

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

**IX
CONGRESSO INTERNAZIONALE
DE CRIMINOLOGIA**

**VIENA
Settembre 1983**

IX CONGRESSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

**RELAÇÃO DA CRIMINOLOGIA
COM AS POLÍTICAS E PRÁTICAS SOCIAIS**

Apresentação
e selecção de textos
de

MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA

MANUEL DA COSTA ANDRADE

APRESENTAÇÃO

De 25 a 30 de Setembro reuniu em Viena o IX Congresso Internacional de Criminologia.

O objectivo fundamental deste Congresso foi o de apresentar, na perspectiva do tema geral (Relação da criminologia com as políticas e práticas sociais), os trabalhos científicos que caracterizam as diversas orientações da criminologia contemporânea.

Tratava-se, em suma, de salientar o impacto das investigações sobre as políticas e práticas sociais, e vice-versa, de preferência aos resultados das investigações empíricas.

Como se expressou o Presidente da Sociedade Internacional de Criminologia nas suas palavras de boas vindas aos congressistas “o tema dominante do Congresso é o papel e o impacto da nossa disciplina na determinação e orientação da política criminal”, acrescentando:

“A criminologia tem como principal objectivo a produção de conhecimentos científicos. Estes, não obstante, hão-de servir para protecção, tanto da Sociedade como dos próprios delinquentes, no respeito contínuo pelos direitos humanos.

Independentemente das suas afinidades ideológicas, todos os criminólogos aceitam este duplo objectivo”.

Quatro sub-temas estavam em causa, repartidos por outras tantas “Secções”.

A primeira tinha como sub-tema “O estatuto e as funções da criminologia, bem como as suas relações institucionais com as políticas e práticas sociais”.

A segunda, “A criação das leis e sua recepção pela sociedade”.

A terceira, “As políticas e as práticas sociais próprias do sistema penal (pena e tratamento)”.

A quarta, por fim, “As políticas e as práticas de controlo social extra-penal e informal”.

O nosso País esteve representado no Congresso pelos signatários, que apresentaram duas comunicações:

a) Sobre o estatuto e função da criminologia contemporânea

(COSTA ANDRADE), no âmbito da Secção I;

b) A reforma penal portuguesa e a sua recepção pela sociedade

(LOPES ROCHA), no âmbito da Secção II.

Estes textos, perdidos no meio da abundante produção apresentada e discutida no Congresso, por juristas e criminólogos dos vários continentes, dificilmente chegariam ao conhecimento das pessoas que se interessam por estes temas, pelo que se considerou útil a sua divulgação através de uma publicação portuguesa, potencialmente destinada a atingir um público relativamente vasto.

Com isso se satisfaz, por outro lado, o interesse manifestado pelo próprio Presidente da Sociedade Internacional de Criminologia, que, de há uns tempos a esta parte, tem envidado esforços no sentido de constituir em Portugal uma delegação da mesma.

Mas pretendeu-se ir um pouco mais longe.

Assim, publicam-se igualmente os textos de algumas contribuições mais interessantes, quer pela actualidade dos temas quer pelas suas conexões com os tratados pela representação portuguesa quer, ainda, pelas diferentes perspectivas em que se colocam os autores relativamente às questões criminológicas e à política criminal. Ainda aqui, o confronto de

pontos de vista não deixa de ser salutar, proporcionando, eventualmente, um repensar de problemas e comunicando experiências que podem constituir fonte de aturada reflexão.

Nesta ordem de ideias, e na impossibilidade de uma publicação integral das dezenas de textos apresentados — o que não exclui a hipótese de, mais tarde, e na medida do possível, se conferir continuidade à tarefa que ora se inicia — seleccionaram-se três importantes contribuições:

*A primeira, da autoria de Mireille DELMAS-MARTY, com o título **A criação das leis e sua recepção pela sociedade**, constitui uma crítica dos processos actuais de produção legislativa e de aplicação das leis, sublinhando os factores daquilo a que chama uma “dinâmica cega” e propondo as condições de uma desejável “dinâmica racionalizada”.*

*A segunda, da autoria de Miguel BAJO FERNANDEZ, sob o título **Mútua interacção entre ciências jurídicas e criminológicas, opinião pública e direito positivo face à execução das penas**, constitui um análise da realidade espanhola, com os seus antagonismos em matéria de sentido e significação da reacção penal, reflectidos em diferentes pontos de vista de criminólogos, instâncias legislativas e opinião pública.*

*A terceira, por fim, intitulada **Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal**, de Alessandro BARATTA, reveste-se do particular interesse de dar a conhecer as linhas gerais do movimento criminológico em que milita o autor.*

Para além da conhecida crítica da criminologia tradicional, enquanto teoria das condições ou causas da criminalidade, e do labelling approach, o autor desenvolve os princípios da criminologia crítica, que questiona a legitimidade do próprio sistema penal e propõe-se apontar soluções para a questão criminal a partir da ideia reguladora de uma política criminal alternativa que, a longo termo, conduz à ultrapassagem do próprio direito penal.

Não cabe, aqui, uma análise minuciosa destes diferentes contributos críticos, que facilmente se apreenderá pela leitura dos textos e que implicaria o indesejável inconveniente de repetir o que é sempre melhor explicado pelos próprios autores.

Nem isso estaria na índole da presente publicação, principalmente destinada a revelar que não a comentar ou sequer criticar as teses expostas.

Ao dar à luz da publicidade os textos que se seguem, outro propósito se não teve em vista do que fornecer uma imagem, necessariamente incompleta e fragmentária, do que se passou no Congresso.

*Por outras palavras, talvez mais precisas: pretendeu-se simplesmente **informar** o leitor, na base de alguns textos escolhidos, sobre aspectos relevantes da temática geral do Congresso, com o que se espera, no mínimo, contribuir para reforçar ou, pelos menos, despertar a sua curiosidade e o seu gosto pelas questões criminológicas e de política criminal, matérias que, entre nós e salvo honrosíssimas excepções, têm tido muito poucos cultores.*

Por uma questão da mais elementar justiça, cabe deixar aqui sinceras palavras de agradecimento pelo inestimável auxílio que à delegação portuguesa foi prestado pela Dra. MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, pelo Instituto de Reinserção Social, pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado, pela Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores e pela Polícia Judiciária, através da elaboração de textos de apoio a que, futuramente, será conferida a divulgação que merecem.

Por fim, uma palavra de reconhecimento à Dra. EVA BACELAR que, em tempo "record", se encarregou de verter para francês o texto da comunicação relativa à "Reforma penal portuguesa e sua recepção pela opinião pública", além de se ter encarregado do paciente trabalho de leitura e selecção das informações publicadas na imprensa a propósito do novo Código Penal português e legislação complementar.

M.A.L.R.

M.C.A.

**REMARQUES INTRODUCTIVES DU PROFESSEUR
DENIS SZABO, PRESIDENT DE LA
SOCIETE INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE,
LORS DE LA SEANCE D'OUVERTURE DU
IXe CONGRES INTERNATIONAL DE CRIMINOLOGIE
A VIENNE, LE 25 SEPTEMBRE 1983**

Conçue dans les années fiévreuses précédant la deuxième guerre mondiale, notre Société s'appuie cependant sur une tradition qui remonte à la fin du XIXe siècle. Dans le cadre de congrès d'anthropologie criminelle, se réunissaient alors des médecins, des juristes et des sociologues préoccupés de l'étude scientifique du phénomène criminel, de l'homme devenu criminel et de la société criminogène. Cette étude fut inspirée par la volonté des premiers criminologues de braquer les lumières de la science sur les causes obscures, ténébreuses de la conduite criminelle. Cette époque, la fin du siècle, fut empreinte d'optimisme. On nourrissait l'espoir puissant que le progrès économique, social et scientifique ne manquerait pas de provoquer le progrès moral. Ce progrès, à son tour, devait encourager l'esprit de coopération contre le conflit, l'altruisme contre l'egoïsme, la vertu, en somme, contre le vice. On ne croyait pas que le progrès moral se ferait automatiquement mais on croyait fermement que la connaissance scientifique des sources et des modalités des comportements criminels devait nous conduire, nécessairement, à l'élimination progressive des causes persistantes, d'ordre économique, social et psychologique de la criminalité. Il y avait bien quelques rares exceptions, tel Bergson, qui s'interrogeaient avec scepticisme sur la simultanéité du progrès matériel et moral, sur l'effet d'entraînement qu'aurait le premier sur le second. Leur voix, prémonitoire, demeurait isolée au milieu des "croyants" du progrès illimité. Le ton, lors des congrès, des premiers criminologues, comme celui du fondateur de notre Société, l'illustre maître italien Benigno di Tullio, fut empreint d'un optimisme profond. Pourvu, pensait-on, que nos législateurs et nos ministres comprennent les enseignements de la science. Pourvu seulement qu'ils

s'éclaircissent dans leurs décisions par ce que nous propose la science et nous aurons une société plus civilisée qui traitera le crime et le criminel comme un problème social ou un problème d'inadaptation ou d'aberration psychologique.

Dès Beccaria, grand précurseur de la criminologie, les esprits généreux et épris de progrès réclamaient l'adoucissement des rigueurs barbares du bras séculier. Jusqu'à nos jours, les criminologues se sont rangés, dans leur majorité, auprès des faibles contre les forts, auprès de ceux qui défendent la dignité de l'homme, même celle des plus indignes de nos congénères.

Telle est la tradition de notre discipline, tradition qui se confond avec la croyance dans l'utilité de la connaissance pour une organisation sociale et une adaptation humaine harmonieuse. Cette tradition inclut le respect mutuel des droits, encourage l'équilibre entre les droits et les devoirs, entre les obligations et les libertés. Cette tradition pèse sur notre discipline, elle s'impose aux criminologues. La preuve: les régimes totalitaires, qui écrasent l'homme au service d'idéaux prométhéens, ne tolèrent pas notre science. La criminologie y est absorbée dans l'appareil répressif de l'Etat. Il n'y a pas de place dans de tels régimes pour la tradition criminologique, pour les criminologues.

Il y a également ceux qui voient dans le crime l'expression d'une volonté délibérée de nuire, d'une nature bestiale et prédatrice, les manifestations de l'esprit du mal que la Société doit durement réprimer. Il n'y a pas de place dans l'esprit de ces gens ni pour la tradition criminologique, ni pour les criminologues. Les effets conjoints de l'efficacité de la prévention générale et spéciale devraient suffire pour protéger la vie et les biens de citoyens pourvu qu'elles soient vigoureuses et implacables.

Devant ces deux menaces, devant ces deux puissantes tentations, quelle est la place de la criminologie ? Notre tradition nous oriente vers la porte étroite où ne passent pas les solutions faciles. Les problèmes criminels ne furent jamais réglés par la force brutale, par l'implacable rétribution ou l'esprit de vengeance. L'histoire terrible de l'application des peines doit en convaincre le plus endurci des "rétributionnistes". Le passé mi-centenaire de l'Etat-providence et d'une prospérité matérielle sans précédent n'a pas résolu non plus, parfois bien au contraire, le problème de la prévention du crime. La consolidation des régimes socialistes dans de nombreux et grands pays du globe ne semble pas avoir réussi à écarter définitivement, comme d'aucuns l'espéraient, la menace criminelle.

MANUEL DA COSTA ANDRADE

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

**SOBRE O ESTATUTO
E FUNÇÃO DA CRIMINOLOGIA
CONTEMPORÂNEA**

Cette porte étroite de la tradition criminologique tient compte de trois principes et s'efforce de les accorder au service de l'homme. Il y a d'abord le principe de la liberté qui commande celui de la responsabilité. Nous ne sommes pas une termitière, n'en déplaise à certains socio-biologistes, et nous ne pouvons pas non plus substituer la coercition, fusse-t-elle d'inspiration scientifique comme dans "l'Orange mécanique", à la libre acceptation des conséquences de nos propres actes. Il y a ensuite le respect de la liberté des autres, de la collectivité. Chacun de ses membres a un droit inaliénable à la sécurité de sa personne et de ses possessions. L'homme doit être astreint au respect de cette liberté par les lois clairement rédigées, équitablement et efficacement administrées. Enfin, le troisième principe postule qu'une meilleure compréhension de la nature humaine dans ses déterminants biologiques, psychologiques, socio-économiques et politiques assure une meilleure adaptation des deux premiers principes à la réalité et à la spécificité de l'homme dans l'ordre, perpétuellement en changement, des êtres vivants.

Notre Congrès, par le thème qu'il s'est donné, s'inscrit résolument dans la tradition criminologique telle que nous venons de l'évoquer. Nous désirons cheminer à travers cette porte étroite qui s'ouvre entre ces trois principes. Nos Congrès quinquennaux dressent le bilan provisoire des grands débats et des recherches en cours dans notre discipline. Je ne veux pas anticiper sur ces débats, ni sur les conclusions qui naîtront au terme de cette semaine d'échanges et de communications incessantes. Je sais seulement que nous allons aborder des sujets d'importance cruciale non seulement pour l'avenir de la criminologie mais pour la qualité de la vie morale et matérielle de nos sociétés, développées ou en voie de développement, d'inspiration capitaliste ou socialiste. La criminalité, en dernière analyse, exprime un malaise individuel et un malaise social. Satisfaire ses désirs au détriment des autres est un comportement inacceptable à New-York comme à Moscou, à Pékin comme à Rio de Janeiro. La riposte pénale, la politique de prévention générale, la mobilisation de la communauté pour revitaliser les mécanismes du contrôle social subissent l'influence de processus d'une grande complexité. Il y a entre des facteurs qui tiennent aussi bien de l'environnement, du milieu social que du milieu interne de l'homme, de sa "nature" si difficile à cerner avec ses potentialités qui peuvent être orientées aussi bien vers le mal que le bien.

Certains affirment — et qui oserait dire qu'ils n'ont pas un grain de vérité — que, si nous mettions en oeuvre tout ce que nous savons déjà sur la criminalité et l'homme délinquant, nous ferions des progrès immédiats dans notre quête d'une société plus libre et plus sécuritaire. Interrogeons, dans chacun de nos pays, des policiers, des magistrats, des officiers de probation ou des éducateurs sur ce qu'il faudrait faire, concrètement, pour réduire la criminalité. La plupart n'hésiteront pas à dresser des catalogues de mesures fort précises. Imaginons un instant ce qui pourrait figurer dans cette liste. En coopération avec les citoyens et les services de sécurité privée, la police renforcerait sa surveillance des rues et des places publiques où s'agrègent les éléments suspects. Les groupes de voisins se constitueraient dans les grandes villes ayant une forte proportion de population mobile ou nomade pour assurer une certaine cohésion sociale au sein de l'unité géographique. Ils feraient des pressions sur les pouvoirs municipaux pour obtenir des unités sociales viables. Ces mêmes pressions, orientées cette fois-ci vers les autorités scolaires, renforceraient la discipline et décourageraient la fréquentation des écoles et des collèges par les jeunes adultes non motivés pour l'étude. Les procureurs tiendraient compte, dans l'acte d'accusation, de la carrière criminelle complète des accusés, sans exclure les dossiers des cours juvéniles. On supprimerait les règles de procédures qui provoquent de longs délais entre la commission d'un délit, l'inculpation et la sentence. Le juge aussi devrait disposer des informations détaillées pour l'évaluation des chances de récidive et du degré de dangerosité des personnes convaincues de la commission d'un crime. Les délinquants peu dangereux devraient purger leurs peines sous surveillance dans la communauté. Ceux qui représentent de graves risques de récidive et dont le crime est grand devraient être incarcérés pour de longues périodes. Les délinquants coupables d'un premier délit grave subiraient une courte peine. Les programmes de traitement devraient être disponibles pour les personnes souffrant de troubles psychologiques ou d'intoxication. Nul criminologue averti ne peut s'inscrire en faux contre ces propositions.

Chacun connaît cependant les innombrables obstacles concrets qui empêchent leur application. Ils tiennent aux intérêts corporatifs, aux arrières-pensées, aux conflits de juridiction, à la tendance à la bureaucratiation ou à l'excessif juridisme des procédures. De toutes les branches de l'administration publique, celle de la justice pénale offre une plus grande résistance à la modernisation.

Est-ce à dire que l'expérience et la connaissance scientifique sont incapables de pénétrer et d'inspirer notre politique criminelle ? Ce n'est certainement pas le cas. Dans tous les pays, on relève des progrès notables dans la collecte des informations statistiques sur les mouvements de la criminalité, sur la personnalité des accusés ou des condamnés. La formation du personnel a fait des progrès considérables surtout si l'on se rappelle qu'il y a peu de temps encore le niveau d'instruction des détenus était parfois supérieur, dans certains pays, à celui de leurs gardiens... La qualité de l'expertise utilisée ou utilisable aussi bien dans le diagnostic que pour la classification en vue de traitement ou l'application du régime pénal fait l'objet d'études de plus en plus approfondies. En somme, la criminologie constitue un apport croissant, grâce à la qualité de ses expertises, à notre connaissance de l'homme criminel et des facteurs criminogènes.

Un certain consensus se forme également sur le fait que la connaissance de plus en plus précise de la criminalité et des criminels doit inspirer une stratégie de prévention et de répression qui fera diminuer la tentation de violer la loi. Agir sur des facteurs criminogènes est l'ambition suprême des criminologues, préoccupés de politique criminelle. C'est aussi la raison d'être des pouvoirs publics et de l'administration de la justice. Le chemin qui y conduit est aussi parsemé d'obstacles que celui qu'empruntent toutes les sciences sociales à vocation appliquée, inspiratrices de politiques économiques et sociales. Les déboires de la planification et de la prévision dans le domaine du transport public, de la politique énergétique ou de l'assurance-santé sont trop bien connus: les criminologues ne sont plus les seuls à éprouver un sentiment d'échec.

Nous espérons tous que les travaux du IX^e Congrès International de Criminologie apporteront quelque lumière sur les expériences recueillies dans des régions ou pays du monde qui diffèrent entre eux par leurs régimes politiques, le niveau de développement économique, leur religion, leur langue ou leurs traditions. L'échange d'expériences, l'évaluation critique des résultats, la confrontation des idées basées sur des postulats opposés constituent la raison d'être d'un Congrès. Nous sommes les hôtes d'un pays qui a su faire évoluer remarquablement bien son appareil judiciaire en vue d'une politique criminelle équitable et juste. L'expérience autrichienne qu'incarne l'ancien ministre, Herr Broda, doyen, jusqu'à sa retraite récente de la vie politique, des ministres européens de la justice, nous intéresse au

plus haut point. Nous lui sommes reconnaissants de nous faire part de ses réflexions et nous écouterons avec grand intérêt son bilan.

Pour les hommes de science, le monde et son histoire est un vaste laboratoire. La diversité des traditions, les multiples solutions que nous apportons au défi de la criminalité ne doivent cependant pas cacher la similitude fondamentale de nos problèmes respectifs. Nous appelons tous de nos vœux, à l'instar de nos prédécesseurs et en invoquant le témoignage de nos grands pionniers du XIXe siècle, une justice de plus en plus informée. Beaucoup de préceptes du sens commun se sont révélés lors de l'observation scientifique des faits comme étant des préjugés non-fondés. D'autres ont été reconfirmés par les investigations multiples et complémentaires. Nous devons accepter et partager la lourde responsabilité de ceux qui assument l'ordre et la paix publique lorsque nous présentons les résultats de nos recherches. Ce n'est pas que nous nous assimilons aux responsables de l'administration publique, mais nous devons être plus conscients que jamais de la portée et des effets pervers toujours possibles des conclusions de nos travaux. Nos fonctions critiques sont primordiales. Mais notre responsabilité est aussi énorme vis-à-vis de nos concitoyens, victimes potentielles parfois d'eux-mêmes ou d'autrui. Nous ne devons pas susciter dans des domaines aussi vitaux que la prévention du crime des espoirs qui risquent d'être cruellement déçus. Les criminologues doivent veiller, grâce au progrès constant de leurs recherches, à ce que la politique criminelle porte l'empreinte d'une connaissance plus précise, plus approfondie du crime, du criminel et de la criminalité. Pour ce faire, ils doivent communiquer les résultats de leurs travaux au grand public et aux praticiens intéressés de la justice pénale. Ces derniers devront considérer, de plus en plus, les chercheurs criminologues comme des collaborateurs, des auxiliaires indispensables dans une société civilisée qui prend à coeur de traiter les problèmes de la criminalité au même titre que les autres problèmes sociaux.

Les travaux de ce IXe Congrès marqueront, je l'espère de tout coeur, un pas décisif dans la direction d'une politique criminelle où les résultats de recherches figureront de plein droit et tout naturellement aux côtés des considérations d'ordre social, politique et moral. L'utilité sociale de la criminologie, si gravement contestée dans certains pays du monde occidental au cours des années 70, ne devrait plus faire de doute. Son indépendance

ne souffrira pas non plus de la part des pouvoirs publics. A l'instar des autres sciences qui analysent les affaires publiques, la criminologie réalisera sa vocation sociale. L'esprit de service des criminologues vaincra, j'en suis certain, les tensions et les conflits qui peuvent surgir entre les intérêts généraux et les intérêts particuliers des victimes et des agresseurs. Le criminologue y parviendra à une seule et unique condition: ne jamais sacrifier le respect de l'homme.

I

1. Com a nossa comunicação propomo-nos oferecer um contributo para o debate sobre o enquadramento epistemológico e funcional da *Criminologia* no contexto actual do “sistema” das *Ciências Criminais* em geral, com destaque para a *Política Criminal* e a *Dogmática Jurídico-Penal*. Um contributo forçosamente modesto, já pela exiguidade do tempo já, sobretudo, pela especificidade do tema proposto. Temos fundamentalmente em vista: por um lado, a natureza movediça sobre que assenta toda a teoria das ciências humanas em geral, as jurídicas incluídas; e, por outro lado, o carácter notoriamente cintilante da *Criminologia*, da *Política Criminal* e da *Dogmática Jurídico-Penal* contemporâneas. Estes três ramos do saber vivem, com efeito, um período de notória ebulição com a recorrente problematização dos respectivos horizontes epistemológicos, modelos metodológicos, objectos de estudo e, conseqüentemente, a permanente oscilação das fronteiras recíprocas, provocando-se áreas cada vez mais extensas de interpenetração e condomínio mais ou menos pacífico, mais ou menos conflitual ⁽¹⁾.

O que frustra, à partida, qualquer pretensão de tomada definitiva de posição. E obriga, pelo contrário, a actualizar a consciência do carácter necessariamente contingente dos resultados alcançados, como passos encaixados no processo histórico da sua sucessiva superação, ao ritmo dos equilíbrios dinâmicos consentidos pela própria matéria em exame.

⁽¹⁾ Cf. H. MÜLLER-DIETZ, “Sozialwissenschaft und Strafrechtsdogmatik”, in: H. MÜLLER-DIETZ (Herausg.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln: Carl Heymanns, 1971, p. 10 e segs.

Isto posto, apenas uma outra observação preliminar, Para relevar que é nosso propósito, em sede de ilustração exemplificativa, privilegiar na medida do possível a referência à realidade portuguesa. Tanto no que concerne ao plano científico-doutrinário, como no que respeita à política criminal e à reforma penal, ao discurso político sobre o crime e ao discurso da experiência quotidiana do problema criminal, através, sobretudo, do seu reflexo nos *mass-media*.

II

2. Nada, talvez, mais indicado, como início de abordagem, do que a identificação do que hoje constitui o *problema criminológico*. Entendemos por tal, o conjunto de interrogações de índole teórica ou empírica, pacificamente consideradas pertencentes à criminologia e que, com acentuada regularidade, ocupam um espaço privilegiado nos manuais da criminologia, nas investigações monográficas e nas revistas da especialidade.

A este propósito, é flagrante o contraste entre a criminologia tradicional — *grosso modo* a criminologia predominante até ao fim da década de cinquenta do nosso século — e a criminologia contemporânea (2).

A criminologia tradicional caracterizava-se pelo predomínio, pode mesmo dizer-se pela quase exclusividade da dimensão etiológica. Fazer criminologia era, então, responder à pergunta: *porque é que as pessoas cometem crimes?* Para tanto, havia que identificar as causas do crime: ou a nível individual, na linha da antropologia lombrosiana, isto é as causas

(2) É intencionalmente que utilizamos a expressão criminologia *contemporânea* que assume um significado obviamente mais neutro e mais amplo que as designações mais específicas e mais comprometidas como, por exemplo, criminologia *nova* ou *moderna*. Sobre o tema, desenvolvidamente, C. ANDRADE, “O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia”, in: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 190 e segs.; J. KÜRZINGER, “Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner Kriminologischer Richtungen” *ZStW* 1974, p. 216 e segs.; FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Criminologia. O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 41 e segs..

radicadas na estrutura biológico-constitucional do indivíduo, nas vicissitudes da sua biografia ou nos sobressaltos do seu processo de interiorização das instâncias repressivas das pulsões instintivas v.g. o *Super-Ego* (FREUD) ou a *Consciência* (EYSENCK); ou a nível sociológico, pondo, v.g., em evidência o potencial criminógeno da integração em espaços ou universos subculturais ou da situação em zonas de clivagem entre as exigências da estrutura cultural (ideologicamente democrática e meritocrática) e as oportunidades diferenciais da estrutura social.

E isto sob o envolvimento de um conjunto de postulados ideológicos e epistemológicos mais ou menos conscientemente assumidos mas determinantes, em todo o caso, na definição do estatuto, da função e do *ethos* político da criminologia. Desde logo, o dogma da “criminalidade como um dado ontológico pré-constituído em relação à reacção social e ao direito penal, susceptível, por isso, de ser estudado nas suas *causas* independentemente do estudo da reacção social e do direito penal” (BARATTA) (3). Em segundo lugar, o postulado do delinquente como um ser naturalmente *diferente* do homem normal e conformista. Por último, a aceitação como um *dado* da ordem social oficial, com seus critérios de respeitabilidade e as suas definições, de comportamento desviante e conformista. Para além de aceitar a definição heterónoma do seu objecto — crime é (*e é só*) o que a lei define como tal — a criminologia tradicional tendia a circunscrever o seu âmbito aos indivíduos formalmente estigmatizados como delinquentes, isto é os integrados nas prisões ou em clínicas prisionais.

3. A diferença entre o problema criminológico tradicional e o contemporânea assume, desde logo, uma clara expressão *quantitativa*. A questão etiológica, mesmo tendo em conta as novas dimensões entretanto adquiridas, deixa de constituir o tema exclusivo, sequer mesmo o tema central da criminologia. As suas preocupações estendem-se hoje cada vez mais para um conjunto — extremamente diversificado e progressivamente alargado — de aspectos novos do problema criminal. A título puramente indicativo e sem cuidado de rigor, é possível reconduzir a alguns denominadores comuns os mais significativos destes temas ou interrogações da criminologia dos nossos dias.

(3) A. BARATTA, “Criminologia Critica e Política Criminale Alternativa”, *La Questione Criminale* 1977, p. 342.

- a) Relevos merecem, desde logo, as chamadas investigações de fenomenologia criminal, destinadas a identificar — nas suas manifestações típicas, expressão quantitativa, impacto disfuncional e custos sociais, *localização social* (por classe económico-social, grupo etário ou profissional, “colarinhos brancos” ou “azuis”, raça, zona residencial, etc.) as formas mais significativas de comportamento socialmente danoso. Trata-se de tentar superar os limites das estatísticas oficiais, decorrentes quer da existência da chamada *criminalidade oculta* quer da *mortalidade de casos criminais* no longo “corredor” do sistema formal de reacção ao crime, tentando, assim, penetrar no “outro lado da lua” (PH. ROBERT) da *criminalidade real* ⁽⁴⁾. E isto tanto com finalidades teórico-explicativas (em ordem a testar a validade de determinadas hipóteses) como com propósitos político-criminais: é normal, por exemplo, que os movimentos de neo-criminalização em áreas como a criminalidade de *white-collar* sejam precedidos de aturadas investigações sobre a fenomenologia de certas práticas consideradas socialmente danosas.
- b) Um lugar central ocupa também o estudo das condições e das consequências da projecção da ordem social sobre a realidade concreta. Trata-se aqui de investigações destinadas a acompanhar o processo através do qual as formulações abstractas (e inacabadas) das leis criminais chegam a atingir as pessoas definitivamente criminalizadas. Com elas pretende-se, por um lado, esclarecer em que medida os *second-codes* (MACNAUGHTON) que operam a nível das instâncias formais de controlo e imprimem às simbolizações da lei criminal a sua modelação e conteúdo definitivos, os únicos, afinal, com que ela assume vigência e eficácia (*selecção qualitativa*). E procura-se, em segundo lugar, identificar os *mecanismos de selecção* e as “regularidades estruturais” (SACK) responsáveis quer pela “imunidade diferencial” das pessoas à presença pró-activa e à visibilidade do *first-line-enforcer* (Polícia), quer pela sobrevivência diferencial dos casos conhecidos-pela-polícia, isto é, que atingem o *in-put* no sistema formal de controlo (*cifras negras e selecção*

⁽⁴⁾ Sobre estes conceitos, desenvolvimente F. DIAS / C. ANDRADE, (n.2), p. 130 e segs. e 365 e segs.

quantitativa). Daí a já praticamente inabarcável literatura criminológica versando sobre as infra-estruturas do sistema formal de controlo — Polícia, Ministério Público, Júri, Advogado, Tribunal, Administração Penitenciária, etc. — convertendo-as segundo a expressiva formulação de ERIKSON, em “variáveis críticas do estudo da *deviance*”. Tem sido por esta via que se vem logrando penetrar nos modelos de acção dos agentes das instâncias de controlo, pondo designadamente em relevo as condicionantes que derivam do facto de as instâncias assumirem uma estrutura burocrática e organizacional, portadora de *goals* e racionalidade próprios, bem como de específicas subculturas ou mesmo programas apócrifos de política criminal.

Em terceiro lugar, tem-se com estes estudos tentado esclarecer as consequências negativas da “aplicação do estigma com sucesso” (BECKER). Sobretudo os criminólogos mais directamente influenciados pelo interaccionismo simbólico e pela etnometodologia têm tentado indagar em que medida a série de *cerimónias degradantes* (GARFINKEL) em que se analisa o processo formal de reacção e, principalmente a experiência no seio das *instituições totais* (GOFFMAN) e a conseqüente *distância social*, adulteram a interacção entre o estigmatizado e os *outros significantes*. E em que medida tudo isto pode resultar para o delinquente numa adulteração da sua identidade, com a ruptura da integridade da sua auto-imagem de respeitabilidade e a adopção duma identidade e duma carreira de *deviance*.

- c) O interesse pela selecção a nível da criminalização secundária veio também a estender-se à selecção operada a nível da criminalização *primária*, isto é, a selecção operada pela própria natureza fragmentária da lei penal como instância originária e primeira de reacção à *deviance*. Logo, com efeito, se ganhou consciência de que a compreensão e explicação do crime postula o estudo dos mecanismos sociais de criminalização. De que, segundo HASSEMER, “uma teoria do crime como teoria da criminalidade pressupõe uma teoria do crime como teoria da criminalização” ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zur einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt: Europäische Verlag, 1980, p. 9.

Com isto transpuseram os umbrais dos laboratórios de criminologia e ascenderam às páginas dos seus manuais e revistas temas como: criminalização-descriminalização; processos históricos de aparecimento, evolução e extinção das leis e das instituições penais, pondo em relevo tanto os factores económicos, culturais e políticos da sua trajetória como a respectiva função económica, cultural e política. Como exemplos desta historiografia da sociedade punitiva, convirá destacar: o estudo de CHAMBLISS (*A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy*) sobre a história da incriminação da *vadiagem* em conexão com a evolução das estruturas económicas; o de M. FOUCAULT (*Surveiller et Punir*) sobre a história do correcionalismo prisional; bem como o estudo precursor de RUSCHE e KIRCHHEIMER (*Punishment and Social Structure*)⁽⁶⁾ sobre a relação entre os sistemas punitivos e o mercado do trabalho.

Estava, assim, aberto o caminho para a problematização, pela criminologia, da própria ordem social e dos mecanismos da *sociedade punitiva*. Para, noutros termos, se questionar o modo como uma dada definição ou “construção da realidade” (BERGER/ /LUCKMANN) triunfa e se impõe, quais as suas estratégias de legitimação e manutenção e o modo como se relaciona com as construções alternativas da realidade: em termos de *tolerância* (democrática) ou de *panoptismo* (FOUCAULT) de vocação indistintamente “holística” (POPPER)⁽⁷⁾.

