliquées et des mesures devraient être prises pour protéger les enfants dans les zones de guerre et leur venir plus faci-

lement en aide. Il faudrait notamment les protéger contre l'utilisation aveugle de toutes les armes de guerre spécialement des mines antipersonnel. Il faut, de toute urgence, répondre aux besoins de soins et de rééducation des enfants victimes de la guerre. La Conférence prie le Comité des droits de l'enfant d'étudier la question du relèvement de l'âge minimum de l'enrôlement dans les forces armées.

51. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande que les questions relatives aux droits de l'homme et à la situation des enfants soient régulièrement examinées et suivies par tous les organes et mécanismes compétents du système des Nations Unies et par les organes de surveillance des institutions spécialisées, conformément à leur mandat.

52. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme reconnaît l'importance du rôle joué par les organisations non gouvernementales dans la mise en oeuvre effective de tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et, en particulier, de la Convention relative aux droits de l'enfant.

53. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande que le Comité des droits de l'enfant, avec le concours du Centre pour les droits de l'homme, soit doté des moyens voulus pour s'acquitter sans retard et efficacement de son mandat, compte tenu en particulier, du fait qu'un nombre sans précédent d'Etats ont ratifié la Convention et présenté des rapports.

5. Droit de ne pas être torturé

54. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme se félicite que de nombreux Etats Membres aient ratifié la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et encourage tous les autres Etats Membres à ratifier rapidement cet instrument.

55. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne que l'une des violations les plus atroces de la dignité humaine est l'acte de torture, qui a pour conséquence d'ôter sa dignité à la victime et de porter atteinte à sa capacité de vivre et de poursuivre ses activités normalement.

56. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que, conformément au droit en la matière et au droit humanitaire, le droit de ne pas être soumis à la torture est un droit qui doit être protégé en toutes circonstances, notamment en temps de troubles internes ou internationaux ou de conflits armés.

57. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande donc instamment à tous les Etats de mettre immédiatement fin à la pratique de la torture et d'éliminer à jamais ce fléau en donnant pleinement effet à la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi qu'aux conventions pertinentes, et en renforçant si nécessaire les mécanismes existants. Elle appelle tous les Etats à coopérer pleinement avec le Rapporteur spécial sur la question de la torture dans l'accomplissement de son mandat.

58. Il faudrait veiller spécialement à assurer le respect universel et l'application effective des "Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants", adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies.

59. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne qu'il importe de prendre des mesures concrètes supplémentaires, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, en vue de fournir une assistance aux victimes de la torture et de leur assurer des moyens plus efficaces de réadaptation physique, psychologique et sociale. Il faudrait, en toute priorité, fournir les ressources nécessaires à cet effet, notamment grâce à des contributions additionnelles au Fonds de contributions volontaires des Nations Unies pour les victimes de la torture.

60. Les Etats devraient abroger les lois qui assurent, en fait, l'impunité aux personnes responsables de violations graves des droits de l'homme telles que les actes de torture, et ils devraient poursuivre les auteurs de ces violations, asseyant ainsi la légalité sur des bases solides.

61. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que les efforts tendant à éliminer la torture devraient, avant tout, être centrés sur la prévention et, en conséquence, elle demande que soit rapidement adopté le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, protocole qui vise à mettre en place un système préventif de visites régulières sur les lieux de détention.

Disparitions forcées

62. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme, se félicitant de l'adoption par l'Assemblée générale de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, appelle tous les Etats à prendre les mesures appropriées, législatives, administratives, judiciaires ou autres, pour prévenir, éliminer et sanctionner les actes conduisant à des disparitions forcées. Elle réaffirme que les Etats ont le devoir, en toutes circonstances, de faire procéder à des enquêtes dès qu'il y a des raisons de penser qu'une disparition forcée s'est produite dans un territoire placé sous leur juridiction. Si les faits sont vérifiés, les auteurs doivent être poursuivis.

6. Droits des personnes handicapées

63. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont tous universels et, de ce fait, s'appliquent sans réserve aucune aux personnes souffrant d'incapacités. Tous les êtres humains naissent égaux et ont les mêmes droits à la vie et au bien-être, à l'éducation et au travail, à une vie indépendante et à une participation active à tous les aspects de la vie en société. Toute forme de discrimination directe, tout traitement discriminatoire à l'encontre d'une personne handicapée, constitue donc une violation des droits de celle-ci.

La Conférence demande aux gouvernements, le cas échéant, d'adopter des lois ou de modifier les textes existants de manière à assurer aux personnes handicapées la jouissance de tous leurs droits.

64. Les personnes handicapées doivent trouver place partout. Il faudrait leur garantir des chances égales en éliminant tous les obstacles qu'ils rencontrent, tant d'ordre physique ou financier que social ou psychologique, qui restreignent ou empêchent leur pleine participation à la vie en société.

65. Se référant au Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées, adopté par l'Assemblée générale à sa trente-septième session, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme invite l'Assemblée générale et le Conseil économique et social à adopter, à leurs sessions de 1993, le projet de règles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées.

C. COOPERATION, DEVELOPPEMENT ET RENFORCEMENT DES DROITS DE L'HOMME

66. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande de donner la priorité à une action nationale et internationale visant à promouvoir la démocratie, le développement et les droits de l'homme.

67. L'accent devrait être mis spécialement sur les mesures propres à contribuer à la création et au renforcement d'institutions ayant des activités en rapport avec les droits de l'homme, au renforcement d'une société civile pluraliste et à la protection des groupes qui ont été rendus vulnérables. A ce propos, l'assistance apportée aux gouvernements qui le demandent pour la tenue d'élections libres et régulières, notamment l'assistance concernant les aspects des élections touchant les droits de l'homme et l'information du public sur le processus électoral, revêt une importance particulière. Est également importante l'assistance à fournir pour consolider la légalité, promouvoir la liberté d'expression et mieux administrer la justice, et pour assurer véritablement la participation de la population à la prise des décisions.

68. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne qu'il est nécessaire que le Centre pour les droits de l'homme mette en oeuvre des activités renforcées de services consultatifs et d'assistance technique. Il

devrait fournir aux Etats qui le demandent une assistance portant sur des questions précises en matière de droits de l'homme, notamment en ce qui concerne l'établissement des rapports que ceux-ci sont tenus de présenter en vertu des instruments conventionnels et l'application de plans d'action cohérents et complets visant à promouvoir et protéger les droits de l'homme. Ces programmes devraient comporter un élément de renforcement des institutions qui défendent les droits de l'homme et la démocratie, de protection juridique des droits de l'homme, de formation des fonctionnaires et autre personnel et d'éducation et d'information du grand public en vue de promouvoir le respect des droits de l'homme.

69. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande vivement la mise sur pied, dans le cadre du système des Nations Unies, d'un programme global visant à aider les Etats à établir et renforcer des structures nationales de nature à influencer directement sur l'observation générale des droits de l'homme et sur le maintien de la légalité. Ce programme, qui doit être coordonné par le Centre pour les droits de l'homme, devrait permettre de fournir, à la demande des gouvernements intéressés, un appui technique et financier aux projets nationaux portant sur la réforme des établissements pénitentiaires et correctionnels, la formation théorique et pratique des avocats, des juges et des agents des forces de sécurité en matière de droits de l'homme, et dans toute autre sphère d'activités contribuant au bon fonctionnement d'une société de droit. Au titre de ce programme, les Etats devraient pouvoir bénéficier d'une assistance dans l'application de plans d'action visant à promouvoir et protéger les droits de l'homme.

70. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme prie le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de présenter à l'Assemblée générale des Nations Unies diverses options touchant la création, la structure, le mode de fonctionnement et le financement du programme proposé.

71. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande que chaque Etat examine s'il est souhaitable d'élaborer un plan d'action national prévoyant des mesures par lesquelles il améliorerait la promotion et la protection des droits de l'homme.

72. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme que le droit universel et inaliénable au développement, tel qu'il est établi par la Déclaration sur le droit au développement, doit se concrétiser dans la réalité. A cet égard, elle se félicite de la création par la Commission des droits de l'homme d'un Groupe de travail thématique sur le droit au développement et demande instamment que celui-ci, en consultation et en coopération avec d'autres organes et institutions du système des Nations Unies, formule rapidement, pour les soumettre dès que possible à l'examen de l'Assemblée générale, des mesures globales et efficaces visant à éliminer les obstacles à la mise en oeuvre et à la concrétisation de la Déclaration sur le droit au développement et recommande des moyens qui favorisent la réalisation de ce droit dans tous les Etats.

73. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande de donner aux organisations non gouvernementales et autres organisations locales, dont le développement ou les droits de l'homme sont le champ d'action, les moyens de jouer un rôle majeur aux échelons national et international dans le débat, et les activités de mise en oeuvre du droit au développement et, aux côtés des gouvernements, dans la coopération au service du développement, sous tous les aspects pertinents.

74. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment aux gouvernements et aux organismes et institutions compétents d'accroître sensiblement les ressources consacrées à la mise en place de systèmes juridiques fonctionnels de protection des droits de l'homme et au renforcement des institutions nationales actives dans ce domaine. Les organismes de coopération pour le développement devraient être conscients des relations d'interdépendance entre développement, démocratie et droits de l'homme, chacun de ces éléments contribuant à renforcer l'autre. La coopération devrait être fondée sur le dialogue et la transparence. La Conférence demande également que soient adoptés des programmes globaux, notamment que soient mises en place des banques de données sur les ressources et le personnel compétent, en vue de renforcer l'état de droit et les institutions démocratiques.

75. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme encourage la Commission des droits de l'homme à poursuivre, en coopération avec le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'étude de protocoles

facultatifs se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

76. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande d'accroître les ressources consacrées au renforcement ou à l'établissement d'arrangements régionaux pour la promotion et la protection des droits de l'homme, dans le cadre des programmes de services consultatifs et d'assistance technique du Centre pour les droits de l'homme. Les Etats sont encouragés à demander, à cette fin, une assistance sous forme d'ateliers, séminaires et échanges d'informations, au niveau régional et sous-régional, destinés à renforcer les arrangements régionaux pour la promotion et la protection des droits de l'homme conformément aux normes universelles en la matière énoncées dans les instruments internationaux pertinents.

77. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme appuie toutes les mesures prises par l'Organisation des Nations Unies et ses institutions spécialisées compétentes pour assurer la protection et la promotion effectives des droits syndicaux, conformément aux dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et des autres instruments internationaux pertinents. Elle demande à tous les Etats de s'acquitter pleinement des obligations qui leur incombent à cet égard en vertu des instruments internationaux.

D. EDUCATION EN MATIERE DES DROITS DE L'HOMME

78. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme estime que l'éducation, la formation et l'information en la matière sont indispensables à l'instauration et à la promotion de relations intercommunautaires stables et harmonieuses, ainsi qu'à la promotion de la compréhension mutuelle, de la tolérance et de la paix.

79. Les Etats devraient s'efforcer d'éliminer l'analphabétisme et orienter l'éducation vers le plein épanouissement de la personne et le renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme invite tous les Etats et institutions à inscrire les droits de l'homme, le droit humanitaire, la démocratie

et la primauté du droit au programme de tous les établissements d'enseignement, de type classique et autre.

80. L'éducation en matière de droits de l'homme devrait porter sur la paix, la démocratie, le développement et la justice sociale, comme prévu dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme, afin de susciter une compréhension et une prise de conscience qui renforcent l'engagement universel en leur faveur.

81. Tenant compte du Plan d'action mondial adopté en mars 1993 par le Congrès international sur l'éducation en matière de droits de l'homme et de démocratie tenu sous les auspices de l'UNESCO et d'autres textes relatifs aux droits de l'homme, la Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande aux Etats d'élaborer des programmes et des stratégies spécifiques pour assurer le plus largement possible une éducation en la matière et la diffusion de l'information auprès du public, compte tenu en particulier des besoins des femmes à cet égard.

82. Les gouvernements, avec le concours d'organisations intergouvernementales, d'institutions nationales et d'organisations non gouvernementales devraient susciter une prise de conscience accrue des droits de l'homme et de la nécessité d'une tolérance mutuelle. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne combien il importe de renforcer la Campagne mondiale d'information sur les droits de l'homme menée par l'Organisation des Nations Unies. Les pouvoirs publics devraient lancer des programmes d'éducation aux droits de l'homme, les soutenir et assurer la diffusion de l'information dans ce domaine. Les services consultatifs et les programmes d'assistance technique du système des Nations Unies devraient être en mesure de répondre immédiatement aux demandes des Etats touchant l'éducation et la formation en la matière, ainsi que l'enseignement spécifique des normes énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et dans le droit humanitaire et leur application à des groupes donnés tels que les forces armées, les responsables de l'application des lois, le personnel de la police et les spécialistes de la santé. Il faudrait envisager de proclamer une décennie des Nations Unies pour l'éducation en matière de droits de l'homme afin de promouvoir, d'encourager et de mettre en relief ce type d'activités.

E. METHODES DE MISE EN OEUVRE ET DE SURVEILLANCE

83. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme prie instamment les gouvernements d'incorporer les normes énoncées dans les instruments internationaux en la matière dans leur législation interne et de renforcer les structures et institutions nationales et les organes de la société qui jouent un rôle dans la promotion et la sauvegarde des droits de l'homme.

84. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande le renforcement des activités et des programmes des Nations Unies destinés à répondre aux demandes d'assistance des Etats qui souhaitent créer ou renforcer leurs propres institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme.

85. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme est aussi favorable au renforcement de la coopération entre les institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme, en particulier au moyen d'échanges d'information et d'expérience, ainsi que de la coopération avec les organisations régionales et l'Organisation des Nations Unies.

86. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande vivement à cet égard que les représentants des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme tiennent périodiquement des réunions sous les auspices du Centre pour les droits de l'homme afin d'examiner les moyens d'améliorer leurs mécanismes et de partager leur expérience.

87. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande aux organes créés en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme, aux réunions des présidents de ces organes et aux réunions des Etats parties de continuer à prendre des mesures pour coordonner les multiples obligations imposées aux Etats en matière de rapports et harmoniser les directives pour l'établissement des rapports qu'ils doivent soumettre en vertu de chaque instrument et voir si en leur donnant, comme on l'a suggéré, la possibilité de faire rapport en un seul document sur la manière dont ils respectent les obligations auxquelles ils ont souscrit, on n'accroîtrait pas l'efficacité et l'utilité de cette procédure.

88. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande aux Etats parties aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, à l'Assemblée générale et au Conseil économique et social d'envisager d'examiner les organes créés en vertu de traités dans le domaine considéré et les différents mécanismes thématiques et procédures en vue d'en accroître l'efficacité et l'utilité grâce à une meilleure coordination en tenant compte de la nécessité d'éviter les doubles emplois et les chevauchements de mandats et de tâches.

89. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande de poursuivre l'effort d'amélioration du fonctionnement, notamment des tâches de surveillance, des organes conventionnels en tenant compte des multiples propositions avancées à ce sujet et, en particulier, de celles de ces organes mêmes et de celles des réunions de leurs présidents. Il faudrait encourager aussi l'approche nationale globale adoptée par le Comité des droits de l'enfant.

90. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande aux Etats parties aux instruments créés en vertu de traités en la matière d'envisager d'accepter toutes les procédures facultatives de communication utilisables.

91. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme s'inquiète de la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme et appuie les efforts que déploient la Commission des droits de l'homme et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités pour examiner tous les aspects de ce problème.

92. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande que la Commission des droits de l'homme examine la possibilité de mieux appliquer, aux plans international et régional, les instruments en vigueur en la matière et encourage la Commission du droit international à poursuivre ses travaux sur la question de la création d'une cour criminelle internationale.

93. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme demande instamment aux Etats qui ne l'ont pas encore fait d'adhérer aux Conventions de Genève de 1949 et aux Protocoles s'y rapportant et de prendre toutes les

mesures appropriées au plan national, y compris des mesures législatives, pour en assurer la pleine application.

94. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande que soit rapidement achevé et adopté le projet de déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus.

95. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme souligne qu'il importe de préserver et de renforcer le système de procédures spéciales: rapporteurs, représentants, experts et groupes de travail de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, afin de leur permettre de remplir leurs mandats dans tous les pays du monde, en leur fournissant les ressources humaines et financières nécessaires. Des réunions périodiques devraient permettre d'harmoniser et de rationaliser le fonctionnement de ces procédures et mécanismes. L'entière coopération de tous les Etats est demandée à cet égard.

96. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande que l'Organisation des Nations Unies joue un rôle plus actif pour ce qui est de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et d'assurer le plein respect du droit humanitaire international dans toutes les situations de conflit armé, conformément aux objectifs et principes de la Charte des Nations Unies.

97. Reconnaissant l'importance d'une composante droits de l'homme dans certains arrangements concernant les opérations de maintien de la paix de l'ONU, la Conférence mondiale recommande que le Secrétaire général tienne compte de l'expérience et des capacités en matière de présentation de rapports du Centre pour les droits de l'homme et des mécanismes de protection de ces droits, en conformité avec la Charte des Nations Unies.

98. Pour renforcer la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels, il faudrait envisager de nouvelles approches, par exemple un système d'indicateurs pour évaluer les progrès accomplis dans la réalisation des droits énoncés dans le pacte international relatif aux droits économi-

ques, sociaux et culturels. Il doit y avoir un effort concerté pour assurer la reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels aux niveaux national, régional et international.

F. SUIVI DE LA CONFERENCE MONDIALE

99. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme recommande à l'Assemblée générale, à la Commission des droits de l'homme et aux autres organes et organismes des Nations Unies qui s'occupent des droits de l'homme d'étudier les moyens d'assurer l'application, sans tarder, des recommandations figurant dans la présente Déclaration, y compris la possibilité de proclamer une Décennie des Nations Unies pour les droits de l'homme. Elle recommande en outre à la Commission des droits de l'homme d'évaluer chaque année les progrès réalisés en ce sens.

100. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme prie le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies d'inviter, à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, tous les Etats, tous les organes et organismes des Nations Unies qui s'occupent des droits de l'homme à lui rendre compte des progrès réalisés dans l'application de la présente Déclaration et de présenter un rapport à l'Assemblée générale, à sa cinquante-troisième session, par l'intermédiaire de la Commission des droits de l'homme et du Conseil économique et social. Les institutions régionales et, s'il y a lieu, nationales pour les droits de l'homme ainsi que les organisations non gouvernementales peuvent également faire part au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de leurs vues sur les résultats obtenus quant à l'application de la présente Déclaration. Il faudrait s'attacher, en particulier, à évaluer dans quelle mesure on s'est rapproché de l'objectif de la ratification universelle des traités et protocoles internationaux relatifs aux droits de l'homme, adoptés dans le cadre du système des Nations Unies.

TRANSLATOR'S NOTE

It was unfortunately impossible to make a final revision of proofs before printing of the translation of the present Code, and hence some orthographical errors appear, and a few substitutions were not made.

In Article 2(6) the words "no" and "be" have inadvertently been reversed, and in Article 17(4) the word "be" is omitted after word "must".

The most difficult matter has been the translation of the phrase "procedimento administrativo" which is dealt with in Part III of the Code and which is defined initially in Article 1(1). The translation as printed used the English phrase "agency proceedings" but in my view this is not the ideal expression, and I would now adopt the phrase "adjudicatory proceedings".

English law offers no immediate substitute, and I therefore had recourse to the Administrative Procedure Acts of the various States of the USA. There I discovered from the laws of the largest number of States that the closest equivalent to the Portuguese phrase is "adjudicatory proceedings".

Michael Lloyd

CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE *

Decree-Law no. 442/91 of 15th November

* Tradução de Michael Lloyd, revista por Paulo Lowndes Marques, por iniciativa da Secretaria de Estado da Modernização Administrativa.

**PRESIDENCY
OF THE COUNCIL OF MINISTERS
DECREE-LAW No. 442/91 OF 15TH NOVEMBER**

1. The need to prepare a general code of administrative procedure has been felt ever more keenly, given the constant increase in the duties which fall upon the Portuguese Public Administration in the most varied areas of the country's life, as well as the need to improve its efficiency and to guarantee the participation of all citizens in those decisions which concern them.

The 1976 Constitution, following the widespread wish of many specialists and practitioners, provided in Article 268 paragraph 3 that "the processing of all administrative activity shall be the object of a special law, which will ensure the rationalisation of the means available to departments, and the participation of citizens in the making of decisions or deliberations which concern them".

The present Code of Administrative Procedure has been prepared in furtherance of this constitutional provision — now Article 267 paragraph 4 — and of the aims which have for a long time been under consideration.

2. In the preparation of this Code attention was paid to the teachings of comparative law and to the wide experience which can be collected from the application of laws of administrative procedure in countries whose politico-administrative systems are as diverse as Austria, the United States of America, Spain, Yugoslavia and Poland, merely to mention some of the most important cases. The Law of Administrative Procedure of the German Federal Republic, published in 1976, and the very rich academic development of the same, deserved special attention.

It was however in large measure from Portuguese academic writings and jurisprudence that many of the solutions adopted were drawn, although mention must also be made of drafts previously prepared and which served as essential preparatory documents.

The first draft version, dated 1980, was submitted to full public debate, and as a result a second draft was prepared in 1982.

Finally in 1987 the Government requested that a group of specialists prepare a third version.

The present law is the result of the said drafts, although the text has been subject to alterations introduced after hearing the various ministerial departments. Apart from this, and although the Assembly of the Republic had not considered the draft in detail for the purposes of granting legislative authority, it was nevertheless possible to discover consensual solutions which perfected the final version.

3. In the first draft versions of this law the traditional Portuguese term "processo administrativo gracioso" was used. The final version opted for the more modern and correct term "procedimento administrativo".

The new title is not only used for theoretical reasons, but above all, for practical reasons, since the notion of administrative procedure is thought to be more easily comprehensible to the general public. What is basically involved is the juridical regulation of the way in which the Administration proceeds in relation to individuals. Hence the title Code of "Administrative Procedure".

4. A Code of Administrative Procedure is always essentially aimed at attaining five purposes:

- a) To control the organization and functioning of the public Administration, and increase the efficiency of its departments;
- b) To regulate the way in which decisions of the Administration are taken, so that they are just, legal, useful and opportune;
- c) To ensure that interested parties are informed and that they may participate in the taking of decisions which concern them directly;
- d) Generally to safeguard the transparency of administrative actions and the respect for the legitimate rights and interests of citizens;
- e) To avoid bureaucracy and bring public departments into closer contact with the people.

Although a law of administrative procedure has been promised by successive governments since the far off year of 1962, until now the Administration has had no clear knowledge of its duties in relation to individuals in the conduct of administrative proceedings undertaken by it, and individual citizens have had no clear idea of their rights in relation to the Public Administration.

From now on, as a result of the preparation of this Code, both the average citizen and the agencies and employees of the Administration have available in

clear and what is hoped to be accessible language, a law in which all those essential items which they must know to regulate their conduct in the correct way are set out, and their rights and obligations in relation to each other established.

5. The scope of application of the provisions of the Code of Administrative Procedure covers all those agencies of the Public Administration having any relationship with individuals, in the course of its activity under public law (article 2). The general principles of administrative action set out in the Code are also applicable to each and every activity of Public Administration, even when merely of a technical nature or under private law (article 2, paragraph 4).

The aim, therefore, is on the one hand to regulate expressly the activities under public law by the Administration in relation to individuals, while on the other hand the remainder of administrative business, without being directly regulated, is nevertheless subordinated to the general principles of administrative action.

The possibility is also envisaged of the provisions of this Code being applied by Ministerial Decree to the conduct of organs of private institutions of public interest (article 2, paragraph 5), and also to special proceedings, provided always that such application shall not involve any reduction of the guarantees given to private individuals (article 2, paragraph 6).

6. The Code is divided into four parts:

Part I — General principles;

Part II — Parties;

Part III — Agency proceedings;

Part IV — Administrative activity.

Part I contains preliminary provisions (articles 1 and 2) and sets out the general principles for administrative action (articles 3 to 12).

Part II deals with parties to the procedure and is divided into two chapters: the first governs administrative agencies (articles 13 to 51) and the second regulates the interested parties (articles 52 and 53).

Part III deals with agency proceedings and contains four chapters: one on general principles (articles 54 to 60), another on the right to information (articles 61 to 65), the third on notifications and time limits (articles 66 to 73) and the fourth on the conduct of the proceedings (articles 74 to 113).

Finally, part IV deals with administrative activity, and contains three chapters, which correspond to the three principal juridical forms of administrative activity in public management: regulations (articles 114 to 119), administrative acts (articles 120 to 177) and administrative contracts (articles 178 to 188).

Care was taken to remove unnecessary articles and simplify the wording of the remainder: 83 articles were removed between the first and third drafts, and many of the remaining articles were drastically reduced in size.

7. Part I contains the general principles of the Public Administration, namely the principle of legality (article 3), the principle of the prosecution of the public interest and protection of the rights and interests of the citizen (article 4), the principles of equality and proportionality (article 5), the principles of justice and impartiality (article 6), the principle of collaboration by the Administration with individuals (article 7), the principle of participation (article 8), the principle of decision taking (article 9), the principle of debureaucratization and efficiency (article 10), the principle of free service (article 11) and the principle of access to justice (article 12). These are general principles, the existence of which arise expressly or implicitly from constitutional provisions (specially articles 266 and following) and which concern the organization and functioning of a typical Public Administration in a modern State within the rule of law.

8. Part II of the Code deals with the parties to administrative relationships, including a first chapter referring to administrative agencies, and a second chapter referring to interested parties.

Chapter I sets out the agencies of Public Administration (article 13); the functioning of collegiate organs (article 14 and following); the rules relating to the jurisdiction of administrative agencies (article 29 and following); the juridical regime for the delegation of powers and substitution (article 35 and following); the jurisdiction for the resolving of conflicts of jurisdiction, powers and competence is set out (articles 42 and 43), and the guarantees of the impartiality of the Public Administration (article 44 and following).

Chapter II establishes the right of individuals to take part in agency proceedings (article 52), and the right of holders of legally protected rights or interests and associations which have as their objects the defence of such interests are given locus standi to commence agency proceedings, as well as the holders of broadly based interests and associations dedicated to the defence of the same (article 53). The new concept of broadly based interests is deemed to cover those interests which have as their fundamental purpose common general concerns such as public health, housing, education, heritage, the environment and quality of life (article 53, paragraph 2, sub-paragraph a).

9. Part III is concerned with agency proceedings which are commenced either by official motion or at the request of interested parties (article 54).

The progress of agency proceedings is put into a framework of general principles which seek to balance the participation of the interested parties with the speed required by the Public Administration.

Thus, the proceedings are governed by the principle of public initiative (article 56), seeking to set aside useless formalities and to ensure the hearing of all parties. Special emphasis should be given to those provisions which set out the right to information (article 61 and following), with the aim of making administrative activity more transparent, and referring the development of the new constitutional principle of open administration to later legislation (article 65).

Chapter III (article 66 and following) is dedicated to notifications and time limits. This subject has been prepared with a view to guarantee full knowledge of administrative acts to the parties concerned.

Chapter IV deals with the progress of the proceedings (article 74 and following), and special emphasis should be given to the importance of favouring and promoting collaboration between the Public Administration and the parties concerned as well as the genuine possibility of the latter taking part in the investigatory phase of the proceedings and the discussion of pertinent question.

The various methods of terminating proceedings is regulated in detail, principally decision taking.

Two matters deserve special reference: the implementation of the constitutional norm which seeks to ensure the participation of citizens in the taking of decisions which concern them, and which takes the form of the right of interested parties to be heard before any final decision in the proceedings is taken (articles 100 to 105), and the innovation which consists in listing the various situations where in the event of no response by the Administration the law shall deem the same to imply consent (article 108).

10. Part IV is dedicated to administrative activity.

Chapter I establishes several general rules applicable to the rule making of the Administration.

The principle of participation by citizens in the process of rule making lies behind some of the provisions. It is recognized from the beginning that individuals have the right to petition the Administration with a view to commencing the rule making process (article 115). On the other hand, the possibility of the prior hearing of interested parties is taken into account, in the case of regulations whose content could be unfavourable to them (article 117), and at same time regulations, whose nature so permits, are encouraged to be submitted for public discussion in order to collect suggestions (article 118).

In relation to the preparation of draft regulations article 116 sets out the rule by which the reason and purpose of that regulation must be given. On the other

hand the mere repeal — without substitution by new rules — of regulations necessary for the execution of the laws in force is prohibited, and, when the case demands, all rules repealed by new regulations must be fully specified. These two requirements arise respectively from the need to avoid lacunae capable of hindering the proper application of the law and from concern with certainty and security in the definition of the applicable law.