(6) Não se ignora que a obra de RUSCHE e KIRCHHEIMER é muito anterior — a sua primeira edição foi publicada em 1939. De resto, o núcleo essencial do livro de RUSCHE e KIRCHHEIMER havia já sido antecipado no conhecido artigo de RUSCHE “Arbeitsmarkt und Strafvollzug” (1933). Não será, contudo, arriscado afirmar que a obra de RUSCHE e KIRCHHEIMER surgiu, do ponto de vista da teoria criminológica, antes do tempo, já que só a criminologia contemporânea estava em condições de a receber. É o que documenta a sua redescoberta pela mais recente teoria criminológica, claramente revelada na recente publicação do artigo de RUSCHE em língua italiana (“Il Mercato del Lavoro e l’Esecuzione della pena. Riflessioni per una Sociologia della Giustizia Penale”, *La Questione Criminale* 1976, p. 519 e segs.) e francesa (“Marché du Travail et Régime des Peines. Contribution à la Sociologie de la Justice Pénale”, *Déviance et Société* 1950, p. 215 e segs.). O mesmo vale para o livro *Punishment and Social Structure* com destaque para a tradução italiana (*Pena e Struttura Sociale*, 1978) acompanhada de uma esclarecedora introdução de D. MELOSSI.

(7) Sobre o *panoptismo* — uma das características mais salientes das sociedades contemporâneas, segundo o autor — M. FOUCAULT, *La Verdad y Las Formas Jurídicas*,

- d) Uma referência, por último, a um género de estudos, a cuja proliferação vimos assistindo e que poderíamos, parafraseando GOULDNER, agrupar sob a designação de “criminologia da criminologia” ou ainda, *criminologia reflexiva* (8). Neles, com efeito, é a própria criminologia — “como teoria e como instituição social” (GOULDNER) — que se converte em objecto crítico de análise, e é outrossim o criminólogo que se interroga, numa perspectiva de conflito, sobre o seu próprio papel, sobre de que lado está. Recordem-se, a título de exemplo, obras como: a de H. BECKER, *Whose Side are We On?*; dos SCHWENDINGER, *Defenders of Order or Guardians on Human Rights?*; ou de CHAMBLISS e MANKOFF, *Whose Law, Whar Order?*

4. O alargamento do criminologicamente relevante nos sentidos apontados — e outros poderiam indicar-se como, v.g., o da redescoberta da *vítima* pela criminologia contemporânea — parece definitivamente adquirido. Hoje não suscitam qualquer reparo definições da criminologia como a apresentada por SYKES (que décadas atrás não deixaria de valer como uma heresia) segundo a qual a criminologia é: “o estudo das origens sociais da lei criminal, da administração da lei criminal, das causas do comportamento delincente, da prevenção e controlo do crime, incluindo a reabilitação individual e a transformação do meio social”. Isto, de resto, na esteira de SUTHERLAND que, com o seu conhecido sentido inovador, já antecipadamente sustentara que “a criminologia se divide em três ramos principais, que são os seguintes:

- a) a sociologia do direito, que se preocupa com a análise científica das condições de desenvolvimento das leis penais; *este ramo é raramente tratado nas obras gerais de criminologia*,

Barcelona: Gedisa, 1980, . 99 e segs.. Por seu turno, K. POPPER tem denunciando empenhadamente os riscos (totalitários) das tentativas de reconstrução social *holística* ou utópica (*utopian social engeneering*). Como alternativa, sustenta POPPER que só as intervenções “fragmentárias”, “limitadas” ou “por pequenos passos” são legítimas numa perspectiva democrática e do ponto de vista duma sociedade aberta. Desenvolvimento, K. POPPER, *La société Ouverte et ses Ennemis*, Paris: Seuil, 1979; K. POPPER, *La Miseria del Historicismo*, Madrid: Alianza, 1980.

(8) A. GOULDNER, *La Crisis de la Sociologia Occidental*, Buenos Aires: Amorrortu, 1973, p. 20 e segs.. Em sentido-convergente, N. HERPIN, *Les Sociologues Américains et le Siècle*, Paris: Puf, 1973, p. 154.

- b) a etiologia criminal, que se propõe a análise científica das causas da criminalidade;
- c) a penologia, enfim, que trata da luta contra a criminalidade” (9).

De per si, este puro ganho de expressão quantitativa pouco alcance teria do ponto de vista da reflexão sobre o estatuto e a função da criminologia, já que não alteraria significativamente as coordenadas metodológicas e epistemológicas do problema. Quando muito, ele valeria como prova da capacidade de progresso da criminologia. E aproveitaria, como reconfortante satisfação do sentimento narcisista, aos criminólogos mais preocupados em esconjurar o fantasma de que não passariam de “reis sem reino”, anos antes despertado por THORSTEN SELLIN.

Só que as coisas não consentem esta neutralidade. Desde logo, porque não é possível recusar o *ethos* político contido em muitas das interrogações que se inscrevem no activo da criminologia contemporânea. Depois, e sobretudo, porque se afigura forçoso reconhecer que as transformações registadas no problema criminológico e já sumariamente elencadas reflectem e simultaneamente potenciam uma profunda mudança a nível dos fundamentos teóricos, metodológicos e epistemológicos da criminologia, do mesmo passo que lhe emprestam uma dimensão política sem precedentes. Isto, de resto, em total sintonia com a viragem a nível do horizonte cultural em geral e das ciências criminais em particular.

Noutros termos, aquelas transformações só foram possíveis como consequência (e causa) da ruptura do equilíbrio tradicional vigente entre as ciências criminais e em cujas coordenadas se definia o estatuto da criminologia. Tal equilíbrio assentava no primado absoluto do direito penal que definia o espaço em que operavam tanto a criminologia como a política criminal. A primeira investigando as causas do crime (legalmente definido), a segunda elaborando as estratégias mais racionais para prevenção e repressão do crime. Como assentava ainda na crença da criminologia como ciência — e *porque ciência* — puramente objectiva e axiologicamente neutra.

(9) G. SYKES, *Criminology*, New York: Jovanovich, 1979, p. 6; E. SUTHERLAND/D. CRESSEY, *Principes de Criminologie*, Paris: Cujas, 1966, p. 11.

Foi com a chamada *gesamte Strafrechtswissenschaft* de F. von LISZT que esta construção conheceu a formulação mais explícita e acabada ⁽¹⁰⁾. Para LISZT era ao direito penal — “a barreira intransponível da política criminal” — que competia definir o *se*, o *como* e o *porquê* da aplicação das reacções criminais. Em conformidade, a “tarefa imediata da ciência do direito penal é: compreender o delito e a pena como generalização conceitual numa consideração puramente técnico-jurídica e desenvolver os preceitos concretos da lei num sistema cerrado, subindo até aos últimos princípios e conceitos fundamentais”. Reduzida, como a criminologia, à categoria de ciência auxiliar, à política criminal incumbia elaborar o “conjunto sistemático de princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena segundo os quais o Estado deve conduzir a luta contra o crime através da pena e das instituições conexas”.

E foi à sombra deste *positivismo* que se mantiveram, até praticamente aos nossos dias, tanto a dogmática jurídico-penal — no sentido da procura de um sistema de conceitos unívocos e da mais estrita obediência à lei, indiferente (*rectius*, contrária) a todas as preocupações de teor político-criminal — como a criminologia — no sentido da procura naturalista das causas do crime. Com o que além do mais se almejava dar resposta às exigências do Estado de Direito liberal que reclamava um direito penal concebido como a Magna Carta do delinquente, em ordem à maximização das garantias e da segurança do cidadão ⁽¹¹⁾.

5. Esta concepção das coisas recusava formalmente qualquer relevo político-criminal autónomo à criminologia. O significado político-criminal que ela viesse, apesar de tudo, a assumir seria sempre derivado e hetero-

⁽¹⁰⁾ F. v. LISTZ, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin: Guttentag, 1905, vol. II, p. 284. Para ulteriores desenvolvimentos, FIGUEIREDO DIAS, *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, Lisboa, 1983, p. 5 e segs.; R. N. BARBERO, “Derecho Penal y Política Criminal”, *Doctrina Penal* 1981, p. 479 e segs.; A. BARATTA, “Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal”, *Revista de Direito Penal* 1982, p. 5 e segs.; C. ROXIN, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1972; C. ROXIN, *Problemas Básicos de Derecho Penal*, Madrid: Reus, 1976, p. 71 e segs..

⁽¹¹⁾ Desenvolvidamente, F. DIAS, (n. 10), p. 6 e segs..

nomamente determinado, já que se circunscreveria ao eventual aproveitamento dos seus ensinamentos por parte das restantes ciências criminais. “Aos cultores da criminologia só restava — refere ROXIN — a missão de chamar a atenção do legislador e o espaço juridicamente neutro da execução da pena” (12).

Teria de ser assim, há que explicitá-lo, para além das já afloradas, por razões que se prendem com a própria pretensão da criminologia a ganhar a respeitabilidade de *verdadeira ciência*. A criminologia emergiu como um ramo específico do saber na segunda metade do século passado, num clima cultural dominado pelo prestígio das realizações das ciências físico-matemáticas e pelo triunfo do ideário do cientismo positivista. Para fazer jus ao qualificativo de ciência — e *ciência era então apenas o saber por causas* — a criminologia teria, à semelhança das restantes ciências humanas em vias de afirmação, de se perfilar pelo modelo das ciências da natureza. Deveria para tanto apresentar-se como ciência *das causas* de um fenómeno — o crime — reduzido à expressão de puro acontecer naturalístico, e à margem portanto de toda a reivindicação de valência política.

Para o que não deixou ainda de contribuir a projecção da velha ideia aristotélica de uma ciência (*epistheme*) de valor exclusivamente apodítico-explicativo, fechada a todo o significado pragmático. E que MAX WEBER viria a retomar ao advogar a intransponível antinomia entre o

(12) C. ROXIN, (n. 10), *Política Criminal...* p. 25. Nada talvez mais expressivo do grau de interiorização e aceitação generalizada deste entendimento das coisas no que respeita ao papel e ao estatuto da criminologia, do que a atitude assumida ainda em 1959 por um autor como TH. WÜRTEMBERGER. Não obstante se creditar como um dos arautos mais consequentes duma dogmática aberta aos ensinamentos da criminologia, WÜRTEMBERGER perspectivou a criminologia em termos de positivismo estrito, recusando-lhe toda a valência política ou normativa autónoma. “A criminologia — escrevia — é por natureza, uma ciência de factos, não uma ciência normativa.” E acrescentava reportando-se ao problema do objecto, uma das verdadeiras pedras-de-toque do ponto de vista teórico e epistemológico: “São os critérios normativos dos tipos legais de crime que são decisivos para a determinação da natureza e conteúdo da acção criminosa, isto é para a delimitação do seu (da criminologia) objecto científico. A criminologia não pode ser ela própria a determinar o que é ilícito e, por isso, crime, ou como tal deve valer. Tal há-de resultar das representações ético-sociais predominantes no interior da comunidade e, acima de tudo, das normas da lei penal estadual, que em última instância determina o conteúdo e os limites do ilícito criminal”. Em consonância com este entendimento das coisas, WÜRTEMBERGER assinala à criminologia três tarefas fundamentais: análise fenomenológica da criminalidade, estudo etiológico-explicativo e elaboração de tipologias de delinquentes. Cf. TH. WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe: C.F. MÜLLER, 1959, p. 39.

discurso do saber e o do poder. Por tudo isto, dificilmente se estranhará que mesmo criminólogos como SELLIN e MANNHEIM tenham sempre propugnado por uma criminologia asséptica a juízos de valor, com a convicção de quem presta um serviço à sua dignidade de ciência.

Seria, contudo, apressado continuar hoje a concluir pela total irrelevância política desta criminologia de obediência positivista, reduzida à condição modesta da ciência meramente *instrumental*. Uma ponderação mais cuidada das coisas — à luz dos ensinamentos da historiografia das instituições penais, dos métodos da Sociologia Dialéctica e das lições da própria criminologia crítica — cedo evidenciará a inequívoca função política de tal criminologia. E forçará a concluir que ela poderia funcionar (ou funcionava) como instância de legitimação da construção oficial da realidade e, por essa via, da manutenção e perpetuação das respectivas estruturas de domínio.

Na verdade, a aceitação da definição de crime e de criminoso pelo sistema penal — no seu conjunto de lei e instâncias de reacção e controlo — e a sua identificação com o crime e o criminoso, sem mais, como objecto de estudo das causas do crime, só pode concluir por *causas* indissociável e exclusivamente ligadas ao tipo de pessoas que o sistema define como delinquentes. Ora, este círculo vicioso não pode deixar de actuar como coonestação do labor do sistema penal e legitimação da ordem social. Se, recorrendo à terminologia de R. MERTON, a *função manifesta* desta criminologia é erigir o delincente em destinatário da política criminal — (modelo *médico*) (E. SCHUR) — ou quando muito as manifestações patológicas ou disfuncionais a nível da estrutura cultural ou social (modelo *reformista*), a sua *função latente* não pode deixar de ser a de preservar a integridade da ordem social ⁽¹³⁾.

Em síntese, e ao contrário do que as representações ideológicas pretendam sugerir, poderia verificar-se uma singular sintonia entre o discurso do saber e o “discurso do cadafalso” (M. FOUCAULT). Segundo BARATTA, por exemplo, “a criminologia positivista converteu-se numa

⁽¹³⁾ Sobre a contraposição *funções manifestas* — *funções latentes*, R. MERTON, *Sociologia. Teoria e Estrutura*, S. Paulo. Mestre Jou, 1970, p. 127 e segs.; C. ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 106 e segs.. Sobre o *modelo médico*, E. SCHUR, *Radical Non-Intervention. Rethinking the Delinquency Problem*, N. Jersey: Prentice Hall, 1973.

instância legitimante do sistema penal (...). A criminologia positivista contribuía para cobrir com um véu mistificante os mecanismos de selecção, ao mesmo tempo que proporcionava uma justificação ontológica e sociológica aos resultados desses mesmos mecanismos” (14).

6. Antes de ensaiar uma referência mais explícita ao estatuto da criminologia contemporânea, já indicado a propósito da mudança verificada no *problema criminológico* convirá recordar sumariamente as transformações entretanto verificadas no horizonte cultural e que muito abalaram a reflexão epistemológica em torno das ciências sociais e, mesmo, das ciências físico-matemáticas. Dum modo necessariamente sincopado pode dizer-se definitivamente superada a mitologia positivista da pura objectividade e neutralidade axiológica das ciências sociais. Para o que muito contribuíram as mais diversas correntes da *sociologia do conhecimento* que vieram revelar as “infra-teorias”, as *background assumptions* (GOULDNER), os coeficientes ideológicos e, mesmo, os “interesses” que estão na base do labor científico e condicionam o resultado do seu labor. Como refere GOULDNER, “o labor dos sociólogos, como o dos outros, encontra-se influenciado por um conjunto subteórico de *crenças* (... àcerca de todos os membros de âmbitos simbolicamente constituídos (...). Os supostos básicos subjacentes (...) são ferramentas cognoscitivas, carregadas de afectividade” (15). No mesmo sentido e entre nós também B. MACHADO chama justamente a atenção para “o valor relativo da *realidade* que nos apresentam as ciências empíricas e a chamada pré-impregnação valorativo-normativa dos actos cognoscitivos” (16).

Deve-se por seu turno à Sociologia Dialéctica, designamente à *teoria crítica* (ADORNO, HORKEIMER, HABERMAS) ter posto em relevo o carácter incindível da unidade entre a teoria e a *praxis* e, conseqüentemente, o potencial *normativo* das ciências (sociais). “Poderá, assim, acreditar-se — segundo a formulação de POPPER — que a ciência social funciona como uma parteira, ajudando ao nascimento de novos períodos

(14) A. BARATTA, (n. 10), p. 6. Do mesmo autor e no mesmo sentido, “Problemi Sociali e Percezione della Criminalità”. *Dei Delitti e Delle Pene*, 1983, p. 15 e segs..

(15) A. GOULDNER, (n. 8), p. 37.

(16) BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 49.

sociais, se bem que também possa servir nas mãos de interesses conservadores para retardar mudanças sociais pendentes” (17). Enquanto, em sentido convergente, GOULDNER refere o carácter “discretamente necrológico ou apologético” das teorias sociais, também FOUCAULT acentua que “o conhecimento é sempre uma relação estratégica em que o homem está situado” (18). Igualmente decisivo foi ainda o contributo da *sociologia de conflito* de obediência marxista ou não (v.g. COSER ou DAHRENDORF) que veio substituir às teses do *consenso* as teses do *conflito e da coerção*, pondo expressamente em evidência o carácter repressivo da ordem social normativamente imposta. “Do ponto de vista do modelo de conflito — resume DAHRENDORF — as sociedades e as organizações sociais mantêm-se coesas não por consenso mas por coerção, não por acordo universal mas pela coerção de uns sobre os outros. Pode ser útil, para certos fins, falar do *sistema de valores* de uma sociedade. Mas no modelo de conflito, tais valores característicos são mais dominantes do que comuns, mais impostos do que aceites” (19).

7. Foi no essencial coincidente o caminho trilhado pela criminologia onde, a partir do início dos anos sessenta se precipitaram em densidade e dimensão eventos que estão na base da viragem operada no estatuto epistemológico e político da criminologia. Não é possível, nesta sede, mencioná-los a todos: já pelo seu número, já porque muitos deles desencadearam sucessos que estão longe de se poderem considerar consumados e em relação aos quais terá de ficar suspensa toda a valoração definitiva. Bastar-nos-emos, por isso, com uma referência àqueles dentre eles que se nos afiguram mais relevantes na perspectiva de que curamos.

- a) Nunca será exagerado sublinhar o papel do interaccionismo quer pela sua *vis* inovadora quer pela pluralidade de frentes em que ela se fez sentir. Foi o *labelling* que introduziu o tema da *selecção* que perturbou drasticamente os fundamentos epistemológicos e políti-

(17) K. POPPER, (n. 7), *La Miseria ...* p. 30.

(18) M. FOUCAULT, (n. 7), p. 30.

(19) R. DAHRENDORF, *Ensaio de Teoria da Sociedade*, Rio de Janeiro: Zaba, 1974, p. 149.

cos da criminologia tradicional. A ele se deve, por outro lado, o ter demonstrado o carácter em grande medida socialmente construído da delinquência, de acordo com a tese fundamental de *Outsiders* de BECKER: “São os grupos sociais que criam a *deviance* ao elaborar as normas cuja violação constitui a *deviance* e ao aplicar estas normas (...) A *deviance* não é uma qualidade do acto que uma pessoa comete, mas antes uma consequência da aplicação pelos outros de normas e sanções a um delinquente”. Relacionado com isto o *labelling* pôs em causa a crença num certo monismo cultural e moral (outro dos postulados da criminologia tradicional) e chamou a atenção para a pluralidade e alternatividade de universos culturais e códigos morais, de implicações óbvias nos problemas da criminalização e descriminalização e da legitimação. Pôs outrossim em relevo o papel e as estratégias dos *moral entrepreneurs*, estratégias em que avulta hoje a exploração da reivindicação de *law and order*, por vezes artificialmente agudizada através da manipulação das cotas do medo colectivo. Por último, com a problemática das consequências da estigmatização sobre a identidade e a carreira futura do delinquente, a criminologia interaccionista pôs em crise a viabilidade e a legitimidade dos ideais do tratamento e da ressocialização.

Resumidamente, o interaccionismo introduziu um conjunto de temas e abriu novas vias de abordagem de directa relevância político-criminal. E imprimiu simultaneamente um cunho radicalmente novo à política criminal: do que agora se trata é de privilegiar, como seus destinatários, não os delinquentes nem sequer as localizadas disfunções sociais, mas antes os vários momentos do sistema penal.

- b) Quase ao mesmo tempo, a *criminologia do conflito* — cujo primeiro tratamento sistemático ficou a dever-se a G. VOLD (*Theoretical Criminology*, 1958) e depois a A. TURK (*Criminality and Legal Order*, 1968) — punha em crise o dogma do consenso como fundamento da criminalização e sustentava a necessidade de abordar todo o sistema penal numa lógica de conflito e poder.
- c) A evidente politização da criminologia, já patente na perspectiva interaccionista e na criminologia de conflito, ganharia em ampli-

tude e sistematização com as duas orientações fundamentais da criminologia surgidas já nos últimos anos da década de sessenta e nos primeiros da década de setenta. Referimo-nos às correntes do constructivismo social, designadamente às perspectivas etnometodológicas, por um lado, e à chamada *criminologia crítica ou radical*, por outro. Apesar de divergentes em aspectos essenciais de teoria e de método, ambas as orientações convergem na relativização da construção da realidade e da ordem oficiais e na sua problematização, *maxime* no que toca à sua legitimidade.

Apesar do seu pendor ahistoricista e acrítico, devido em parte à influência da fenomenologia que o leva a pôr-entre-parênteses a realidade histórica concreta, a verdade é que o constructivismo dedica grande atenção ao problema das *multiplas realidades*. à “precaridade” das construções da realidade, mesmo se dominantes ou oficiais e, por isso, à dialéctica das relações (e da repressão) com as realidades alternativas que se manifestam nos actos de delinquência. Com o que o problema da opção por uma dada definição da realidade assume directamente relevo criminológico. É o que de forma paradigmática mostram obras como *Deviance and Respectability. The Social Construction of Moral Meanings* (1970, edit. por J. DOUGLAS), *Theoretical Perspectives on Deviance* (1972, edit. R. SCOTT/J. DOUGLAS), M. SPECTOR/J. KITSUSE, *Constructing Social Problems* (1977) e, de um modo geral, toda a investigação criminológica onde é mais notória a presença da fenomenologia de A. SCHUTZ ou o influente estudo de P. BERGER e TH. LUCKMANN, *The Social Construction of Reality* (1966).

Já com a criminologia radical, de expressa obediência marxista — e pensamos em autores como: os americanos SCHWENDINGER, PLATT ou QUINNEY; os alemães SACK, WERKENTIN ou SCHUMANN; os italianos BARATTA, MELOSSI e PAVARINI; os ingleses TAYLOR, WALTON e YOUNG; e em sentido substancialmente convergente M. FOUCAULT (França) e, entre nós, BOAVENTURA SANTOS — a politização da criminologia, para além de total, ganha um entono claramente militante. “Com o amadurecimento do momento crítico, a criminolo-

gia contemporânea tende a transformar-se de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal” (20). A criminologia radical encara o sistema penal como um dos instrumentos privilegiados duma ordem intrinsecamente injusta, porque assente em “crimes” contra os valores fundamentais do homem. Daí que ela redescubra o recorrente problema do *objecto da criminologia* o que chama a lei criminal ao primeiro plano da teorização criminológica. Só que a sua equaçãoção é feita em termos que apontam claramente no sentido da superação (revolucionária) da ordem vigente e da instauração duma ordem alternativa. Em conformidade, a criminologia crítica vê-se compelida a rejeitar a ideia de ressocialização. Se é a sociedade que acima de tudo importa “ressocializar”, nada mais contra-indicado do que a ressocialização do delinquente que corresponderia a perder potencial de contestação e revolta.

- d) Também a *criminologia psicanalítica* teve um impacto no sentido da politização da criminologia grandemente coincidente com o do interaccionismo e da criminologia crítica. Isto á sobretudo verdade em relação àquela vertente da criminologia psicanalítica mais directamente preocupada com a análise dos mecanismos da alma colectiva, da *sociedade punitiva* (strafenden Gesellschaft) do que com a explicação do fenómeno individual do crime.

Presente já na obra de FREUD (*Totem e Tabu*), esta vertente viria depois, em 1948 a ser objecto de tratamento sistemático por P. REIWALD (*Die Gesellschaft und ihre Verbrecher*) e a suscitar nos nossos dias o interesse de um número crescente de autores (FROMM, PLACK, OSTERMEYER, ENGELHARDT, NAE-GELI, etc). De forma sintética, a psicanálise da sociedade punitiva vem pondo em relevo a ambivalência da sociedade face ao crime e ao criminoso. Ambivalência que: ora a leva à procura da experiência real ou simbolizada do crime como forma de catarse e a identificar-se com o criminoso para, ao puni-lo a si mesma se

(20) A. BARATTA, (n. 10), p. 12.

punir e expiar os próprios sentimentos de culpa; ora, inversamente, a projectar sobre o delinvente a sua culpa e a bani-lo como *bode expiatório* (NAEGELI) para evitar o contágio e aproveitar o castigo como forma aloplástica de realização das suas pulsões e frustrações e da sua agressividade.

Como facilmente se intui, esta abordagem do problema criminal a partir das pulsões irracionais da sociedade punitiva e a que não é alheio um certo compromisso com o marxismo, está paredes-meias com a busca de modelos alternativos de convivência e organização, tanto no plano económico como no cultural, educativo e moral e com um programa de *abolição do direito penal*. Este último assumido, de forma particularmente impressiva por ARNO PLACK.

8. Também a redescoberta da vítima e o conseqüente enriquecimento da teoria criminológica com a dimensão vitimológica obrigou a repensar o sistema penal em termos críticos. Desde logo, no sentido mais linear, de se introduzirem no sistema clássico as reformas adequadas a dar resposta às reivindicações mais instantes da vítima levando nomeadamente à revalorização da *reparação* como reacção especificamente penal e à institucionalização de sistemas de reparação a cargo da colectividade em nome de solidariedade e da responsabilidade social face ao crime. Ou ainda, nesta linha, no sentido de se valorar a intervenção etiológica da vítima, a título v. g. de *victim-precipitation*.

Depois, e sob a influência do interaccionismo:

- 1.º no sentido de se valorizar a vítima como o mais decisivo *gate-keeper* efectivo do sistema penal e, por isso, como referência obrigatória em programas de descriminalização e como elo particularmente indicado para se tentar interromper a espiral da violência que ameaça as sociedades contemporâneas e é alimentada pelo medo das vítimas potenciais, pela sua desconfiança e alienação em relação às instâncias formais de controlo;
- 2.º no sentido de se evitarem os efeitos perversos de certos estigmas de vítima o que autoriza a falar de programas de desvitimização e sobretudo a prevenir-se que o processo formal de resposta ao

crime se converta (*maxime* nos crimes sexuais, v.g., a violação) em nova e mais drástica vitimização⁽²¹⁾.

Mas o que aqui mais importa reter é que também a perspectiva vitimológica trouxe ao pensamento criminológico um contributo de manifesta incidência política. Na verdade, a substituição do modelo diádico de tensão Estado-delinquente pelo modelo triádico Estado-delinquente-vítima, levou alguns autores a indagar do significado e das origens da intervenção do Estado em subrogação da vítima e a concluir que se trataria de um evento historicamente contingente, relacionado com a formação do Estado europeu, na sua forma originária de estrutura centralizada de poder nas mãos e ao serviço exclusivo do soberano. Esta visão das coisas leva N. CHRISTIE a falar de *roubo do conflito*: a afirmação do monopólio do poder punitivo do monarca e a transubstanciação do conflito originário em lesão simbolizada de valores colectivos valia como uma afirmação de poder face ao delinquente-inimigo-interno — o homólogo da guerra em relação ao inimigo exterior — e redundava simultaneamente na privação da vítima do seu “poder” como parte conflitual.

Em clara sintonia e a propósito do aparecimento da figura do procurador do rei na alta Idade Média, escreve FOUCAULT: “O procurador dobrará a vítima pois estará atrás daquele que deveria ter formulado a queixa dizendo: — se é verdade que este homem lesionou este outro, eu representante do soberano, posso afirmar que o soberano, o seu poder, a

(21) Diversamente, já noutros casos a consideração autónoma dos interesses da vítima poderá reclamar a continuação do processo mesmo depois de se ter concluído pela impossibilidade de condenação do arguido. É o que sucederá, com não rara frequência, em processos por crimes contra a honra em que a vítima terá interesse, para efeitos de *exceptio veritatis*, no esgotamento das possibilidades de esclarecimento formal dos factos em causa.

É a este tipo de exigências de política criminal orientada pela e para a vítima que a lei 83.608 de 8 de Julho recentemente aprovada em França procura dar resposta. Entre as suas inovações mais significativas sobressai a introdução de um novo crime no Código Penal: a organização fraudulenta da situação de insolvência em prejuízo dos direitos de indemnização ou reparação da vítima. Para além disso, a nova lei prevê a possibilidade de, mesmo após a absolvição do arguido acusado de ofensas corporais ou homicídio involuntários, e a requerimento da vítima, o tribunal competente prosseguir o processo para efeitos de determinação e garantia dos direitos de indemnização ou reparação. Sobre o significado criminológico da vítima cf., entre a literatura mais recente, H. J. SCHNEIDER, “Das Opfer im Verursachungsund Kontrollprozess der Kriminalität”, in: *Kriminalität und abweichendes Verhalten*, Band II, Weinheim und Basel: Beltz, 1983, p. 79 e segs.. Sobre a necessidade de repensar o estatuto da vítima no processo criminal, D. KRAUSS, “La Vittima del Reato nel Processo Penale”, *Dei Delitti e Delle Pene* 1983, p. 283 e segs..

ordem que ele dispensa, a lei que ele estabeleceu, foram igualmente lesionados por este indivíduo. Por isso, também eu me coloco contra ele”. “Desta maneira — continua FOUCAULT — o soberano, o poder político, passam a dobrar e, paulatinamente, a substituir a vítima. Este fenómeno, que é absolutamente novo permitirá que o poder político se apodere dos procedimentos judiciais (...). Aparece uma noção absolutamente nova: a *infracção*. Enquanto o drama jurídico se desenvolvia entre os indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas do dano que um indivíduo causava a outro. (...) A partir do momento em que o soberano ou o seu procurador dizem “Eu também fui lesado pelo dano” resulta que o dano não é só uma ofensa de um indivíduo a outro mas também uma ofensa que um indivíduo inflige ao Estado. Desta maneira, a noção de *infracção* substitui a velha noção de dano (...) como lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano (...). Vê-se, assim, como o poder estadual vai confiscando todo o procedimento judicial, o mecanismo judicial, o mecanismo de liquidação inter-individual dos conflitos na alta Idade Média (...). As monarquias ocidentais fundaram-se sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação destes mecanismos de confiscação. Eis aqui o fundo político desta transformação” (22).

Como facilmente se intui, o *ethos* político que esta reflexão em torno da vítima faz entrar na teorização criminológica, há-de estimular a pensar em modelos alternativos de convivencialidade com formas de controlo ajustadas à autenticidade das manifestações de conflitualidade. É o que bem demonstra uma obra como *Peines Perdues. Le Système Pénal en Question* (1982) de LOUK HULSMAN, porventura uma das mais sugestivas propostas de abolição pura e simples do direito penal. Uma abolição que o autor pretende radical, extensiva à conceptuologia e à própria linguagem. Assim, o abandono do conceito de crime deve levar à renúncia total do que designa por *dialeto penal*. Conceitos e termos como *crime*, *criminoso*, *autor*, *criminalidade*, *política criminal* devem ceder o lugar a expressões como *actos lamentáveis*, *comportamentos indesejáveis*, *situações-problemas*, etc. Ora, apelando expressamente para o conceito de *roubo do conflito* de N. CHRISTIE, sustenta HULSMAN que uma correcta política de resposta às *situações-problemas* deve partir da ideia que

(22) M. FOUCAULT, (n. 7), p. 76 e segs..

estas emergem de conflitos naturais à convivência humana. E advoga, por isso, o privilégio absoluto de soluções espontâneas, face-a-face, protagonizadas pelas pessoas *directamente implicadas*, à margem das estruturas autoritárias e infantilizantes. A sua simpatia vai, assim, claramente para soluções susceptíveis de “ajudar as pessoas a reconhecer elas próprias a natureza do seu conflito, a ouvir-se, a compreender a situação vivida pelo outro e decidir, afinal o que pretendem fazer do seu conflito: retomá-lo (e em que contexto) ou superá-lo?” (23).

9. Razões de economia não permitem uma referência mais demorada a um conjunto de eventos da história relativamente recente da criminologia que, não aparecendo como autênticas “teorias”, nem sequer como simples “perspectivas”, muito contribuíram para a mudança do estatuto e função da criminologia.