11. Chapter II of part IV deals with administrative acts or orders (article 120 and following).

In order to avoid those doubts and contradictions which have caused difficulty in our jurisprudence, it is emphasized with particular force that an administrative act only exists when the administrative decision has as its object an individual and concrete situation (article 120) and when it contains a proper identification of the party or parties to whom it is addressed (article 123, paragraph 2, sub-paragraph b)).

In relation to the rules for giving reasons for decisions, the main provisions of Decree-law 256-A/77, of 17 June have been maintained (article 124 and following).

As far as concerns the taking effect of the administrative acts, detailed provisions are laid down in relation to retroactive effects and delayed effects (articles 128 and 129), and great care has been taken to make provisions for the publication and notification of administrative acts, with the aim of giving guarantees to the individual.

In relation to acts which are invalid, care has been taken to define clearly those acts which are void, in broader terms than those normally used, and establishing the rule that all those acts which violate the basic content of a fundamental right or whose object constitutes a crime are always void (article 133). The general rule of voidability of administrative acts which are invalid has been maintained (article 135).

The revocation of administrative acts, given their practical importance, has been the object of a full section (article 138 and following), where it has been sought to give legal effect to solutions already present in Portuguese academic writing and jurisprudence.

Section V, relating to the execution of administrative acts, represents an attempt to bring order into a particularly sensitive area and particularly important in the business of the Administration and where the Administration is most obviously making use of its powers (article 149 and following).

After making a clear distinction between acts capable of execution and the execution itself, the principle of legality is reaffirmed, in this case in relation to the execution, and the proper judicial consideration of those acts of execution in relation to which arguments of illegality are raised is recognized, namely acts which are not a mere consequence of the act being executed. The three classic

modes of execution are set out: the payment of a fixed sum, the delivery of a certain thing and the performance of an obligation — and in relation to proceedings for execution for payment of a fixed sum the rules refer to the provisions of the Procedural Tax Code.

Careful consideration led to the strengthening in relation to this matter of those requirements which must be satisfied by the Public Administration in a State within the rule of law. As a result, the coercive enforcement of administrative acts is only possible without recourse to the courts provided that the same is carried out in the form and subject to the conditions established by law (article 149, paragraph 2). Special precautions have also been taken in relation to the execution of positive obligations which are specifically personal to the debtor, given their nature (article 157, paragraph 3).

12. Section 6 Part IV regulates requests for review and administrative appeals, which may as a general rule be based upon illegality or inconvenience of the administrative act (article 159).

In relation to the effects of these guarantees given to citizens, it is determined that a request for review causes the effectiveness of the act in question to be suspended, whenever the act is not capable of judicial appeal (article 163).

As a general rule, compulsory hierarchical appeal has a suspensive effect, but, however, the respondent body may give to the appeal a merely non-suspensive effect when the immediate non execution of the act could cause grave damage to the public interest. Optional hierarchical appeal does not have any suspensive effect (article 170).

Finally, and for the first time, a distinction has been introduced — already indicated in academic teaching and in jurisprudence — between hierarchical appeal, extraordinary hierarchical appeal and supervisory appeal, and each of the three institutions are regulated in conformity with their different natures (article 176 and following).

13. In relation to administrative contracts the legislator has been concerned not to substitute academic teaching nor to invade those areas which are matters for jurisprudence.

The importance of contracts in an Administration which wishes to be ever more open to dialogue and collaboration with those administered by it, and to be efficient and flexible, requires however that some governing principles must be laid down.

It was decided not to define types of administrative contracts and create the respective regime on the basis of the definition. It was thought wiser to set out the powers of the Administration as a party to the contract (article 180).

With a view to increasing the use of contracts, the principle is duly set out that the same may always be used save where some other arrangement is required by law or by the very nature of the relationships involved (article 179).

In relation to the procedure for forming contracts those provisions relating to agency proceedings shall be followed as far as possible (article 181).

The Code contains the method for choosing the other contracting parties and regulates in a general form the waiving of tenders, thereby naturally limiting this possibility (articles 182 and 183).

Interpretative administrative acts, or acts which modify or extinguish contractual relationships are, as a general rule, not capable of execution, thereby bringing to an end the possibility of abusive behaviour. In accordance with this idea it is established that the coercive execution of contractual obligations undertaken by individuals may only be obtained by an action started in the competent court, unless some other solution has been previously agreed (article 187).

Finally, the possibility of introducing arbitration clauses is established, to be followed under the terms of legislation on civil procedure (article 188).

14. Many factors lead to the conclusion that there should be a relatively long period before this law takes effect, and also that an experimental period be established after which the Code will be obligatorily revised: the complexity and sensitivity of the matters covered, the novelty of many solutions offered, the inevitable lacunae in any law with this object and scope, and the number and nature of the persons affected. In this way it will not only be possible to continue public theoretical discussion, but also to collect those lessons derived from its use. The Government intends to create a Commission to collect all useful information and to propose alterations and improvements which experience may prove desirable, in order to make maximum use of criticisms and suggestions which will certainly be made and to evaluate the experience of the experimental application of this law.

15. With the publication of the Code of Administrative Procedure the Government, while realising one of the fundamental concepts in its Programme in relation to Public Administration, has genuine hopes that it will constitute one of the important instruments in administrative reform — a reform which is indispensable so that the Portuguese Administration may satisfy in full the work which it may have during these last years of the twentieth century. It is specially hoped that the reforms put into effect by this law will prepare the Public Administration for the full integration of the country into the European Community, an integration which can never take place successfully without the spirit, methods and practices of the administrative organizations being sufficiently prepared and reformed.

Thus:

Making use of the legislative authorization granted by Law 32/91 of 20th of July, and under the terms of sub-paragraph b) of paragraph 1 of article 201 of the Constitution, the Government decrees as follows:

ARTICLE 1

Approval

The Code of Administrative Procedure is approved, and the same is published as an annex to the present Decree-Law, of which it is an integral part.

ARTICLE 2

Taking effect

The Code of Administrative Procedure shall take effect six months after the date of publication of the present law.

ARTICLE 3

Revision

The Code of Administrative Procedure shall be reviewed at the end of the period of 3 years from the date when it takes effect, and all useful information arising from its application shall be collected for introduction into those alterations which are proved necessary.

ARTICLE 4

Provisions repealed

Decree-laws n.os 13458 of 12th April 1927 and 370/83 of 6th October are hereby repealed.

Seen and approved in the Council of Ministers on 22nd August 1991. — Aníbal António Cavaco Silva — Mário Fernando de Campos Pinto — Lino Dias Miguel — Eugénio Manuel dos Santos Ramos — Luís Miguel Couceiro Pizarro Beleza — Luís Francisco Valente de Oliveira — Manuel Pereira — Álvaro José

Brilhante Laborinho Lúcio — João de Deus Rogado Salvador Pinheiro — Arlindo Marques da Cunha — Luís Fernando Mira Amaral — Alberto José Nunes Correia Ralha — Jorge Manuel Mendes Antas — Jorge Augusto Pires — António José de Castro Bagão Félix — José António Leite de Araújo — Carlos Alberto Diogo Soares Borrego — Albino Azevedo Soares.

Promulgated on 29th October 1991

Let it be published.

The President of the Republic, *Mário Soares*.

Countersigned on 5th November 1991.

The Prime Minister, *Aníbal António Cavaco Silva*.

CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE

PART I GENERAL PRINCIPLES

CHAPTER I PRELIMINARY PROVISIONS

ARTICLE 1 *Definitions*

1. Agency Proceedings shall mean the ordered succession of acts and formalities leading to the forming and manifesting of the will of the Public Administration or to the execution of the same.

2. Administrative case shall mean the total of all those documents which reflect the acts and formalities which make up agency proceedings.

ARTICLE 2 *Scope of application*

1. The provisions of this Code shall apply to all those agencies of the Public Administration which, in undertaking the administrative activity under public law, establish relationships with individuals, and shall apply also to all actions in administrative matters practised by those organs of the State and which, although not integrated in the Public Administration, carry out functions which are essentially administrative in nature.

2. For the purposes of this Code the agencies of the Public Administration are:

- a) the organs of the State and the Autonomous Regions which carry out administrative functions;

- b) the organs of public institutes and public associations;
- c) the organs of local authorities and their associations and federations.

3. The rules created by the present Code shall also apply to acts practised by entities to which powers have been granted by way of franchise in the exercise of central authority.

4. The general principles of administrative activity defined in the present Code shall be applicable to all actions of the Administration, even when merely technical in nature or under private law.

5. The principles of this Code may by law be ordered to be applied to the activities of agencies of private institutions of public interest.

6. The provisions of this Code may also be applied to special procedures, by way of filling lacunae, provided always that there is no reduction in the guarantees of private individuals.

CHAPTER II GENERAL PRINCIPLES

ARTICLE 3 *Principle of legality*

1. The agencies of the Public Administration must act in accordance with the law and legal principles, within the limits of those powers which may be attributed to them and in conformity with the aims for which the same powers were granted.

2. Administrative acts carried out under a state of emergency without observing the rules set out in this Code, shall be valid, provided that their results could not have been attained by any other means, but any parties injured shall have the right to be compensated under the general rules of the liability of the Administration.

ARTICLE 4

*Principle of prosecution of the public interest
and protection of the rights and interests of the citizen*

It shall be the duty of administrative agencies to pursue the public interest, respecting the legally protected rights and interests of citizens.

ARTICLE 5

Principles of equality and proportionality

1. In its relations with individuals, the Public Administration shall be governed by the principle of equality, and no person administered by it shall receive privileges or benefits, be prejudiced or deprived of any right or exempted from any duty by reason of family origins, sex, race, language, country of origin, religion, political or ideological belief, education, economic situation or social condition.

2. Those decisions of the Administration which conflict with the legally protected personal rights or interests of individuals may only have the effects which are adequate and proportional to the aims proposed.

ARTICLE 6

Principles of justice and impartiality

The Public Administration in the exercise of its activity shall treat all those with whom it enters into relations in a just and impartial manner.

ARTICLE 7

*Principle of collaboration
by the Administration with individuals*

1. The agencies of the Public Administration shall act in strict collaboration with the individual, seeking to ensure their proper participation in the fulfilment of administrative functions and it shall be their duty namely to:

- a) supply to individuals such information and clarifications as they may need;

- b) support and stimulate the initiatives of private individuals and to receive their suggestions and information.

2. The Public Administration shall be liable for information supplied in writing to private individuals, even if the giving of such information is not compulsory.

ARTICLE 8

Principle of participation

The organs of the Public Administration shall ensure the participation of private individuals, and also of associations which have as their aims the defence of such interests, in the making of decisions which may concern them, namely through the appropriate hearings under the terms of this Code.

ARTICLE 9

Principle of decision taking

1. Administrative agencies, under the provisions regulated by this Code, shall have the duty of deciding upon all matters within their jurisdiction which may be presented to them by individuals and namely:

- a) on matters which directly concern the same;
- b) on any petitions, demands, claims or complaints formulated in defence of the Constitution, of any law or of the public interest.

2. There is no obligation to decide when the competent agency has already, within the last two years, put into practice an administrative act in relation to the same claim formulated by the same individual upon the same bases.

ARTICLE 10

Principle of debureaucratization and efficiency

The Public Administration shall be structured so as to bring its services closer to local populations and in a nonbureaucratic form, so as to ensure speed, economy and efficiency in its decision making.

ARTICLE 11

Principle of free service

1. Administrative proceedings are free of charge, save where special laws impose the payment of taxes or expenses made by the Administration.

2. The Administration may waive the payment of the taxes or expenses referred to in the preceding paragraph in cases where lack of financial resources has been proved.

ARTICLE 12

Principle of access to justice

Access to administrative justice is guaranteed to individuals, so that acts of the Administration may be subject to control by the courts, and also so that their legally protected rights or interests may be safeguarded, under the terms set out in the legislation which regulates judicial administrative matters.

**PART II
PARTIES**

CHAPTER I

ADMINISTRATIVE AGENCIES

SECTION I

General principles

ARTICLE 13

Agencies of Public Administration

For the purposes of this Code the Agencies of the Public Administration are those set out in paragraph 1 of Article 2.

SECTION 2
Collegiate agencies

ARTICLE 14
President and secretary

1. Each collegiate administrative agency shall have a president and a secretary, to be elected by their respective members from among themselves, provided that the law does not provide for any different form.

2. It shall be the duty of the president of a collegiate organ, apart from any other functions attributed to him, to open and close meetings, to supervise discussions and to ensure the compliance with laws and the proper taking of decisions.

3. The president may also suspend or close meetings before the due time, whenever exceptional circumstances so justify, upon the basis of a duly reasoned decision to be included in the minutes of the meeting.

4. The president or his substitute may lodge judicial appeals, requesting the jurisdictional suspension of the effectiveness of decisions taken by the collegiate organ of which he is president, if he considers the same to be illegal.

ARTICLE 15
Substitution of the president and secretary

1. Save for any legal provision to the contrary, the president and the secretary of any collegiate organ shall be substituted respectively by the longest serving and most recently appointed voting member.

2. In cases where the voting members have been members for the same period, the substitution shall be made respectively by the oldest voting member or by the youngest.

ARTICLE 16
Ordinary meetings

1. Subject to legal ruling or decision by the relevant organ, the president shall establish the date and time of ordinary meetings.

2. Any alterations to the date and time established for meetings shall be communicated to every member of the collegiate organ so as to guarantee their certain and opportune knowledge.

ARTICLE 17

Extraordinary meetings

1. Save for any special provision, extraordinary meetings shall be held when convened by the president.

2. The president shall be obliged to convene a meeting whenever at least one third of the voting members request the same in writing, indicating the matter which they wish to be discussed.

3. Notices convening the meeting must be for a day within 15 days after the request has been presented, but always giving a minimum period of notice of 48 hours before the date of the extraordinary meeting.

4. Notice convening the meeting must in a clear and specific form indicate the matters to be discussed.

ARTICLE 18

Agenda

1. The president shall establish the agenda of every meeting which, save for special provisions to the contrary, must include those matters which have been indicated to him by any voting member, provided the agency is competent in relation to the same and that the request has been presented in writing with at least 5 days minimum notice before the date of the meeting.

2. The agenda must be delivered to all members with a minimum period of notice of forty eight hours before the date of the meeting.