Uma ligeira menção, contudo, a alguns deles:

- a) Não se pode, nesta linha, subvalorizar o papel inovador da investigação e teorização em torno da criminalidade de *white-collar*, iniciadas nos meados do século pelo sociólogo E. SUTHERLAND. Para além de constituir um permanente ponto de referência do interaccionismo, da criminologia do conflito e da criminologia crítica, a descoberta do *white-collar crime* veio confrontar a sociedade com o desfasamento entre a ideologia e os princípios (constitucionais) da *igualdade* do direito penal e a verdade dum sistema penal que incrimina os pequenos e deixa livres os grandes. O *white-collar crime* veio também subverter o quadro das representações tradicionais e dos estereótipos em matéria de *localização social* do crime. E pôs com isto em evidência que o problema criminal não se sobrepõe necessariamente às áreas de marginalidade económica e social. Como pôs igualmente em causa as ideologias meritocráticas que acreditavam na total correspondência entre a integridade do êxito material e da respeitabilidade formal, por um lado, e a virtude, por outro.

(23) L. HULSMAN, *Peines Perdues. Le Système Penal en Question*, Paris: Le Centurion, 1982, p. 158.

- b) Também os *movimentos feministas*, que nos últimos anos se têm feito ouvir num crescendo de amplitude e intensidade, se reflectiram no pensamento criminológico no sentido duma certa politização. Encarando o sistema penal à luz duma específica linha de clivagem e de conflitualidade da realidade social, os movimentos feministas denunciam-no como expressão duma construção da realidade à medida (dos interesses) dos homens e como uma estrutura ao serviço da manutenção e legitimação das suas posições de domínio e privilégio. Tal é, em síntese, o argumento comum a uma já extensa “criminologia feminista” em que sobressai ainda, como uma espécie de manifesto, a obra de SUSAN DROWN MILLER, *Against Our Will. Men, Women and Rape* (1975) ⁽²⁴⁾.

Esta corrente de pensamento e *praxis* tem levado por vezes a formas autónomas e evasivas de resposta, à margem do sistema penal clássico ou mesmo contra ele (v. g. os *rape crisis centers*). Por outro lado, porém, ela está na origem do alargamento das manchas de criminalização, como sucede, em matéria de violação, especialmente no que toca à violação no interior do casal. Mas é sobretudo na direcção do processo penal — acusado de estar dominado por um *síndrome-de-mulher-de-Putifar*, e de ser manipulado pelos homens que ao longo das sucessivas fases do processo repetem, de forma ritualizada e simbólica mas nem por isso menos degradante e ofensiva, a violência, por exemplo, da violação primária ⁽²⁵⁾ — que a criminologia feminista dirige as mais críticas contestação e reivindicação.

- c) Uma referência, por último, à crescente politização do problema criminal na experiência colectiva, politização a que o pensamento criminológico não tem ficado imune. Temos sobretudo em vista o fenómeno do *terrorismo* e o cada vez mais ostensivo recurso pelos estados não democráticos à criminalização de manifestações de

⁽²⁴⁾ Uma referência especial merece o livro de C. SMART, *Women, Crime and Criminology. A Feminist Critique*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1976.

⁽²⁵⁾ Paradigmática neste contexto a obra de L. HOLMSTRON / A. BURGESS, *The Victim of Rap, Institutional Relations*, N. York: John Wiley & Sons, 1978.

dissidência política a coberto da tutela da ordem e tranquilidade pública, ordenação económica, segurança do Estado, etc. É nestes casos que, de forma mais nítida, a teia criminal propicia o encontro entre a ordem e o rosto visível do caos. Encontro que presta à ordem o inestimável serviço de obviar a que, “as legitimações que obscurecem a sua precariedade sejam ameaçadas ou entrem em colapso”. (BERGER/LUCKMANN). Reportando-se concretamente à experiência alemã e italiana na luta contra o terrorismo, acentua BARATTA que tal luta tem a “finalidade de sobrepor a imagem do terrorismo à imagem do dissenso nas relações do sistema político, concorrendo assim para a criminalização do dissenso” (26).

Simplesmente, estes casos, de irrecusável valor exemplar pela evidência e intensidade que as coisas assumem, não se inscrevem como manifestações excepcionais e isoladas no quotidiano colectivo. Pelo contrário, não será exagerado falar numa tendência crescente para o aproveitamento político do crime e das emoções atávicas que ele desperta. A exploração do medo e alarme sociais (artificialmente ampliados se necessário) para através de campanhas de *law and order* se ganharem as legitimações que de outra forma podem escassear, entrou na rotina da luta política.

É o que bem documenta a experiência portuguesa dos últimos anos. *Brevitatis causa*, bastará, para o confirmar uma leitura atenta do discurso da campanha eleitoral para as eleições parlamentares de 1983. Elas ocorreram, aliás, sob o envolvimento de uma conjugação de circunstâncias que, no seu conjunto, emprestavam particular fascínio ao tema *law and order*. Escassos meses antes e no contexto de reconhecida crise material e moral, entrara em vigor um novo Código Penal. E esta inovação legislativa foi

(26) A. BARATTA, “Criminologia critica e Politica Criminale Alternativa”, *La Questione Criminale* 1977, p. 354. Cf. ainda no mesmo sentido, A. BARATTA, (n. 14), p. 26 e seg.; G. ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, Tubingen: J. P. Mohr, 1976; G. ARZT, “Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht”, *Jubl* 1978, p. 173 e segs.; C. ANDRADE, (n. 2), p. 197; K.L. KUNZ, “Die Verbrechensfurcht als Gegenstand der Kriminologie und als Faktor der Kriminalpolitik”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1983, p. 162 e segs.. Contrariando a tese — hoje recorrente e praticamente pacífica entre os criminólogos — da influência decisiva dos meios de comunicação social nas cotas do medo colectivo do crime, M. KILLIAS, “Massenmedien und Kriminalitätsfurcht: Abschied von einer plausiblen Hypothese”, *Schweizerische Zeitschrift für Soziologie* 1983, p. 419 e segs..

acompanhada da imagem de uma onda de criminalidade sem precedentes, veiculada pela *mass-media*. Compreende-se, assim, que o Código Penal tenha aparecido ao homem da rua como uma espécie de saco de Pandora. Nem seria outrossim de esperar que os políticos resistissem facilmente à atracção do papel de *moral entrepreneurs*. Só que, nem sequer os intelectuais souberam sempre resistir ao contágio. (27).

10. Perguntar pelo estatuto da criminologia é problematizar uma relação de permanente interacção entre aquela e as demais ciências criminais, a *Política Criminal* e a *Dogmática Jurídico-Penal*. A sua equacionação deve, por isso, fazer-se também pela via da referência permanente às transformações entretanto ocorridas nestas últimas.

A começar pela Política Criminal. A ruptura do equilíbrio tradicional de étimo positivista significou aqui, fundamentalmente, a conversão duma política criminal intra-sistemática numa política criminal trans-sistemática (HASSEMER). Significou, noutros termos, a sua autonomização face ao *domínio* e aos *fins* do jurídico-criminalmente relevante em relação ao qual passa a assumir uma posição de transcendência (28). Por um lado, em vez de se limitar ao *como reagir-se*, a política criminal passa a preocupar-se também com aquilo *a que deve reagir-se*. Isto é, a política criminal deixou de aceitar os limites do punível legalmente definidos como um *dado* convertendo o problema da criminalização/descriminalização em tópico central da sua problemática. Por outro lado, a política criminal

(27) Pôde, por exemplo, ver-se um autor tão conceituado como VITORINO MAGALHÃES GODINHO assinar um artigo num jornal diário onde, com incontida acrimónia refere: "O ministro da justiça entregou atenciosamente os portugueses aos criminosos — já tínhamos a mais avançada legislação social do Mundo, passámos a ter o direito penal mais inovador do Universo (Galáctica compreendida)..." Para emprestar maior vigor ao discurso, o artigo de MAGALHÃES GODINHO apresenta a meio da página e com grande destaque uma fotografia do Ministro da Justiça acompanhada da legenda: "Meneres Pimentel: o Ministro da Justiça entregou atenciosamente os portugueses aos criminosos". Cf. *Diário Popular* 3 de Março de 1983, p. 3. Estranhar-se-à, talvez, a contiguidade de estilo em relação à literatura característica de certas franjas político-culturais de respeitabilidade claramente marginal. O que seguramente não deixará de se estranhar é o próprio conteúdo do discurso: temos sobretudo em vista a permeabilidade fácil e o mimetismo face às representações mais estereotipadas no que à criminalidade concerne.

(28) Desenvolvimento, por todos, W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburgo: Reinbeck, 1974, p. 41 e segs..

contemporânea não se limita a racionalizar as vias da implementação dos fins legal e *hoc sensu* heteronomamente sancionados. Ela assume, pelo contrário, os seus próprios fins, que podem colidir com os fins inscritos no sistema jurídico-penal em nome da procura de alternativas não penais de controlo ou mesmo do propósito da abertura pura e simples de novos campos de tolerância. E isto sem esquecer que política criminal significa para alguns a própria abolição do direito criminal.

11. Não foram menos ostensivas, nem seguramente menos profundas as mudanças operadas ou em vias de gestação na dogmática jurídico-penal. Mudanças cujo sentido geral se pode sintetizar na superação da rigidez do dualismo e da antinomia que separava o Direito Penal da Criminologia e da Política Criminal bem como no abandono da pretensão de erigir a dogmática jurídico-penal como um sistema acabado, fechado sobre si mesmo e sobre os seus critérios exclusivamente lógico-categoriais.

- a) Para tanto muito terão contribuído os avanços entretanto logrados pelo pensamento jurídico geral, quer na vertente metodológico-hermenêutica quer na dimensão sociológica, isto é, na revelação dos dados prévios do direito, nomeadamente nas suas componentes sociais. Resumidamente, sabe-se como no plano metodológico o *pensamento problemático* se vem afirmando face ao pensamento sistemático levando, se não ao abandono puro e simples da ideia de sistema, a pensá-lo em termos radicalmente outros: em termos de abertura, incompletude, mobilidade e historicidade ⁽²⁹⁾. “O sistema — refere CANARIS — como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, participa do modo de ser desta, o que significa que, à semelhança do que acontece com esta, não é estático mas dinâmico, exibindo portanto a marca da historicidade”. Também a teoria hermenêutica mais recente, sob a influência de GADAMER tem aberto vias que desembocam na necessidade de abandonar o modelo positivista. Aquela teoria tem, com efeito,

⁽²⁹⁾ C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel der Deutschen Privatrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 63. Para maior desenvolvimento, K. LARENZ, *Metodologia de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1980, p. 166 e segs. e 478 e segs.; no que especificamente se reporta ao sistema do direito penal, H. BACIGALUPO, “Sui Dogmi della Dogmatica Penale”, *Dei Delitti e delle Pene*, 1983, p. 245 e segs..

tornado claro que a compreensão da norma jurídica implica a pré-compreensão de certos *referentes* situados fora do texto da lei: tanto uma ideia transpositiva de Direito como as próprias situações da vida ⁽³⁰⁾. Também a sociologia do direito — na linha das obras clássicas de MARX, E. EHRLICH (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913), TH. GEIGER (*Vorstudien Zu einer Soziologie des Rechts*, 1947) entre outros — tem estimulado uma compreensão do Direito irreconciliável com o isolacionismo dum sistema lógico-categorial, à margem da realidade histórico-cultural. Uma compreensão que compele o jurista a tomar em conta as injunções “políticas” emergentes das estruturas sociais e culturais e que condicionam o Direito tanto na dimensão da vigência como da eficácia. E isto sem que tal obrigue a aderir a uma irrestrita tese da “força normativa dos factos” ⁽³¹⁾.

- b) No que respeita propriamente à dogmática jurídico-penal, foi já na segunda metade da década de sessenta — o *Projecto Alternativo* alemão e a obra de C. ROXIN *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, dois marcos decisivos, foram publicados respectivamente em 1966 e em 1970 — que a mudança ganhou rumo definitivo. Ela constituiu a saída para um período de evidente perturbação e mal-estar, caracterizado, por um lado, pela consciência da escassez dos ganhos legados por anos de apaixonado debate doutrinal, polarizado sobretudo em torno das teses do finalismo, à margem dos ensinamentos da criminologia e das renovadas aspirações da política criminal. Como escreve ROXIN, ficou “um mal estar que aumenta quando se põe sobre a mesa a sempre discutida questão

⁽³⁰⁾ Desenvolvimento, B. MACHADO, (n. 16), p. 205 e segs.. Segundo B. MACHADO deverá concluir-se “que no Direito (no Direito que é, vigente) existe uma permanente tensão “transacção” dialéctica, traduzida por uma incessante e cruzada cadeia de reenvios entre uma polaridade positiva e uma polaridade extra-positiva”. *Ob. loc. cit.* Para uma informação mais desenvolvida sobre a teoria hermenêutica, H. GADAMER, *Verdad y Metodo, Fundamentos de una Hermenêutica Filosófica*, Salamanca: Ediciones Sígueme, 1977; do mesmo autor, *L'Art de Comprendre. Herméneutique et Tradition Philosophique*, Paris: Aubier, 1982.

⁽³¹⁾ B. MACHADO, *Ibidem*, p. 44. Sobre os “dados prévios do Direito”, desenvolvimente, K. LARENZ, (n. 29), p. 179 e segs.; R. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, Munique: C.H. Beck'sche, 1982, p. 49 e segs.; H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munique: Beck'sche, 1977, p. 227 e segs..

se o trabalho sistemático de filigrana da nossa dogmática, que opera com as mais sofisticadas subtilezas conceituais, não se caracterizará por uma desproporção entre o esforço expendido e o seu resultado prático” (32). Ou, elevando o tom da crítica, RICHARD SCHMID: “Por trás desta fachada artística jurídica escondia-se a mesma oposição ao progresso e à mudança que fizeram com que a burguesia e o funcionalismo alemães acabassem por aliar-se ao nacional-socialismo de que esperavam que conservasse o existente, fortalecesse o exercício do poder estadual e se afastasse do ‘falso humanitarismo’” (33). E caracterizado, em segundo lugar, e pelo menos a princípio, por um generalizado medo e perplexidade ante os avanços da criminologia, de que se fazem eco os conhecidos títulos de E. BRAUNECK, H. KAUFMANN ou GIMBERNAT ORDEIG sobre se a criminologia deixa de pé alguma pedra no edifício da dogmática e sobre se esta terá, afinal, qualquer futuro (34). E isto sem contar com a perturbação, cada vez mais insustentável de se ter ganho consciência de o sistema tradicional se converter num caldo de cultura de situações paradoxais em que “é certo do ponto de vista jurídico o que do ponto de vista criminológico é falso e vice-versa” (35).

A ideia duma dogmática jurídico-penal aberta às lições da criminologia e empenhada nas tarefas da política criminal, correspondente, de resto, ao triunfo do estado de Direito Social sobre o Estado de Direito liberal (36) não parece ter hoje opositores. Para a sua aceitação muito contribuíram autores como TH. WÜRTEN-

(32) C. ROXIN, (n. 10), *Política Criminal...* p. 18-19.

(33) *Apud*, C. NEDELMANN / P. THOSS / H. BACIA / W. AMMANN, *Kritik der Strafrechtsreform*, Franckfurt: Suhrkamp, 1968, p. 8-9.

(34) Cf. E. BRAUNECK, “Was lässt die Kriminologie von Strafrecht übrig?”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1963, p. 193 e segs.; H. KAUFMANN, “Que Deja en Piel la Criminologia del Derecho Penal?” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1963, p. 263 e segs.; G. ORDEIG, “Tiene un Futuro la Dogmatica Juridicopenal?” in: *En Homenaje al Professor Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Panedille, 1970, p. 495 e segs..

(35) M. CONDE, “Hacia una Ciencia Critica del Derecho Penal”, *Doctrina Penal* 1979, p. 34.

(36) Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, (n. 10), p. 6 e seg..

BERGER, JESCHECK, W. HASSEMER, HAFFKE e, principalmente ROXIN. JESCHECK, por exemplo, tem sido um persistente advogado do primado do problema sobre o sistema e da necessidade de obviar aos perigos e limites do puro “automatismo dos conceitos teóricos”. HASSEMER, por seu turno, tem tentado transpor para o domínio específico da dogmática jurídico-penal as lições da moderna teoria hermenêutica. Tem designadamente sublinhado a pluralidade de referentes com que o pensamento (conhecimento, interpretação e aplicação das normas) penal se vê confrontado: para além do texto da lei, os programas da política criminal e as expressões da vida social que nela se projectam ⁽³⁷⁾. ROXIN é o autor que mais longe terá ido no propósito de “transformar os conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais e estas, por sua vez, em regras jurídicas de *lege data* ou *ferenda*” ⁽³⁸⁾. Isto na base de um entendimento do Direito Penal como “a forma em que as finalidades político-criminais se transformam em módulos de vigência jurídica” ⁽³⁹⁾.

- c) Não seria realista esperar que esta nova atitude se comunicasse sem mais ao concreto labor dogmático, induzindo a renovação mecanicista das suas categorias, princípios e institutos ou mesmo do sistema no seu conjunto. Sempre se trata de uma ciência de índolo *dogmática*, onde os estímulos à mudança são diferentes dos duma ciência zetética como a criminologia, não podendo por isso ser sincrónicos os seus ritmos. Nem tal seria talvez de desejar por razões que se prendem com a integridade de valores irrenunciáveis dum ponto de vista histórico-civilizacional. Apesar de tudo, são já óbvios os sinais duma nova dogmática jurídico-penal, assente na polaridade entre o dogma e o sistema por um lado e os recém-

⁽³⁷⁾ De W. HASSEMER, cf. sobretudo *Tatbestand und Typus. Untersuchungen Zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln: Carl Heymanns, 1968 e ainda (n. 28), p. 155 segs.. Cf. ainda TH. WÜRTEMBERGER, (n. 12), *passim*; B. HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine Strafrechtstheoretische Untersuchung*, Frankfurt: 5. Aarau, 1976, p. 38 e segs. sobretudo p. 44 e segs.. Cf. ainda W. HASSEMER / K. LÜDERSSEN / W. NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaft?* Heidelberg: C. F. Müller, 1983.

⁽³⁸⁾ C. ROXIN, (n. 10), *Política Criminal ...* p. 77.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

-descobertos referentes criminológicos e político-criminais, por outro. Uma dogmática postulada, de resto, pelo novo “material” designadamente os novos códigos penais, como o renovado Código Penal alemão (1975) o novo Código Penal austríaco (1975) e o novo Código Penal português (1982), dificilmente compreensíveis desatendendo o conteúdo criminológico de muitas das suas soluções tanto da Parte Geral como da Parte Especial (40).

No que respeita, por exemplo, à *Parte Geral* avulta a tentativa de ROXIN de reconstruir o sistema dogmático tradicional e as suas categorias centrais — tipicidade, ilicitude e causas de justificação, culpa, formas do crime, etc. — procurando identificar o seu conteúdo e limites a partir da respectiva função político-criminal. Ainda na Parte Geral, merece uma referência a reflexão que hoje se trava em torno de um *conceito material do crime* (41), de certo modo homóloga da controvérsia àcerca do objecto da criminologia, por ela influenciada e com ela em parte convergente. Não estando em causa um juízo sobre os seus méritos, convirá recordar que alguns autores — v.g., CALLIESS, em certo sentido MIR PUIG e, sobretudo, AMELUNG — têm procurado definir aquele conceito abandonando os limites em que se inscrevia a problemática do *bem jurídico* e privilegiando os conceitos de índole criminológica ou mesmo sociológica. Isto vale, sobretudo, para AMELUNG cuja monografia *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* representa uma tentativa de identificar o conceito de crime com o de disfuncionalidade social no contexto da teoria do sistema de TALCOTT PARSONS.

- d) Em matéria de *Parte Especial*, nada talvez mais sugestivo do que as mais recentes tentativas — empreendidas, sobretudo, por AMELUNG, SCHÜNEMANN e R. HASSEMER — de retirar

(40) Neste sentido, desenvolvidamente, F. SCHAFFSTEIN, “Kriminologie und Strafrechtskommentare”, in: *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Fest. für Henrich Henkel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 215 e segs.

(41) Cf., por exemplo, G. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, I. Madrid: Edersa, 1982, p. 1 e segs.

da teoria vitimológica um critério hermenêutico em sede de tipicidade e a que se tem já chamado *princípio vitimológico* ou princípio da *carência de tutela da vítima* (*Prinzip der Schutzbedürftigkeit des Opfers*)⁽⁴²⁾. Não se trata de retomar as considerações expendidas a propósito do contributo da vitimologia para a politização do pensamento criminológico. Nem se trata sequer de recensar os casos em que, para certos crimes especiais, a própria lei faz intervir o comportamento da vítima para efeitos de tipicidade ou de gravidade da culpa, como nos casos em que a lei atribui relevo autónomo à *victim-precipitation* de que é exemplo, entre nós, o n.º 3 do artigo 201.º (violação)⁽⁴³⁾ do novo Código Penal.

O que aqui está em causa é coisa diferente: a existência (ou não) de um critério geral de interpretação da factualidade típica susceptível de em certos domínios (v.g. *crimes contra a reserva da vida privada, burla, etc.*) permitir valorar a conduta da vítima do ponto de vista da carência de tutela e, por essa via, excluir determinadas expressões da vida do âmbito da factualidade típica.

(42) R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin: Dunker & Humblot, 1981, p. 98. Dentre a literatura propensa a sustentar um mais ou menos extenso princípio vitimológico de interpretação da tipicidade e de fundamentação da ilicitude, sobressaem, para além da obra de R. HASSEMER: B. SCHÜNEMANN, “Die strafrechtliche Schutz von Privatheimnissen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1978, p. 11 e segs.; *Id.*, “Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderer Teil des Strafrechts”, in: *Festschrift für P. Bockelmann*, Munique: C. H. Beck, 1979, p. 129 e segs.; *Id.*, “Einige verlaufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik”, in: H. J. SCHNEIDER (Herausg.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin: W. de Gruyter, 1982, p. 407 e segs.; K. AMELUNG, “Irrtum und Zweifel des Gtäuschten beim Betrug”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, p. 1 e segs.; W. KÜPER, “Entwicklungstendenzen der Strafrechtswissenschaft in der Gegenwart”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1980, p. 203 e segs. e 213 e segs.. Para uma visão de conjunto e em sentido predominantemente crítico, W. FRISCH, “Funktion und Inhalt des “Irrturns” in Betrugstalbestand. Zur Dogmatischen Bedeutung des Opferverhaltens in § 263.º StGb”, in: *Fest für Bockelmann*, p. 647 e segs.; TH. HILLENKAMP, Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen: Otto Schwartz, 1981; U. EBERT, “Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?” *Juristenzeitung* 1983, p. 633 e segs..

(43) Sobre este artigo e o carácter controverso do conceito geral de *victim-precipitation*, C. ANDRADE, (n. 2), p. 216 e 232 e segs.; J. BELEZA, *O Princípio da Igualdade e a Lei Penal. O Crime de Estupro Voluntário Simples e a Discriminação em Razão do Sexo*, Coimbra, 1982, p. 149 e seg..

Explicitemos um pouco mais, privilegiando para o efeito a obra de R. HASSEMER (*Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*) que contém o tratamento mais aturado e sistemático do tema. O autor parte do *princípio da subsidiaridade* do direito penal (a que atribui dignidade constitucional) segundo o qual a intervenção do direito criminal só é legítima quando a tutela dos bens jurídicos em causa não puder ser garantida por vias que impliquem custos menos drásticos para os direitos do homem. Ora, no entender de HASSEMER este princípio vale sem limites, isto é: tanto em relação a outras alternativas estaduais como a alternativas privadas, nomeadamente a auto-tutela que se permite e se reclama dos portadores concretos dos bens jurídico-penais. Quer dizer, o princípio da subsidiaridade do direito penal tem como reverso um princípio de *auto-responsabilidade* dos portadores concretos dos bens jurídico-penais. O direito não pode exigir que os indivíduos se fechem à participação social e evitem todo o contacto histórico-socialmente adequado mesmo que susceptível de criar algum risco para os respectivos bens jurídico-penais. Mas já pode reclamar que não sejam eles a elevar as cotas de risco em termos que ultrapassem o limiar de que a lei, de forma abstracta e típica, faz depender a sua intervenção. Pois se aquele limiar só foi atingido e excedido por razões imputáveis à vítima — que descurou as oportunidades de auto-tutela que lhe eram oferecidas e cujo aproveitamento lhe era exigível, então terá de concluir-se, à luz dos princípios da *subsidiaridade* e da proporcionalidade que ela se colocou fora do âmbito de tutela da norma penal incriminatória.

Aplicando esta construção à interpretação da factualidade típica do crime de *burla*, interroga-se HASSEMER sobre se deverá considerar-se preenchido o elemento *erro* da vítima em todos os casos em que a sua situação cognitiva se caracteriza pela *dúvida concreta*: nos casos em que, não sendo de *convicção subjectiva* quanto à verdade do estado de coisas apresentado fraudulentamente pelo autor, ultrapassa todavia o grau da mera *dúvida difusa* adequada ao normal tráfego comercial. Para melhor se distinguirem as duas situações cognitivas de dúvida — *concreta* (I) e *difusa* (II) — formas extremadas de um contínuo ao longo do qual se multiplicarão as manifestações híbridas e as zonas de penumbra, podemos configurar as seguintes hipóteses:

I. Laborará em *dúvida concreta* A, comprador de um automóvel usado, a quem o vendedor B garante que a viatura nunca sofreu

qualquer colisão, sendo certo que o estado da pintura e da chaparia apresenta sinais concretos que tornam razoável a representação da possibilidade da ocorrência da colisão;

II. Já haverá mera *dúvida difusa* quando o comprador de automóvel usado A' que, sem ignorar a eventualidade e mesmo a frequência da fraude nesta actividade, não vê sinais exteriores e concretos susceptíveis de fazer ultrapassar este estado difuso e generalizado de dúvida.

Ora, sustenta HASSEMER — *ceteris paribus*: as manobras fraudulentas do autor e a compra final de uma viatura como se ela nunca tivesse sido sinistrada — o enquadramento das duas hipóteses terá de ser diferenciado. Se ninguém pretenderá excluir a subsunção da hipótese (II) na facticidade típica do crime de burla, em especial no elemento *erro*, será diferente na hipótese (I) se com a *dúvida concreta* se verificar cumulativamente que, sem custos ou sacrifícios inexigíveis, A poderia alargar o seu campo de informação ou, em alternativa, renunciar à transacção. “Se — conclui o autor — o portador do bem jurídico não assume nenhuma destas atitudes alternativas, embora tal lhe fosse possível e exigível, então falha a sua carência de tutela e, por isso, a aplicabilidade do elemento da facticidade típica *erro* com a consequência de ter de se excluir, pelo menos a condenação por burla consumada” (44).

(44) R. HASSEMER, *Ob. Cit.*, p. 167.

III

12. As considerações anteriores permitiram-nos reunir um conjunto de dados que, por sobre a sua incompletude e descontinuidade, são portadores de uma pré-compreensão do estatuto da criminologia contemporânea e, por isso mesmo, de uma nova perspectiva sobre o sistema das ciências criminais no seu conjunto. É essa pré-compreensão que importa recordar com maior aproximação em síntese conclusiva.

a) Um correcto enquadramento do sistema actual das ciências criminais — como trama de relações de conflito, remissão e interpenetração recíprocas — há-de ter as virtualidades de integração de dois aspectos à primeira vista antinómicos: por um lado, a *autonomia* das singulares ciências criminais e, por outro lado, a sua unidade funcional (FIGUEIREDO DIAS).

aa) A *autonomia* epistemológica recíproca das singulares ciências criminais parece impôr-se como uma das evidências decantadas pela mais recente reflexão teórico-metodológica. A autonomia, por exemplo, da criminologia em relação ao direito penal e à dogmática jurídico-penal, já várias vezes aflorada a propósito de temas como o objecto da criminologia, mostra-se claramente na transcendência que aquela assume ao converter a dogmática e o sistema penal no seu conjunto em tema criminológico, a ponto de ser cada vez mais frequente deparar nos textos de criminologia com o problema da abolição pura e simples do direito criminal ou seja, na formulação de RADBRUCH, não apenas da substituição do direito penal vigente por outro melhor, mas antes da *substituição do próprio direito*

penal por algo melhor. Por seu turno, não é menos segura, se bem que talvez menos aparente, a autonomia da criminologia em relação à política criminal. Tal autonomia revela-se tanto na especificidade dos interesses cognitivos como na diferencial referência à realidade empírica e suas leis que, ao contrário do que sucede para a política criminal, configuram para a criminologia “a matriz decisiva da sua legitimidade de proposição ou reivindicação política” (45).

As coisas não são outras do lado da dogmática jurídico-penal. Também a politização das demais ciências criminais e o reconhecimento do seu carácter “prescritivo” na linha da Sociologia Dialéctica, não tolhem a radical autonomia epistemológica e metodológico-hermenêutica da ciência jurídica *qua tale*. Pois, como sublinha BAPTISTA MACHADO, sobra sempre uma “importante diferença a assinalar. É que o discurso jurídico é normativo ou preceptivo em si mesmo: não vai ordenado ao *conhecimento* mas à *decisão*” (46).

bb) Seria ociosa nesta altura uma nova insistência sobre a *unidade funcional*, a dependência recíproca e a interacção entre as diversas ciências criminais. Que redundaria na desnecessária repetição do que ficou dito quanto à dimensão política da criminologia e à intencionalidade política assumida pela dogmática penal. Limitar-nos-emos, por isso, a sintetizar de forma metafórica: do ponto de vista de cada ciência criminal, concebida como um sistema autónomo, dotado de fins e racionalidade específicos, as demais ciências criminais funcionam como seu “ambiente” condicionando-lhe o equilíbrio e estimulando-lhe a adaptação.

b) Na ideia de polaridade entre a *autonomia* e *unidade funcional* das diferentes ciências criminais está já contido um início de resposta

(45) FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, (n. 2), p. 112.

(46) B. MACHADO, (n. 16), p. 271.

ao problema — que hoje volta a aflorar ⁽⁴⁷⁾ — à cerca da possibilidade, sentido e conveniência de se continuar a falar duma ciência integral ou total do sistema penal, duma *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Certa parece, à partida, a impossibilidade de recuperação do modelo de LISZT já que a tanto se opõe a autonomia da criminologia e da política criminal em relação à dogmática. Autonomia que se exprime tanto na transcendência do domínio jurídico-penal como no carácter centrífugo dos interesses cognitivos e dos fins daquelas duas ciências em relação aos da dogmática. Como acertadamente sublinha BARATTA, “a ciência jurídica actual pode unicamente integrar-se com a criminologia de ontem e só a ciência jurídica de amanhã poderá chegar a integrar-se com a criminologia e as ciências sociais dos nossos dias” ⁽⁴⁸⁾.

A valoração da *unidade funcional* duma perspectiva de integração teórica terá, pois, de fazer-se com o limite de não ser possível falar de ciência “integral” ou “total” em sentido unívoco, isto é, na base do reconhecimento do primado absoluto de uma das ciências criminais: a dogmática, como pretendia LISZT, a criminologia ou a política criminal como de outros lados se pode ser levado a preconizar. Uma nova *gesamte Strafrechtswissenschaft* deverá, assim, obedecer a um modelo policêntrico: só a partir de cada uma das singulares ciências criminais ganha perspectiva e conteúdo a ideia de *unidade funcional*.

Isto sem entrar em linha de conta com a possibilidade (e eventual desejabilidade) de uma nova ciência integral do sistema penal construída por sobre a projecção das propostas de sociedade e de direito antecipadas por certas correntes da criminologia crítica. Tal visão das coisas afigura-se-nos, aliás, incompatível com a ideia da criminologia como ciência zetética, empenhada num indefinido processo de *trial and error* e capaz de progresso. E cujas realiza-

⁽⁴⁷⁾ Desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS\ COSTA ANDRADE, (n. 2), p. 931 e segs.; FIGUEIREDO DIAS, (n. 10) e A. BARATTA, (n. 10).

⁽⁴⁸⁾ A. BARATTA, (n. 10), p. 24.

ções não é possível antecipar no momento em que à distância se lhe procura prescrever o estatuto (49).