ARTICLE 19

Object of decisions

Only those matters included in the agenda of the meeting may be the subject of resolutions, save where, at an ordinary meeting, at least two thirds of the members recognize the urgency of an immediate decision upon other matters.

ARTICLE 20
Public meetings

1. The meetings of administrative agencies shall not be public, save when the law provides to the contrary.

2. When meetings are required to be public, publicity must be given to the dates, times and places of the meetings, so as to guarantee that interested parties shall have knowledge of the same with advance notice of at least 48 hours before the date of the meeting.

ARTICLE 21
Failure to observe provisions relating to the convening of meetings

Any illegality arising from a failure to observe the provisions relating to the convening of meetings may only be remedied if all the members of the organ attend the meeting and raise no objections to the same being held.

ARTICLE 22
Quorum

1. Collegiate organs may only take decisions at meetings convened at first call when there are present a majority of the legal number of their members with the right to vote.

2. Where the required number of members does not appear, a new meeting shall be convened for a time after an interval of at least 24 hours, and the organ may then take decisions provided that there is present one third of the members with the right to vote, but in a number not less than three.

ARTICLE 23
Compulsory voting

Save where the law otherwise provides, abstention in voting is prohibited to all members of the collegiate organs who are present at any meeting and who are not legally impeded from taking part, and voting members shall vote first and the president last.

ARTICLE 24
Form of voting

1. Decisions shall be taken by individual votes, save where legal provisions to the contrary apply.

2. Decisions involving consideration of the behaviour or the qualities of an individual person shall be taken by secret vote.

3. During discussion or at the time of voting those members of collegiate organs who are or are deemed to be under some legal impediment shall not present.

ARTICLE 25
Majority required for decisions

1. Decisions shall be taken by an absolute majority of votes of the members present at the meeting, save where by legal provision a qualified majority is required or where a relative majority is sufficient.

2. Where an absolute majority is required and where the same cannot be obtained nor is there an equality of votes, a second vote shall be taken, and if the same situation shall be maintained, the decision shall be adjourned to the next meeting, at which a relative majority shall be sufficient.

ARTICLE 26
Voting Tie

1. In the case of an equality of Votes, the president shall have a casting vote, save where the voting has been taken in secret.

2. In the case of an equality of Votes in secret voting, a second vote shall be taken immediately and if equality is maintained the decision shall be adjourned to the following meeting; if at the first voting at the second meeting the equality of votes is maintained, an individual vote shall be taken.

ARTICLE 27
Minutes of meetings

1. Minutes shall be drawn of every meeting, containing a summary of all that took place, indicating namely the date and place of the meeting, the members present, the matters discussed, the decisions taken and the form and result of the respective voting.

2. The minutes shall be drawn up by the secretary and shall be presented for the approval of all the members at the end of the respective meeting or at the beginning of the next meeting, and after approval the same shall be signed by the president and the secretary.

3. In cases where the organ so decides the minutes shall be approved in draft immediately during the meeting to which they refer.

4. The decisions of collegiate organs shall only take effect after the respective minutes have been approved or the drafts have been signed under the provisions of the previous paragraph.

ARTICLE 28
Registration in the minutes of the minority vote

1. Members of collegiate organ may require their minority vote to be recorded in the minutes and the reasons justifying the same.

2. Those members whose votes were in a minority in the decision taken and who caused their respective declaration of votes to be registered in the minutes shall be exempt from any liability which may arise from the said decision.

3. In cases where opinions are to be given to other administrative organs, the decisions shall always be accompanied by declaration of the votes cast.

SECTION III

Jurisdiction

ARTICLE 29

Non-renounceability and non-transferability

1. Jurisdiction is defined by law or by regulation and is non-renounceable, without prejudice to legal provisions relating to delegation or substitution of powers.

2. All acts or contracts, having as their object the renunciation of the right to or exercise of powers conferred upon administrative organs, shall be void, without prejudice to the delegation of powers and similar institutions.

ARTICLE 30

Establishment of jurisdiction

1. Jurisdiction shall be established at the moment when the proceedings begin, and any factual alterations which later occur shall be irrelevant.

2. All changes of law shall also be irrelevant, save where the agency in which the proceedings are pending is extinguished, ceases to have jurisdiction, or if jurisdiction which it did not initially possess is attributed to it.

3. When the territorial jurisdiction of an agency is transferred to another agency, the proceedings must automatically be transferred to the latter by official motion.

ARTICLE 31

Preliminary questions for determination elsewhere

1. If the final decision depends upon the decision of a question within the jurisdiction of another administrative organ, or within the jurisdiction of the courts, the agency with jurisdiction to make the final decision shall suspend the administrative proceedings until the agency or court having jurisdiction has taken a decision, save where an immediate failure to reach a decision in the matter could cause serious harm.

2. The said suspension shall cease to operate:

- a) In cases where the decision of the preliminary question depends upon the interested party preparing his claim, when the said party does not present the claim to the competent administrative agency or court within the period of 30 days following the notification of the suspension, or when the action commenced for the preliminary question to be considered has been inactive for more than 30 days by reason of fault by the interested party;
- b) whenever, by reason of supervening circumstances, the failure to resolve the matter immediately would cause serious harm.

3. If the suspension is not declared or if the suspension should terminate, the administrative agency shall decide the preliminary question, but the respective decision shall not have any effect save in the proceeding in which the same was made.

ARTICLE 32

Conflicts of territorial jurisdiction

In case of doubt as to territorial jurisdiction, the entity which shall decide the conflict shall nominate as having jurisdiction that agency whose place of business provides, in its view, the greatest advantages for the proper resolution of the matter.

ARTICLE 33

Control of jurisdiction

1. Before taking any decision, the administrative agency must certify that it has jurisdiction to decide the question.

2. Lack of jurisdiction must be raised by the administrative agency on its own motion and may be argued by the parties concerned.

ARTICLE 34

Presentation of a request to an organ having no jurisdiction

1. When, as a result of an excusable mistake and within the time limit established, the individual makes a claim, petition, request for review or appeal

to an agency having no jurisdiction, the matter shall proceed in the following manner:

- a) If the competent agency belongs to the same ministry or to the same corporate body the claim, petition, request for review or appeal shall be referred to it by official motion, and the individual shall be notified accordingly;
- b) If the agency having jurisdiction belongs to another ministry or to another corporate body, the request, petition, request for review or appeal shall be returned to the plaintiff, accompanied by a notification of the ministry or corporate body to which the matter must be referred.

2. In the case envisaged in sub-paragraph b) of the preceding paragraph, a new time limit shall commence to run, identical to that established, running from the notification of the devolution of the proceedings there mentioned.

3. In case of an excusable error, the claim, petition, request for review or appeal, shall not be decided, and for such purposes the interested party shall be notified within a time limit not exceeding 48 hours.

4. Request for review and appeal under the general terms of the law shall be possible against any decision declaring the existence of a mistake.

SECTION IV

Delegation of powers and substitution

ARTICLE 35

Delegation of powers

1. Those administrative agencies normally having jurisdiction in a determined matter may, whenever so permitted by law, allow another agency or agent to practise administrative acts in relation to the same matter, by means of delegation of powers.

2. By a delegation of powers, the agency having jurisdiction in a determined matter may always allow the body immediately below it in the hierarchy

or its assistant or substitute to practise acts of ordinary administration in relation to the same matter.

3. The provisions of the preceding paragraph shall also apply to the delegation of powers by collegiate organs in favour of their respective presidents.

ARTICLE 36

Subdelegation of powers

1. Save for legal provision to the contrary, the party delegating may authorize a delegate to subdelegate.

2. The subdelegate may subdelegate the powers which have been subdelegated to him, save for legal provision to the contrary or save for express reservation by the party delegating or the party subdelegating.

ARTICLE 37

Requirements for delegation

1. In the delegation or subdelegation, the organ delegating or subdelegating must specify the powers which are delegated or subdelegated or must specify which acts may be practised by the delegate or subdelegate.

2. Delegation and subdelegation of powers are subject to publication in the Official Gazette, or where local administration is involved, in the local authority gazette, and when no such gazette exists the publication must be affixed in places of note.

ARTICLE 38

Reference to the office of delegate or subdelegate

The agency which is a delegate or subdelegate must refer to this office when using its power of delegation or subdelegation.

ARTICLE 39

Powers of agency delegating or subdelegating

1. The agency delegating or subdelegating may issue directives or instructions binding upon the delegate or subdelegate in relation to the manner in which the powers delegated or subdelegated must be exercised.

2. The agency delegating or subdelegating shall have power to take back to itself, and also the power to revoke all acts practised by the delegate or subdelegate under the terms of the delegation or subdelegation.

ARTICLE 40

Extinction of delegation or subdelegation

The delegation or subdelegation of powers shall be extinguished:

- a) by the revoking of the delegation or subdelegation;
- b) by automatic extinction, arising from the effects of the same having been spent or by change in either the office holders of the bodies delegating or subdelegating or of the delegate or subdelegate.

ARTICLE 41

Substitution

1. In cases of absence, failure to act, or legal impediment of or by any office holder, the substitution of the same falls to the substitute designated by law.

2. When the law makes no such designation, the substitution falls to the oldest serving office holder of the immediately inferior agency in the hierarchy of the holder to be substituted.

3. The exercise of functions by way of substitution includes powers delegated or subdelegated to the party being substituted.

SECTION V
Conflicts of jurisdiction,
attribution of powers and competence

ARTICLE 42
Jurisdiction for the resolution of conflicts

1. Conflicts of jurisdiction shall be resolved by the Court of Conflicts, under the terms of the respective legislation.

2. Conflicts of attribution of powers shall be resolved:

- a) by the administrative courts, by way of judicial appeal, when agencies of different corporate bodies are involved;
- b) by the Prime Minister, when agencies of different ministries are involved;
- c) by the Minister, when agencies of the same ministry or corporate bodies having autonomy but subject to his supervisory power are involved.

3. Conflicts of competence shall be resolved by the lowest organ in the hierarchy exercising supervisory powers over the organs involved.

ARTICLE 43
Administrative resolution of conflicts

1. The resolution of conflicts of competence, and also conflicts of attribution of powers between different ministries, may be requested by any interested party, by means of a written application, setting out its reasons, addressed to the competent entity for the making of a decision in the proceedings, and must be raised by the agencies in conflict on their own motion as soon as they have knowledge of the situation.

2. The competent organ for resolving the conflict must hear the agencies in conflict, if the same have not yet given their opinions on the matter, and must give its decision within the time limit of 30 days.

SECTION VI
Guarantees of impartiality

ARTICLE 44
Cases of prohibitive impediment

1. No office holder of any agency or agent of the Public administration may take part in any agency proceeding or in any act or contract of public or private law of the Public administration in the following cases:

- a) when he has a personal interest in the matter, either for himself or as a representative or "gestor negotium" of another person;
- b) when, either for himself or as a representative of another person, his or her spouse has an interest in the matter, or some relative or family member in the direct line down to the second degree of collaterals, or any person with whom he or she is living and sharing household expenses;
- c) when, either for himself or as a representative of another person, he has any interest in a question similar to that which must be decided, or when such a situation arises in relation to any person covered by the preceding sub-paragraph;
- d) when he has taken part in the proceedings as an expert or attorney or has given an opinion on the question to be resolved;
- e) when his or her spouse or some relative or family member in the direct line down to the second degree of collaterals and any person with whom he lives and shares household expenses has taken part in the proceedings as an expert or attorney;
- f) when a judicial action has been commenced by an interested party or his respective spouse against him, his spouse or family member in the direct line;
- g) when the matter is on appeal from a decision made by him, or in which he has taken part, or which has been given by one of the persons mentioned in sub-paragraph b) or in which the same has taken part.

ARTICLE 45

Argument about and declaration of a prohibitive impediment

1. Whenever a case of prohibitive impediment arises in relation to an office holder of an administrative agency or an agent, the said person must immediately communicate the fact to his respective superior in the hierarchy or to the president of the governing collegiate organ, in conformity with the case.

2. Until the final decision has been made or the relevant act practised, any interested party may request the declaration of prohibitive impediment, setting out the facts which give rise to the same.

3. It shall be the function of the person immediately above in the hierarchy or the president of the collegiate organ to take note of the existence of the prohibitive impediment and make a declaration of the same, hearing, if it is thought necessary, the office holder of the agency or the agent.

4. In cases of prohibitive impediment of the president of the collegiate organ, the decision on the matter shall be undertaken by the organ itself, but without the president taking part.

ARTICLE 46

Effects of the argument as to prohibitive impediment

1. The office holder of the agency or agent must suspend all activity in the proceedings as soon as the communication which is referred to in paragraph 1 of the preceding article is made or as soon as he has knowledge of the written request mentioned in paragraph 2 of the same provision, until the taking of a decision in the matter, save where an order to the contrary is made by his respective superior in the hierarchy.

2. Those parties subject to prohibitive impediment under the terms of article 44 must take all such measures as cannot be delayed in cases of urgency or danger, measures which must be ratified by the entity which substitutes them.

ARTICLE 47

Effects of declaration of prohibitive impediment

1. As soon as the prohibitive impediment of the office holder or agent has been declared, the said person shall be immediately substituted in the proceed-

ings by his respective legal substitute, save where the former's superior in the hierarchy refers the question to himself.

2. In cases of a collegiate organ, and where there is no substitute or no substitute can be designated, the organ shall function but without the member subject to prohibitive impediment.

ARTICLE 48

Basis for release and suspicion

1. The office holder of an organ or agent must request to be released from taking part in any proceedings where any circumstance arise as a result of which his impartiality or the correctness of his conduct may reasonably be put under suspicion and, namely:

- a) when, either for himself or as a representative of any other person, a family member or relative in the direct line or down to the third degree of collaterals, or a person of whom he or his spouse is guardian or who is under his or her supervision has an interest in the matter;
- b) when the office holder of the agency or agent or his spouse or some family member or relative in the direct line is a creditor or debtor of a person or corporate body having a direct interest in the proceedings, the act or the contract;
- c) when there has been any receipt of gifts, either before or after the proceedings were commenced, by the office holder of the agency or agent, his spouse, family member or relative in the direct line;
- d) if there has been serious enmity or great intimacy between the office holder of the agency or agent or his spouse and the person with a direct interest in the proceedings, the act or the contract.

2. Any interested party may raise the question of suspicion in relation to office holders of agencies or agents who may take part in the proceedings, the act or the contract, on the same grounds and up to the making of a definitive decision on the matter.