13. E concluímos, salientando as duas notas que, a nosso ver, sobrelavam na caracterização do estatuto da criminologia contemporânea: a *autonomia* (material, metodológica, epistemológica) e a *politização*. E isto atendendo não só ao seu conteúdo expressivo mais linear mas também à sua espessura arqueológica, isto às significativas sugestões que as investigações sobre a história da criminologia mediatizam. De acrescentar apenas que a politização da criminologia, para além de ser conscientemente assumida, é global: quer porque se comunica a todas as tarefas do labor criminológico, quer porque se projecta sobre a generalidade dos problemas político-criminais.

- a) Quanto ao primeiro aspecto, tal vale, desde logo e como já deixámos demonstrado, para a investigação e teorização etiológico-explicativa, porquanto carece de sentido continuar a acreditar num *puro saber por causas* estranho a toda a intencionalidade político-criminal. Referenciar uma “causa” do crime é antecipar e credenciar um programa de política criminal. O mesmo vale para tarefas aparentemente tão anodinas como os simples estudos de fenomenologia criminal. Também aqui *descrever é adscrever e, por isso, prescrever*. É o que demonstra de forma impressiva o impacto dos célebres *Relatórios Kinsey* sobre a moralidade e o direito. Mais óbvio é ainda o significado político-criminal dos estudos em matéria de *selecção*: porque confrontam o sistema penal com os seus limites, o direito penal com a verdade da sua desigualdade e porque põem a descoberto as formas informais de controlo (v.g. escola, empresa, loja comercial), tudo questões a que a política criminal não pode ficar indiferente. As coisas sobem naturalmente

(49) A esta luz, a criminologia crítica ou radical surge assim como uma espécie de *profecia-que-a-si-mesma se destrói*. Ela orienta-se, com efeito para construções da realidade social que a concretizarem-se implicarão mais do que soluções de integração (Direito Penal — Criminologia — Política Criminal) a identificação no destino comum; o desaparecimento devido à superação definitiva da alienação, coerção e, por isso, do direito penal. Isto enquanto não se desconhece — e a própria criminologia crítica não deixa de o sublinhar — que o socialismo existente traz consigo um modelo de integração sob o império total do direito penal.

de intensidade com os estudos de estigmatização, sobretudo no contexto das *instituições totais*. Foram eles que vieram patentear quanto de paradoxal e de “mito” ou “utopia” ⁽⁵⁰⁾ se esconde na ideia e nos programas de ressocialização para a liberdade e responsabilidade através da socialização numa *sociedade de cativos* segundo o conhecido título de SYKES (*The Society of Captives*, 1958) — com os seus valores e cultura, modelos de acção, técnicas de acção e neutralização, lealdades manipulações de identidade, etc.

b) Uma referência apressada à intervenção da criminologia em temas como a *criminalização/descriminalização* e a *ressocialização*, dois dos problemas de ponta da actual política criminal, bastará para aferir até onde vai o alcance do *ethos* político da criminologia contemporânea. ⁽⁵¹⁾.

aa) Tal como hoje se equaciona, o problema da *criminalização/descriminalização* implica um constante compromisso e remissão recíproca entre contributos que relevam de pura teoria política e elementos de conteúdo predominantemente criminológico. Os primeiros predominam na chamada fase da *legitimação negativa* (HASSEMER) em que se procuram definir as condutas que assumem *dignidade penal*, e onde os caminhos se apartam ostensivamente consoante se trate de um Estado democrático numa sociedade aberta ou, pelo contrário, de um Estado vocacionado para plasmar na vida colectiva modelos moralistas ou construções trans-históricas de fundo ideológico-político. No primeiro caso, são critérios de *imanên-*

⁽⁵⁰⁾ Sobre o “mito” ou “utopia” da ressocialização, cf., por exemplo, os títulos sugestivos de M. CONDE, “La Resocialización del Delincuente. Analisis y Crítica de um Mito”, *Doctrina Penal* 1979, p. 625 e segs.; E. DOLCINI, “la Rieducazione del Condannato” tra Mito e Realtà”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979, p. 469. entre nós, LOPES ROCHA, “A Reinserção Social do Delinquente. Utopia ou Realidade?” in: *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?* Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 69 e segs.; T. BELEZA, “A Reinserção Social dos Delinquentes: Recuperação da Utopia ou Utopia da Recuperação?” *Ibidem*, p. 159 e segs..

⁽⁵¹⁾ Hoje, com efeito, parecem cada vez mais isolados os autores — como se afigura ser o caso de F. SCHAFFSTEIN, (n. 40) — que, em nome da insegurança resultante da intervenção da criminologia em problemas como o da criminalização, continuam a circunscrever o campo político-criminal e penal da criminologia ao domínio da execução das penas em geral e ao tratamento dos jovens delinquentes em especial.

cia social, danosidade social, lesão de bens jurídicos que definem a *dignidade penal* das condutas, excluindo-se, por ilegítima, a intervenção da lei criminal para controlar expressões de marginalidade, evasão, heterodoxia moral ou ideológica, etc. Já no outro caso, a vocação *holística* (POPPER) ou *construtivista* (HAYEK) do Estado o legitimará a reduzir as margens de tolerância e a punir a dissidência. Segundo a expressiva caracterização do romance *Eyeless in Gaza* de A. HUXLEY: “Um princípio é por definição *justo*; um plano *para o bem do povo*. Axiomas dos quais decorre que aqueles que discordam de nós e não querem colaborar na realização do nosso plano são inimigos da bondade e da humanidade. Deixam de ser homens ou mulheres, mas personificações do mal, encarnações do demónio. Matar homens e mulheres é uma injustiça; mas matar demónios é um dever. Daí o Santo Ofício, daí Robespierre, daí a G.P.U. Os homens dotados de forte fé religiosa e revolucionária, os homens possuidores de planos bem arquitectados para melhorar a sorte dos seus semelhantes, quer neste mundo quer no outro, têm sido mais sistemática e premeditadamente crueis do que quaisquer outros”.

Mas a legitimação da criminalização implica um segundo momento de *legitimação positiva* ou carência de tutela, categorias com as quais se procura tornar operativo o princípio da *subsidiariedade do direito penal*, e que assumem uma natureza fundamentalmente criminológica. Do que se trata aqui é, na formulação de SAX, de “um juízo de que em relação a determinados comportamentos que directa ou indirectamente lesam bens jurídicos, sendo, portanto, dignos de sanção penal, esta sanção é também de facto o *único meio para de forma eficaz* proteger a ordenação comunitária. Este juízo assenta predominantemente numa investigação criminológica sobre factos que, pela sua frequência, persistência e danosidade, são considerados como problema político criminal”⁽⁵²⁾. Noutros ter-

(52) W. SAX, “Grundsätze der strafrechtspflege” in: K. BETTHERMANN / H. NIPPERDY / U. SCHEUNER (Herausg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin. Dunker & Humblot, 1959, Band 3, Teiband 2, p. 935.

mos, o que aqui está fundamentalmente em jogo é uma determinada representação da realidade criminal, na sua expressão fenomenológica e na sua interpretação teórica bem como uma ideia prognóstica sobre a necessidade, possibilidade e eficácia de controlo social através do direito penal ou das suas alternativas. Tarefas que só a criminologia pode aspirar a cumprir.

- bb) Retomamos o tema da *ressocialização* não para uma nova insistência a propósito da sua cada vez mais des-mitificada eficácia, mas antes para sublinhar a densidade da sua carga política. O seu debate não se confina hoje à execução das penas, domínio onde apesar de tudo e por força da sua pretensa neutralidade política sempre se reconheceu um significado pragmático residual à criminologia. Na actual problemática da ressocialização fazem crise as questões centrais da legitimação política, jurídico-constitucional e mesmo ético-filosófica. Posta mesmo entre parênteses a posição extremada da criminologia crítica — é a sociedade criminógena e criminosa e não o indivíduo que se impõe ressocializar — também aqui, à semelhança do que vimos suceder com a *criminalização/descriminalização* só será possível dar fundamento e sentido às coisas a partir duma decisão prévia (e em permanente referência com ela) sobre o modelo de sociedade e de poder.

Com efeito, em vez dos problemas da eficácia, são os problemas da legitimidade que sobem ao primeiro plano, onde avultam questões como: ressocializar para a moralidade ou para a sociabilidade? Para que modelo alternativo de convencionabilidade numa sociedade plural e tolerante? Ressocializar para a adesão interior (metanoia) aos valores jurídico-penais ou para o seu mero respeito exterior? Ressocialização coactiva pela via do *tratamento* ou *terapia emancipadora* (HAFFKE)? Questões — a lista podia alongar-se — cuja resposta não é líquido se deve ser preferencialmente cometida à criminologia ou à teoria político-constitucional.

Elucidativa da permeabilidade e aproximação recíproca dos dois campos é a citação com que terminamos que, curiosamente, não é extraída

de qualquer dos cultores das ciências criminais que recentemente mais se têm debruçado sobre o tema (PETERS, ESER, HAFFKE, MÜLLER-DIETZ...) (53) mas de um autor como KARL POPPER. Ao expor e criticar o que designa por *social engineering holístico ou utópico*, e reportando-se especialmente à obra paradigmática de K. MANNHEIM, *Man and Society in an Age of Reconstruction*, escreve POPPER:

“Os problemas relacionados com a incerteza do factor humano têm que forçar o utópico, queira ou não, a tentar controlar o factor humano por instituições e estender o seu programa de tal forma que abarque não só a transformação da sociedade, segundo o planeado, mas também a transformação do homem. ‘O problema político, portanto é organizar os impulsos humanos de tal forma que orientem a sua energia para os pontos estratégicos adequados e o seu processo de desenvolvimento na direcção desejada’. O utopista (...) substitui a sua exigência de construirmos uma nova sociedade que permita aos homens e mulheres viver nela, pela exigência de que moldemos estes homens e mulheres para que se encaixem na sua nova sociedade. Porque os que não gostam de viver nela só demonstram, por este facto, que ainda não estão aptos para viver nela; que os seus *impulsos humanos* carecem de ser ainda mais *organizados*. (...) O planificador holístico (...) incapaz de conhecer com segurança o que está nas mentes de tantos individuos tem que tentar a simplificação dos seus problemas pela *eliminação das diferenças individuais*: tem de forçar o controlo e a uniformidade dos interesses e crenças pela educação” (54).

(53) Sobre estas questões e para uma recensão sumária da bibliografia mais significativa, C. ANDRADE, (n. 2), p. 206 e segs.; ANABELA RODRIGUES, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, Coimbra, 1982, sobretudo p. 69 e segs..

(54) K. POPPER, (n. 7), *La Miseria ...* p. 30.

Manuel António Lopes Rocha
Procureur-Général Adjoint

**LA RÉFORME PÉNALE PORTUGAISE
ET SA RÉCEPTION PAR LA SOCIÉTÉ**

INTRODUCTION

Le 1^{er} janvier de cette année est entré en vigueur au Portugal un nouveau Code pénal. Nous avons estimé que, dans le cadre du sous-thème de la Section II de ce Congrès, il serait utile de donner quelques informations sur le processus de création de la nouvelle loi pénale et sa réception par l'opinion publique.

Ce travail contient trois sections:

- I. Le processus de création
- II. Un exposé sur les réactions connues d'après la presse
- III. Évaluation du rôle de l'opinion publique.

I

LE PROCESSUS DE CRÉATION

1. C'est par le Décret-Loi n.º 43.488, du 28 janvier 1961, que le Ministre de la Justice a été chargé de veiller sur l'élaboration d'un projet de réforme du Code pénal.

Dans son préambule, le décret justifiait cette initiative du Gouvernement en fonction du vieillissement du Code qui était alors en vigueur et dont la plupart des dispositions remontait à 1852 (1), date de la publication du premier Code pénal portugais.

On disait autrefois que le Code "était né vieux" et, aussitôt publié, on a compris qu'il faudrait l'altérer profondément.

Cependant, plusieurs facteurs ont mené à ce que la réforme du Code fut ajournée pendant de longues années et le législateur a dû procéder à des réformes partielles, ou alors insérer des nouvelles dispositions dans le Code lui-même ou en des lois diverses.

Cette voie des altérations partielles, sous la lumière de principes et de doctrines différents et même, parfois, contradictoires, avait mené à une situation où il devenait difficile d'interpréter et de faire appliquer la loi pénale. Il y avait un sentiment d'insécurité, très favorable à des solutions

(1) Après cette date, le Code a été modifié par une loi du 1.^{er} juillet 1867 et par une réforme, plus vaste, en 1884. Par ce que l'on nommait de "carta de lei", qui approuvait la réforme de 1884, le Gouvernement était autorisé à faire une nouvelle publication du Code pénal qui devrait contenir les dispositions de cette réforme-là. À cet effet, un Comité fut désigné, dont les travaux ont produit le Code promulgué par la Loi du 16 septembre 1886. C'est ce dernier texte qui, altéré plusieurs fois, est demeuré en vigueur jusqu'au 31 décembre 1982.

parfois injustes. En outre, cette voie ne saurait pas faire paraître les nouvelles conceptions juridiques, sociales et économiques qui s'étaient révélées depuis l'entrée en vigueur du Code, en 1852.

Le fait que ces altérations et la conception de nouveaux types légaux de crimes avaient toujours un rapport direct avec la partie générale du Code pénal avait mené à des difficultés posées par le fait que cette partie générale reposait sur une technique législative qui allait de pair avec une science criminelle désuète qui n'était pas sensible à la problématique moderne de la théorie de l'infraction criminelle ni aux potencialités des nouvelles conceptions sur le rôle de la personnalité du délinquant au sein du droit criminel.

Il y avait entre-temps, un peu partout, un dynamisme législatif qui, par la voie de la révision générale des Codes criminels, cherchait à répondre, dans la mesure du possible, aux problèmes sociaux, économiques, juridiques et, voire, tout simplement, axiologiques, posés par la vie moderne, mais qui voulait aussi être le réflét du raffinement de la technique et de la science juridico-criminelles, qui étaient parsemées de notions ayant trait à l'unification et internationalisation de concepts et de procédures et où il y avait une prise de position sur la portée et le mode dont le droit criminel devrait envisager la personnalité du délinquant et les nouveaux types, soit institutionnels, soit non-institutionnels, de réactions contre la criminalité.

Le préambule cité faisait aussi mention des réformes pénales européennes déjà menées au cours de ce siècle, depuis le Code italien de 1930 jusqu'au projet suédois du dénommé *Code de protection* (Skyddslag) de 1966, en passant par le Code suisse de 1937 et le Code yougoslave de 1951, dont quelques-uns étaient le reflet des audaces du neo-positivisme et des courants de la *Nouvelle défense sociale*. On mettait en relief la portée de ce qui était alors le projet allemand de 1959.

En ce qui touche à l'expérience portugaise, on soulignait que le projet de réforme de 1884 avait déjà annoncé qu'il "ne remplaçait pas et ne faisait pas obstacle" à la publication d'un nouveau Code. Aussi, le Décret-Loi n.º 39.688, du 5 juin 1954, énonçait que les réformes en cause étaient nécessaires "en dépit de la souhaitable publication d'un nouveau Code pénal".

Enfin, certaines raisons d'opportunité qui avaient fait ajourner la publication d'un nouveau Code étaient désormais dépassées, aux yeux du législateur de 1961.

Effectivement, les réformes partielles avaient entre-temps apporté une certaine expérience en ce qui concerne les résultats de nombreuses innovations (à savoir celles qui impliquaient un déplacement du droit criminel vers la personne du délinquant). En outre, la réalisation graduelle d'un plan de bâtiments pénitentiaires rendait possible, peu à peu, d'exécuter des réactions criminelles du genre institutionnel. Enfin, la création, en 1952, d'une École Pratique de Sciences Criminelles, était une circonstance favorable à ce que, lors de l'entrée en vigueur d'un futur nouveau Code pénal, on aurait déjà préparé un ensemble de personnel qui pourrait assurer l'exécution des réactions criminelles non-institutionnelles préconisées par la politique criminelle moderne.

Ledit préambule terminait comme suit:

“Les efforts déployés en ce domaine ne se passent pas, quand-même, de la création d'un corps unitaire d'idées et de principes d'orientation, ce qui ne peut consister que dans la préparation d'un nouveau Code pénal, dont la publication devient urgente”.

2. Après la publication du Décret-Loi n.º 43.488, le Professeur Eduardo Henriques da Silva Correia, de la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra a été chargé de préparer le projet du nouveau Code pénal.

Ce Professeur a tout d'abord préparé un projet de Partie Générale, qui est paru au *Bulletin du Ministère de la Justice* en 1963. Le projet était précédé d'un long exposé où l'auteur justifiait les solutions qu'il en avait choisies.

Par la suite, un Comité de Révision fut désigné, qui était présidé par le Ministre João de Matos Antunes Varela. Les travaux de ce Comité ont débuté le 5 décembre 1963 et se sont terminés après 37 séances, dont la dernière a eu lieu le 18 mai 1964 (2).

(2) Ce Comité englobait: les Professeurs Eduardo Correia et António de Arruda Ferrer Correia, tous les deux de l'Université de Coimbra, le Professeur Manuel Duarte Gomes da Silva, de l'Université de Lisbonne, Dr. Sidónio Rito, de l'Ordre des Avocats, le Juge Conseiller José Osório, de la Cour de Cassation, Dr. Manuel Lopes Maia Gonçalves, du Parquet-Général de la République et Dr. Guardado Lopes, Directeur-Général des Services Pénitentiaires. Dr. Figueiredo Dias, de l'Université de Coimbra, était le Secrétaire du Comité.

En 1966 est paru au *Bulletin du Ministère de la Justice* le projet de la Partie Générale du Code pénal, dont la version était le résultat de la première révision ministérielle.

Le 7 mars 1966 s'est réuni pour la première fois le Comité chargé de faire la révision d'un avant-projet de Partie Spéciale, dont l'auteur était encore Eduardo Correia. C'était lui le Président du Comité (3).

Après 25 séances, ce Comité a terminé ses travaux le 25 juin la même année, et ses rapports ont été publiés en 1979 au *Bulletin du Ministère de la Justice*. Toutefois, le projet de Partie Spéciale a été publié en 1966 au même *Bulletin*.

Après ces démarches, une longue période s'est suivie où le processus pré-législatif débuté en 1961 a perdu sa continuité. C'est alors que le Ministre de la Justice du VI.^e Gouvernement provisoire, João de Deus Pinheiro Farinha, a désigné un groupe de travail, qui devrait, dans un délai de six mois, procéder à l'étude "d'une réforme du droit pénal, attendue depuis longtemps" (4).

La décision ministérielle soulignait que le Plan d'action du Ministère de la Justice (5) avait déjà envisagé cette réforme-là, en disant que le bilan de toutes les réformes à introduire ne pourrait être fait qu'à l'issue des travaux des Comités de réforme judiciaire.

Elle faisait aussi mention du *vieillessement* du noyau des lois pénales portugaises, ainsi que de l'*urgence* de le faire remplacer par des instruments où l'on tiendrait en compte les acquis de la science du droit criminel et de la criminologie de nos jours.

(3) Le Comité intégrait aussi le Juge Conseiller à la Cour de Cassation, Dr. Bernardes de Miranda, le Procureur de la République près la Cour d'Appel de Coimbra, Dr. António de Almeida Simões, Dr. Jorge de Figueiredo Dias, de l'Université de Coimbra et Dr. Fernando Lopes, qui représentait le barreau de Coimbra. Le Secrétaire en était Dr. Boaventura de Sousa Santos, de l'Université de Coimbra.

(4) Cet arrêté porte la date du 14 avril 1976 et le groupe de travail était composé des Professeurs Eduardo Correia et Figueiredo Dias, de l'Université de Coimbra, ainsi que du Juge Conseiller António Miguel Caeiro, de la Cour de Cassation.

(5) Ce Plan d'action du Ministère de la Justice, en date du 22 août 1974, est paru au *Bulletin du Ministère de la Justice*, n.º 240, alors que le Ministre était Dr. Francisco Salgado Zenha.

Il est intéressant de remarquer que cette décision considérait que les projets d'Eduardo Correia de 1963 et 1966 avaient été "estimés trop avancés pour l'époque et n'avaient pas eu une suite".

Un autre indice du besoin d'une révision pénale était aussi évident par l'allusion à la récente publication de la Constitution de la République Portugaise de 1976 qui rendait nécessaire la substitution du Code de 1886 par un Code nouveau et actualisé, capable de répondre aux besoins actuels impliqués par un ordre juridico-pénal qui venait d'être envisagé d'une façon nouvelle par la même Constitution.

3. Le *Journal de l'Assemblée de la République*, dans son supplément au n.º 136, du 28 juillet 1977, contient la proposition de Loi n.º 117/I, portant Révision du Code pénal (Partie Générale), précédée d'un long *exposé des motifs*, de l'initiative du 1.^{er} Gouvernement Constitutionnel.

Cette proposition n'a pas, quand-même, eu d'effet; mais le IV.^{ème} Gouvernement Constitutionnel a présenté une nouvelle proposition de Loi portant Révision de la Partie Générale (au n.º 221/I et dont le contenu et la forme correspondaient à ceux de la première proposition), alors que le Ministre de la Justice était le Professeur Eduardo Correia. Cette nouvelle proposition de Loi est alors parue audit *Journal de l'Assemblée de la République*, II Série, n.º 35, du 21 février 1979.

L'exposé des motifs de cette *proposition de Loi* dresse un mémoire de toutes les vicissitudes connues dans le trajet suivi par le projet de 1963, en mettant en relief les "tentatives d'appréciation, toujours si longues, où l'on devinait une certaine appréhension face à sa modernité, dans le cadre d'un appareil de contrôle de l'État tourné surtout vers la répression".

Entre-temps, ce même IV.^{ème} Gouvernement Constitutionnel a approuvé, le 11 juillet 1979, une Proposition de Loi portant sur la Partie Spéciale du Code pénal, qui est aussi parue au *Bulletin du Ministère de la Justice*.

Cette Proposition de Loi était précédée d'un *exposé des motifs* où l'on disait qu'elle était rattachée au système proposé en 1967; on signalait en outre que les infractions d'affaires n'y étaient pas comprises, étant donné leur caractère spécifique, ce qui justifiait leur réglementation par une loi spéciale.

L'exposé des motifs mettait l'accent sur le fait que bien des dispositions du projet de Partie spéciale de 1968 avaient dû être mises à jour, notamment celles qui visaient les infractions contre la propriété, les personnes, l'humanité, les crimes de constitution de bande, etc..

On s'était alors "appliqué à fixer avec rigueur les éléments typiques des infractions, de façon à protéger les citoyens dans le cadre d'un état de droit" et l'on proposait "la consécration de grand nombre de crimes de danger commun ou abstrait, puisqu'on connaît fort bien l'utilisation faite aujourd'hui d'une technique qui met en danger la sécurité des personnes".

Cependant, aucune de ces propositions de Loi n'est arrivée à faire l'objet de discussion dans l'Assemblée de la République.

Le 28 mai 1981, le Ministre de la Justice Meneres Pimentel a désigné un nouveau Comité de Révision, lequel a préparé un projet de Code pénal qui fut publié annexé à la proposition de Loi n.º 100/II, présentée à l'Assemblée de la République et parue dans son *Journal*, II.ª Série, n.º 94, du 22 mai 1982 (6).

Cette proposition de Loi avait pour but d'accorder au Gouvernement l'autorisation de faire des lois en ce qui concerne la définition d'infractions, de peines et mesures de sécurité, au sens de l'adoption d'un nouveau Code pénal et de l'abrogation du code pénal qui était en vigueur, ainsi que d'adopter les dispositions transitoires de droit et de procédure criminelle qui viendraient à être nécessaires.

Le Gouvernement serait aussi autorisé à faire des lois en matière de contraventions, à alterer la législation relative aux infractions aux règlements et à définir le régime pénal particulier à faire appliquer aux jeunes délinquants âgés de 16 à 21 ans.

L'autorisation fut accordée après un bref débat parlementaire.

Entre l'autorisation et la publication du nouveau Code et de la législation complémentaire, on a apporté des altérations au texte annexé à la proposition de Loi n.º 100/II (7).

(6) Le Comité de Révision incluait le Professeur Eduardo Correia (Président), Professeur Jorge de Figueiredo Dias et Drs. Manuel da Costa Andrade, José Faria Costa, António Manuel Tavares de Almeida e Costa et Anabela Miranda Rodrigues, tous de la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra, et Dr. Manuel António Lopes Rocha, Procureur-Général Adjoint. Le *Comité de Révision du Projet de Code Pénal* a produit des *rapports sommaires* de ses travaux, pas encore publiés.

Finalement, le 23 septembre 1982 sont parus, par les Décrets-Loi n.º 400/82, 401/82 et 402/82 respectivement, le nouveau Code pénal portugais, la législation pénale spéciale applicable aux jeunes âgés de 16 à 21 ans et les altérations au Code de procédure pénale et législation complémentaire, ainsi que les dispositions relatives au régime d'exécution des peines et mesures de sécurité.

Le 11 août de cette année-là, par le Décret-Loi n.º 319/82, on a créé l'Institut de Réinsertion Sociale et, le 27 octobre suivant, par le Décret-Loi n.º 433/82, on a publié le régime générale des infractions aux règlements.

Dans l'année suivante, par le Décret-Loi n.º 39/83, du 25 janvier 83, on a établi le régime applicable au casier judiciaire et les conditions d'accès à l'information criminelle.

4. Lors du débat parlementaire autour de la proposition de Loi n.º 100/II, portant sur l'autorisation législative, il y eut des positions divergentes de la part des partis représentés à l'Assemblée, soit en ce qui concerne le procédé de publication du Code, soit quant à certaines solutions de politique criminelle qu'il devrait consigner.

Comme il est évident, les partis de l'opposition ont assez critiqué le fait que l'initiative gouvernementale fut prise par la voie de l'autorisation législative, car ils estimaient qu'une réforme d'une importance pareille devrait avoir été faite par le procédé normal d'une proposition de loi matérielle.

Ils soulignaient à cet égard qu'il y avait eu un trop bref débat autour de la demande d'autorisation législative, ce qui était incompatible avec la complexité de cette matière qui devrait faire l'objet d'une réflexion profonde et détaillée, tandis que l'on avait discuté cette question trop vite et, qui plus est, en pleine période de révision de la Constitution.

Plusieurs interventions ont mis l'accent sur le besoin de déclencher des mesures visant à informer l'*opinion publique* sur les solutions consignées au projet de Code pénal et législation complémentaire.

(?) En cette dernière phase, le juge à la Cour d'Appel de Lisbonne Maia Gonçalves a collaboré aussi aux travaux, en ayant été l'auteur des projets du Décret-Loi n.º 400/82, du 23 septembre 82, par lequel le Code pénal fut approuvé, et du Décret-Loi n.º 402/82, du 23 septembre 82.

On a soutenu, à cet égard, que le Code, apportant de nombreuses innovations, devrait être largement divulgué par tout le pays à travers les *media*, afin d'informer les gens sur les nouveaux modes d'envisager les activités criminelles et leurs principes essentiels, ainsi que sur les peines vraiment révolutionnaires par rapport à celles qui étaient en vigueur depuis plus d'un siècle. La divulgation du nouveau système punitif devrait permettre de connaître l'opinion, souvent avisée, des citoyens et d'y inculquer les conceptions modernes de la responsabilité pénale et de la nature des nouvelles peines.

Le Code, qui devrait cristalliser en soi les vœux de citoyens assez informés, qui était censé être un but paisible et rassurant, devenait, tout au contraire, le point de partie pour encore une aventure législative.

En tant que corollaire de ces critiques, les partis de l'opposition craignaient que le processus législatif choisi, de faire promulguer le Code sans entendre ses destinataires, aboutirait dans une inversion du processus normal de codification et pourrait créer encore une source de perturbation publique.

On a critiqué aussi le fait que l'Assemblée législative eut été rejetée vers un plan secondaire, alors qu'elle aurait dû discuter le Code en profondeur, soit en ce qui concerne sa Partie Générale, qui contient les principes-base du nouveau système pénal, soit en ce qui touche à la Partie Spéciale, qui contient les types légaux d'infractions et leurs peines.

À cette occasion-là, un député d'un parti de l'opposition a dit, d'une façon fort suggestive:

“Ainsi que les arguments que l'on a invoqués, de l'autorité des plus éminents pénalistes, il faut aussi reconnaître la valeur de l'adhésion consciente et aussi généralisée que possible des populations et de leurs représentants aux idées directrices d'une pénologie nouvelle et progressive. Et, sur ce point, nous n'avons qu'à nous réjouir de l'existence d'un projet qui, dans sa Partie Générale, correspond aux soucis et aux vœux des portugais, du moins de ceux qui sont mieux informés”.

Bref, l'opposition a estimé que le processus législatif n'avait pas été politiquement satisfaisant car, sans un débat parlementaire approprié

(comme il en serait le cas si le Gouvernement avait présenté des propositions de loi matérielle) sans un débat public extraparlamentaire, ces nouvelles lois ne seraient jamais assez connues de l'opinion publique, des magistrats, des fonctionnaires judiciaires et pénitentiaires, ni des services directement visés.

Suite à ces critiques, le Ministre de la Justice et plusieurs députés des parties de la coalition qui soutenaient le Gouvernement, ont souligné qu'à leur avis la présentation d'une proposition de loi aurait des inconvénients, car, par cette voie, il y avait tout un travail fécond des auteurs du Code qui allait se traîner, étant donné qu'il avait début en 1963 et n'avait acquis une force considérable qu'après les grandes mutations politiques du 25 avril 1974, car le régime de la dictature précédent n'était pas compatible avec quelques-uns des principes de sa Partie Générale. Ils soulignaient, à propos, l'échec de plusieurs Gouvernements à faire conclure et approuver le Code.

On a aussi remarqué qu'à la proposition de loi d'autorisation législative était annexé le texte du Code, ce qui donnait plus de garanties en ce qui concerne un débat que si l'on se bornait à présenter, tout simplement, une proposition de loi d'autorisation. On devrait aussi tenir en compte le droit fondamental de n'importe quel groupe parlementaire de demander la ratification de ces instruments, aussitôt publiés, conformément à la Constitution. Ils ont enfin mis en relief le besoin d'une réforme que l'on avait, jusqu'alors, essayée sans réussite.

En ce qui touche aux solutions consignées au projet de Code, le débat parlementaire a eu lieu autour d'un nombre limité de questions.

La question principale était celle de la criminalisation de l'avortement, à laquelle presque tous les partis de l'opposition étaient contraires. Cette question a soulevé la plus grande polémique et un très vif débat.

On a pourtant soulevé d'autres questions: la non-inclusion de dispositions incriminatoires en matière de chèques sans provision, d'infractions d'affaires et contre l'environnement et la non-criminalisation des infractions du travail.

Une certaine différence entre les critères punitifs applicables aux infractions contre les personnes et aux infractions contre le patrimoine, les peines trop lourdes appliquées au terrorisme, l'aggravation des peines pour certains crimes, tels que le séquestre et l'enlèvement de personnes, et la

fixation de peines avec un large éventail de punition entre les limites minimum et maximum, tout en renforçant l'arbitre du juge et l'incertitude de la mesure concrète de la peine, enfin, la consécration de la peine relativement indéterminée, voilà d'autres points de débat et de divergence parmi les partis de la majorité et ceux de l'opposition.

Néanmoins, l'autorisation législative demandée par le Gouvernement a été accordée avec les votes favorables des partis de la majorité à l'époque et d'un des partis de l'opposition, les votes défavorables de deux partis de celle-ci et l'abstention des autres partis de l'opposition.

Remarquons qu'au cours du débat parlementaire et de la votation, on n'a jamais mis en cause la question essentielle du *besoin* d'une réforme pénale.

Les critiques formulées visaient le processus législatif, les lacunes de pénalisation en ce qui concerne plusieurs infractions, la punition de l'avortement et les doutes en ce qui touche aux possibilités d'application pratique de certaines dispositions innovatrices du fait de la difficulté des structures matérielles et humaines ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Source: *Journal de l'Assemblée de la République*, 1^{re} Série, n.ºs 114, 118, 121, 122, 123, du 7 au 21 juillet 1982.

II

LES RÉACTIONS CONNUES D'APRÈS LA PRESSE

5. Après la description sommaire du processus de création du nouveau Code pénal et de la législation complémentaire, voyons désormais jusqu'à quel point peut-on analyser les réactions de l'opinion publique vis-à-vis de cette réforme.

Le Code est entré en vigueur le 1.^{er} janvier 1983.

Pendant la période de *vacatio legis* plusieurs initiatives ont été prises pour faire connaître au public les nouveaux textes législatifs, notamment celles du Centre d'Études Judiciaires, du Syndicat des Magistrats du Ministère Public et du Barreau de Porto, dont quelques-unes se sont allongées vers l'année courante, c'est-à-dire, après l'entrée en vigueur de la nouvelle législation pénale.

La première de ces initiatives a tout d'abord consisté dans un cycle de conférences où ont participé les membres du dernier Comité de Révision.

Remarquons que l'auditoire de ces conférences était nombreux, ce qui n'est pas très usuel parmi nous, mais que c'était un genre de public très restreint, composé surtout de magistrats et candidats à la magistrature, d'avocats et candidats au barreau, de professeurs et étudiants des facultés de droit et de représentants d'autres métiers ayant trait à la vie juridique⁽⁹⁾.

(9) En outre, le C.E.J. a organisé des débats sur le Code avec la participation d'écrivains, dramaturges et cinéastes et, aussi-bien, un concours de peinture ayant le Code comme thème.

Ces initiatives visaient la discussion du phénomène de la création de la loi pénale sous la lumière des différentes conceptions culturelles, par ailleurs à l'approche purement juridique.

Mais voyons ce qui se passe chez l'*opinion publique*.

Son rôle pour la création de la nouvelle loi a été presque nul, sauf pour les interventions des représentants des partis politiques au sein de l'Assemblée de la République, et ceci si l'on accepte qu'ils correspondent, dans une certaine mesure, à des secteurs d'opinion, ce qui n'est pas bien la même chose qu'"opinion publique".

Mais nous ne pouvons pas approfondir la question sans essayer de définir ce que c'est que l'*opinion publique* et par quels moyens peut-on évaluer ses réactions.

6. En consultant une Encyclopédie Luso-brésilienne, on constate que l'*opinion publique* signifie un ensemble de raisonnements partagés par une partie des membres de la société politique sur les événements, les idées ou les comportements ayant une importance particulière pour la vie de la société politique.

Le nombre des personnes partageant ces raisonnements, leur degré de conviction et la stabilité des attitudes qu'ils déclenchent, sont très variables, ainsi que les matières qui en sont l'objet ⁽¹⁰⁾.

On sait bien qu'il est difficile de définir la portée de l'*opinion publique*, bien qu'elle soit toujours invoquée, même abusivement, pour des finalités très diverses, qui se rapportent à la vie politique, sociale, commerciale, etc...

On lit souvent que l'*opinion publique* est une notion imprécise, évanescence, difficile à dégager d'autres réalités aussi imprécises, telles que la *volonté collective*, la *volonté populaire*, l'*idéologie*, la *croyance*, etc...

Pour Georges Burdeau, l'*opinion publique* "exprime la manière de juger ou de sentir qui, compte tenu des indifférents, tend à rallier la majorité des membres d'une collectivité nationale".

En dépit de son généralité, l'auteur estime qu'elle est avantageuse, d'une part étant donné "qu'elle met l'accent sur le caractère majoritaire de l'*opinion publique* (dans un pays donné, à un moment donné, il peut y avoir pluralité d'*opinions*; il n'y a qu'une opinion publique), d'autre part,

(10) Cf. VERBO, "Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura", Vol. 14, page 650, article de Rui Chancelle de Machete.

qu'elle évite de confondre sous un vocable unique des phénomènes de psychologie sociale aussi différents que sont l'opinion publique, les volontés collectives et les croyances" (11).

Ainsi définie, l'*opinion publique*, tout en étant une force sociale, consciente et diffuse, consisterait en tout cas dans une convergence de raisonnements individuels manifestant une attitude.

En étant, en outre, un phénomène très complexe, elle aurait plusieurs caractéristiques:

- a) elle est consciente;
- b) elle est diverse;
- c) elle est à la fois impérative et inefficace;
- d) elle est mobile et versatile.

Enfin, l'opinion publique juge et condamne plus souvent qu'elle n'exécute (12).

Pour le philosophe espagnol José Ortega y Gasset, l'*opinion publique* serait équivalente à l'*opinion régnante* et là serait sa vraie nature. "*Régnante*" signifie *en vigueur*, qui s'impose par soi-même, qui domine.

Ainsi, le trait essentiel de l'opinion publique serait sa *domination*, la capacité de s'imposer par rapport à d'autres opinions que l'on nomme, à l'envers, de "*particulares*" (soutenues par des groupes restreints de personnes).

Cette *opinion régnante* aurait une étiologie difficile à déterminer, en apparaissant de pair avec les *usages* et devenant peu à peu un *usage établi*, qui peut exercer une sorte de pression mécanique sur tous les individus.

L'auteur estime qu'à n'importe quel moment normal de l'existence collective, il y a tout un répertoire de ces *opinions établies* qui s'impose, ce qu'il nomme de *topiques*. La société, la collectivité, à son avis, n'auraient pas de vraies *idées*, au sens où elles seraient clairement et profondément pensées, mais elles n'auraient que des *topiques* et n'existeraient qu'en fonction de ces *topiques*.

(11) Cf. *Traité de Science Politique*, Tome III, page 108.

(12) Op. cit., pp 114 à 116.

Il faudrait donc ne pas prendre pour *opinion publique* une opinion particulière soutenue par un certain nombre d'individus, ce qui arrive chez quelques institutions vouées à l'étude de l'opinion, car le caractère substantif de l'opinion repose sur sa *domination* et non pas sur l'*adhésion* inconditionnelle à une grande ou petite échelle (13).

Dans le remarquable *Rapport sur la décriminalisation* du Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe (14), l'expression *opinion publique* est toujours placée entre guillemets "de manière à éviter de donner à penser qu'elle désigne quelque chose qui peut être clairement défini, observé et décrit". Effectivement, les *deux* éléments de cette expression (*publique* et *opinion*) "sont des termes extrêmement vagues et difficiles à cerner".

Cependant, le même *Rapport* invoque, à un moment donné, l'*Encyclopedia of Social Sciences*, selon laquelle "... les spécialistes de ce domaine s'accordent généralement à considérer que l'opinion publique est la réunion d'opinions individuelles sur une question d'intérêt public et ils notent habituellement que ces opinions peuvent exercer une influence sur le comportement individuel, le comportement de groupe et la politique gouvernementale" (15).

La notion d'*opinion publique* est soumise à une critique impitoyable par M. Philippe Robert, dans son rapport figurant au Volume XVII des *Études relatives à la recherche criminologique* du Comité européen des problèmes criminels, sous le titre *L'étendue de l'information du public et la nature de l'opinion publique en ce qui concerne le contrôle social de la criminalité* (16).

Dans ce rapport, l'auteur envisage avec scepticisme la possibilité de déterminer scientifiquement l'état de l'opinion à propos des questions pénales, tout en soulignant le caractère mythique de la notion d'*opinion publique* (17).

(13) *El Hombre y la Gente*, Coleccion Austral, Espasa-Calpe, S.A., pp 214 et suivs.

(14) Strasbourg, 1980, pp 113 et suivs.

(15) Ibidem, p. 113.

(16) Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1979, pp 49 et suivs.

N'oublions pas, enfin, l'ironie de Oswald Spengler à propos de l'*opinion publique* et de sa valeur en tant que force sociale (18).

Si l'on se penche désormais sur les *moyens* ou les *méthodes* dont est recherchée l'*opinion publique*, on se heurte au même genre de difficultés.

Nous n'allons pas, tout de même, nous allonger ici en décrivant les faiblesses des techniques d'enquête ou sondage et des autres modes traditionnels d'évaluer les états d'opinion, et ne pouvons pas analyser tous leurs vices méthodologiques, leurs lacunes et incohérences (19).

Nous ne voulons, très modestement, qu'analyser un peu s'il est possible de se faire une idée des types de réactions suscitées à l'"opinion publique" portugaise par la nouvelle législation pénale en vigueur depuis le 1^{er} janvier de cette année.

7. Mais cette tâche nous pose quand-même de grandes difficultés.

Tant que l'on sache, aucun sondage ou enquête n'a été fait jusqu'à présent afin de rechercher ce que pense le *public* de cette législation-là.

Toutefois ce phénomène n'a pas été tout-à-fait ignoré des *mass media*.

Nous mentionnons ici tout particulièrement la *presse*, car on ne dispose d'aucun registre des moyens audio-visuels.

La presse a annoncé opportunément la présentation de la demande d'autorisation législative à l'Assemblée de la République, en ayant accompagné le débat parlementaire qui s'est suivi, tout en signalant les prises de position des députés des partis de l'opposition, de ceux des partis de la majorité, ainsi que les interventions du Ministre de la Justice.

En cette phase, la plupart des journaux a voulu informer le public sur les orientations de politique législative sous-jacentes au projet de Code

(17) Le même scepticisme apparaît dans l'ouvrage du même auteur et de Claude Faugeron, *Les forces cachées de la justice*, le Centurion, pp 107 et suivs... Ce n'est pas par hasard que l'un de ses chapitres porte précisément le titre *L'opinion publique, ça n'existe pas* (pp 110 et suivs.).

(18) In *La decadencia del Occidente*, traduction espagnole de G. Morente, Tome II, pp 467 et suivs. et 530 et suivs..

(19) Voir, à cet égard, le dit *Rapport sur la décriminalisation*, pp 112 et suivs.; Philippe Robert, *rapport et publication* cités, pp 69 et suivs.; Paul Rock, au rapport *L'opinion publique et la législation pénale*, aussi Vol. XVII des *Études relatives à la recherche criminologique*, pp 176 et suivs.; et Philippe Robert — Claude Faugeron, oeuvre citée, pp 110 et suivs..

pénal joint à la proposition de loi d'autorisation, et on doit reconnaître qu'ils l'on fait avec une certaine objectivité, bien que d'une manière synthétique.

Les nouvelles publiées se bornaient, presque toujours, à transcrire brièvement des passages de l'exposé des motifs, sans pratiquement les commenter ⁽²⁰⁾.

Pendant, quelques *titres* de ces rubriques font apparaître les aspects qui ont plus particulièrement touché leurs auteurs.

C'est ainsi que l'on voit des titres tels que:

“La peine de prison n'a plus un caractère infamant”;

“Le nouveau Code pénal consacre une société ouverte et démocratique”;

“Le nouveau Code pénal essaie de s'adapter à la démocratie”;

“La prestation de travail remplacera l'emprisonnement”;

“Le nouveau Code pénal atténue les peines, sauf pour le terrorisme”;

“Le Code pénal parie sur l'amende pour éviter les peines de prison”;

“Prestation de travail pour la communauté et admonestation remplacent les peines de prison”;

“Crimes contre la personne en premier plan au Code pénal”.

8. Les informations portant sur les débats parlementaires autour de la proposition de loi d'autorisation ont fait apparaître, d'une façon plus ou moins fidèle, les aspects les plus polémiques, déjà mentionnés:

- a) les critiques au procédé choisi par le Gouvernement pour faire publier la nouvelle législation pénale et donc la frustration d'un débat élargi au niveau de l'opinion publique et des milieux professionnels spécialisés;

⁽²⁰⁾ Source: recueil d'extraits de la presse, au titre “Information et documentation”, du Service d'études et planification du Ministère de la Justice, dans la période de septembre 1982 au 23 août 83 — périodicité: hebdomadaire.

- b) la question de la pénalisation de l'avortement;
- c) l'écartement des infractions d'affaires de l'ensemble de crimes prévus dans la Partie Spéciale du Code;
- d) l'aggravation des peines par rapport à certains types d'infractions;
- e) l'inexistence de dispositions visant à criminaliser les atteintes aux droits des travailleurs, notamment la privation coupable ou frauduleuse du salaire de la part du patronat.

Il va sans dire que chacun de ces aspects a acquis une importance variable selon l'orientation idéologique du journal en cause, ce qui se passe d'habitude dans une société ouverte et pluraliste.

9. Mais, sans doute, ce fut la problématique de la criminalisation de l'avortement qui a attiré la plus grande attention de la presse.

Il faut signaler ici que ce thème est antérieur à la présentation de la proposition de loi d'autorisation législative, car il était depuis longtemps discuté à propos de la présentation à l'Assemblée de la République d'un projet de loi sur l'*interruption volontaire de la grossesse*, de l'initiative du Parti Communiste et qui fut plus tard rejété par la majorité à l'époque.

Mais, comme on l'a dit, cette question est revenue tout au long de la discussion de la proposition de loi d'autorisation qui a précédé la publication du Code pénal, et même après sa publication, jusqu'au moment où ledit projet de loi fut voté et rejété.

Toute la presse a largement publié des nouvelles sur cette question, aussi que des articles d'opinion et des interviews avec plusieurs personnes.

L'examen de la presse au cours de cette période-là fait apparaître le fait que la dépénalisation de l'avortement fut soutenue par des organisations de femmes, à l'aide de conférences de presse, de campagnes de propagande, de manifestations de rue et de la publication de communiqués, ainsi que d'articles d'opinion et d'appels signés par des groupes de personnes et adressés aux députés, aux médecins et intellectuels, en les incitant à se prononcer en faveur de la dépénalisation.

Une enquête fut aussi divulguée, où 16% des femmes questionnées avouaient s'avoir déjà fait avorter.

Pendant celà, d'autres organisations et groupes de personnalités se sont manifestés contre la dépenalisation (la Conférence Épiscopale, l'Ordre des médecins, le mouvement pour la défense de la vie et de la famille, etc) par le moyen aussi de conférences et communiqués de presse, de manifestes, interventions publiques et articles d'opinion.

Très curieusement, un quotidien a fait paraître un article d'opinion où l'on soutenait que le nouveau Code pénal "autorisait l'avortement du fait d'une disposition de sa Partie Générale portant sur le régime de l'état de nécessité", ce qui, à l'avis de l'auteur, ouvrait la voie, du moins, à l'impunité de ce que l'on tient pour avortement par indication thérapeutique.

Plusieurs évêques portugais se sont prononcés publiquement contre la dépenalisation de l'avortement.

10. Une autre question largement diffusée par la presse fut, pendant quelque temps mais pas aussi longtemps que l'avortement, celle de la punition de certaines infractions contre la santé publique.

Quelques entités et organismes, soit publics, soit privés, se sont prononcés contre le Code pénal sur ce point. Ils accusaient le législateur d'avoir abrogé des dispositions de la loi précédente, en laissant la voie libre à l'impunité de la falsification des denrées lorsque cette falsification n'entraîne pas un préjudice immédiat pour la santé des consommateurs.

La presse publie des titres à sensation:

"Le nouveau Code pénal ne punit pas les falsificateurs" ⁽²¹⁾.

"Le nouveau Code pénal autorise presque tous les mélanges".

"La révision du Code pénal porte atteinte à la santé publique".

(21) On emploie ici l'expression populaire de "mixordeiros" relative à ceux qui altèrent une substance quelconque par un mélange frauduleux. Le Dictionnaire de la langue française (*Littre*) contient l'expression "mixtionner" comme étant l'action de faire une *mixtion* presque toujours avec le sens de mélange mauvais, dangereux. Mixtionner un breuvage, du vin, etc.. Elle provient du latin *mixtio*.

11. En janvier et mars de l'année courante il y a des nouvelles selon lesquelles certains membres de la *Police de Sûreté Publique* se seraient plaints de la nouvelle législation pénale. Il y a ici des titres comme:

“La Police se plaint des lois”.

“PSP réagit au Code pénal”.

“Le Code pénal est trop évolué pour notre pays”.

“Le désaccord vis-à-vis du Code pénal s'accroît”.

“*Jour de la PSP à Lisbonne* — des critiques au nouveau Code pénal”.

Remarquons que ces nouvelles sont apparues dans une période où la presse annonçait, parfois avec un certain alarmisme, toute une série de crimes graves contre les personnes et la propriété, avec des commentaires faisant croire qu'il y avait un essor de la criminalité et un sentiment d'insécurité dans la population. Un peu plus loin il y avait d'autres nouvelles et commentaires où l'on disait que le taux de la criminalité tendait à la stabilisation ou même à une diminution.

Un quotidien a alors publié les résultats d'une enquête faite à 11 personnes d'âges, métiers et condition sociale différents, dans les trois villes principales du pays (Lisbonne, Porto et Coimbra), à qui l'on demandait ce qu'elles pensaient de l'essor de la criminalité et comment devrait-on résoudre ce problème.

Seule une personne interviewée, un étudiant en droit, a risqué dire que l'augmentation de la criminalité pourrait être en rapport avec “le vide de la loi pénale et son décalage vis-à-vis du *status social*”. Il ajoutait que l'évolution sociale, surtout après avril 1974, allait rendre évident que cette loi ne s'ajuste pas à la réalité. Cependant, il ne visait pas le Code pénal car, disait-il, “son application n'était pas encore visible”.

Une autre personne a mis en relief les “peines trop douces appliquées aux délinquants”, qui ne les font pas abandonner de nouvelles actions criminelles.

Presque toutes les personnes enquêtées estimaient qu'il y avait un rapport entre la criminalité et la crise économique, et une certaine impunité

des délinquants fut aussi soulignée comme motif de l'augmentation des crimes.

En juillet de cette année un hebdomadaire a fait paraître un reportage contenant les opinions d'un psychiatre, de deux psychanalistes et d'un sociologue, où l'on essaie de faire une analyse critique du phénomène de la violence et ses causes, ainsi que de la "psychose d'insécurité" qui apparaissait partout dans la presse.

D'après ce reportage, les statistiques faisaient croire que cette "psychose d'insécurité" n'était pas une réalité, bien que la presse fut pleine d'allusions à des "vagues de violence", d'accusations au nouveau Code pénal ou d'articles alarmants sur la criminalité des jeunes.

Le sociologue interviewé, par exemple, a dit que ce sursaut périodique des *media* découlait "de l'accumulation ponctuelle à une échelle chronologique des événements qui s'insèrent dans un monde spécifique de classer et d'analyser dont disposent les appareils administratifs chargés de la prévention, répression et thérapeutique".

Ce reportage porte un titre significatif: "La violence au Portugal s'est accrue moins que la peur".

12. On ne tient pas compte ici des rares articles d'opinion de juristes, car rien nous fait supposer qu'ils soient représentatifs de la pensée d'une partie significative de la population. Il en est le cas d'un article dont l'auteur est un juge du siège, où l'on critique les peines trop douces du nouveau Code pénal en ce qui concerne le vol.

Il y a aussi un article d'un avocat, sous le titre "Y-a-t-il des crimes qui compensent?", où l'on critique les peines trop douces du Code par rapport à certains types d'infractions.

Il en est, enfin, le cas d'une assistante à la Faculté de droit de Lisbonne qui, sous le titre "La femme dans le nouveau Code pénal", critique plusieurs aspects du Code, notamment le régime des crimes d'infanticide, d'avortement et de viol.

D'ailleurs, dans une interview accordée à un quotidien, l'auteur de cet article avait déjà critiqué le Code, parfois dans un langage peu élaboré. Ceci est bien visible au titre même: "Les responsables du Code sont encore en 1963...".

13. En ce qui concerne le “courrier des lecteurs” il n’y a presque rien sur le Code. Signalons, tout de même, la lettre d’un lecteur qui purgeait sa peine dans un établissement pénitentiaire et qui proteste en disant qu’il devrait y avoir une application des peines plus douces prévues par le nouveau Code aux personnes définitivement condamnées du fait d’homicide à la lumière du Code antérieur. Il préconisait la création urgente de structures de nature à faire la conversion des peines, ce qu’il estimait être une mesure juste et conforme aux droits de l’homme.

14. Pour ce qui est de la défense du Code pénal, la presse a informé que des congressistes réunis à Coimbra avaient souligné “l’importance de la réinsertion sociale du délinquant et son traitement par le nouveau Code pénal” tout en défendant cet instrument “face aux critiques qui venaient d’être dirigées contre lui par plusieurs secteurs”.

L’idée que l’essor de la criminalité fut en rapport avec la publication du nouveau Code pénal a été rejétée par un avocat et par le Professeur Eduardo Correia comme étant sans fondement, dans un reportage paru dans un quotidien en janvier de cette année, sous le titre “Dossier criminalité”.

15. Il y a enfin un nombre très réduit d’articles d’opinion, signés par des personnes qui ne sont pas des experts en droit criminel et en sciences criminelles, et qui sont favorables ou pas au Code pénal, mais qui ne font qu’exprimer des idées très générales, sans aucune rigueur scientifique et sans analyser des faits concrets. Il s’agit de points de vue personnels qu’il ne vaut pas la peine d’analyser en détail.

III

ÉVALUATION DU RÔLE DE L'OPINION PUBLIQUE

16. L'exposé qui précède nous laisse entrevoir quel fut le rôle de l'opinion publique dans le processus de création du nouveau Code pénal portugais et la réception de celui-ci par la société.

On soutient que "l'idéal démocratique veut que les lois soient, dans la mesure du possible, élaborées conformément aux idées, attitudes et opinions, sinon de tous, du moins de la majorité des citoyens" (22).

Mais ceci n'implique pas nécessairement "que les lois doivent être calquées passivement sur les moeurs et attitudes populaires". On admet, tout au contraire, que "l'une des fonctions de base du droit et du système juridique est de façonner les moeurs et attitudes populaires" (23).

On sait, par contre, que l'influence du public sur la législation s'exerce, théoriquement, par plusieurs moyens: le *référendum*, les élections générales, les groupes de pression (*lobbies*), les manifestations, pétitions, lettres ouvertes, grèves et autres moyens plus au moins "extraparlimentaires", l'utilisation des *mass media*, enfin par certaines "influences personnelles" (24).

17. Or, en ce qui touche au processus de création de la loi, on doit reconnaître que l'opinion publique a eu un rôle assez limité, voire insignifiant.

(22) Cf. ledit *Rapport sur la décriminalisation*, p. 99.

(23) Ibidem, p. 99.

(24) Ibidem, pp. 105 et suiv.

Le nouveau Code pénal est l'oeuvre de la doctrine pénale portugaise qui a réussi à convaincre le législateur, *rectius* les gouvernements successifs, depuis 1961, du besoin d'une réforme.

Dans le chapitre I nous avons fait la chronologie des démarches et vicissitudes survenues dans le processus de création de la nouvelle législation pénale.

On retient alors la notion que le législateur a été sensible à certaines "influences personnelles" de représentants des milieux universitaires, tout particulièrement à l'action des criminalistes de la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra qui soulignaient le besoin de faire paraître un nouveau Code (25).

Déjà à la partie finale du processus législatif, c'est-à-dire, dans le cadre des débats parlementaires sur la proposition de loi d'autorisation, on a senti l'influence de certains groupes de pression, dont un exemple paradigmatique est la question controversée de la pénalisation ou dépenalisation de l'avortement.

Effectivement, le projet de Partie Spéciale de 1966 prévoyait encore la possibilité de dépenalisation de l'avortement par indication thérapeutique, mais le législateur a toujours allégué que cette solution était contraire à l'"opinion" de la majorité des portugais. Il est donc possible que la solution consacrée par le Code ait été influencée par des mouvements et prises de position contre l'avortement, déjà mentionnés.

18. En ce qui concerne la réception du nouveau Code par la société, les données dont on dispose ne sont pas décisives pour le moment. On ne peut pas conclure qu'il y a un phénomène généralisé de rejet mais, non plus, qu'il y ait une acceptation pleine d'enthousiasme et d'intérêt. On n'a pas des raisons, aussi, pour conclure qu'il y ait une attitude de passivité, d'indifférence ou de conformisme, bien que cette dernière hypothèse soit celle qui s'ajuste mieux, semble-t-il, à l'attitude de la grande majorité des citoyens communs.

(25) Ce qui n'est que naturel. Comme le dit Paul Rock (*L'opinion publique et la législation pénale*, rapport publié audit Vol. XVII des *Études relatives à la recherche criminologique*), "l'historique de nombre de lois pénales se caractérise par une absence de systèmes évidents ou logiques de consultation" (p. 176) et "en fait, dans ses aspects pratiques, l'élaboration des lois pénales se fait souvent en grande partie sans que l'opinion publique y soit associée" (p. 178).

Évidemment, on ne tient pas compte ici des groupes restreints d'experts ou de personnes intéressées aux affaires juridico-pénales ayant exprimé des opinions de critique ou de louange au nouveau Code.

Plusieurs raisons, relativement connues des experts en ces matières en des pays différents, peuvent mener à une explication plausible de l'absence de prises de positions, dans un sens critique ou approbatif, de la part de ce que l'on tient pour "grand public".

On observe, en effet, que le public a des connaissances assez limitées dans certains domaines de la législation et que la connaissance des nouvelles lois n'est repandue que très lentement parmi le public (26).

Les sociologues ne peuvent guère être surpris par le fait que le public a une connaissance très imparfaite des lois spéciales (27).

Par ailleurs, les études sur les connaissances et les opinions en ce qui concerne les lois semblent révéler un autre fait: "*les connaissances générales* sont assez limitées dans le public *en général*" (28).

Évidemment, la connaissance de certaines lois peut être tenue pour généralisée. Tout le monde sait, par exemple, que le vol et le meurtre sont interdits. Mais il reste aussi vrai que les connaissances du public relativement aux sujets de droit sont infiniment plus limités que ne le supposent les juristes et de nombreux spécialistes (29).

Certes, le grand public s'intéresse à la criminalité, notamment lorsque les *mass media* diffusent l'idée qu'elle est en expansion et que l'on s'inquiète de ses effets. Mais de là à la mettre en rapport avec une éventuelle débilite des sanctions criminelles prévues par le Code, il y a une distance qui, au cas portugais, ne peut être amoindrie par aucune donnée digne de confiance. Chez nous, les données dont on dispose ne confirment pas l'idée que le grand public soit motivé à croire que le nouveau Code pénal ait rendu possible un essor de la criminalité.

(26) Voir M. B. Kutchinsky, dans le rapport *Aspects sociologiques de la déviance et de la criminalité* (aperçu des recherches empiriques), au Vol. IX des Études relatives à la recherche criminologique, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1972, p. 16.

(27) Ibidem, p. 17.

(28) Ibidem, p. 18.

(29) Ibidem, p. 18.

Comme le dit Hans Joachim Schneider, "l'opinion publique n'est autre que l'amalgame des diverses connaissances et attitudes des toutes les catégories sociales" (30).

Mais il faut faire la distinction entre ce qui est l'*opinion publique* et les messages diffusés par les *media*.

L'*opinion publique* a trait directement à ce que l'on peut désigner d'*opinion publiée*, mais l'une et l'autre sont loin d'être identiques (31).

Le même auteur souligne que les stéréotypes populaires sur la délinquance et la justice criminelle sont connus et qu'ils sont liés à la conviction qu'il faut renforcer les lois criminelles, infliger des peines plus lourdes et accroître les droits, les effectifs et le budget de la police pour combattre la délinquance avec succès (32).

Il faut compter, d'autre part, sur le phénomène des diverses déformations de la réalité pratiquées par les *media*.

"Les principales incidences d'un faux portrait de la délinquance et de la justice criminelle sur l'opinion publique sont la propagation d'une terreur irrationnelle du crime et des croyances irrationnelles sur l'efficacité du contrôle social officiel, ainsi le renforcement des stéréotypes négatifs en ce qui concerne les délinquants." (33).

Chez nous, l'*opinion publiée* par la presse à propos de la criminalité et de ses tendances n'a pas été tout-à-fait objective et n'a pas renoncé à mettre l'accent sur le sensationnel.

On cite, à titre d'exemple, l'importance donnée à la malheureuse question d'une soi-disant impunité des agents de la falsification des denrées, déjà mentionnée, mais il faut reconnaître ici que la question n'a pas été soulevée par les organes de la presse eux-mêmes. Ils se sont bornés, à, sans aucun sens critique, être l'écho des pressions de certaines entités publiques

(30) Voir *L'influence des moyens de communication de masse sur l'opinion publique en matière de criminalité et de justice criminelle*, rapport inclus dans ledit Vol. XVII des *Études relatives à la recherche criminologique*, p. 127.

(31) *Ibidem*, p. 128.

(32) *Ibidem*, p. 161.

(33) *Ibidem*, p. 165.

ou privées qui ont exprimé des opinions alarmistes quelque peu justifiées par une lecture trop hâtive de la nouvelle législation pénale.

En tout cas, l'*opinion publiée* jusqu'à présent, huit mois écoulés sur l'entrée en vigueur du nouveau Code, n'est pas de nature à nous faire conclure que la presse ait diffusé une attitude d'opposition (et, encore moins, d'*opposition croissante*, comme le faisait croire un titre paru dans un quotidien) par rapport au Code, de la part du grand public.

Au cas même des nouvelles sur la position prise par des membres de la Police de Sûreté (voir chapitre II), il y a une certaine "déformation".

Premièrement, on ne peut pas confondre l'opinion de *certaines agents* avec l'attitude de la Police elle-même, si elle est envisagée comme un ensemble d'éléments, c'est-à-dire, comme une corporation.

Deuxièmement, car une chose sont les *opinions* ou *points de vue* de certaines personnes qui appartiennent à la même corporation de police; une autre c'est l'opinion de ses responsables premiers, au niveau du commandement et, en ce domaine, la presse n'a diffusé aucune prise de position claire pour ou contre le Code, ni même aucune affirmation qu'il serait lié à l'augmentation de la criminalité.

On sait d'ailleurs que "beaucoup de comptes rendus d'infractions publiés dans la presse sont des versions plus ou moins remaniées de communiqués de presse publiés par la police" et que, soit celle-ci, soit les journalistes, "sont obligés de donner un visage à leurs clients en se fondant sur les éléments d'une information dont ils disposent".

"Le client collectif de la police est la population honnête et respectable. La police se fait écho des attentes supposées et exprimées de ce client, en les concrétisant dans son activité quotidienne et en s'efforçant de les signaler à l'attention lors des discussions sur la politique." (34).

"Bien que l'on puisse rarement déterminer de manière empirique quel est le sentiment du public sur un problème, ce que les autorités *jugent* être ce sentiment est plus important à court terme." (35)

(34) Paul Rock, rapp. cit., publ. cit., pp. 179, 211 et 214.

(35) Paul Rock, *ibidem*, p. 179.

19. En dépit de tout ce que l'on a dit sur les difficultés théoriques, pratiques et méthodologiques d'évaluation de l'*opinion publique* et des ambiguïtés qui vont de pair avec cette notion, il faut, à n'en pas douter, "que le législateur qui envisage de réformer le droit pénal tienne compte de la perception par le public de la loi et des infractions à la loi." (36)

Nous avons chez nous deux exemples très récents de ce phénomène.

En effet, par le Décret-Loi n.º 191/83, du 16 mai 83, le législateur portugais a institué des types d'infractions aux règlements en matière de l'exercice irrégulier d'activités économiques, notamment en ce qui concerne les infractions contre la pureté, la qualité et la composition des denrées.

Dans le préambule de ce Décret-Loi on invoque "certaines inquiétudes récentes vérifiées dans l'opinion publique" et "certaines raisons d'urgence liées à la nécessité d'apaiser l'opinion publique, d'ailleurs fort augmentées par certaines organisations" (il s'agit, évidemment, d'une allusion à l'attitude déjà mentionnée de certains groupes de pression sur l'impunité des auteurs de ces comportements à la lumière du nouveau Code pénal).

Aussi, par le Décret-Loi n.º 187/83, du 13 mai 1983, portant sur les infractions douanières, le même législateur, dans son préambule, invoque le décalage de la législation antérieure par rapport à la gravité de la récente évolution criminologique "qui a assumé des formes gênantes et produit une alarme justifiée dans l'*opinion publique*". Et il cite, à titre d'exemple, la contrebande de bétail et ses graves conséquences pour l'économie nationale et pour la santé des consommateurs.

Voilà deux cas où, d'une façon ou d'autre, mais en tout cas comme le dit le législateur lui-même, il s'est laissé influencer par ce que l'on nomme d'*opinion publique*. Cependant, les manifestations "d'états d'opinion" sur le phénomène de la contrebande se résumaient à quelques nouvelles et commentaires apparus dans la presse. Mais on ne pouvait pas conclure, en rigueur, que ces nouvelles et commentaires étaient partagés par la population en général.

Ces exemples sont quand-même symptomatiques du mode dont les *media* peuvent agir en tant que créateurs du besoin de législation criminelle.

(36) Voir Kutchinsky, rapp. et publ. cit., p. 93.

Car ce fut par la presse que l'on a divulgué tout d'abord les *inquiétudes de l'opinion publique* à l'égard des malfaits sur les biens alimentaires et sur les pratiques de la contrebande, dont font mention lesdits Décrets-Loi. Mais, encore là, on doit placer l'expression "*opinion publique*" entre guillemets...