ARTICLE 49

Formulation of the request

1. In the cases set out in the preceding article, the request must be directed to the agency having jurisdiction to take note of the same, indicating with precision the facts upon which it is based.

2. The request of an office holder of an agency or agent shall only be formulated in writing when the same has been required by the agency to which it was addressed.

3. When the request is formulated by the parties concerned in the proceedings, the act or the contract, the office holder of the agency or agent contemplated shall always be heard.

ARTICLE 50

Decision relating to release or suspicion

1. Jurisdiction to decide upon release or suspicion shall be governed by the terms set out in paragraphs 3 and 4 of article 45.

2. The decision shall be given within the time limite of eight days.

3. If the request is granted, the provisions of articles 46 and 47 shall be observed.

ARTICLE 51

Penalty

1. Acts or contracts in which office holders of agencies or agents subject to prohibitive impediment have taken part are voidable under the terms of the general law.

2. Any omission in the duty of communication referred to in article 45, paragraph 1, shall constitute a serious offence for disciplinary purposes.

CHAPTER II INTERESTED PARTIES

ARTICLE 52

Taking part in agency proceedings

1. All individuals shall have the right to take part personally in agency proceedings or to be represented or assisted in the same.

2. Capacity for taking part in proceedings, save for specific dispositions, shall be based upon and judged by the capacity to exercise rights according to civil law, and the rules relating to the remedying of incapacity shall also be applicable.

ARTICLE 53

Locus Standi

1. The holders of personal legally protected rights or interests within the scope of those decisions which will be or may be taken in the proceedings have locus standi to commence agency proceedings and to take part therein, and also associations having no political character or trade union character having as their aim the defence of such interests.

2. Locus standi for the protection of broadly based interests shall also be deemed to exist in relation to:

- a) citizens in relation to whom administrative action may cause or could foreseeably cause relevant damage to fundamental common concerns such as public health, housing, education, heritage, the environment, the organisation of the territory and the quality of life;
- b) persons resident within the locality of a property in public ownership affected by the action of the Administration.

3. In order to defend the broadly based interests of residents in a determined locality, associations dedicated to the defence of such interests and the organs of local authorities in the respective area shall also have locus standi.

4. No person may make requests for review or appeals if they have, without reservation, expressly or tacitly, accepted an administrative act after the same has been practiced.

PART III
AGENCY PROCEEDINGS

CHAPTER I
GENERAL PRINCIPLES

ARTICLE 54
Initiation

Agency proceedings may commence by official motion or at the request of interested parties.

ARTICLE 55
Communication to interested parties

1. The start of proceedings by official motion shall be communicated to those persons whose legally protected rights or interests may be harmed by the acts to be practised in the procedure and who can be immediately identified by name.

2. There shall be no requirement to send the communication referred to in the preceding paragraph in those cases where the law waives the same and also those in which such communication could prejudice the secret or confidential nature of the matter, as classified for such purposes under the provisions of the law, or which could prejudice the opportune adoption of decisions for which the proceedings are intended.

3. The communication shall indicate the agency which ordered the start of the proceedings, the date on which the same commenced, the department in which the same is proceeding and the respective purpose.

ARTICLE 56
Principle of public initiative

Even where the proceedings are initiated at the initiative of parties concerned, administrative agencies may take such steps as they think convenient for the preparation of the case, even in relation to matters not mentioned in the

application or the replies of the interested parties and may decide a different matter or a matter of wider scope than that requested, when public interest so requires.

ARTICLE 57

Haste

Administrative agencies must take steps to ensure the rapid and effective conduct of the proceedings, both refusing and avoiding anything which could be regarded as improper or causing delay, and issuing orders and promoting all that may be deemed necessary for the continuation of the proceedings and the just and opportune making of a decision.

ARTICLE 58

General time limit for the conclusion

1. The proceedings shall be concluded within time limit of three months, unless some other term is provided for by law or is imposed by exceptional circumstances.

2. Any failure to observe the time limit set out in paragraph 1 must be justified by the agency responsible before its immediate superior in the hierarchy or before the collegiate organ having jurisdiction, within ten days after the termination of the said time limit.

ARTICLE 59

Hearing of interested parties

At any stage of the proceedings the administrative organs may order the notification of interested parties to give their opinion about any question, within the time limit which may be established.

ARTICLE 60

General duties of interested parties

1. Interested parties have the duty not to formulate any claims which are illegal, not to plead any facts contrary to the truth nor to request any steps which are merely delaying in nature.

2. Interested parties also have the duty to supply their collaboration for the proper clarification of facts and the discovery of the truth.

CHAPTER II RIGHT TO INFORMATION

ARTICLE 61

Right of interested parties to information

1. All persons have the right to be informed by the Administration, whenever they so request, as to the conduct of those proceedings in which they are interested directly and they also have the right to know the definitive decisions which are taken in relation to them.

2. The information to be supplied includes the indication of the department where the proceedings are to be found, the acts practised and steps taken, any failures which the interested parties may remedy, decisions taken and any other information requested.

3. Any information requested under the terms of this article shall be supplied within the maximum period of ten days.

ARTICLE 62

Consultation of the file and issue of certificates

1. Interested parties shall have the right to consult the file not containing classified documents and to obtain certificates or authenticated copies of documents included therein, against payment of any sums thereby due.

2. The right referred to in the preceding paragraph includes personal documents relating to third parties, provided that there be excluded therefrom personal data which may not be public, under the terms of the law.

ARTICLE 63

Certificates not requiring a formal order

The competent employees shall be obliged to issue to interested parties, without reference to any official order and within the period of ten days from the presentation of the respective application, a certificate or authenticated copy or declaration of non classified documents, which contain, in conformity with the application, all or any of the following information:

- a) date of presentation of applications, petitions, requests for review, appeals or similar documents;
- b) the contents of the said documents or the claims formulated by the same;
- c) the progress of the proceedings or the situation at which the same stand;
- d) decisions made or lack of decision.

ARTICLE 64

Scope of the right to information

1. The rights recognized in article 61 to 63 shall extend to any persons who prove that they have a legitimate interest in having knowledge of the information to which they claim a right.

2. The exercise of the rights set out in the preceding paragraph is dependent upon an order by the officer in charge of the department, certified upon an application in writing and duly documented with papers proving the legitimate interest invoked.

ARTICLE 65

Principle of open administration

1. All persons shall have the right of access to administrative files and registers, even when no proceedings are under way which specifically concern them, without prejudice to legal provisions relating to matters of internal and external security, criminal investigation and individual freedoms.

2. Access to administrative files and registers shall be regulated by a separate law.

CHAPTER III

NOTIFICATIONS AND TIME LIMITS

SECTION I

Notifications

ARTICLE 66

Duty of notify

Interested parties must be notified of all administrative acts:

- a) in which decisions are taken in relation to any claim formulated by them;
- b) which impose duties, obligations or penalties or which may cause loss;
- c) which create, extinguish, increase or diminish legally protected rights or interests, or which may affect the conditions for the exercise of the same.

ARTICLE 67

Waiver of notification

1. In the following cases notification of acts is waived:
 - a) when the same are practiced orally in the presence of the interested parties;
 - b) when the concerned party, through any participation in the proceedings, discloses his full knowledge of the content of the acts in question.
2. All time limits beginning with notification shall start to run on the day following that on which the relevant act is practised or on the day following that

on which the participation in the proceedings takes place, namely in those cases referred to respectively in sub-paragraphs a) and b) of the preceding paragraph.

ARTICLE 68

Contents of the notification

1. The notification must contain the following:

- a) the full text of the administrative act;
- b) identification of the administrative proceedings, including the indication of the name of the person responsible for the act and the date of the same;
- c) the agency having jurisdiction to decide any appeal from the act and the time limit for such purposes, in the event of the act not being capable of appeal through the courts.

2. The full text of the act may be substituted by a summarized indication of its contents and object, whenever the act has granted in full the claim formulated by the interested party, or where it deals with the taking of procedural measures.

ARTICLE 69

Time limit for notifications

When no specific time limit has been established, administrative acts must be notified within the period of 8 days.

ARTICLE 70

Method of notification

1. Notifications may be made:

- a) by post, provided that there is house to house postal delivery in the locality of residence or registered office of the party to be notified;
- b) in person, if such form of notification shall not prejudice the speed of the proceedings or if notification by post shall not be viable;

- c) by telegram, telephone, telex or telefax, if the urgency of the matter demands the use of such means;
- d) by public notice to be affixed in places of note, or by announcement to be published in the Official Gazette, in the local authority gazette or in two of the most widely read newspapers in the place of residence or head office of the parties to be notified, whenever the interested parties are unknown or of such a number that any other form of notification shall be deemed inappropriate.

2. Whenever notification is delivered by telegram, telephone, telex or telefax, the same shall be confirmed under the provisions of sub-paragraph a) or b) of the preceding paragraph, in conformity with the case, on the next working day, without prejudice to the rule that notification is deemed to be made on the date of first communication.

SECTION II

Time limits

ARTICLE 71

General Time Limit

1. Save for the provisions of Articles 108 and 109 and in default of any special provision or fixing of time limits by the Administration, the time limit for acts to be practised by administrative agencies shall be 15 days.

2. There shall also be a time limit of 15 days for interested parties to request or practise any acts, request any procedural measures, reply to any matters in relation to which they should indicate their views or exercise any other powers in the proceedings.

ARTICLE 72

Calculation of Time Limits

The following rules shall be applicable to the calculation of time limits:

- a) the calculation shall not include the day on which the event from which the time limit begins to run occurs;

- b) the time limit shall begin to run independently of any formalities and shall be suspended on Saturdays, Sundays and public holidays;
- c) the termination of any time limit which falls on a day when the department in which the act must be practised is not open to the public or does not function during their normal periods, shall be transferred to the next working day.

ARTICLE 73

Extension of Time Limits

1. If the interested parties reside or are physically outside the area of continental Portugal and if the department where the proceedings are pending is situated in the same, the time limits established by law, if they do not already take into account this circumstance, shall only begin after the running of the following periods:

- a) 5 days, if the interested parties reside or are physically in the territory of the autonomous regions;
- b) 15 days, if the interested parties reside or are physically in a foreign European country;
- c) 30 days, if the interested parties reside or are physically in Macau or in a foreign country outside Europe.

2. The extension of the time granted by sub-paragraph a) of the preceding paragraph shall also be applicable if the proceedings are taking place in a department situated in one of the autonomous regions and if the interested parties reside or are physically in another island of the same autonomous region, in the other autonomous region or in continental Portugal.

3. Extensions of time granted by sub-paragraphs b) and c) of paragraph 1 shall also be applicable to proceedings taking place in departments situated in the autonomous regions.

CHAPTER IV
CONDUCT OF THE PROCEEDINGS

SECTION I
Initiation

ARTICLE 74
Initial petition

1. The initial petition of interested parties, save in cases where law permits oral petitions, must be formulated in writing and must contain:

- a) the name of the administrative agency to which it is addressed;
- b) the identification of the applicant, giving his full name, civil status, profession and residence;
- c) details of the facts upon which the petition is based and, when the same is available to the applicant, the respective legal bases;
- d) indication of the claim, in clear and precise terms;
- e) the date and the signature of the applicant, or of some other person at his request if the applicant does not know how to or cannot sign his name.

2. No application shall be formulated with more than one claims. Unless in cases of alternative or subsidiary claims.

ARTICLE 75
Oral formulation of the petition

Whenever the law permits the oral formulation of petitions, a written instrument shall always be drawn up for such purposes and which must contain those matters which are referred to in sub-paragraphs a) to d) of paragraph 1 of the preceding article and which must be signed, after having been dated, by the applicant and by the agent who receives the claim.

ARTICLE 76

Deficiencies in the initial petition

1. If the initial petition does not comply with the provisions of article 74, the applicant shall be invited to remedy the existing deficiencies.

2. Without prejudice to the provision of the preceding paragraph, administrative agencies or agents must seek on their own motion to remedy any deficiencies in the petition, in such a way as to avoid prejudice to interested parties as a result of simple irregularities or mere lack of perfection in the formulation of their claims.

3. Any petition not identified and those where the claim is unintelligible shall be dismissed immediately.

ARTICLE 77

Presentation of petitions

1. Petitions shall be presented to the departments of the agencies to which they are addressed, save for the provisions of the following paragraphs.

2. Applications addressed to central organs may be presented in local departments of the same ministry or body, whenever the interested parties reside in the jurisdictional area of the same.

3. When petitions are directed to organs which do not have departments available in the area where the parties concerned reside, the same may be presented to the secretariat of the Civil Governor of the respective district or to the Offices of the Ministers of the Republic for the Autonomous Region of the Azores or of Madeira.

4. Petitions presented under the provisions of the preceding paragraphs shall be forwarded to the organs having jurisdiction by registered post and within the period of three days after receipt of the same, with an indication of the date on which the same took place.

ARTICLE 78

Presentation of petitions in diplomatic or consular offices

1. Petitions may also be presented in diplomatic or consular offices or representations situated in the country where the interested parties reside or are physically present.

2. The diplomatic or consular offices shall forward the applications to the organs to which they are addressed, with the indication of the date on which receipt of the same took place.

ARTICLE 79

Petitions sent by post

Save for legal provision to the contrary, petitions addressed to administrative agencies may be sent by post, with recorded delivery.

ARTICLE 80

Registration of presentation of petitions

1. The presentation of petitions, no matter how they are delivered shall always be subject to registration, and the register shall mention the respective number given to the application, the date, the object of the petition, the number of documents annexed and the name of the applicant.

2. Petitions shall be registered in accordance with the order of their presentation, and all petitions received in the same mail shall be treated as having been presented simultaneously.

3. The registration shall be noted on the petition, by mention of the respective number and date.

ARTICLE 81

Receipt of delivery of petitions

1. Interested parties may demand a receipt proving delivery of any petition presented.

2. The receipt may be issued in duplicate or on a photocopy of the petition presented by the applicant for such purposes.

ARTICLE 82

Other written documents presented by interested parties

With due adaptations, the provisions of this section shall apply to explanations, requests for review, replies and other similar written documents presented by the interested parties.