MIREILLE DELMAS-MARTY

*Professora de Direito Penal
na Universidade de Paris-Sud*

**A CRIAÇÃO DAS LEIS
E SUA RECEPÇÃO PELA SOCIEDADE**

“Quanto mais interdições e proibições houver,
mais o povo empobrece,
mais se possuirão armas cortantes,
mais a desordem alastra,
mais se desenvolve a inteligência fabriqueira,
mais estranhos produtos aparecem,
mais se multiplicam as leis e os regulamentos,
mais florescem os ladrões e os bandidos”

(Lao Tseu, *Le Tao to King*).

Fenómeno directamente observável, ou representação deste fenómeno, a inflação das leis — e muito particularmente a das leis penais — não é nova.

Eco longínquo de Lao-Tseu, Montesquieu deplora, por seu turno, “esse número infinito de coisas que um legislador ordena ou proíbe, tornando os povos mais infelizes e nada mais razoáveis”. E outros, antes ou depois dele, como Justiniano, Tácito, Montaigne, Rousseau.

O que é novo, talvez, é, para além de um simples mal-estar perante mudanças mal compreendidas e mal dominadas, uma verdadeira contestação do direito penal, simultaneamente pelos juristas e pelos potenciais delinquentes, alertados pela produção galopante das leis e pela impossibilidade de as aplicar na totalidade.

O que é novo, sem dúvida, é o desmoronamento de um certo número de ficções jurídicas na raiz do conjunto do sistema, como a ficção do conhecimento da lei ou a da igualdade perante esta.

Tornadas demasiado visíveis, estas ficções não conseguem mais a necessária adesão à sua função simbólica de intimidação e de legitimação do direito; tanto mais que se desenvolve paralelamente, através da explosão dos “contenciosos de massa”, uma verdadeira asfixia da instituição judiciária.

Em resumo, se é verdade que a permuta jurídica, como a das dádivas, é “um dos jogos sociais que só podem ser jogados se os jogadores se recusarem a conhecer e sobretudo a reconhecer a verdade objectiva do jogo” (Bordieu, 1980, 180), o jogo jurídico torna-se bem difícil de ser jogado dado que o instrumento de realização de coerência aparente e de recalca-mento da verdade objectiva, oferecido pelos códigos é, actualmente, largamente inutilizável. Ultrapassado. Os juristas não souberam dominar a produção das regras jurídicas. Por isso não podem assegurar, garantir ou simplesmente afirmar a coerência do direito. A título de exemplo, a comissão de revisão do código penal francês reconheceu a impossibilidade, no estado actual de dados informatizados, de proceder a um inventário exaustivo das incriminações penais em França (mesmo limitando-se às incriminações que implicam sanções privativas de liberdade). Muitas incriminações penais ditas “modernas” (direito penal económico e financeiro, direito penal do ambiente, direito penal do trabalho), situam-se, com efeito, fora dos códigos ou acrescentadas de tal maneira que é praticamente impossível aí encontrá-las. Assim se perdem de vista as linhas mestras do conjunto, sem que por isso se consiga travar ou pelo menos desacelerar os processos de produção de leis penais. Desiludida constatação do que bem pode chamar-se uma *dinâmica cega* (I).

Desiludida constatação, mas também fonte de esperança. De uma oportunidade a agarrar. Porque, se o belo edifício dos códigos do século XIX se expõe ao sol, é para tornar aparente, senão a própria verdade objectiva, pelo menos a distância entre a verdade jurídica e uma outra verdade que se tornou impossível recalcar.

Oportunidade, porquanto à volta do que alguns chamam “crise” da política criminal, se entreabre a fortaleza obstinadamente fechada do código penal. Quer queiram quer não, os juristas entrevêm outra coisa

diferente das afirmações contidas nas regras de direito. Quer queiram quer não, estão pressionadas a interrogarem-se sobre mecanismos de criação e de extinção dessas regras, sobre a sua coerência. Quanto mais não seja para limitar os destroços de uma produção galopante (as políticas de “desregulação” já se instalaram nos Estados Unidos desde o fim dos anos 70).

E também para se esforçarem por dominar estes mecanismos e preparar, na medida do possível e do desejável, um novo tipo de codificação. Assim se impõe a pesquisa de condições de uma *dinâmica racionalizada* (II).

I A VERIFICAÇÃO DE UMA DINÂMICA CEGA

Se se considerar o sistema de respostas ao fenómeno criminal, que se chama política criminal, em termos de análise cibernética, torna-se claro que o circuito teórico, de carácter contínuo e fechado, jamais aparece na realidade. É forçoso admitir a existência de circuitos múltiplos e largamente autónomos uns relativamente aos outros, porque em cada estágio se exprimem agentes portadores de racionalidades diferentes, por vezes incompatíveis (por exemplo, polícias e juizes, juizes e vigilantes prisionais, juizes de instrução e jurisdição de julgamento, etc...). Alimentadas de informações directamente provenientes do exterior que determinam os fluxos de entrada específicos, essas racionalidades determinam respostas igualmente específicas, sob a forma de fluxos de saída paralelos.

E a situação observada corresponde exactamente à descrição do sistema de justiça penal que o Secretariado das Nações Unidas apresentou no V Congresso para a prevenção do crime (Genebra, 1975): “um dos problemas reside no facto, que se considera estabelecido, de que uma tal estrutura complexa funciona efectivamente como um sistema, que os diferentes sub-sistemas têm de comum uma série de objectivos, que estão ligados entre si de maneira uniforme e que as relações recíprocas constituem a estrutura particular do sistema, permitindo-lhe funcionar como um todo, com um curto grau de continuidade e dentro de certos limites. No entanto, em países onde os investigadores procederam a um exame crítico da estrutura dos respectivos sistemas de justiça penal, verificaram que existem objectivos comuns, que há uma considerável dispersão de tarefas e de responsabilidades, que os sub-sistemas não são coordenados e que as opiniões

diferem por vezes, no tocante ao papel de cada parte do sistema. Em suma, verificaram uma grave falta de coesão no interior dos sistemas”.

Mas é precisamente esta falta de coesão que a análise sistemática não explica. Ela torna mais visível o jogo das forças que determinam ou bloqueiam os movimentos de política criminal e faz aparecer toda uma dinâmica ordinariamente oculta; só que não desvenda o segredo. Revela e regista as mensagens que não decifra e que, no entanto, seria necessário esforçar-se por ler. Leitura difícil, porque se os movimentos de política criminal surgem nitidamente como uma luta repousando sobre uma dupla estratégia de resistência e de aliança entre as diferentes instâncias em causa, a dinâmica que os anima permanece mais ou menos inexplicada, quer se trate da dinâmica *interna* ou da dinâmica *externa* do sistema.

A — A dinâmica interna

Se nos referirmos ao esquema cibernético para tentarmos descobrir a significação oculta, a dinâmica interna do sistema desenvolve-se em dois tempos: produção das leis pelos órgãos políticos ou político-científicos e aplicação pelos órgãos judiciais. Na realidade, a aplicação antecipa-se, por vezes, à produção, como mostra uma análise mais precisa das duas fases.

1. A *produção das leis* é, em princípio, o ponto final de uma dinâmica interna própria dos órgãos políticos ou político-científicos que seleccionam as finalidades e dirigem as opções essenciais. É preciso observar, ainda, que a opção pode ser puramente conjuntural ou relevar de uma verdadeira estratégia global.

As opções conjunturais são, sem dúvida, as mais numerosas, tão certo é que, bem frequentemente, a decisão não é o fruto de uma reflexão de conjunto e não traduz a busca de uma política criminal coerente mas a simples resposta ao acontecimento, qualquer que ele seja: evasão de um condenado tido por perigoso, acto de terrorismo que choca a opinião, poluição espectacular de uma costa, grave acidente devido à venda de um produto perigoso, etc. Conhecem-se numerosos exemplos de reformas onde “a acção legislativa aparece mais como uma sucessão de reacções instintivas a dadas situações do que o resultado de um atitude reflectida” (Boulan, 1979).

Quanto à estratégia de conjunto, ainda pouco influenciada em política criminal pelos órgãos científicos, é essencialmente dominada pelo factor político. A opção pode exprimir-se através de estratégias muito diversas. Desde logo as estratégias de mudança, nos termos das quais as instâncias políticas fazem verdadeiramente obra nova, quer se trate de uma mudança aditiva, tendente a colmatar uma lacuna, por vezes revelada pela jurisprudência (incriminação do furto de alimentos, depois do de carburantes, que a incriminação tradicional do furto não permitia cobrir); ou correctiva, pela modificação de uma regra que era aplicada, mas que parecia inadequada ou insuficiente (modificação do processo de flagrante delito); ou, enfim, de mudança directiva, implicando o aparecimento ou o desaparecimento de uma regra (supressão da pena de morte ou do Tribunal de Segurança do Estado).

Depois, as estratégias de arbitragem, quando instâncias políticas intervêm para resolver um conflito entre duas jurisprudências diferentes (por exemplo, em França, o conflito entre juízes de fundo e o Tribunal de Cassação a propósito da definição da culpa no crime de emissão de cheque sem provisão) ou duas práticas diferentes.

Enfim, o empirismo, quando a iniciativa vem, paradoxalmente, das instâncias encarregadas de aplicar a política criminal, limitando-se as instâncias políticas a confirmar a prática, quer pela abrogação de um texto já caído em desuso (adultério, aborto, agravação do furto pela qualidade de “doméstico”), quer pela legalização de práticas desenvolvidas à margem das leis, fenómeno bastante corrente que se implanta, mais frequentemente, nas práticas judiciárias ou policiais. Em França, por exemplo, a “correccionalização judiciária”, que consiste em tratar como delitos correcionais e a julgar como tais os comportamentos legalmente qualificados como crimes, é frequentemente seguida de uma “correccionalização legisla-

tiva” que vem ratificar a prática. Mas pode tratar-se também — e é interessante analisar o mecanismo — de práticas policiais que o legislador, incapaz de as impedir, acaba por reconhecer sob o pretexto de as controlar melhor. Em definitivo, a técnica da abrogação como a técnica da legalização acabam por reconhecer um papel determinante às instâncias encarregadas de aplicar as leis.

2. *A aplicação das leis* suporia teoricamente uma coordenação estreita e uma harmonia perfeita entre os diversos agentes da política criminal. Na realidade, como se disse mais acima, nunca é assim, quer por razões atinentes ao próprio sistema (má formulação ou má transmissão das leis, má adaptação ou insuficiente capacidade das pessoas encarregadas de as aplicar), quer por razões externas (ver infra, B. 1 dinâmica externa).

Assim se desenvolvem estratégias de resistência que relevam de motivações muito diversas (espírito de conciliação, vontade de tolerância, atitude de desconfiança, situação de influência) e se apresentam sob formas mais ou menos nítidas. No princípio, resistência difusa, à margem das leis, cada vez que se desenvolve uma aplicação diferenciada da lei. Diferenças de uma jurisdição para outra (os casos de auto-defesa, como se sabe, são diferentemente apreciados pelas “cours d’assises” e pelos Tribunais correcionais), de um delinquente para outro (os estrangeiros são, por vezes, tratados de maneira diferente da dos outros delinquentes), de um tipo de infracção para outro (apesar de penas vizinhas, as infracções tradicionais contra os bens, nomeadamente o furto, são frequentemente castigadas com penas mais rigorosas do que as infracções anti-económicas, abuso de bens sociais, por exemplo).

Diferença, também, a montante, nas decisões da polícia e do Ministério Público e a jusante, na execução das penas. Estas últimas formas de aplicação diferenciada são, em geral, mais aparentes que as primeiras (de carácter judiciário) porque as decisões em causa não são nem motivadas nem públicas.

A resistência devém mais aparente já com a aplicação cumulativa de duas estratégias, a antiga e a nova, nos casos em que a decisão oficial era de substituir uma nova estratégia à anterior. Assim, em França o controlo judiciário, destinado a substituir o mais frequentemente possível a detenção provisória, foi acrescentado a esta, tornando-se mais um substituto da liberdade do que um substituto da prisão.

Mas a resistência é mais aparente ainda, e mais sensível, cada vez que ela assinala uma verdadeira recusa da lei, não-aplicação pura e simples de um texto ou, ao invés, aplicação criadora, quer dizer invenção de uma nova forma de política criminal fora de qualquer decisão política.

A não-aplicação é bastante rara. Por vezes prepara, num espírito de tolerância, a abrogação de uma lei progressivamente caída em desuso (ver os acima citados exemplos do adultério e do aborto). Noutros casos, pode tratar-se de não-aplicação temporária, que pode fundar-se num dinamismo de tolerância. Por vezes ainda a não-aplicação está relacionada com a acumulação de serviço nas jurisdições, nomeadamente penais e com uma certa desconfiança face às instâncias sociais, ou manifestar uma certa inércia dos tribunais em presença de uma lei nova que ainda não se habituaram a aplicar e da qual desconfiam, mais ou menos conscientemente.

Em contrapartida, a aplicação criadora, por vezes considerada como fonte de direito quando é feita pelos tribunais, está certamente mais espalhada. Viu-se, mais acima, que ela podia servir de fundamento a uma política de legalização e constituir assim uma verdadeira força criadora de política criminal (ver os exemplos anteriormente citados).

É de notar, por fim, que a aplicação das leis pode ser reforçada ou paralizada pela intervenção da vítima, do grupo social (associações privadas ou sindicais), do próprio delinquente que, conforme os casos, fazem parte da dinâmica interna do sistema — quando as regras de processo os associam ao processo penal (nomeadamente através da constituição de parte civil da vítima ou de certos agrupamentos) — ou da dinâmica externa (grupos de pressão constituídos à volta dos delinquentes ou, mais geralmente, pressão dos *media* no decurso do processo).

B — A dinâmica externa

A produção das leis penais e a sua aplicação não é, evidentemente, um fenómeno isolado relativamente à vida social. Qualquer sistema de

política criminal é largamente permeável e sofre assim influências tanto mais eficazes quanto menos visíveis e que se encontram, de certo modo, filtradas pelos *media*. Esta dinâmica externa desenvolve-se segundo um duplo processo, porque obedece a diversos factores sociais mas estes mesmos factores só provocam mudanças de política criminal se forem repercutidos pelos *media*.

1. Os *factores sociais* são essencialmente de ordem económica e cultural, porque os dados políticos são directamente integrados na produção de leis novas (dinâmica interna).

Os factores económicos, ainda mal conhecidos, relevam sem dúvida simultaneamente da estrutura da economia e da conjuntura. É desde logo certo que todo o domínio das infracções económicas em sentido lato (ofensas à ordem económica e financeira, à regulamentação do trabalho e da segurança social e mesmo atentados à qualidade de vida, ambiente e urbanismo), é comandado pela estrutura da economia, economia de mercado ou economia planificada. Lógica num sistema de economia planificada, a resposta penal à infracção pode surpreender quando emana de um Estado que adoptou os princípios de uma economia de mercado, fundada na livre concorrência e na iniciativa individual. A este propósito, não é surpreendente que os países da Europa de Leste tenham sido, até aqui, praticamente os únicos a não relegar para as leis secundárias mas sim a introduzir nos seus códigos penais, um capítulo especialmente consagrado aos delitos económicos (AIDP, 1982-1983).

Desenha-se, entretanto, uma evolução. A Alemanha Federal adoptou em 1975 a sua primeira lei sobre a repressão da criminalidade económica (entrada em vigor em 1 de Outubro de 1976), introduzindo algumas disposições específicas no Código penal.

E alguns países ocidentais encaram a hipótese de fazer o mesmo, por ocasião da revisão dos seus códigos penais. Claro que num sistema de economia de mercado as infracções económicas só podem surgir como fenómenos periféricos: acidentes que, de certo modo, teriam mesmo efeitos positivos sobre a economia, o que torna muito difícil traçar uma fronteira entre comportamentos admitidos ou mesmo encorajados e comportamentos proibidos. A intervenção do direito penal tem, no entanto, a vantagem de evitar a aplicação das regras do direito civil ou administrativo que alteram por vezes gravemente os processos do mercado; ela justifica-se, em definitivo, na medida em que não tende a congelar o comportamento dos

agentes mas somente a sancionar os excessos nesses comportamentos. Neste sentido, pode considerar-se que, longe de pôr em causa a economia do mercado, o direito penal pode constituir um mecanismo de regulação das disfunções do sistema. Resta o receio de aparição de um modelo-alibi, destinado a tranquilizar a opinião, fazendo crer numa luta efectiva contra as infracções económicas: criminalização *de jure*, acompanhada de uma descriminalização *de facto*. Sem dúvida que é necessária a aliança entre a vontade política e o factor económico para que se reduza a distância.

É verdade que o factor económico, como o factor político, não implicam sempre uma análise de conjunto, mas podem também desencadear um movimento de política criminal de circunstância.

Para além da relação assim estabelecida entre a estrutura económica e a política criminal de resposta às infracções propriamente económicas, pode perguntar-se em que medida a conjuntura económica — de abundância ou de crise — tem igualmente uma influência.

Foram realizados estudos em criminologia sobre “as relações entre a situação socio-económica e a criminalidade” (Léauté, 1980-1981) a partir de três indicadores: a taxa de expansão económica, determinada por referências ao produto interior bruto; a taxa anual de inflação, calculada a partir da média anual dos preços de consumo; e o número de desempregados em cada ano estabelecido a partir da média aritmética dos pedidos de emprego em fim de mês. Assim, pôde revelar-se que a criminalidade aparente (conhecida da polícia) tem continuado a aumentar durante a crise económica actual, mas segundo um ritmo de crescimento menos acentuado que antes da depressão.

A evolução da criminalidade pode evidentemente provocar uma evolução correlativa da política criminal que, neste sentido, dependeria indirectamente da conjuntura económica. Por outro lado, parece existir um efeito directo sobre o nível de tolerância do corpo social face à desviância e às infracções, mas as correlações são muito difíceis de estabelecer. Se a impressão de vulnerabilidade do corpo social tende a reforçar-se em período de recessão, ela desenvolve-se igualmente — por outras razões — em período de forte expansão (*Respostas à violência*).

Recordemos, por fim, ainda mais genericamente, a análise, inspirada no marxismo, segundo a qual a política criminal estaria ao serviço da classe dominante, essencialmente preocupada em proteger-se a si mesma na medida em que garantiria as forças de produção. Mas, porque entre-

tanto se observa, em muitos aspectos, uma notável convergência entre a política criminal contemporânea dos Estados socialistas e dos Estados capitalistas, é forçoso descobrir ainda outros factores, diferentes dos da política económica, porque estes últimos, que deveriam conduzir aqui a uma divergência, não explicam a convergência observada.

Os factores culturais desencadeiam, com efeito, e pelo seu lado, numerosas forças susceptíveis de provocar a elaboração de leis penais, dado que a cultura é definida como “o conjunto, supostamente coerente, das regras de conduta, das crenças, das técnicas materiais e intelectuais características de um grupo social” (Mendras, 1975).

Em primeiro lugar as “regras de conduta”, termo muito vago que implica todos os modos de pensar comuns ao corpo social. A esta luz, o exemplo do Extremo-Oriente é particularmente significativo, com a tradicional exclusão do direito nas relações entre pessoas pertencentes a uma mesma classe. Ritos chineses ou “giri” japoneses substituem frequentemente o direito e mesmo a moral; são espontaneamente observados porque pode incorrer-se na censura social quando se não respeitam. Equivaleria a perder a consideração não os respeitando. Apesar da influência do Ocidente, sobretudo no Japão, acontece que a maioria dos conflitos é resolvida mediante processos de conciliação.

Mais directamente produtoras de leis penais, as “regras de conduta” também implicam, conforme sejam ou não uniformizadas, a existência de uma sociedade mais ou menos pluralista e, por vezes, mesmo, mais ou menos susceptível de provocar, mas também de tolerar, comportamentos de recusa das normas.

Significativo a este propósito é o texto de apresentação do anteprojecto de Código penal francês da respectiva Comissão: propondo-se “fundar a política penal do presente sem reduzir a diversidade — essa diversidade que é simultaneamente uma aquisição da nossa sociedade e a fonte da sua dificuldade de viver”, a Comissão põe em relevo, entre os novos valores, ou novamente entendidos e protegidos, “não somente o respeito da vida privada mas também um verdadeiro direito à diferença que fundamenta, à uma, necessidade de punir diversas discriminações ligadas, nomeadamente, a critérios de raça, religião, sexo e, por outro lado, a recusa de incriminar essa diferença considerada como um direito de qualquer pessoa” (homossexualidade, concubinação, etc.).

Ao invés, numa sociedade pouco pluralista as discriminações não serão vedadas e as diferenças — ou certas dentre elas — encontrar-se-ão incriminadas, aliás por vezes em ligação com as crenças religiosas.

Com efeito, as “crenças”, designadamente religiosas, são um factor cuja importância tem sido notada. É certo que elas fundamentam, por vezes, a própria definição daqueles valores que a política criminal toma em consideração no contexto do movimento externo de criminalização ou de descriminalização.

Enfim, as “técnicas”, materiais e intelectuais, influenciam sem dúvida os movimentos de política criminal. E podem, nomeadamente, pelo jogo do progresso científico, provocar o aparecimento de novos valores. Assim, os actuais progressos em matéria de manipulações genéticas suscitam o esboço de um movimento de criminalização: a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa examinou, em Janeiro de 1982, um projecto de recomendação sobre as manipulações genéticas, preconizando uma modificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a fim de prever “o reconhecimento expreso do direito a um património genético subtraído a qualquer manipulação”. No horizonte da nova ética proposta podem surgir novas incriminações. O mesmo acontece com o desenvolvimento das técnicas de inseminação artificial...

O aparecimento de novas técnicas revela-se também através da modificação do *habitat*, com a urbanização galopante, a evolução do nível de tolerância do grupo social, daí o estímulo a um movimento de política criminal independente da simples influência da demografia sobre a infracção. Assim se tem observado que “desde a sua origem, a cidade apareceu como um lugar privilegiado de desenvolvimento de regulamentações” (Delmas-Marty-Saint Hilaire, 1983).

É verdade que, para lá da urbanização, o desenvolvimento técnico provoca uma nova mutação que, por si própria, desencadeará, sem dúvida, novos movimentos de política criminal: a invenção da rádio, depois, da televisão, vieram sacudir a “civilização de Guttenberg”, substituindo-a por uma nova civilização onde se esfuma a oposição entre a cidade e os campos, porque a voz e, depois, a imagem, tornam-se essenciais, como na primeira fase, a da cidade inicial. Essenciais e universais, porque o movimento se amplificou e a televisão reconstitui, à sua moda, a cidade, “cidade global” cara a Mac Luhan, global no sentido próprio de cidade única à escala do globo, onde se confundem pouco a pouco, no curso de acontecimentos com os quais todos os homens são confrontados, a grande cidade

e a pequena, a cidade e a aldeia, a cidade e o campo. Significa isto, pura e simplesmente, colocar o problema dos *media*.

2. Os *media* constituem hoje uma das estafetas essenciais entre a procura social e a resposta estadual, quer se trate de produção de leis quer da sua aplicação. Ponto de encontro obrigatório da dinâmica externa com a dinâmica interna. Ora, alguns inquéritos realizados revelam a extrema defeituosidade da informação. O relatório “Prevenir a violência” (Maio de 1980) mostra, com efeito, que um aumento global de criminalidade apenas de uma maneira muito sumária pode dar conta da insegurança sentida e que “existe, de facto, na opinião uma intolerância a respeito de certos comportamentos e uma singular indiferença a respeito de outros”.

Mais precisamente, a defeituosidade da informação releva, desde logo, da insuficiência de dados existentes sobre a aplicação das leis penais. Os poucos dados disponíveis sobre o funcionamento do sistema penal são geralmente tardios e extremamente limitados — por exemplo, não existem actualmente em França estatísticas precisas sobre condenações proferidas em matéria de delinquência económica e financeira ou em matéria de criminalidade organizada. Além disso, o próprio método de elaboração das estatísticas é objecto de críticas bastante vivas, designadamente quanto à repartição entre grande criminalidade, média e pequena delinquência.

Não se trata, evidentemente, de suprimir qualquer esforço de conhecimento estatístico mas sim de convidar a uma leitura prudente.

Precaução tanto mais necessária quanto é certo que a esta debilidade de dados existentes sobre a aplicação das leis penais se juntam ainda as dificuldades da transmissão dos dados ao público, desta vez quer se trate da aplicação das leis quer da sua produção.

As dificuldades de transmissão estão ligadas à própria organização dos *media* e ao seu carácter comercial e não científico. O grande público espera mais da imprensa o divertimento do que uma informação verdadeira e pouco lhe importam as deformações, aqui ainda numerosas e diversas: tanto a sobre-informação como a sub-informação, querida e imposta pelos poderes públicos ou espontânea, porque devida às carências da rotina jornalística ou a uma certa indiferença do público relativamente a questões muito técnicas e complexas. Ao lado destas deformações quantitativas, primeira fonte de inexactidões, também se coloca o problema da informação quantitativamente inexacta.

Não é fácil encontrar o correctivo porque o princípio, essencial em democracia, da liberdade de imprensa, proíbe qualquer intervenção governamental autoritária. É talvez possível ver um esboço de contra-informação nas campanhas conduzidas por certos grupos de pressão (associações de vítimas, grupos profissionais, tribunais de opinião, Amnesty International). Mas a verdadeira contra-informação repousa, aliás, na informação directa sobre o funcionamento do sistema penal que aparece nas variantes que integram o grupo social à resposta penal. Cada vez que um homem penetra assim no próprio interior do sistema, é-lhe dado descobrir a política criminal pelos seus próprios olhos e medir por si próprio os seus efeitos, vantagens e defeitos. Contra-informação evidentemente limitada porque toda a gente não saberia, assim, participar no funcionamento da justiça penal... a menos se desenvolvessem esses modelos de integração social (Conselho da Europa, 1982). Talvez residisse aí o arranque para a racionalização da política criminal.

II AS CONDIÇÕES DE UMA DINÂMICA RACIONALIZADA

Controlar as opções de política criminal através de uma dinâmica racionalizada é, sem dúvida, um objectivo um tanto paradoxal para os juristas se nos referirmos às observações de G. Ripert nas suas obras sobre as forças criativas do direito e às passagens que ele consagra ao “estatismo” do direito, retomadas por F. Tulkens (1983): “O direito é a formulação da ordem social estabelecida e não a representação de uma ordem futura, a defesa do presente e não a antecipação do futuro”. É precisamente a razão pela qual a primeira condição de uma racionalização das opções seria o encontro dos juristas e dos criminólogos, condição *técnica* indispensável para assegurar a racionalidade das opções principais mas simples preliminar que não pode dispensar as condições *jurídicas* igualmente necessárias.

A — As condições técnicas

No contexto da revisão dos códigos penais actualmente em curso em certo número de países, pode medir-se a distância que continua a separar, nomeadamente na Europa, juristas e criminólogos. Na sua pertinente análise dos trabalhos da Comissão belga, F. Tulkens (1983), interroga-se

“porque é que a Comissão produziu os seus trabalhos sobre uma base tão sumária, negligenciando a investigação concreta e a análise prévia das manifestações, das causas e das razões de um certo mal-estar da justiça repressiva do nosso país”, acrescentando que “se a Comissão considerou poder ou dever ater-se às simples razões adiantadas pelo Governo, impor-se-ia pelo menos analisá-las”. O mesmo no que respeita à questão dos objectivos e à da função a atribuir a um código no empreendimento da reforma do direito penal.

Trata-se, ainda, de projectos de Código e as comissões de revisão colocam a si próprias a questão, embora de modo muito sumário, da utilidade das incriminações penais criadas ou transformadas. Mas, todo um sector do direito penal encontra-se fora dos códigos, resultante da adopção de leis específicas, as mais das vezes elaboradas por comissões especializadas e praticamente impostas, de seguida, ao Ministério da Justiça, cujo peso nas negociações interministeriais permanece muito débil. Assim, a produção das leis penais suscita uma inevitável impressão de arbitrário e de incoerência.

Ora, o paralelo desenvolvimento das técnicas de avaliação das políticas sociais permite, nos países em que se começa a recorrer a investigações sobre a justiça criminal (América do Norte e, nomeadamente, nos Estados Unidos), uma certa melhoria. É certo que “o exame dos trabalhos não incita muito ao optimismo quanto à fiabilidade das pesquisas avaliadoras dos programas de política criminal” (Szabo, 1981). Entretanto, o acento é colocado no funcionamento e nas disfunções da máquina judicial e por isso mesmo torna visível toda uma categoria de dados habitualmente negligenciados aquando da elaboração das leis novas.

A título de exemplo, os programas de computador JUSSIM I e II elaborados por A. Blumsteen (1980) para gerir o sistema penal, permitem uma racionalização do sistema, oferecendo meios simultaneamente para comparar de uma jurisdição para outra, o rendimento da máquina penal e para avaliar o custo e as diversas implicações (meios materiais, efectivos humanos) de uma política criminal. Incorporando os dados relativos ao que se conhece da reiteração e da reincidência, o programa JUSSIM II tenta, mesmo, avaliar os efeitos de uma política sobre a reincidência.

Mas estas condições técnicas não passam de um preâmbulo à almejada racionalização.

Preâmbulo necessário, sem dúvida, mas insuficiente. Porque não podemos contentar-nos com uma abordagem puramente funcionalista. Não pode negligenciar-se o facto de que, em certos casos, a não-aplicação das leis penais é uma boa solução para todos, incluindo a vítima. Rege, aqui, a ideia de que, sempre que possível, mais vale desatar um conflito do que cortá-lo. Por outras palavras, melhorar o rendimento da máquina penal não é forçosamente desejável. Ainda aqui é necessário criar as condições jurídicas de uma racionalização relativamente ao aprovisionamento dessa máquina.

B — As condições jurídicas

O processo de penalização/despenalização, segundo o qual um comportamento entra no sistema penal ou dele sai é, actualmente, um dos mais deficientemente conhecidos dos investigadores e dos que decidem. Pode situar-se, com precisão, um tal movimento no tempo mas é, todavia, excepcional, que o legislador se explique claramente sobre a motivação das suas opções.

No máximo, referir-se-á ao conceito vago e impreciso de “valores fundamentais” ou “valores essenciais” da sociedade para fundamentar uma penalização de que nada permite assegurar que garanta efectivamente o respeito de tal ou tal valor. Por vezes, mesmo, nenhuma motivação aparece, como se a sanção penal fosse a única concebível, à evidência. E ocorre perguntar, quando se lêem as recentes leis em matéria de delinquência relacionada com as actividades empresariais (atentados à ordem económica e financeira, à qualidade de vida e ao ambiente, infracções no domínio das relações do trabalho), se o legislador se deu verdadeiramente conta de que criou uma incriminação penal desde o momento em que previu a aplicação de uma pena. O efeito, bem conhecido dos especialistas da criminalidade económica, é de reduzir a força dissuasiva e reprovadora

de um direito penal banalizado, ao ponto de que qualquer acto de gestão quotidiana de uma empresa pode vir a ser perseguido. Os verdadeiros comportamentos de desonestidade caracterizada são, assim, banalizados por um mesmo golpe, através do efeito de confusão habilmente mantido pelos próprios delinquentes.

Criar as condições jurídicas de uma racionalização deste movimento de penalização/despenalização, pressupõe, por isso e antes do mais, torná-lo *visível*, logo *controlável*.

Torná-lo visível implica formas particularmente impostas ao legislador quando ele procede a uma tal opção. Podemos imaginar, nomeadamente, a intervenção, no plano nacional, de um órgão especial, espécie de comissão de filtragem, cuja consulta seria obrigatória para qualquer projecto de lei que preveja a aparição ou a supressão de uma incriminação penal. Puramente consultivo, porquanto não estaria evidentemente em causa reduzir as prerrogativas constitucionais do legislador, um tal órgão poderia, não obstante, desempenhar um importante papel prático.

A título de exemplo, a Comissão de revisão do Código penal francês sugeriu a criação de um órgão desse tipo com uma dupla missão. Por um lado, interviria para dar parecer fundamentado sobre qualquer texto que previsse uma nova incriminação penal, devendo a fundamentação tornar clara a opção penal e esclarecê-la:

- por referência aos *indicadores de efectividade*, espécie de estudo de impacto compreendendo uma estimativa da frequência dos comportamentos em causa e uma avaliação das consequências prováveis da penalização pelo sistema penal (riscos eventuais da ultrapassagem da capacidade do aparelho e medidas a tomar);
- e pela referência aos *indicadores de utilidade*, devendo a proposta de criar uma incriminação ser confrontada com as finalidades do sistema penal e com as linhas directrizes da política criminal.

Em caso de parecer desfavorável, seria proposta uma formula alternativa (sanção civil, administrativa, sistema de conciliação, etc...).

Por outro lado, seria prevista a apresentação de um *relatório anual*, contendo um duplo inventário, susceptível de tornar visí-

veis as opções já tomadas e de orientar as opções ulteriores, assegurando a sequência das reformas penais:

- *inventário de efectividade* estabelecido em ligação com os ministérios interessados (infracções verificadas, perseguidas, condenações proferidas, evolução da delinquência);
- e *inventário de coerência*, destacando os critérios de penalização aplicados num e noutro texto, porquanto estes critérios revelam, através da escolha e da hierarquia dos valores protegidos pelo direito penal, uma verdadeira opção de política criminal, logo uma verdadeira opção de sociedade.

Assim se conseguiriam os meios de revelar a utilidade (ou a inutilidade) — e a efectividade do recurso ao sistema penal. Meio de evitar talvez, ou pelo menos de reduzir, o resvalar de um modelo penal liberal para um modelo de tipo autoritário ou mesmo totalitário (Delmas-Marty, 1983, a aparecer); resvalar, por vezes, muito pouco desejado e, no entanto, já em ruptura com os princípios fundamentais em vigor. Pensa-se, nomeadamente, nas recentes leis italianas de luta contra o terrorismo, tal como friamente as analisou o professor Baratta: “a produção legislativa sobre a ordem pública e o terrorismo não é, em nossa opinião, a expressão *objectiva* de um projecto ou de uma linha orgânica de política criminal oposta a uma orientação que representaria uma alternativa..., pelo contrário, por estas contradições, a legislação de excepção revela a sua natureza de simples resposta contingente, segundo os casos, a graves factos de terrorismo” (Baratta e Silbernagl, 1982). Mais precisamente, ainda, parece que a visibilidade assim conferida ao processo de penalização deveria limitar o recurso ao sistema penal como simples resposta a um acontecimento pontual, simples opção puramente conjuntural na qual a justiça penal tem sobretudo função simbólica: é o caso encarado pelo Conselho da Europa, (1980), de uma penalização, ou de uma criminalização, decididas para responder “à pressão da opinião pública ou de grupos que incitam o legislador a dominar certos fenómenos indesejáveis, quando não dispõe de nenhum meio para o fazer ou quando não quer suportar os custos assim implicados; nessas condições, decide-se a criminalizar a acção a fim de apaziguar a opinião; a operação resulta frequentemente das crenças pouco realistas, largamente expandidas na sociedade, em matéria de funcionamento do

sistema penal”. Mas a operação apenas resulta durante algum tempo. A prazo, contribui, pelo contrário, para a perda de confiança num sistema evidentemente incapaz de gerir todos os conflitos que entram na sua competência. Só o controlo do processo de penalização permite uma verdadeira estratégia de conjunto face ao fenómeno criminal.

Um *tal controlo* suporia, por conseguinte, segundo a dupla linha sugerida a propósito do órgão encarregado da racionalização das incriminações penais, a definição simultânea de *indicadores de efectividade* susceptíveis de estimar a capacidade do sistema penal para tratar o comportamento incriminado e o seu impacto sobre o comportamento e de *indicadores de utilidade* que supõem definidos os objectivos do sistema penal. Diversos estudos (L. Hulsman, 1975, Conselho da Europa, 1980) tendem a fazer revelar tais indicadores, destacando as contra-indicações à penalização (ou indicações à despenalização) formuladas através de duas séries de critérios, absolutos ou relativos. Seria, sem dúvida, muito útil que, a partir de uma reflexão sobre os objectivos do sistema penal encarado de diversos pontos de vista (evolução do direito, soluções de conflitos, influência sobre o comportamento, controlo de certa forma de poder do Estado) o debate permitisse propor tais indicadores.

A título de exemplos, e para lançar a discussão sobre este ponto, poderiam ser encaradas como *critérios de efectividade* as propostas seguintes (cf. Hulsman, acima citado):

- não deve haver penalização quando esta implicar a ultrapassagem da capacidade do aparelho;
- a penalização não deve servir de biombo a um simulacro de resolução de um problema.

Paralelamente, a noção de *utilidade* poderia ser desenvolvida a partir de um princípio de subsidiaridade do sistema penal, tal como a exprimiui, nomeadamente, o Comité canadiano da reforma penal e correcional (Fatah, 1982), segundo o qual “nenhum acto deveria ser proibido pelo direito criminal quando os imperativos sociais, diferentes do processo de justiça criminal, podem limitar suficientemente a sua incidência”. Assim, poderiam ser retidos diversos *critérios de utilidade* sugeridos pelas propostas seguintes (cf. L. Hulsman, citado anteriormente):

- a penalização jamais deve ter por primeiro objectivo a criação de um quadro que se destine a auxiliar ou a tratar um delincente (em potência) no seu próprio interesse;
- a penalização não deve atingir um comportamento que se manifeste sobretudo no seio de grupos socialmente débeis ou de grupos que são objecto de uma discriminação ou corram grandes riscos de ser discriminados;
- a penalização deve ser evitada se se tratar de um comportamento difícil de definir com precisão;
- a penalização é contra-indicada se se tratar de um comportamento que o indivíduo assume sobretudo na esfera privada.

Numa tal perspectiva, devia conduzir-se uma reflexão sobre as alternativas ao sistema penal, quer sejam de carácter étático (sanções civis, administrativas, processos de conciliação judiciária) quer social (sanções disciplinares, grupos informais de regulação de conflitos). As características destas diferentes alternativas deveriam ser examinadas com cuidado e as garantias processuais aperfeiçoadas, nomeadamente por referência ao Pacto das Nações Unidas sobre os direitos civis e políticos e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (cf. M. Delmas-Marty, 1983).

Falta ainda assegurar que tais sanções funcionem efectivamente como alternativas e não como sanções suplementares tendentes a reduzir ainda mais o espaço de liberdade.

Tudo isto é a parada daquilo que chamei um “dinâmica racionalizada.”

É de desejar que a discussão aqui desenvolvida contribua para melhorar o que jamais será — é a parte de imprevisibilidade e de dignidade do homem — totalmente dominado.

BIBLIOGRAFIA

“Associação Internacional de Direito Penal”, *Concepções e princípios do direito penal económico*, Colóquio de Friburg preparatório do XIII Congresso da A.I.D.P., Setembro de 1982, a publicar, R.I.D.P. 1983.

BARATTA, Silbernagl, “A evolução e a situação actual do terrorismo em Itália”, 10.^a jornada do Inst. Crim. de Paris, a publicar.

BOULAN, “A elaboração das leis penais pelo legislador”, in *A teoria da estigmatização e a realidade criminológica*, Aix, 1979, p. 97 e s.s.

BOURDIEU, “O senso prático”, Ed. du Minuit, 1980.

BLUMSTEIN, “Planning models for planning evaluation” in *Handbook of Criminal Justice evaluation*, Chfe Publication, 1980.

COMITÉ PEYREFITTE, “Respostas à violência”, La Documentation Française, 1977.

CONSELHO DA EUROPA, *Relatório sobre a descriminalização*, 1980; projecto de relatório sobre “a participação do público na política criminal”, 1982.

DELMAS-MARTY, “Modelos e movimentos de política criminal”, *Económica*, 1982; “Permanência ou desvio do modelo liberal de

política criminal”, Arch. Pol. Crim. n.º 6, 1983; “Processo e perspectivas da justiça penal num mundo em evolução”, Relatório Geral, Sociedade Internacional de Defesa Social, Milão, 1983, a publicar.

DELMAS SAINT-HILAIRE, “As dinâmicas da cidade”, Arch. de PC, 1983, 116.

HULSMAN, “Nova defesa social e critérios de descriminalização”, in “Aspectos novos do pensamento jurídico, colecção de estudos em homenagem a Marc Ancel”, Pedone, 1975, 19.

LEAUTÉ, “Direito penal e sociologia criminal”, Les Cours de droit, 1980/81.

MENDRAS, “Elementos de sociologia”, 1975.

MONTESQUIEU, “Cadernos”, Ed. Grasset, p. 119.

TULKENS, “A reforma do código penal na Bélgica”, Question critique, Deviance et Sociétés, 1983, a publicar.

FATTAH, “As grandes orientações da política criminal do Canadá”, H. Pol. crim., n.º 5, 1983.

SZABO, “Desvalorização das políticas criminológicas, algumas questões preliminares”, r.s.c., 1981, pág. 1 e segs.

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Direito Penal
Universic. de Autónoma de Madrid

**MÚTUA INTERACÇÃO ENTRE CIÊNCIAS JURÍDICAS
E CRIMINOLÓGICAS,
OPINIÃO PÚBLICA E DIREITO POSITIVO
FACE À EXECUÇÃO DAS PENAS DE PRISÃO**

1. Nos últimos quinze anos da história espanhola produziu-se uma notável mudança de opinião relativamente à execução das penas de prisão, tanto no âmbito científico (criminólogos, penologistas), como no próprio direito positivo (Constituição, legislação penitenciária) e na opinião pública.

Não pode determinar-se qual destes factores provocou maior influência nos restantes. Em todo o caso, deveria falar-se de uma mútua influência dos três de modo que, em determinadas ocasiões, a criminologia aparece condicionada pelo Direito positivo e pela opinião pública, ao mesmo tempo que o Direito positivo é impulsionado pela pressão social e científica, sem excluir que a própria criminologia tenha podido dirigir a opinião pública em alguma direcção concreta.

Vamos, neste trabalho, tratar de ver como as políticas e práticas sociais estão divorciadas no que se refere à execução das penas de prisão.

2. A pena privativa de liberdade implica a supressão da liberdade de uma pessoa por determinado tempo, em proporção à gravidade do facto e à culpabilidade do autor, supressão de liberdade que se impõe por razões de utilidade.

Preocupa-me a importância que se volta a dar, cumprindo os desígnios fatais de uma história cíclica e repetitiva do pensamento penal, à ideia de prevenção geral e de ressocialização do delinquente, ao ponto de querer privar a pena de qualquer conteúdo de “castigo” e de “proporção” com a culpabilidade, convertendo-se os princípios de intimidação ou de ressocialização na *essência* de pena privativa de liberdade e não em simples fins da mesma.

Começarei por fazer algumas reflexões sobre o tratamento penitenciário como eixo de uma nova concepção monista — preventista da pena, para terminar referindo-me às modernas tendências de prevenção geral.

3. No direito penal moderno, uma linha humanitarista e bem intencionada pretende polarizar o sentido da reacção jurídico-penal (pena e medida de segurança) no “monismo preventista”, que gira em torno da ideia de tratamento penitenciário.

Não há nada de mais prejudicial para uma construção intelectual do que não ser consciente das suas próprias limitações e é indubitável que o moderno conceito de tratamento tem e deve ter as suas limitações (M. BAJO, 1983).

A *primeira limitação* procede do princípio de proporcionalidade que obriga a impor a sanção em função da gravidade do facto e da culpabilidade do autor. Esta exigência pode, de algum modo, funcionar em sentido contrário do próprio tratamento, uma vez que este, para efeitos de ressocialização do recluso, necessita de um tempo de permanência na prisão superior ao consentido pelo princípio de proporcionalidade.

Se se pretende, com o humanitário fim de corrigir o delincente, aumentar o período da sua estadia no estabelecimento penitenciário, está-se, como adverte CÓRDOBA (1970), a castigar o indivíduo por possuir uma determinada personalidade, espezinhando elementares princípios garantes da liberdade individual.

A *segunda limitação* do moderno conceito de tratamento está ligada à necessidade da concorrência do consentimento do internado. É bem sabido que a eficácia do tratamento depende necessariamente da atitude que o recluso mantenha, de sorte que a recusa total de qualquer medida reeducadora deitará por terra o mais sofisticado dos tratamentos.

Embora tanto a doutrina penitenciarista como a legislação espanhola se inclinem para admitir exclusivamente um tratamento consentido pelo internado, não vejo que seja possível um tratamento penitenciário não coactivamente imposto, o que, por si mesmo torna repudiável (M. BAJO, 1983).

A *terceira limitação* desta concepção preventiva da pena procede da impossibilidade de explicar que sentido tem impô-la aos delinquentes que não carecem de reeducação (delincente ocasional, delincente por convicção, delincente “de colarinho branco”, delincente político, etc.); ou que não podem ser readaptados (psicopatas, oligofrénicos profundos, etc.),

sem contar com os que, pura e simplesmente, se negam a qualquer tratamento reeducador.

Pois bem, uma concepção da pena baseada em considerações de prevenção especial que não tenha em conta estas três limitações (duração determinada pela gravidade do facto e da culpabilidade do autor, consentimento do internado para submeter-se ao tratamento reeducador, impossibilidade de explicar de modo global todas as penas privativas de liberdade), envolveria uma lógica perigosa para o exercício das liberdades individuais e ideologicamente reaccionária.

As teses que concebem a pena privativa de liberdade como medida ressocializadora adquiriram pujança em Espanha em certos sectores, que influenciaram directamente a redacção da Constituição espanhola de 1978 e a Lei Geral Penitenciária de 1979. E assim, o artigo 25.º, 2, da primeira, estatui que “as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança serão orientadas para a reeducação e reinserção social”. Esta mesma finalidade é atribuída pela referida Lei Geral, no seu artigo 1.º, às instituições penitenciárias (“As instituições penitenciárias reguladas na presente lei têm como fim primordial a reeducação e a reinserção social dos sentenciados a penas e medidas de segurança privativas de liberdade, assim como a retenção e custódia dos detidos, presos e condenados”).

A meu ver, foi um erro incluir na Constituição uma referência ao sentido da pena, sobretudo se se tiver em conta que ela não contém nenhuma outra referência a esse respeito, o que permite concluir que, a nível constitucional, se quer conceber a pena essencialmente como uma medida reeducadora. Aos perigos que qualquer concepção de prevenção especial reveste, e aos que anteriormente fiz referência, acresce, neste caso, o facto de o artigo 25.º, 2, da Constituição ter um aditamento cuja inclusão foi devida ao voto particular, emitido durante a discussão parlamentar do Projecto da Constituição, do grupo parlamentar socialista, e que reza assim: “o condenado ... gozará dos direitos fundamentais ... com excepção dos que sejam expressamente limitados pelo conteúdo da decisão condenatória, o sentido da pena e a lei penitenciária”.

Pois bem, com esta disposição fica resolvida, de uma penada, a polémica mantida entre os penitenciaristas sobre se o tratamento reeducador deve ser voluntário ou obrigatório.

Com efeito, o internado carece dos direitos expressamente *limitados pelo sentido da pena*, como dispõe o artigo 25.º, 2, da Constituição e o

repete o Regulamento penitenciário (artigo 3.º, 2); pelo que, sendo o sentido da pena o de que ela é medida reeducadora, não poderá o internado opor-se ao tratamento.

É evidente, pois, que esta concepção da pena e a sua inclusão na norma constitucional, podem servir de base para a concessão à Administração penitenciária de intoleráveis possibilidades de manipulação do indivíduo, dado que é a própria Administração quem define o “modelo social”, sobre que gira o tratamento rehabilitador. Este risco só pode evitar-se interpretando de outra maneira o texto constitucional, como já tive ocasião de sublinhar (M. BAJO, 1983).

4. Está-se desenvolvendo, na doutrina espanhola, uma teoria da pena, ainda insuficientemente elaborada, que faz girar o sentido da pena em torno do princípio de prevenção geral.

Segundo esta posição — fundamentalmente seguida por GIMBERNAT, MIR PUIG e LUZÓN PENA — a função primordial da pena é a de motivar nos indivíduos os comportamentos desejados, inibindo as tendências anti-sociais e estimulando os comportamentos valiosos (Vid. M. BAJO FERNANDEZ, 1977). A sobrevalorização desta função conduz a cifrar no efeito de inibição da pena o seu próprio fundamento.

Para GIMBERNAT, a culpabilidade não é o fundamento da pena, a culpabilidade não é reprovabilidade (1971). Nega toda a ideia de censura pela impossibilidade de demonstrar a existência do livre arbítrio. SANTIAGO MIR (1971) é muito claro neste sentido, quando diz: “O Direito Penal, e com ele a pena, não se fundam na liberdade (não se castiga porque existe a liberdade, mas pela necessidade da prevenção penal em ordem à Sociedade). A irresponsabilidade do inimputável justifica-se, então, pela sua inacessibilidade ao efeito inibitório do castigo. Consequentemente, a pena é uma amarga necessidade, para os seres imperfeitos que são os homens”.

Esta concepção, sobretudo na formulação expressa por LUZÓN, que coloca na base da pena a prevenção geral entendida como intimidação geral e prevalectimento da ordem jurídica (p. 35), defronta-se com o difícil problema que toda a ideia defensiva ou preventista postula: a tendência para a extralimitação, justificando toda a espécie de repressão desmedida.

5. A realidade da pena privativa de liberdade em Espanha mantém duas constantes. A primeira é referente à exagerada relevância dos delitos

contra a propriedade, no conjunto, de modo que tanto pelo número dos delitos perseguidos pelos tribunais como pelo número de reclusos, os mesmos representam quase 50% de toda a delinquência, ultrapassando, inclusive, os delitos do tráfico automóvel.

A segunda refere-se à enorme importância dos presos preventivos que, em certas ocasiões, é superior em número ao dos presos condenados. Esta situação, que constitui um mal quase endémico, pode ter a sua origem no sistema processual continental de origem napoleónica, acompanhado de particularidades próprias da Administração da Justiça espanhola.

No que se refere aos presos preventivos a realidade é que sempre giram ao redor de 50% do total da população reclusa. A situação dos presos preventivos em Espanha tem sido duramente criticada pela opinião pública.

Como quer que seja, é imprescindível ter em conta que a enorme cifra da prisão preventiva em Espanha não significa uma maior repressão do Direito penal espanhol mas sim uma certa desordem na Administração da Justiça. Neste sentido, convém recordar que a população reclusa espanhola é das mais baixas no contexto mundial. A este respeito é significativo que naqueles países em que muito provavelmente há menor volume de presos preventivos, como seria o caso dos Estados Unidos ou da Suécia, o índice de população reclusa é desmedidamente elevado.

Segundo parece, os altos índices de presos preventivos existentes em Espanha têm que ver com o sistema processual. Isto foi posto em relevo num excelente estudo de ELIAS CARRANZA (e outros, 1982), no qual se tratava de indagar a prisão preventiva nos países latino-americanos que seguiam o sistema penal anglo-saxónico e os que seguiam o sistema continental europeu. Não obstante, é de inusitada importância salientar o facto de que também ELIAS CARRANZA pôde verificar que nos países, como a Espanha, que têm um elevado índice de presos preventivos, o *total* de presos é inferior ao daqueles países que, seguindo o sistema penal anglo-saxónico, têm mais presos condenados do que na situação de preventivos.

Certamente que a vontade de mudança que se produziu a todos os níveis na sociedade espanhola, sobretudo a partir da Constituição de 1978, há-de dar frutos importantes na realidade das prisões.

6. Uma série de acontecimentos servir-nos-á para analisar a opinião pública espanhola relativamente à execução das penas preventivas de liberdade.

Tais acontecimentos são:

1. A amnistia concedida em 1977 aos terroristas do grupo ETA, que provocou uma intensa leva de motins carcerários;
2. A continuação do fenómeno terrorista ETA e GRAPO para além da morte do ditador FRANCO, na vigência de uma Constituição democrática de amplo apoio popular, com governos liberais ou socialistas e quando se está construindo um novo Estado regional (Estado das Autonomias) sobre o qual recaem os olhares de outros muitos países europeus que, de forma real ou latente, também têm problemas com minorias regionais;
3. Um evenenamento maciço por adulteração de óleo de colza de origem francesa que produziu, em 1981, cerca de 400 mortos;
4. A tentativa de golpe de Estado realizada por um Chefe da Guarda Civil, TEJERO.

Os acontecimentos que acabamos de assinalar revestem importância suficiente para provocar uma reacção social significativa, na qual pode analisar-se que pena de prisão quer e deseja a comunidade.

O tratamento terrorista, do ponto de vista da execução das penas privativas de liberdade, demonstra um alto grau de prevenção especial na política criminal governamental. Em definitivo, trata-se de poder recuperar o delinquente. Começou-se por negociar com a ETA, outorgando uma ampla amnistia em 1977, procurando que os terroristas bascos da ETA cumprissem as suas penas de prisão no próprio país basco, para acabar por estudar, na actualidade, fórmulas para encorajar a renúncia à luta por parte dos membros dos ditos grupos terroristas e a concessão de prerrogativas penitenciárias aos arrependidos. Pois bem, não há dados que permitam afirmar que estas medidas preventivas especiais sejam rejeitadas pela opinião pública espanhola. Bem pelo contrário, os meios de expressão da opinião pública revelam conformidade com as medidas que tratam de erradicar o terrorismo pela via da recuperação social dos indivíduos que constituem os grupos ou bandos armados.

Esta inclinação para as medidas de prevenção especial não impede que se admita também o tratamento repressivo do terrorismo, a nível legis-

lativo. Em definitivo, para a opinião pública, as penas a aplicar ao terrorismo são entendidas como castigos retributivos, cuja aplicação deve atender a objectivos preventivo-especiais.

O envenenamento maciço por adulteração de óleo de colza de origem francesa provocou manifestações muito claras de alguns sectores da opinião pública em favor de uma pena concebida a partir de postulados de prevenção geral. Com efeito, as associações de consumidores e, em particular, as associações criadas *ad-hoc* para a defesa dos interesses das vítimas, pronunciaram-se a favor de dois objectivos fundamentais: em primeiro lugar, a satisfação da vítima pela via da indemnização e a reparação do dano a cargo dos responsáveis e, em qualquer caso, do próprio Estado.

Em segundo lugar, a favor de uma pena exemplar. Neste sentido, é significativa a atitude das vítimas que pressionam severamente para que se matenha a prisão preventiva das pessoas processadas, independentemente da prova ou não da adulteração, e para que se mantenha uma perseguição do Ministério Público dirigida a uma ampla gama de pessoas, com severidade, solidez e sem medidas de contemplação. Dois dados corroboram esta atitude.

Por um lado, os enérgicos protestos pelo facto de a colocação em liberdade de um dos processados ter permitido a sua fuga para o estrangeiro. Por outro, a pública ameaça de deduzir uma querela criminal contra o Ministério Público, com acusações de prevaricação, nos casos em que informou favoravelmente as petições de liberdade apresentadas pelas defesas dos acusados.

Nesta atitude de dureza, na qual se pretendem esquecer voluntariamente os direitos que qualquer pessoa tem à presunção de inocência e a uma justiça serena, objectiva e não manipulada, digo que, nesta dureza há-de perceber-se não tanto o desejo de uma pena justa (sentido retributivo da pena) como o de uma pena exemplar (prevenção geral). A razão é clara. O sentido retributivo da pena exigirá um procedimento com as garantias suficientes para determinar a culpabilidade do réu o sentido retributivo de pena é, pois, em princípio, contrário à prisão provisória.

A exigência da prisão provisória, manifestada por parte dos afectados pelo envenenamento, sem atender a outras considerações de prudência processual, ao ponto de pressionar o Ministério Público com a ameaça de uma querela criminal, por prevaricação, se informar favoravelmente uma petição de liberdade, põe em relevo que, para eles, a pena deve ter, no

caso, um claro sentido de exemplaridade ou de intimidação (prevenção geral).

Em qualquer caso, a prevenção especial, entendida no sentido humanitarista de recuperação do delinquente ou de ressocialização do mesmo, é totalmente alheia à opinião pública neste suposto acontecimento delictivo.

As coisas mudam, certamente, de figura, se entendermos a prevenção especial como neutralização ou inocuização do delinquente, na medida em que o desejo de que permaneça na prisão possa ter, também, esse sentido de impedir a recaída no delito, mediante um adequado controlo que implica a perda da liberdade.

Em jeito de conclusão, interessa destacar que a exigência de castigo para os processados, com a finalidade de conseguir essa exemplaridade de que falamos, ainda que à custa do não cumprimento dos princípios processuais liberais que garantam a inocência ou os demais direitos elementares do cidadão, constitui um exemplo evidente da manipulação do indivíduo que qualquer concepção preventista e, em particular, a prevenção geral, comporta, com o conseqüente atentado à dignidade pessoal. Independentemente de ser ou não culpado, pretende-se que alguém “expie” um castigo para a satisfação dos lesados e para exemplaridade de terceiros.

No que respeita ao frustrado golpe de Estado de 23 de Fevereiro de 1981, é evidente que, aos olhos da opinião pública a pena, neste caso, não desempenha qualquer papel em ordem à reeducação ou reinserção social do condenado (prevenção especial). Só a ideia de justo castigo relativa à gravidade do facto (retribuição) e a ideia da necessidade de defender a democracia face aos seus inimigos fascistas, explicam o sentido da pena que a opinião pública deseja para os autores do facto. Bastaria para confirmar este dado o facto de as penas impostas (ainda não definitivas, por existir um recurso perante o Supremo Tribunal) serem de especial severidade já que atingem, no caso, os trinta anos de privação de liberdade.

Sem embargo, *ninguém* discute a oportunidade de pena tão severa, quer dizer, admite-se como óbvio que a gravidade do delito e a necessidade de defesa da democracia exigem uma pena dessa dimensão. Inclusive aqueles que simpatizam com os fascistas apelam à desculpa dos processados por concorrer “estado de necessidade” ou uma pretensa “obediência hierárquica”, mas a ninguém ocorreu queixar-se ou lamentar-se da severidade da pena. É evidente que uma pena com estas características é aceite por todos como ameaça abstracta para esta classe de delitos, mas não em função da necessidade de reinserir ou recuperar socialmente o condenado e

que resultaria grotesco utilizar uma pena de trinta anos de marginalização da sociedade (prisão) com o fim de lograr uma adequada reinserção na mesma. Uma pena com estas características aprova-se exclusivamente pelo sentido que adquire a partir da óptica da retribuição ou da prevenção social.

Vimos, pois, como face a certas figuras delictivas, a opinião pública concebe a pena totalmente à margem da ideia de prevenção especial.

Não obstante, face à delinquência tradicional, sobretudo face aos crimes contra a propriedade, entendo que a opinião pública só quer entender a pena a partir de uma óptica de prevenção especial. A concepção humanitária da pena como medida reeducadora, aparece aplaudida e mantida colectivamente quando se trata dos tradicionais delitos contra propriedade. A este propósito, pode considerar-se significativo um inquérito efectuado pelos Departamentos de Direito Penal e de Sociologia da Universidade Autónoma de Madrid, em 1978. O valor que damos a este inquérito não passa de uma simples áchega para confirmar o que, de outras perspectivas, parece confirmado. Quer dizer que a opinião pública atende a considerações humanitaristas de prevenção especial quando se trata de impôr penas a delinquentes contra a propriedade ou outros casos de delinquência tradicional ou comum.

O inquérito efectuou-se sobre uma população de cerca de 40 000 alunos da Universidade Autónoma de Madrid, com 1 043 entrevistas que oferecem uma margem de confiança de 95,5% + 3% de margem de erro.

Trata-se de uma população muito jovem, de formação católica, de classe média, destacando os que nasceram na capital no seio da uma família de formação universitária.

Do conjunto do inquérito extrai-se uma visão humanitária da pena de prisão. Os jovens inquiridos, católicos e de esquerdas, respondem a perguntas de carácter genérico em função da sua ideal concepção do homem e da sociedade e, em conformidade, entendem que a pena de prisão deve corresponder, não à ideia de castigo mas à ideia de prevenção especial (meio de reforma, reeducação, inserção social). Esta atitude bondosa, humanitária, quase rousseauiana, é mantida muito coerentemente, face a perguntas, quando se trata de delinquentes contra a propriedade, face aos quais não duvidam em manter relações íntimas de convivência e face aos quais não existe temor ou rejeição. Defendem a despenalização dos delitos contra a propriedade na medida em que entendem que não devem ser castigados com prisão mas sim com a obrigação de reparar o dano e, por

outro lado, entendem que os delitos contra a propriedade resultam mais das injustiças sociais do que de outras razões derivadas da própria má vontade do indivíduo.

Apesar disso, essa visão da pena de prisão como medida reeducadora, de preferência a castigo, que aparece nas respostas às perguntas de carácter genérico, não se mantém quando se desce a situações delictivas mais concretas, salvo no já assinalado caso dos delitos contra a propriedade. Com efeito, a atitude face aos delitos económicos, ao terrorismo ou aos crimes sexuais é mais indicativa de uma concepção da pena como castigo ou como meio de intimidação do que como medida reeducadora.

7. Conclusões

Neste trabalho tratámos de apresentar as relações entre a criminologia, entendida em sentido amplo, a opinião pública e o Direito político face à prisão. Quer dizer, trata-se de fazer um estudo comparativo entre a criminologia, a política social relativa à execução das penas de prisão e a realidade destas.

Pois bem, neste estudo referido às políticas e práticas sociais em Espanha, referidas à pena de prisão, podemos extrair as seguintes conclusões:

1. As correntes humanitaristas referidas principalmente aos comportamentos delictivos tradicionais (delitos contra propriedade), manifestam-se numa evidente direcção de prevenção especial. Em muitos casos não se considera adequada a pena de prisão e quando ela se admite, concebe-se como medida reeducadora e de reinserção social.

Esta opinião pode detectar-se a nível de opinião pública e coincide com posições preventivas adoptadas por sectores científicos.

Pois bem, este entendimento tem tido notável influência na política criminal espanhola.

Fundamentalmente a partir da Constituição Espanhola de 1978, condicionando também a legislação penitenciária posterior.

Esta política criminal orientada para objectivos de prevenção especial carece de uma prática satisfatória, derivada da falta de meios instrumentais adequados e do fracasso implícito que qualquer objectivo de prevenção especial envolve segundo a experiência a nível mundial.

2. A nível científico adquire força na literatura espanhola uma posição que pretende conceber a pena de prisão a partir da prevenção geral. Não pode dizer-se que esta posição científica tenha influido na política criminal espanhola, porquanto não é possível encontrar um caso legislativo em que se haja castigado com pena de prisão uma conduta, com o fim exclusivo de intimidar a generalidade ou o de fazer prevalecer o ordenamento jurídico.

Sem embargo, esta posição é coincidente com posições populares face a determinadas formas de criminalidade. O caso do envenenamento com óleo de colza de origem francesa é suficientemente representativo das tendências de exemplaridade que, em certos casos, suscitam alguns comportamentos delictivos e também pudemos comprovar os efeitos que essa postura encerra.

3. A oposição entre retribuição e prevenção começou a perder sentido a nível científico. Um sector doutrinal entende que a Constituição espanhola de 1978 obriga a conceber a pena com o triplo sentido de retribuição, prevenção geral e especial. Diz-se que, apesar de o artigo 25.º se referir penas à prevenção especial, a referência do artigo 1.º ao Estado social e democrático de Direito obriga a ter em conta os fins retributivos e de prevenção geral.

Neste sentido pôs em relevo BACIGALUPO (1980) que é cada vez mais clara a tendência para fundamentar a exigência da culpabilidade em razões de prevenção, fundamentalmente geral, posição que definitivamente adoptou MUÑOZ CONDE (1982) ao conceber a culpabilidade “em referência aos outros”, não como fenómeno individual mas social, já que é a correlação de forças sociais que define os limites do culpável ou inculpável, aspecto por onde há-de entrar a ideia de prevenção geral.

Na realidade, a oposição entre retribuição e prevenção perde sentido nos termos em que, até agora, tem sido colocada. A única coisa aceitável é admitir que entre retribucionistas e preventistas só há uma diferença de atitude e de mentalidade.

Assim, com efeito, diz-se que os primeiros se defrontam com a pena olhando para trás, para o crime cometido, para o dano produzido e para a necessidade de o reparar. Os segundos, pelo contrário, olham para o futuro, calibrando as consequências da pena em ordem ao objectivo de eliminar juízos apriorísticos, logrando bem estar social e uma maior confiança na Justiça. Os retribucionistas tendem a apelar para grandes ideias e valores, enquanto os preventistas tendem a utilizar o dado sociológico, os fins de utilidade com uma evidente aproximação à realidade.