ARTICLE 83

Preliminary questions arising in the normal conduct of the proceedings

The administrative organ, as soon as all necessary information has been obtained, must take note of any preliminary question which may arise in the normal conduct of the proceedings or which may hinder the making of a decision in relation to its object and, namely of the following question:

- a) lack of jurisdiction of the administrative agency;
- b) automatic extinction of the right which is sought to be exercised;
- c) lack of locus standi of the applicants;
- d) the filing of applications outside the time limit.

SECTION II

Interim measures

ARTICLE 84

Availability of interim measures

1. At any stage of the proceedings, the organ having jurisdiction to make the final decision may either on official motion or at the request of the interested parties, order such interim measures as may be shown necessary, if there is reasonable cause to fear that, without such measures, grave harm or harm which can only be repaired with difficulty may be caused to the public interests in question.

2. The decision to order or alter any interim measure must be justified and must establish a time limit for its validity.

3. The revoking of any interim measure must also be fully justified.

ARTICLE 85

Lapse of interim measures

Save for any special provision, interim measures shall automatically lapse:

- a) as soon as the final decision in the proceedings has been made;
- b) at the end of the time limit which was established for them or the respective extension of the same;
- c) if the time limit established by law for the making of the final decision has expired;
- d) where no such period of time has been established, when the final decision has not been made within a period of six months from the initiation of the proceedings.

SECTION III

Investigatory procedure

SUBSECTION I

General provisions

ARTICLE 86

Control of investigatory procedure

1. The control of the investigatory procedure belongs to the agency having jurisdiction to make the decision, save for any legal provision of the department's internal code or in any special legal provisions.
2. The agency having jurisdiction to make the decision may delegate its powers for controlling the investigatory procedure to its subordinate, save in those cases where the law requires its personal control.
3. The agency having jurisdiction to control the investigatory procedure may charge its subordinate with the carrying out of specific investigatory tasks.
4. In the case of collegiate agencies, the delegations envisaged in paragraph 2 may be made in favour of members of the agency or the agent dependent upon it.

ARTICLE 87

Facts subject to proof

1. The agency having jurisdiction must seek to establish knowledge of all facts which may be useful for the just and speed making of a decision in the proceedings, and may for such purposes use all methods of proof permitted by law.

2. No requirement of proof or formal allegation shall be required for facts which are of common knowledge, and also facts of which the agency having jurisdiction has knowledge by reason of the carrying on of its functions.

3. The agency having jurisdiction shall ensure that those facts of which it has knowledge by reason of the carrying on of its functions shall appear in the proceedings.

ARTICLE 88

Burden of proof

1. It shall be for the interested parties to prove the facts which they allege, without prejudice to the duties imposed on the agency having jurisdiction under the provisions of paragraph 1 of the preceding article.

2. Interested parties may annex documents and opinions or may request steps to be taken to obtain any proof useful in the clarification of facts concerning the making of a decision.

3. Expenses arising from the taking of steps to obtain proof shall be borne by the parties concerned who requested the same, without prejudice to the provisions of paragraph 2 of article 11.

ARTICLE 89

Requests for proof of facts to the interested parties

1. The agency controlling the investigatory procedure may require the interested parties to supply information, to present documents or objects, to be subject to inspections and to collaborate in other means of proof.

2. It shall be proper to refuse to comply with the requirements envisaged in the preceding paragraph when obedience to the same:

- a) involves violation of professional secrecy;

- b) implies the clarification of facts of which disclosure is prohibited or waived by law;
- c) involves the disclosure of punishable facts having been practised by the interested party himself, his spouse or any ascendant or descendant, brother or any relative of the same degree;
- d) could be capable of causing pecuniary or non-pecuniary loss to the interested party himself or to any of the persons mentioned in the preceding paragraph.

ARTICLE 90

Means for supplying information or presenting proof

1. When the supply of information or the presentation of proof by the interested parties is necessary, the said parties shall be notified to do the same, either in writing or orally, within the time limit and subject to the conditions which shall be established.

2. If the interested party does not reside in the municipality where the agency controlling the investigatory procedure has its head-office, the verbal giving of information may take place through the agency or department having its head-office in the municipality of his residence, subject to the decision of the investigatory body unless the interested party prefers to appear before the investigatory agency.

ARTICLE 91

Failure to supply proof

1. If the interested parties having been properly notified to practise any of the acts envisaged in the preceding article, do not comply with the notification, a new notification may be issued or the practice of the act may be waived, as circumstances dictate.

2. Failure to comply with a notification may be freely taken into account for purposes of proof, in accordance with the circumstances of the case, but the administrative agency is not thereby released from its duty to seek to prove the facts, and to give its decision.

3. When the information, documents or acts requested from the interested party are necessary for consideration of the claim formulated by him, the proceedings shall be stayed, and the relevant individual shall be notified of the same.

ARTICLE 92

The taking of steps by other departments

The agency controlling the investigatory procedure may request that other departments of the central or local administration take steps to obtain proof of facts, when the same cannot be obtained by itself.

ARTICLE 93

Advance presentation of proof

1. Whenever there is reasonable fear that the presentation of any proof concerning the making of the decision may become impossible or difficult to obtain, the agency having jurisdiction may, either of its own motion or at the justified request of the interested parties, proceed to obtain the same in advance.

2. The advance presentation of proof may take place before the proceedings have commenced.

SUBSECTION II

Examinations and other measures

ARTICLE 94

The taking of measures

1. Examinations, reports, evaluations and other similar measures shall be carried out by an expert or experts having the necessary specialized knowledge to verify the objects in view.

2. The measures envisaged in this article may also be requested directly of those public departments having suitable aptitude for carrying out the same.

3. The method for nominating experts and their remuneration shall be established in a separated law.

ARTICLE 95

Notification of the interested parties

1. The interested parties shall be notified of all measures ordered, of the purpose of the same and of the expert or experts nominated for such purposes by the Administration, save where the measure relates to matters of a secret or confidential nature.

2. The notification shall give at least 10 days' notice of the date, time and place at which the measure shall be carried out.

ARTICLE 96

Nomination of experts by the interested parties

Whenever the Administration nominates experts, the interested parties may also nominate their own experts in a number equal to that of the Administration.

ARTICLE 97

Formulation of queries for experts

1. The agency controlling the investigatory procedure and the interested parties may formulate queries to which the experts must reply or may require that the experts deliver an express opinion on certain matters.

2. The agency controlling the investigatory procedure may exclude from the object of the respective measure such queries or matters indicated by the interested parties that may have as their object matters of a secret or confidential nature.

SUBSECTION III

Opinions

ARTICLE 98

Types of opinions

1. Opinions shall be obligatory or optional, depending upon whether they are or are not required by law; and they shall be binding or non-binding, depending upon whether the respective conclusions must or need not be followed by the agency having jurisdiction to make the decision.

2. Save for express legal provision to the contrary, opinions referred to in the law shall be deemed to be obligatory and non-binding.

ARTICLE 99

Form and time limit for opinions

1. Opinions must always be reasoned and must give an express and clear conclusion to all questions indicated in the instructing document.

2. Save for special provision, opinions must be issued within the time limit of 30 days, save where the agency having jurisdiction for the investigatory procedure shall on a reasoned basis, establish a different time limit.

3. If an obligatory and non-binding opinion is not issued within the time limit set out in the preceding paragraph, the proceedings may continue and be decided without the opinion, save for express legal provision to the contrary.

SUBSECTION IV

Hearing of interested parties

ARTICLE 100

Hearing of concerned parties

1. Once the investigatory procedure has been concluded, the interested parties have the right to be heard in the proceedings before the final decision is made, save for the provisions of Article 103.

2. The agency controlling the investigatory procedure shall decide in each case whether the hearing of the parties concerned shall be in writing or shall be oral.

ARTICLE 101
Written hearings

1. When the agency controlling the investigatory procedure chooses a written hearing, it shall notify the interested parties to state what they wish to present within a time limite of not less than 10 days.

2. The notification shall supply all information necessary so that the interested parties shall be aware of all aspects relevant to the making of the decision, in matters of fact and of law, and also indicating the time and place where the case file may be consulted.

3. In their reply, the interested parties may make statements on those questions which constitute the object of the proceedings, request additional measures to be taken and attach documents.

ARTICLE 102
Oral hearings

1. If the agency controlling the investigatory procedure chooses an oral hearing, it shall order the convening of the interested parties giving a minimum period of notice of 8 days.

2. At the oral hearing all questions concerning the making of a decision may be discussed, whether in matters of fact or of law.

3. Failure of the interested parties to appear shall not justify adjournment of the hearing, but, if a justification for the lack of appearance has been presented up to the time established for the hearing, the same must be adjourned.

4. Minutes shall be drawn up of the hearing, in which a summary of the allegations made by the interested parties is set out, and the latter may annex any written allegations, while the hearing is taking place or later.

ARTICLE 103

*No hearing or waiver of hearing
of the interested parties*

1. There shall be no hearing of the interested parties:

- a) when the taking of the decision is urgent;
- b) when it may be reasonably foreseen that the measure could compromise the execution or utility of the decision.

2. The agency controlling the examining procedure may waive the hearing of the interested parties in the following cases:

- a) if the interested parties have already given their views in the proceedings on the questions relevant to the making of the decision and upon the proof already produced.
- b) if the information set out in the proceedings leads to a decision in favour of the interested parties.

ARTICLE 104

Supplementary measures

After the hearing, all convenient supplementary measures may be carried out, either on the motion of the investigatory agency or at the request of the interested parties.

ARTICLE 105

Report of the investigatory authority

When the agency controlling the investigatory procedure does not have jurisdiction to make the final decision, it shall prepare a report in which it sets out the claims of the interested parties, summarizes the contents of the proceedings and formulates a proposal for the final decision, summarizing the reasons of fact and law justifying the same.

SECTION IV
Decision and other methods of conclusion

ARTICLE 106
Causes of conclusion

The procedure shall be concluded by the taking of the final decision, and also on the basis of any other of the facts set out in this section.

ARTICLE 107
Express final decision

In the express final decision, the agency, having jurisdiction must decide all pertinent questions raised during the proceedings and which have not been decided at any earlier moment.

ARTICLE 108
Tacit granting of petition

1. When the execution of an administrative act or the exercise of a right by an individual depends upon the approval or authorization of an administrative agency, the same shall be deemed to be granted, save for legal disposition to the contrary, if the decision is not given within the time limit established by law.

2. When the law has not fixed any special period, the period for tacit acceptance due to non-response shall be 90 days from the formulation of the claim or the presentation of the petition for this purpose.

3. For the purposes of the provisions of this article, the following cases shall be deemed to be dependent upon approval or authorization of an administrative organ, apart from those in relation to which special laws envisage tacit acceptance:

- a) the licensing of private building work;
- b) licences for the conversion of land into building plots;
- c) authorizations for labour permits for foreigners;
- d) authorizations for foreign investment;
- e) authorization for round the clock working;

- f) authorization for shift working;
- g) accumulation of public and private functions.

4. For the purpose of calculating the time limits set out in paragraphs 1 and 2, the same shall be deemed to be suspended whenever the proceedings are inactive for some reason for which the individual is responsible.

ARTICLE 109

Tacit dismissal of petition

1. Without prejudice to the provisions of the preceding article, the failure to issue a final decision on a claim addressed to an administrative agency having jurisdiction, within the time limit established for its issue, shall confer upon the interested party, save for legal provision to the contrary, the power to assume that the petition has been dismissed, for the purposes of his exercising the respective legal means of appeal.

2. Save for legal provision in any special law, the time limit referred to in the preceding paragraph shall be 90 days.

3. Save for special legal provision, the time limits mentioned in the preceding paragraph shall be calculated:

- a) from the date when the application or petitions was recorded as entered in the competent department, when the law does not require special formalities for the preparatory period before decision making;
- b) from the end of the time limit established by law for the conclusion of such formalities, or, when no such limit is established, from the end of a period of three months after presentation of the claim;
- c) from the date when notice was obtained of the conclusion of the said formalities, if the same was prior to the end of the time limit applicable in accordance with the preceding sub-paragraph.

ARTICLE 110

Withdrawal and renunciation of claims

1. Interested parties may by written application withdraw from the proceedings or from any of the claims formulated, and may also renounce their legally protected rights or interests, save for cases set out in the law.

2. The withdrawal or renunciation by the interested parties shall not prejudice the continuation of the proceedings, if the Administration takes the view that the public interest so demands.

ARTICLE 111

Abandonment

1. Proceedings shall be declared abandoned if, as a result of some fact for which the interested party is responsible, they have been inactive for more than 6 months, save where there is public interest in the final decision of the proceedings.

2. Abandonment shall not extinguish the right which the private individual wished to have enforced.

ARTICLE 112

Supervening impossibility or frustration

1. The proceedings shall terminate when the agency having jurisdiction to make the decision verifies that the object for which they were intended or the purpose of the decision has become impossible or frustrated.

2. The declaration of termination mentioned in the preceding paragraph must always be reasoned and may be appealed to the courts under the general terms of the law.

ARTICLE 113

Failure to pay taxes or disbursements

1. The proceedings shall terminate through failure to pay, within the due time limit, any taxes or disbursements, payment of which is by law a condition for the carrying out of procedural acts, save for the cases set out in paragraph 2 or article 11.

2. The parties concerned may prevent the termination of the procedure if they pay double the sum in default within ten days after the end of the time limit established for payment of the same.

**PART IV
ADMINISTRATIVE ACTIVITY**

**CHAPTER I
RULES OR REGULATIONS**

ARTICLE 114
Scope of application

The provisions of this chapter shall apply to all rules of the Public Administration.

ARTICLE 115
Petitions

1. Interested parties may present to the competent agencies petitions in which they request the preparation, modification or revocation of rules, which petitions must be fully reasoned and without a reasoned basis the Administration shall not attend to them.

2. The agency having jurisdiction to make rules shall inform the interested parties of the result of petitions formulated under paragraph 1 and justifying the attitude taken in relation to them.

ARTICLE 116
Draft regulations

All draft regulations shall be accompanied by a fully reasoned justificative note.

ARTICLE 117
Hearing of interested parties

1. In the case of rules imposing duties, charges or obligations and when no reasons of public interest exist to the contrary, the same always being fully reasoned, the agency

having jurisdiction to make regulations must as a general rule hear the representative entities of those interests affected, if the same exist, in relation to the respective draft, under the terms set out in special legislation.

2. The preamble to any regulation must mention all entities that were heard.

ARTICLE 118 *Public discussion*

1. Without prejudice to the provisions of the preceding article and whenever the nature of the matter so permits, the agency having jurisdiction shall, as a general rule, under the terms to be defined in the legislation referred to in the preceding article, submit draft regulations for public discussion, for the collection of suggestions, and the draft regulation shall, with this aim, be published in the second series of the Official Gazette, or in the official gazette of the agency in question.

2. Interested parties must address their suggestions in writing to the agency having jurisdiction to make regulations, within the period of 30 days from the date of publication of the draft regulation.

3. The preamble to any regulation must mention that the respective draft was the object of public discussion, when such has been the case.

ARTICLE 119 *Rules for execution and rules repealing other regulations*

1. Necessary rules for the execution of laws in force cannot be the object of overall revocation without the same subject being simultaneously the object of new regulation.

2. Regulations shall always specifically mention legal provisions repealed.

CHAPTER II
ADMINISTRATIVE ACTS

SECTION I
Validity of administrative acts

ARTICLE 120
Definition of administrative acts

For the purposes of the present law, administrative acts shall be deemed to be those decisions of the agencies of the Administration, which under the provisions of public law, seek to produce juridical effects in individual and precise situations.

ARTICLE 121
Conditions, suspensive conditions or restrictions

Administrative acts may be subject to conditions, suspensive conditions or restrictions, provided that the same are not contrary to the law or to the purpose for which the act is intended.

ARTICLE 122
Form of acts

1. Administrative acts must be put into practice in writing, provided that no other form is required by law or imposed by the nature and circumstances of the act.

2. Written form shall only be compulsory for the acts of collegiate organs when the law expressly so determines, but such acts must always be recorded in the minutes, and without such minutes they shall not produce any effects.

ARTICLE 123

Purpose

1. Administrative acts must state with precision their respective purpose, so that their juridical effects may be determined without any doubt.

2. Without prejudice to other information specifically required, every act must contain:

- a) an indication of the authority practising the same and mention of the delegation or subdelegation of powers when the same exist;
- b) adequate identification of the party or parties to whom the act is addressed;
- c) a statement of the facts which gave origin thereto, when relevant;
- d) reasoned bases, when required by law;
- e) the content or meaning of the decision;
- f) the date on which the same is put into practice;
- g) the signature of the agent responsible for the act or the president of the collegiate organ issuing the same.

ARTICLE 124

Duty of justification

1. Apart from those cases where the law specifically so requires, justified reasons must be given for all administrative acts which totally or partially:

- a) deny, extinguish, restrict or affect in whatsoever manner legally protected rights or interests, or impose or increase duties, obligations or penalties;
- b) make a decision in any request for review or any appeal;
- c) reach a decision contrary to any claim or any defence formulated by any interested party, or contrary to any official opinion, information or proposal;

- d) reach a decision different from the normal practice followed in the resolution of similar cases or in the interpretation and application of the same principles or legal provisions;
- e) imply the revocation, modification or suspension of a previous administrative act.

2. Save for legal provision to the contrary, acts ratifying, decisions taken by juries do not require to be reasoned, and likewise orders given by superiors in the hierarchy to their inferiors in matters relating to agency service and in accordance with the legal form.

ARTICLE 125

Requirements for reasoned decisions

1. Reasons must be given expressly, by means of a succinct explanation of the bases of the fact and law of the decision, and may consist of a mere declaration of agreement with the reasons set out in earlier opinions, informations or proposals, and in such cases the latter shall constitute an integral part of the respective act.

2. The adoption of bases which, either through obscurity, contradiction or inadequacy, do not give concrete clarification to the reason for a decision shall be equivalent to a lack of reasons being given.

3. In resolving matters of the same nature, any mechanical means may be used which reproduces the reasons given for other decisions, provided that the same involves no diminishing of the guarantees of the parties concerned.

ARTICLE 126

Giving of reasons in oral acts

1. The giving of reasons for oral acts included within paragraph 1 of article 124 but which are not recorded in the minutes, must at the request of the interested parties and for the purposes of any appeal, be reduced into writing and communicated in full to the interested parties, within a period of ten days, by means of the sending of the written decision by registered post or by delivery of personal notification, to be made within the same period.

2. The failure of the interested parties to exercise the power conferred by the preceding paragraph shall not prejudice the effects which may arise from the failure of the decision to be reasoned.

SECTION II

Taking effect of Administrative Acts

ARTICLE 127

General rule

1. Administrative acts take effect from the date on which they are put into practice, save for cases where law or the act itself give them retroactive or delayed effect.

2. For the purposes of the provision of the preceding paragraph, the act shall be deemed to have been put into practice as soon as all the requirements there of have been fulfilled, notwithstanding the existence of some factor making the same voidable.

ARTICLE 128

Retroactive effect

1. The following administrative acts shall have retroactive effect:

- a) when they are restricted to interpreting prior acts;
- b) when they put into execution court decisions which have made void administrative acts;
- c) when the law gives them retroactive effect.

2. Apart from the cases listed in the preceding paragraph, the agent responsible for the administrative act may only give the same retroactive effect:

- a) when retroactivity is favourable to the interested parties and does not harm the legally protected rights or interests of third parties, provided

that, at the date to which it is sought to refer back the effect of the act there already existed those presumptions justifying retroactivity:

- b) when the matters in question are decisions revoking administrative acts taken by agencies or agents which put into practice the same, in the course of hierarchical appeal or request for review;
- c) when the law so permits.

ARTICLE 129

Delayed effect

Administrative acts shall have a delayed effect:

- a) when they are subject to approval or counter signature;
- b) when their effects are dependent upon suspensive conditions or terms;
- c) when, by the nature of the act or by legal provision, their effects depend upon the verification of any requirement which does not concern the validity of the act itself.

ARTICLE 130

Compulsory publication

1. Publication of administrative acts shall only be compulsory when required by law.

2. When legally required, failure to publish the act implies that the same shall not take effect.

ARTICLE 131

Forms of compulsory publication

When the law demands publication of an act without regulating the respective conditions of the same, the act must be published in the Official Ga-

zette or in the appropriate official publication at the regional or local level, within the period of 30 days, and must set out all elements referred to in paragraph 2 of article 123.

ARTICLE 132

Taking effect of acts creating duties or obligations

1. Those acts which create duties or obligations upon individuals and which are not subject to publication shall begin to take effect as from their notification to the parties to whom they are addressed, or as from such other form of official knowledge by the same or from the beginning of the execution of the act.

2. Official knowledge shall always be presumed whenever the interested party has taken part in the agency proceedings and has there disclosed his knowledge of the content of the act.

3. For the purposes of paragraph 11, the beginning of the execution shall only be deemed to arise when the effects start to affect directly the parties to whom the acts are addressed.

SECTION III

Invalidity of Administrative Acts

ARTICLE 133

Void acts

1. Void acts are those which lack any of their essential elements or in respect of which the law has expressly imposed this form of invalidity.

2. The following acts namely shall be void:

a) acts invalidated by the usurping of power;

b) acts going beyond the powers of the ministries or corporate bodies referred to in Article 2 and of which the agent responsible for the act forms part;

- c) acts whose object is impossible, unintelligible or may constitute a crime;
- d) acts which offend the essential content of a fundamental right;
- e) acts practised under duress;
- f) acts totally lacking in legal form;
- g) decisions of collegiate organs which were not properly convened or with failure to observe the rules legally imposed in relation to a quorum or majority voting;
- h) acts which are contrary to judicial cases already decided;
- i) acts arising from administrative acts previously made void or revoked, provided that there is no other interested party having a legitimate interest in the maintaining of the former act.

ARTICLE 134

Regime applicable to void acts

1. An act which is void shall not produce any juridical effects, independently of any declaration that the same is void.

2. The void nature of an act may be invoked at any time by any interested person and may be declared, also at any time, by any administrative agency or by any court.

3. The provisions of the preceding paragraph shall not prejudice the possibility of certain juridical effects being given to the situations arising from acts which are void, as a result of the mere passing of time, in accordance with general legal principles.

ARTICLE 135

Voidable acts

Voidable acts are those which are practised contrary to the legal principles or rules which are applicable but for the violation of which no other penalty is imposed.

ARTICLE 136
Rules of voidability

1. A voidable administrative act may be revoked under the terms set out in Article 141.

2. A voidable act is open to appeal before the courts under the terms of legislation regulating judicial administrative matters.

ARTICLE 137
Ratification, reformulation and conversion

1. Void or non existent acts may not be ratified, reformulated or converted.

2. In relation to the ratification, reformulation or conversion of voidable administrative acts the rules which regulate jurisdiction and time limits for the revocation of invalid acts are applicable.

3. In cases where there is a lack of jurisdiction, the power to ratify the act lies with the agency having jurisdiction to practise the same.

4. Provided no alteration has taken place in the legal regime, the ratification, reformulation or conversion shall have retroactive effects backdated to the date of the respective act.

SECTION IV
Repeal or revoking of Administrative Acts

ARTICLE 138
Motion for repeal

Administrative acts may be repealed by motion of the agency having jurisdiction, or at the request of the interested parties, by means of request for review or administrative appeal.

ARTICLE 139

Acts incapable of being revoked

1. The following cannot be revoked:

- a) void or non existent acts;
- b) acts which have been declared void in judicial proceedings;
- c) acts revoked with retroactive effect.

2. Those acts whose effects have automatically lapsed or been exhausted may be subject to revocation with retroactive effect.

ARTICLE 140

Revocable nature of valid acts

1. Administrative acts which are valid may be freely repealed revoked for the following cases:

- a) when their irrevocable nature arises from legal imposition;
- b) when they created legally protected rights or interests;
- c) when they impose upon or create in favour of the Administration non-renounceable legal obligations or rights.

2. Those acts which create legally protected rights or interests shall nevertheless be revocable:

- a) insofar as they may be unfavorable to the interests of the parties to whom they are addressed;
- b) when all interested parties have agreed to the revoking of the act and when the case is not one of rights or interests incapable of waiver or disposal.

ARTICLE 141

Revocation of invalid acts

1. Administrative acts which are invalid may only be revoked based upon their invalidity and within the period of the respective judicial appeal time limits or until the filing of a reply by the respondent entity.

2. In cases where there are different time limits for judicial appeal, the last to terminate shall be taken into account.

ARTICLE 142

Jurisdiction to revoke

1. Save for special legal provision, jurisdiction to revoke administrative acts shall lie with the parties responsible for the same and their respective hierarchical superiors, provided that the act in question is not within the exclusive jurisdiction of the inferior body.

2. Administrative acts practised by delegation or subdelegation of powers may be revoked by the delegating or subdelegating agency and also by the delegate or sub-delegate during the period of validity of the delegation or sub-delegation.

3. Administrative acts practised by agencies subject to administrative supervision may only be revoked by the supervisory organs in those cases expressly permitted by law.

ARTICLE 143

Form of acts of revocation

1. Save for special legal provision, the act of revocation must use the same legal form laid down for the act to be revoked.

2. However, the act of revocation must use the same legal form as that which was used in the practice of the revoked act whenever the law does not establish any form for the latter, or when the act revoked used a more solemn legal form than the one laid down by law.

ARTICLE 144

Formalities to be observed in revocation

In the revocation of administrative acts the same formalities which are required for the practising of the revoked act must be observed save for those cases where the law provides for a different form.

ARTICLE 145

Taking effect of revocation

1. The revocation of administrative acts shall only take effect *ab futura* save for the provisions of the following paragraphs.

2. Revocation shall have retroactive effects when it is based upon the invalidity of the acts revoked.

3. The body responsible for the revocation may, in the act itself, give to it retroactive effects:

- a) when the same is favourable to the interested parties;
- b) when the interested parties have expressly agreed to the same having retroactive effects and these effects do not concern rights or interests incapable of waiver or disposal.

ARTICLE 146

Revocation renewing the legal force of an earlier act

The revocation of an act which itself revoked an earlier act shall only renew the legal force of the earlier act if the law or the act of revocation expressly so provides.

ARTICLE 147

Alteration and substitution of administrative acts

In default of special legal provisions, the rules regulating revocation shall be applicable to the alteration and substitution of administrative acts.

ARTICLE 148

Rectification of administrative acts

1. Errors of calculation and material errors in the expression of the wishes of an administrative agency, when the same are manifest, may be rectified at any time by those agencies having jurisdiction to revoke the act.

2. Rectification may take place upon official motion or at the request of the interested parties and the same shall have retroactive effects and must be

effected using the same form and the same publicity used for the practice of the rectified act.

SECTION V

Acts leading to execution

ARTICLE 149

Execution

1. Administrative acts shall be capable of execution as soon as they take effect.

2. Enforcement of obligations and of respect for any restrictions which arise from an administrative act may be enforced coercively by the Administration without prior recourse to the courts, provided that the enforcement is made in the form and subject to the conditions established by law.

3. The fulfilment of pecuniary obligations which arise from administrative acts may be enforced by the Administration under the terms of article 155.

ARTICLE 150

Acts not capable of being executed

1. The following acts shall not be capable of being executed:

- a) those whose taking effect has been suspended;
- b) those which are subject to an appeal having suspensive effect;
- c) those which are subject to approval;
- d) those which confirm acts capable of execution.

2. The taking effect of administrative acts may be suspended by those agencies having jurisdiction to revoke the same and by those supervisory organs to which the law grants such power, and also by the administrative courts under the terms of legislation relating to judicial administrative matters.

ARTICLE 151

Legality of execution

1. Save in states of emergency the agencies of the Public Administration shall not practise any concrete act of operation which may cause any limitation of legally protected personal rights or interests, without having practised beforehand the administrative act which would make such conduct legal.

2. Insofar as possible, the execution of administrative acts must only make use of such means as cause the least harm to the rights and interests of private individuals, while guaranteeing the total fulfilment of their purpose.

3. Interested parties may bring administrative and judicial appeals against those acts or operations of execution which exceed the limits of the act which is being executed.

4. Judicial appeal may also be brought against those acts or operations of execution in relation to which arguments of illegality may be raised, provided that the same is not the consequence of the illegality of the principal being executed.

ARTICLE 152

Notification of execution

1. The decision to proceed to administrative execution shall always be notified to the party to whom it is addressed prior to the commencing of the execution.

2. The administrative organ may notify the execution jointly with the notification of the definitive act and therefore subject to immediate execution.

ARTICLE 153

Prohibition of orders restricting execution

No administrative or judicial order shall be available to restrict the coercive execution of administrative acts, without prejudice to the provisions of the law in relation to the suspension of the effectiveness of any act.

ARTICLE 154

Purpose of execution

Execution shall have as its purposes the payment of a fixed sum, the handing over of a certain thing or the performance of an obligation.

ARTICLE 155

Execution for payment of a fixed sum

1. When, under the terms of an administrative act, any sums of money must be paid to a public corporate body or at its order, the administrative agency having jurisdiction will make use, if such is appropriate, of the execution process regulated in the Procedural Tax Code.

2. The process referred to in the preceding paragraph shall be used when, in the performance of obligations which are not specifically personal in nature to the debtor, the same are performed by a person other than the person under the obligation.

3. In the case referred to in paragraph 2 the Administration may choose to carry out the acts to be executed or to charge a third party with the carrying out of the necessary acts, but all expenses including compensation and pecuniary penalties, shall be for the account of the person under the obligation.

ARTICLE 156

Execution for the handing over of a certain thing

If the person under the obligation does not hand over the thing which the Administration should receive, the agency having jurisdiction shall proceed to take such steps as shall be necessary to obtain administrative possession of the thing in question.

ARTICLE 157

Execution for performance of an obligation

1. In the case of execution for performance of an obligation not specifically personal to the debtor, the Administration shall notify the person under the

obligation to perform the obligation in question, establishing a reasonable period for the same to be carried out.

2. If the person under the obligation does not complete the same within the established period, the Administration may choose to carry out the acts to be executed or to do so through the intervention of a third party, and in this case all expenses, including compensation and pecuniary penalties, shall be for the account of the person under the obligation.

3. The performance of positive obligation which are specifically personal to the debtor alone, may only be the object of direct execution against the individual under the obligation in cases expressly set out in the law, and always with observance of the fundamental rights established in the Constitution and with due respect for the human person.

SECTION VI

Request for Administrative review and Administrative appeal

SUBSECTION I

General Principles

ARTICLE 158

General principle

1. Individuals have the right to request the revocation or modification of administrative acts, under the terms regulated by this Code.

2. The right set out in the preceding paragraph may be exercised in conformity with the appropriate cases:

- a) by way of request for review to the agent responsible for the act;
- b) by appeal to the hierarchical superior of the agent responsible for the act, to the collegiate organ of which the said agent may be a member, or to the agent delegating or subdelegating powers;
- c) by appeal to the organ which exercises supervisory powers or overseeing powers in relation to the agent responsible for the act.

ARTICLE 159
Basis of appeal

Save for legal provision to the contrary, requests for review and appeals must always have as their basis either the illegality of or the inconvenience caused by the administrative act appealed against.

ARTICLE 160
Locus standi

1. Those persons who have the benefit of legally protected personal rights or interests and who consider themselves harmed by administrative acts have locus standi to request review or appeal.

2. The provisions of paragraphs 2 to 4 of article 53 shall be applicable to requests for review and administrative appeals.

SUBSECTION II
Request for Review

ARTICLE 161
General principle

1. Save for legal provision to the contrary, request for review may be made of any administrative act.

2. It shall not be possible to make a request for review of an act which has decided an earlier request for review of administrative appeal, except if based upon failure to address the questions.

ARTICLE 162
Time limit for request for review

Request for review must be made within a time limit of 15 days calculated from:

- a) publication of the act in the Official Gazette or any other official periodical publication, when the same is compulsory;

- b) notification of the act, when the same has been carried out, and when publication is not compulsory;
- c) the date on which the interested party had knowledge of the act, in any other case.

ARTICLE 163

Effects of request for review

1. The request for review of an act, in relation to which no judicial appeal is available, shall have a suspensive effect, save in those cases where the law provides to the contrary or when the agent responsible for the act considers that its immediate non execution would cause grave harm to the public interest.

2. The request for review of acts from which judicial appeal is possible shall not have suspensive effect, save in those cases where the law provides to the contrary or when the agent responsible for the act, on his own motion or at the request of the interested parties, considers that the immediate execution of the act could cause irreparable damage or damage difficult of being remedied to the party to whom it is addressed.

3. Suspension of execution, at the request of the interested parties, must be applied for the agency having jurisdiction to make the decision within the time limit of 5 days calculated from the date on which the case file was presented to it.

4. In considering the request it must be ascertained whether the proof shows a serious probability that the facts alleged by the interested parties are correct, and when the answer is affirmative, the suspension of execution must be decreed.

5. The provisions of the preceding paragraphs shall not prejudice the application for suspension of the taking effect of an act before the administrative courts, under the terms of applicable legislation.

ARTICLE 164

Time limit for appeal

Request for review shall not suspend or interrupt the time limits for appeal.

ARTICLE 165
Time limit for decision making

The time limit for the agency having jurisdiction to consider and decide upon the request for review shall be 30 days.

SUBSECTION III
Hierarchical Appeal

ARTICLE 166
Object

All administrative acts practised by agencies subject to the hierarchical powers of other agencies may be the object of hierarchical appeal, provided that the law does not exclude such possibility.

ARTICLE 167
Types and scope

1. Hierarchical appeal is either compulsory or optional, depending upon whether the act appealed against is or not capable of judicial appeal.
2. Even when the act from which hierarchical appeal is made is capable of judicial appeal, both illegality and inconvenience in relation to the act may be considered in the hierarchical appeal proceedings.

ARTICLE 168
Time Limits for appeal

1. Save where the law establishes a different time limit, the time limit for the presentation of compulsory hierarchical appeal shall be 30 days.
2. Optional hierarchical appeal must be made within the time limit established for contentious appeals to be brought from the act in question.

ARTICLE 169
Method of appeal

1. Hierarchical appeal is made by means of written application, in which the appellant must set out all the bases of his appeal, and may attach any documents which he considers useful.

2. The appeal shall be addressed to the highest hierarchical superior of the agent responsible for the act, save where jurisdiction to make the decision has been delegated or subdelegated.

3. The written application for appeal may be presented to the agent responsible for the act or to the authority to which it is addressed.

ARTICLE 170
Effects

1. Compulsory hierarchical appeal shall suspend the taking effect of the act against which the appeal is made, save when the law provides to the contrary or when the agent responsible for the act considers that its immediate non execution may cause serious harm to the public interest.

2. The agency having jurisdiction to hear the appeal may revoke the decision referred to in the preceding paragraph, or may take the decision when the agent responsible for the act has not done so.

3. Optional hierarchical appeal shall not suspend the taking effect of the act against which the appeal is made.

ARTICLE 171
Notification to third parties

Once the appeal has been lodged, the agency having jurisdiction to hear the same must notify those persons who may be prejudiced if the same is granted, to make written allegations within the time limit of 15 days of what they consider proper in relation to the claim and its bases.

ARTICLE 172
Intervention by the respondent organ

1. After the notification mentioned in the preceding paragraph, or, when no such notification has taken place, as soon as the appeal has been lodged, a time

limit of 15 days shall begin to run within which the agent responsible for the act appealed against must state its case in relation to the appeal and send the same to the agency having jurisdiction to hear it.

2. When interested third parties have not made any allegations in opposition and the information contained in the proceedings proves sufficiently that the appeal should be granted, the agent responsible for the act appealed against may revoke, modify or substitute the act in accordance with the request of the appellant.

ARTICLE 173

Dismissal of appeal

The appeal must be dismissed in the following cases:

- a) when it has been made to an agency having no jurisdiction;
- b) when the act appealed against is not capable of appeal;
- c) when the appellant has no locus standi;
- d) when the appeal has been made outside the time limit;
- e) when any other factor arises which prevents the appeal from being heard.

ARTICLE 174

The taking of the decision

1. The agency having jurisdiction to hear the appeal may, without being bound by the appellant's claim, save for provisions to the contrary set out in the law, confirm or revoke the act appealed against; and where the jurisdiction of the agent responsible for the act appealed against is not exclusive, it may also modify or substitute it.

2. The agency having jurisdiction to decide the appeal may, if such be the case, make void, in whole or in part the agency proceedings and decree the carrying out of a new investigatory procedure or the taking of supplementary measures.

ARTICLE 175

Time limit for the taking of the decision

1. Where the law does not establish a different time limit, hierarchical appeal must be decided within the time limit of 30 days calculated from the sending of the proceedings to the agency having jurisdiction to hear the appeal.

2. The time limit mentioned in the preceding paragraph shall be increased to a maximum period of 90 days, when a new investigatory procedure or the taking of supplementary measures is required.

3. Once the time limits mentioned in the preceding paragraphs have expired without any decision having been taken, the appeal shall tacitly be deemed to have been dismissed.

SUBSECTION IV

Extraordinary Hierarchical appeal and supervisory appeal

ARTICLE 176

Extraordinary hierarchical appeal

1. Hierarchical appeal shall be deemed extraordinary when it is made to an agency which exercises supervisory powers over another agency of the same corporate body, outside the scale of the administrative hierarchy.

2. In those cases expressly set out in the law, extraordinary hierarchical appeal also exists to collegiate organs in relation to administrative acts practised by any of their members.

3. The provisions regulating hierarchical appeal shall also be applicable with the necessary adaptations to extraordinary hierarchical appeal.

ARTICLE 177

Supervisory appeal

1. Supervisory appeal has as its object administrative acts practised by agencies of public corporate bodies subject to supervisory or overseeing powers.

2. Supervisory appeal only exists in cases expressly set out in the law and is, save for provision to the contrary, optional in nature.

3. Supervisory appeal may only be based upon inconvenience of the act appealed against in those cases where the law establishes supervision according to criteria of merit.

4. Modification or substitution of the act appealed against shall only be possible when the law grants powers of substitutional supervision and within the scope of the same.

5. The provisions regulating hierarchical appeal shall be applicable to supervisory appeals, insofar as they are not contrary to the very nature of the latter and do not interfere with the respect due to the autonomy of the entity subject to supervision.

CHAPTER III **ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

ARTICLE 178 *Concept of administrative contract*

1. An administrative contract is the agreement by which an administrative relationship under public law is constituted, modified or extinguished.

2. The following contracts, namely, are administrative contracts:

- a) the undertaking of public works;
- b) the granting of public works;
- c) the granting of public services;
- d) trading franchising in the public sector;
- e) franchising of private user within the public sector;
- f) franchising of games of chance;
- g) supply upon a continuous basis;
- h) supply of services for the purpose of immediate public utility.

ARTICLE 179

User of administrative contracts

Administrative agencies, in the carrying out of the aims of the corporate bodies to which they belong, may make administrative contracts, save where some other solution arises from the law or from the nature of the relationships to be established.

ARTICLE 180

Powers of the Administration

The Public Administration may, save where some other solution arises from the nature of the contract:

- a) modify unilaterally the obligations undertaken, provided that the object of the contract and its financial balance is respected;
- b) direct how the obligations should be performed;
- c) rescind unilaterally any contracts on the basis of duly reasoned public interests without prejudice to the payment of just damages;
- d) supervise the carrying out of contracts;
- e) apply the penalties envisaged for the failure to carry out contracts.

ARTICLE 181

Formation of contract

The provisions of this Code relating to agency proceedings shall be applicable, with the necessary adaptations, to the formation of administrative contracts.

ARTICLE 182

Choice of contractor

1. Save for special regimes established, the contractor must be chosen by public tender, by limited tender or by direct grant in contracts which seek to associate individuals to the regular performance of administrative functions.

2. All entities which satisfy the general requirements established by law shall be admitted to public tenders.

3. Only those entities which satisfy the requirements specially established by the Administration in each case or which have been invited for the purpose by the public contracting party shall be admitted to limited tender.

4. Direct grant must be preceded by consultation with at least three entities.

ARTICLE 183

Waiver of tenders

1. Contracts must always be preceded by public tenders, and the same may only be waived by a duly reasoned proposal by the competent agency, which must receive the express agreement, in conformity with the case, of its superior agency in the hierarchy or its supervisory body.

2. Without prejudice to the preceding paragraph, the use or waiver of public or limited tenders, as well as direct grants, shall depend upon the observance of the rules which regulate the incurring of public expenditure.

ARTICLE 184

Form of contracts

Administrative contracts shall always be made in writing, save where the law establishes some other form.

ARTICLE 185

Rules for the invalidity of contracts

1. Save for the provisions of the following paragraph, the corresponding provisions of the Civil Code in relation to juridical relationships shall be applicable to lack of offer and acceptance and invalidating factors of the same, and also to nullity and voidability of administrative contracts.

2. Administrative contracts shall also be void or voidable when an administrative act with the same object and subject to identical regulations as those in the concrete situation would also be void or voidable.

ARTICLE 186

Acts based upon opinion

1. Those administrative acts which interpret contractual clauses or give opinions about the respective validity of the same, shall not be definitive and capable of execution, and, in default of agreement with the contractor, the Administration may only obtain the effects sought by it through an action in the competent court.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prejudice the application of general provisions of the civil law relating to bilateral contracts, unless such provisions have been excluded by the express wish of the parties.

ARTICLE 187

Coercive execution of obligations

1. Save for legal provision to the contrary, the coercive execution of contractual obligations in default may only be obtained through the administrative courts.

2. If, as a result of failure to perform contractual obligations, the court shall order the individual contractor to perform an obligation or hand over a certain thing, the Administration may, by a definitive and executable administrative act capable of execution obtain the coercive execution of the judgement by administrative means.

ARTICLE 188

Arbitration clauses

A clause which provides that any differences arising between the parties to an administrative contract shall be decided by a tribunal shall be valid.

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

- Alguns aspectos práticos da transposição de directivas comunitárias para a ordem jurídica portuguesa 7

Miguel Almeida Andrade

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITOS DO HOMEM

- Rapport interimaire sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme 49

MM. Guissé et Joinet

- Étude concernant le droit à restitution, à l'indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales 113

Theo van Boven

DIREITOS DA CRIANÇA

- A Convenção dos Direitos da Criança — quadro inspirador de uma política global para a infância 209

Marta Santos Pais

- Rapport sur la troisième session du Comité des droits de l'enfant 221

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

- Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 277

Marc André Eissen

ESTUDOS

- Release pending trial: the general principles 313

Teresa Alves Martins

DOCUMENTAÇÃO

- Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques 341

- Conférence mondiale sur les droits de l'homme — Déclaration et programme d'action de Vienne 353

- Code of Administrative Procedure — Decree-Law no. 442/91 of 15th November 399

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 – 1194 LISBOA Codex – PORTUGAL

A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
Other communications concerning this Review shall be addressed to
Tout 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. 388 11 41 – Telex 42 701 PROLUR P