Tanto na opinião pública como no Direito positivo como nas práticas sociais, pode ver-se corroborada esta tendência científica que trata de eliminar o confronto estéril e de verificar a realidade das três funções tradicionais da pena: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

- A. No que se refere à opinião pública podemos comprovar que, face a delitos de terrorismo ou envenenamento colectivo, combinam-se fins retributivos com preventivos.
- B. No que toca ao Direito positivo é evidente e assim se reconhece, salvo muito escassas excepções, o carácter retributivo que outorga à pena, como se deduz do artigo 2.º do Código Penal. A prevenção especial é expressamente reconhecida no artigo 25.º da Constituição e na legislação penitenciária. A prevenção geral manifesta-se no tratamento da reincidência e nalguns delitos específicos, cuja gravidade depende de um alto grau estatístico de comissão (delito de incêndio de florestas e delito de roubo ou de furto de veículos com motor).
- C. No que respeita às práticas sociais, utiliza-se cada uma das concepções da pena segundo os fins que se prosseguem em

cada caso. Assim, por exemplo, o governo socialista, consciente de que as penas previstas para os delinquentes contra a propriedade são excessivas e respondem a uma mentalidade décimonónica, pretende diminuir as penas previstas para estes delitos e os módulos da prisão provisória com o fim de obter resultados em ordem à prevenção especial (reinserção social).

Não obstante, o próprio Governo, através do Ministério Público, mantém posições que só se explicam através da exemplaridade e da retribuição, no que respeita ao processo dos militares do fracassado golpe de Estado de 1981 e ao processo de envenenamento colectivo por óleo de colza de origem francesa. Com efeito, no primeiro caso mantém o Ministério Público recursos ante os tribunais superiores com petição de penas mais severas; e, no segundo, impediu-se de forma cortante uma política anterior de benignidade para com os processados.

ALESSANDRO BARATTA
*Professor da Universidade do Sarre,
Sarrebruck*

**SOBRE A CRIMINOLOGIA CRÍTICA
E SUA FUNÇÃO
NA POLÍTICA CRIMINAL**

1. A etiqueta “criminologia crítica” refere-se a um domínio bastante vasto e não homogêneo de discursos que, no quadro do pensamento criminológico e sociológico — jurídico contemporâneo, têm de comum uma característica que os distingue da criminologia “tradicional”: a nova maneira de definir o objecto e os próprios termos da *questão criminal*. A diferença é, também e sobretudo, uma consequência do que, para utilizar a nomenclatura de uma recente teoria das “revoluções científicas” (Kuhn, Th. S., 1962), pode ser definido como uma “troca de paradigmas” introduzida na moderna criminologia.

Na base do paradigma etiológico a criminologia é a ciência das causas da criminalidade. Este paradigma, com o qual nasceu a criminologia positivista no fim do século passado, permanece na base de toda a criminologia “tradicional”, mesmo das suas correntes mais modernas que, à questão sobre as causas da criminalidade, forneceram respostas diferentes das de ordem antropológica e patológica do primeiro positivismo e que, em parte, nasceram da polémica com este (teorias funcionalistas, teorias ecológicas, teorias multi-factoriais, etc.).

O paradigma etiológico pressupõe uma noção *ontológica* da criminalidade, entendida como um dado pré-constituído às definições e, por isso, também à reacção social, institucional ou não-institucional que tais definições põem em causa. Deste modo, ficam de fora do objecto da reflexão criminológica as normas jurídicas e sociais, a acção ds instâncias oficiais e,

mais genericamente, os mecanismos institucionais e sociais através dos quais se realiza a definição de determinados comportamentos e de determinados indivíduos como “criminosos” bem como a reacção social respectiva.

A pretensão da criminologia tradicional, de proporcionar uma teoria das condições (ou causas) da criminalidade não tem justificação do ponto de vista epistemológico. Uma investigação das causas não é aplicável a objectos definidos por normas, convenções ou avaliações sociais e institucionais (Mac Iver, R. M., 1942, pág. 88). Aplicando a objectos deste tipo um saber causal — naturalista produz-se uma “coisificação” dos resultados dessas definições normativas tomando-os por “coisas” que existem independentemente destas. A “criminalidade”, os “criminosos” são, sem dúvida, objectos deste tipo. E são impensáveis sem a intervenção de processos institucionais e sociais de definição, a lei penal, a sua aplicação por parte das instâncias oficiais, as definições e as reacções não institucionais (¹). A este propósito, deve sublinhar-se o carácter fragmentário de tais definições. Elas separam fragmentos de classes de fenómenos sociais homogéneos reagrupáveis, por exemplo, em função da mesma negatividade social, quer dizer, da ofensa aos mesmos bens ou interesses de importância social (Baratta, A. 1983). Num livro a publicar proximamente Ch. Debuyst (1983) sublinha que, contra a pressuposição durckeiniana de que parte a criminologia tradicional, o desigual tratamento de situações e de sujeitos iguais no processo social de definição da “criminalidade”, responde a uma lógica de relações assimétricas de distribuição do poder e dos recursos da sociedade. A impossibilidade de uma investigação causal sobre um objecto definido de modo tão fragmentário como a criminalidade havia já sido indicada na observação de D. Chapman (1968, pág. 3) no sentido de que, paralelamente a todos os comportamentos proibidos, existem muitos outros (socialmente) idênticos, que são avaliados de maneira neutra quando não são mesmo permitidos.

A coisificação da criminalidade produzida pela criminologia etiológica comporta, como reverso da medalha, uma grave consequência: os

(¹) Sobre a noção de criminalidade no senso comum, também relativamente a uma investigação sobre “reacção social à criminalidade com particular referência do sector não institucional” (sob a dir. de A. Baratta, G. Smaus, F. Sack) cf. a monografia de G. Smaus (1981).

elementos da construção da teoria da criminalidade são adquiridos através da simples observação de uma parte dos fenómenos em causa e é justamente esta parte que é seleccionada pelos mecanismos institucionais e sociais de definição, os quais, segundo a hipótese de que parte a criminologia etiológica, deveriam ser indiferentes para a existência do seu objecto de investigação.

A introdução do *labelling approach*, sobretudo devida à influência de correntes de origem fenomenológica (como o interaccionismo simbólico e a etnometodologia), na sociologia da desviância e do controlo social, e de outros desenvolvimentos da reflexão sociológica e histórica sobre o fenómeno criminal e sobre o direito penal, determinaram, no seio da criminologia contemporânea, uma troca de paradigmas mediante a qual esses mecanismos de definição e de reacção social vieram ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objecto da investigação criminológica. Constituiu-se, assim, um paradigma alternativo relativamente ao paradigma etiológico, que se chama, justamente, o paradigma da “reacção social” ou “paradigma da definição”.

Na base deste *novo* paradigma, a investigação criminológica tem tendência para se deslocar das causas do comportamento criminal em direcção às condições a partir das quais, numa dada sociedade, as etiquetas da criminalidade e o estatuto do criminoso são atribuídos a comportamentos e a sujeitos, e para o funcionamento da reacção social informal e institucional (processo de criminalização).

Mesmo na sua estrutura mais elementar, o novo paradigma implica uma análise dos processos de definição e de reacção social, que se estende à distribuição do poder de definição e de reacção numa sociedade, à desigual distribuição desse poder e aos conflitos de interesses que estão na origem desses processos. Quando, ao lado da “dimensão da definição” esta “dimensão do poder” (cf. Keckeisen, W., 1976, pág. 29 ss.) é suficientemente realizada na construção de uma teoria, estamos em presença do mais pequeno denominador comum de todo esse pensamento que podemos alinhar sob a denominação de “criminologia crítica”.

A simples introdução do *labelling approach* numa teoria da criminalidade não basta para a qualificar. Os alibis teóricos e práticos ligados ao

emprego do *labelling approach* no interior de contextos teóricos subjectivistas e idealistas (como o interaccionismo simbólico e a etnometodologia), foram amplamente denunciados numa crítica “de esquerda” (2), em parte de inspiração marxista, que se desenvolveu entre outras também a partir de posições teóricas caracterizadas por uma radical realização do paradigma da reacção social. Os principais resultados da crítica “de esquerda” ao *labelling approach* foram depois acolhidos pela criminologia crítica e fazem parte dos pontos de vista “acordados desde o início” para os fins do seu ulterior desenvolvimento.

A crítica “de esquerda” denunciou, em particular, três efeitos mistificadores possíveis, próprios do emprego do *labelling approach* num contexto idealista:

- a) avaliar a criminalidade e a desviância como o resultado do processo de definição pode provocar, num tal contexto, o escamotear de situações socialmente negativas e de sofrimentos reais que, em numerosos casos, podem ser considerados como o *ponto de referência objectivo* das definições;
- b) fazer derivar do reconhecimento dos efeitos estigmatizantes da pena e de outras intervenções institucionais a tese da “radical não-intervenção”, significa criar um alibi para as intervenções socialmente adequadas e justas;
- c) concentrar a investigação sobre certos sectores de desviância e de criminalidade sobre os quais se concentram deveras, com o seu

(2) Com o termo “de direita” podem qualificar-se as críticas ao *labelling approach* que entram em posições orientadas para uma restauração do modelo tradicional de criminologia e para a conservação do actual sistema penal, empenhadas em defender os dois contra a crise de legitimidade científica e política que os afecta. Podem chamar-se críticas “de esquerda” às que fazem parte do discurso que, contrariamente, tendem a conduzir essa crise até às suas consequências radicais, numa perspectiva científica e política que adopta o ponto de vista do interesse das classes subalternas.

É grande a diferença entre os dois tipos de crítica: a crítica “de direita” tem tendência para negar o *labelling approach* voltando atrás relativamente à sua introdução na teoria da desviância e da criminalidade. Uma crítica correcta “de esquerda” é, na minha opinião, aquela que tende a ir mais longe que o *labelling approach*, através do *labelling approach*. Para alguns dos principais exemplos desta crítica ao *labelling approach*, cf. Gouldner A., (1968); Liazos A., (1972); Thio A., (1973); Keckeinsen W., (1976).

funcionamento socialmente selectivo, os processos de etiquetagem e de criminalização (as franjas mais débeis e mais marginais do proletariado urbano), pode contribuir para a consolidação do estereotipo dominante da criminalidade e da desviância com o comportamento *normal* desses grupos sociais e desviar a atenção dos comportamentos socialmente negativos dos “colarinhos brancos” e dos poderosos.

No seio da criminologia crítica estão em curso, desde há algum tempo, tentativas de desenvolvimento de uma teoria materialista de situações e de comportamentos socialmente negativos e da criminalização. Uma tal teoria materialista caracteriza-se pelo facto de ligar os dois termos da questão criminal, as situações socialmente negativas e o processo de criminalização, às relações sociais de produção e, no que concerne à nossa sociedade, à estrutura do processo de valorização do capital.

A recente discussão que igualmente se verificou no interior do marxismo sobre estes assuntos tem, a meu ver, mostrado que mesmo uma teoria materialista que se refere de maneira não dogmática aos ensinamentos de Marx, pode operar com uma correcta e radical aplicação do novo paradigma criminológico sem cair em mistificações de emprego idealista do *labelling approach* (Keckeisen W., 1976, págs. 121 e ss.); ela pode denunciar e ultrapassar este uso idealista sem por isso chegar a utilizar uma concepção ontológica ou naturalista da criminalidade ou quedar-se ao nível do *sensu comum*.

2. A “racionalidade” como critério para fundamentar teoricamente a política criminal e a reforma penal, pode significar duas coisas distintas. Pode significar um critério tecnológico e pragmático que se exprime pelos termos de “praticabilidade” e de “eficácia”. Neste caso parece-me que seria melhor falar de “racionalização”, quer dizer de ajustamentos do sistema que deixam intacta a estrutura do conjunto, com vista a um melhor funcionamento. Aqui, “racionalidade” indica o resultado a prosseguir. O modelo de ciência social que corresponde a esta concepção de racionalidade é um modelo tecnológico.

É esse o modelo da criminologia tradicional, quer dizer, da criminologia etiológica que, neste sentido, deve ser considerada como uma ciência auxiliar tanto do direito como da política criminal oficial.

Qual é, então, o conceito de racionalidade que deve estar na base de uma estratégia *radical* de reforma (política criminal alternativa) e do modelo de ciência social correspondente? Diferentemente da *razão tecnológica*, que é sobretudo um ponto de chegada da prática, a *razão crítica* é sobretudo um ponto de partida da teoria. Não é uma norma para a acção mas uma norma do pensamento e, ao mesmo tempo, lei e lógica do real. Mas o real, a *realidade social* é um movimento: a sua lógica, isto é, o modelo de racionalidade que nos permite compreendê-la, não é a lógica estática que corresponde ao princípio da não contradição e sim a lógica dinâmica que é a lógica da contradição, *dialéctica*. Uma das principais conquistas do pensamento moderno é justamente haver formulado esta lógica da contradição, a dialéctica, como *ratio essendi* ao mesmo tempo como *ratio cognoscendi* da realidade. A teoria social de Marx e muitas orientações entre as mais fecundas do pensamento histórico e sociológico contemporâneo têm por base essa lógica.

Se chegarmos à conclusão de que os princípios estruturais e funcionais necessários para organizar cientificamente o conhecimento do sistema penal são *opostos* aos que por ele mesmo são declarados, então, partindo de um conceito dialéctico de racionalidade, excluiremos que esta contradição entre os princípios declarados e o funcionamento real do sistema seja um caso devido ao azar, um acidente da sua realização, imperfeita como tudo o que é humano. Não consideramos a imagem ideal proposta pelo próprio sistema unicamente como um *erro* da parte dos operadores e do público, mas atribuímos-lhe o estatuto de uma *ideologia*. Esta ideologia penal devém uma parte integrante do objecto de uma análise científica do sistema penal. O funcionamento do sistema não se realiza *não obstante* mas *através* desta contradição. Ela é um elemento importante, como outros elementos do sistema, para assegurar a realização das funções que tem no interior do conjunto da estrutura social (cf. Baratta A., 1982).

O elemento ideológico não é contingente mas sim inerente à estrutura e ao modo de funcionar do sistema penal, tal como este, mais em geral, é inerente à estrutura e ao funcionamento do direito abstracto moderno. A forma da mediação jurídica das relações de produção e das relações sociais na sociedade capitalista moderna (o direito igual) é *ideológica*: o funcionamento do direito, com efeito, não serve para produzir a igualdade mas para produzir e manter a desigualdade. Ele concorre para assegurar,

reproduzir e mesmo legitimar (sendo esta última uma função essencial para o mecanismo de reprodução da realidade social) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade, em particular a escala social vertical, o mesmo é dizer a diversa distribuição dos recursos e do poder, a consequência visível do modo de produção capitalista ⁽³⁾.

O funcionamento desigual e fragmentário do sistema não reflecte somente a desigual distribuição dos recursos e do poder na sociedade e a correspondente hierarquia dos interesses em jogo, mas concorre, também, de maneira não desprezível, para a reprodução material das relações de subordinação e de exploração. É, também, uma parte integrante do mecanismo através do qual se opera a legitimação dessas relações, isto é, a produção do consenso real ou artificial e sobretudo a desarticulação e o obstáculo da dissidência.

O diferente conceito de racionalidade explica a diferença entre a perspectiva de reforma própria do modelo reformista da racionalização e a que é própria do modelo “abolicionista” da transformação radical e da ultrapassagem. A razão tecnológica encontra um limite natural quanto à maneira de poder concorrer para a resolução das contradições do sistema: considerando como irracional a contradição entre os efeitos pretendidos e os efeitos não pretendidos do sistema, ela não está em posição de estudar os segundos do ponto de vista dos primeiros e permanece, por isso, no interior da ideologia penal. E não consegue agir senão sobre as contradições do sistema que lhe parecem solucionáveis no interior do mesmo sistema, elevando a ideologia penal a patamares mais avançados e humanitários e tentando melhorar e integrar a aparelhagem da actual política criminal.

A razão crítica descobre a racionalidade funcional das contradições do sistema, mas não as considera como solucionáveis no interior do próprio sistema, mediante aperfeiçoamentos ideológicos e melhorias técnicas. Assumindo a ideologia jurídica como objecto do conhecimento, segrega uma perspectiva de política criminal que se situa no exterior desta. E por

⁽³⁾ Uma consequência que, aliás, nunca deixa de se verificar, por razões estruturais e em dimensões diferentes, também noutras sociedades contemporâneas.

essa razão não é uma perspectiva de racionalização mas uma perspectiva *racional* para ultrapassar o sistema.

3. A estas duas perspectivas diferentes de política criminal e aos dois diferentes conceitos de razão que elas implicam, correspondem dois modelos diferentes de ciência social e de criminologia. A criminologia tradicional que, adoptando o paradigma etiológico, se apresenta como ciência das causas da criminalidade, é a base clássica de qualquer política criminal de tipo reformista. Limita-se a controlar o funcionamento do sistema, isto é, a eficácia dos meios de que se serve para prosseguir os seus próprios fins declarados ou para propor melhores instrumentos. Estudando a criminalidade como aquilo que o sistema penal declara querer combater e não a maneira como este define aquela, a criminologia tradicional opera como uma instância *do* sistema, não como uma teoria científica *sobre* este (cf. Baratta A., 1977 b; 1982; Pavarini M., 1981; Aniyar de Castro L., 1981). A sua contribuição para a racionalização do sistema é também e sobretudo uma contribuição para a sua legitimação. Com efeito, colocando o seu próprio saber causal (a teoria das causas da “criminalidade”) e o seu saber tecnológico (teoria das medidas penais e alternativas) ao serviço dos objectivos declarados do sistema, a criminologia tradicional avaliza, do ponto de vista da ciência, uma imagem do sistema que é dominada por esses objectivos.

A criminologia tradicional etiológica, mesmo nas suas versões mais actualizadas (através da aproximação “multifactorial”) tem, por natureza, uma função imediata e directamente *auxiliar*, relativamente ao sistema penal existente e à política criminal oficial. O seu universo de referências e o seu horizonte de acção são quase sempre impostos pelo mesmo sistema. É por isso que ela é obrigada a pedir a este a definição do seu próprio objecto de investigação: a “criminalidade” tal como é definida pelas normas e pelas estatísticas, os “criminosos” como indivíduos seleccionados e estigmatizados (e deste modo tornados disponíveis para a observação clínica) através da instituição da prisão (cf. Baratta A., 1982; Pavarini M., 1981).

Comparada à criminologia tradicional, a criminologia crítica coloca-se numa relação radicalmente diferente com a prática. Para a criminologia

tradicional o sistema positivo e a prática oficial são os *destinatários*, os beneficiários do seu saber, o príncipe que ela é chamada a aconselhar. Para a criminologia crítica o sistema positivo e a prática oficial são, antes de mais, o objecto do seu saber. A relação com o sistema é *crítica*; a sua tarefa imediata não consiste em fornecer receitas de política criminal mas sim em examinar de maneira científica a génese do sistema, a sua estrutura, os seus mecanismos de selecção, as funções que ele realmente exerce, os seus custos económicos e sociais, de avaliar sem preconceitos o tipo de resposta que ele está em condições de fornecer e que efectivamente fornece aos problemas sociais reais. Ela coloca-se ao serviço de uma construção alternativa ou antagonista (ver mais adiante no texto) dos problemas sociais ligados aos comportamentos socialmente negativos.

É natural que a partir destas premissas uma criminologia crítica não possa ter sempre a função imediata de projecto que tem a criminologia tradicional. A sua influência sobre uma transformação do sistema penal poderia realizar-se em tempo relativamente curto unicamente sob duas condições: a primeira é que uma transformação das relações de hegemonia permita meter ombros a uma reforma do sistema penal onde o interesse das classes subalternas pudesse devir realmente determinante. A segunda é que o nosso atraso histórico que actualmente ainda caracteriza a cultura oficial da esquerda e o movimento operário como subalternos relativamente à cultura e à ideologia burguesas na maneira de construir e de resolver os problemas sociais ligados à “criminalidade”, fosse recuperado através do desenvolvimento de uma *consciência* e de uma *cultura* alternativa das classes subalternas e através de uma política autónoma e antagonista do movimento operário no sector do controlo social. Se estas condições não se verificarem, a influência da criminologia crítica em matéria de projectos de alternativas apenas pode ser uma influência indirecta, que se efectua a médio e a longo prazo.

No entanto, não se trata de debilidade, bem pelo contrário, de força da criminologia crítica na perspectiva de uma reforma. Se não quiser medir-se o valor prático da teoria em função do contributo tecnológico à racionalização dos instrumentos institucionais e, pelo contrário, se se lhe assinalar a tarefa de preparar uma transformação radical do sistema penal, quer dizer uma *política criminal* alternativa que não se reduza à *política*

penal ⁽⁴⁾, terá de convir-se em que o contributo que a criminologia crítica pode oferecer a essa reforma através da análise crítica do sistema e da *reconstrução* dos problemas sociais não é menos importante, a médio e a longo prazo, que as receitas de aplicação imediata.

Creio, também, que na medida em que a criminologia crítica prossiga sem compromissos a sua própria função científica e política, o seu contributo está destinado a desempenhar um importante papel, que os legisladores e as instâncias institucionais não podem doravante desprezar. Para tanto, é necessário igualmente evitar, da parte do movimento científico e político para uma reforma radical, qualquer atitude sectária de oposição global ao Estado e ao “poder” como se o Estado e o poder fossem, por uma lei natural, monopólio dos movimentos tradicionais ou conservadores.

A criminologia crítica e o movimento para a reforma radical devem, pelo contrário, defender-se, sem compromissos, das tentativas de deligitimação de que por vezes são alvo e afirmar o seu próprio papel legítimo a todos os níveis institucionais, científicos, administrativos e políticos onde *concorrem*, com o mesmo direito que o doutras direcções de pensamento ⁽⁵⁾.

O pressuposto de que parte a criminologia etiológica na sua função auxiliar e legitimadora do sistema penal e da política criminal oficial é que existe um meio natural de comportamentos e de indivíduos que possuem uma qualidade que os distingue de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos: esse meio natural seria a criminalidade. Sendo a criminalidade uma entidade ontológica, seria possível descobrir as causas e colocar a ciência destas ao serviço da prática que a deve combater. Este modo de considerar a criminalidade está tão profundamente enraizado no senso comum que uma concepção que dele se afaste corre o risco de, a todo o momento, passar por uma renúncia a combater situações e acções socialmente negativas. Utilizando o paradigma da reacção social e considerando por isso a criminalidade não como uma qualidade natural de comportamentos ou de indivíduos, mas como uma qualidade que lhes é atri-

⁽⁴⁾ Para esta distinção entre os conceitos de “política criminal” e “política penal”, cf. Bricola F., (1975); Baratta A., (1977, p. 354).

⁽⁵⁾ Cf. Baratta A., Smaus G., (1981).

buída através de processos de definições da parte das instâncias oficiais ou do público, a criminologia crítica parece desafiar, antes de mais, o senso comum. Mas também neste caso, como em tantos outros, a contradição entre a teoria e o senso comum é apenas aparente. Quem confundir estes dois diferentes níveis do discurso acaba frequentemente por atribuir erroneamente à teoria consequências que pareceriam torná-la absurda no plano do senso comum. Não é raro encontrar, em presença de teorias que adoptam o paradigma da reacção social, este tipo de críticas. Elas polarizam-se em argumentações absurdas, que podemos resumir como segue:

1. Quem sustenta que a qualidade criminal de certas acções e de certos indivíduos é o resultado de processos de definição, sustenta que a *criminalidade* não existe.
2. Quem sustenta que, dado o carácter *atributivo* e, por conseguinte, relativo das definições de criminalidade, não é possível admitir um discurso científico sobre as causas da criminalidade como se ela fosse uma realidade natural, sustenta que a *criminalidade* não tem causas.
3. Quem sustenta as duas teses acima indicadas exclui que se possa combater a criminalidade e as suas causas e, em particular, exclui uma política criminal preventiva.

É fácil dar-se conta que estas críticas, baseadas no senso comum e num discurso *científico* que não consegue transcendê-lo, se perdem no vácuo. Um discurso científico sobre a questão criminal nasce quando as definições de criminalidade do senso comum não são mais o postulado de que se parte, mas devêm o próprio objecto do discurso. Ora, este salto qualitativo que leva o discurso a transcender as definições positivas do senso comum da criminalidade e da desviância e, seguidamente, também o campo de referência conceitual a que está ligado o sistema existente do controlo social, é justamente o que caracteriza a criminologia crítica face à criminologia tradicional. A sua capacidade de estabelecer um discurso científico diferente e mais vasto que o da criminologia tradicional depende, mas não exclusivamente, da passagem do paradigma etiológico ao paradigma da reacção social.

Colocar-se no ponto de vista de uma criminologia que aceita esta mudança de paradigmas não significa negar a existência “objectiva” de situações e de acções socialmente negativas.

Sérias dificuldades teóricas que não encontram solução unívoca numa discussão no interior do “realismo” marxista aparecem, entretanto, quando se quer conferir uma significação precisa ao conceito de objectividade aqui posto em causa. Afirmar a existência “objectiva” de situações ou de acções socialmente negativas é uma operação que pode integrar-se no processo mais geral pelo qual são definidos ou *construídos* os problemas sociais, em vista de uma resposta possível, institucional ou não.

Dado que considero como excluído, à luz dos desenvolvimentos da moderna epistemologia, um *regresso* a uma noção naturalista ou de direito natural de objectividade, desejaria fazer alusão a uma hipótese diferente que se aproveita da utilização combinada de construções teóricas obtidas em três campos distintos de pesquisa:

- a) uma teoria da *construção* dos problemas sociais (6);
- b) uma teoria das necessidades (7);
- c) uma teoria da “comunicação livre do poder” (8).

Se se utilizar a expressão “negatividade social” para situações ou comportamentos que podem considerar-se como a negação ou a repressão de necessidades *reais* e se se entender por “necessidades *reais*” a possibilidade de existir e de desenvolver a própria existência, que os indivíduos têm em função da evolução das capacidades de produção material e cultural numa dada sociedade, então poder-se-á ter em consideração como “objectiva” uma construção dos problemas sociais como resultado de uma

(6) Para uma primeira orientação, cf. Merton R. K., (1957), p. 19 ss.); Becker H. (ed.), (1966); Merton R. K., Nisbet R. A., (1971); Hondrick K. O. (ed.), (1975); Spector M., Kitsuse I., (1977); Staelberg F. W., (1979); Mattes I. (ed.), (1980).

(7) Para uma orientação historicista na teoria das necessidades no interior de um discurso de inspiração marxista alternativo relativamente ao “antropologismo” da conhecida interpretação de A. Heller, cf. Piccioni L., (1978).

(8) Para este conceito, cf. Habermas I., (1975; 1978, p. 228 ss.).

“comunicação livre do poder” entre os portadores dessas necessidades. Uma tal construção dos problemas sociais é uma construção alternativa ou antagonista (segundo o grau de conflitualidade que caracteriza uma sociedade) relativamente às definições *oficiais* ou às do senso comum.

Podem considerar-se as definições oficiais e as do senso comum como o resultado de uma comunicação *ideológica*, entendida como uma comunicação funcional para a reprodução das relações do poder existentes. Neste sentido, “comunicação livre do poder” não indica uma realidade de facto, mas sobretudo um princípio de *emancipação* e de autonomia que guia ao interior das classes subalternas esses processos de comunicação entre portadores de necessidades através dos quais se desenvolve a consciência e a acção política dessas classes em vista de uma transformação das relações de hegemonia na sociedade.

Construções antagonistas são aquelas que adoptam este ponto de vista para a definição dos problemas a resolver e para a elaboração de respostas alternativas. Estas construções estarão, por conseguinte, em concorrência com as construções *ideológicas*, onde os problemas sociais são, ao contrário, construídos em função da reprodução das relações sociais e de poderes existentes.

Ora, “criminalidade” e “desviância” não denotam meios naturais, mas sim meios culturais, no sentido de que eles resultam de processos de definição que se desenvolvem no interior do mecanismo ideológico pelo qual tem lugar a reprodução da realidade social.

Não é, por conseguinte, possível, do ponto de vista epistemológico, propor uma investigação das *causas* (e uma política apta a combatê-las) dos comportamentos definidos como “criminalidade” e “desviância”, sem aceitar ao mesmo tempo estas definições e avalizar, em consequência, os mecanismos de comunicação e de poder aos quais eles correspondem. Quem contestar, na base de uma análise histórica e sociológica do sistema penal existente, que a sua principal função real coincide com a função declarada de combater a criminalidade e identificar, pelo contrário, a função real do sistema na reprodução das relações sociais de desigualdade ou de subordinação não pode, ao mesmo tempo, aceitar participar numa construção ideológica dos problemas sociais na óptica do sistema penal e do senso comum que lhe é complementar.

O sistema penal, utilizando as noções de criminalidade e de pena como pontos naturais de referência, tende a reduzir de maneira fragmentária e artificial a identificação das zonas de negatividade social e das necessidades individuais e comunitárias que podem justificar ou postular uma intervenção institucional (9).

O simples facto de estas noções terem as suas raízes mais primitivas e irracionais na psique social não justifica que a sua utilização seja aceite como natural para uma construção “racional” dos problemas sociais e do sistema do controlo social. Bem pelo contrário, a usura que estes dois termos tradicionais da *questão criminal* tem sofrido ao serviço secular do poder, deveria pelo menos sugerir uma grande prudência no que respeita à possibilidade de os colocar ao serviço de uma construção antagonista dos problemas sociais ou de uma articulação autónoma das necessidades e dos interesses das classes subalternas.

O critério orientador do movimento das classes subalternas numa sociedade de transição não pode ser um simples desalojar da força e do impacto do processo de criminalização, de certas zonas de situações para outras. A história do socialismo real mostra que o uso inflacionista das definições de desviância e de criminalidade não é compatível com a realização do ideal de uma sociedade de indivíduos livres e iguais, sob cuja bandeira o proletariado partiu para a tomada do Palácio de Inverno. O princípio cardeal do modelo de uma política criminal alternativa não é a criminalização alternativa mas a descriminalização, a mais rigorosa redução possível do sistema penal.

Isto não significa, convém repeti-lo, um desinteresse pelos problemas sociais “objectivos”, mas uma forte relativização do momento “penal” ou “correccional” aquando da sua construção, uma construção antagonista com vista a intervenções institucionais e comunitárias mais adequadas às necessidades e aos interesses importantes numa sociedade de transição. Entre a ideia de uma forte redução do sistema penal e de todo o sistema do controlo social e o “catecismo da não interferência” (cf. Young I., 1975) ou o princípio da “não intervenção radical” (Schur E., 1978), há, como se

(9) Cf. neste sentido Steinert H., (1980, p. 82); Dal Lago A., (1981); Baratta A., (1982; 1983).

viu, uma grande distância. É preciso acrescentar que a perspectiva de uma construção antagonista dos problemas sociais que evite um demasiado largo emprego das definições de criminalidade e das definições negativas de desviância nada tem a ver com uma concepção de desviância como inteiramente *positiva* que tinha caracterizado a *atitude romântica* face à desviância na “nova criminologia” inglesa nos seus começos (cf. Taylor I., Walton P., Young I., 1963). Também nada tem a ver com uma atitude de “simpatia” zoófila pelos desviantes desmistificada uma vez por todas por Gouldner (Gouldner A. W., 1968, pág. 37 ss.; cf. igualmente Young I., 1970) que acompanha frequentemente aquilo que é definido como “criminologia dos underlogs”, porque ela se volta exclusivamente para as sub-culturas desviantes das minorias socialmente subalternizadas e marginalizadas (Gouldner A. W., 1970).

4. A perspectiva de reforma radical que decorre de uma criminologia crítica parte do conhecimento dos mecanismos selectivos e das funções reais do sistema ligados à desigual distribuição do “bem negativo” criminalidade (Sack F., 1968, pág. 469); ela parte, como bem formulou E. Resta (1981, pág. 143), da “consciência da desigualdade”.

Desigualdade não significa somente desigual distribuição dos estatutos de criminoso entre os indivíduos. No campo da protecção dos “bens jurídicos” traduz-se por um isolamento extremamente parcial e fragmentário de domínios que podem ser ofendidos e de situações de ofensa de interesses ou de valores importantes: trata-se de um mecanismo bastante subtil de concretização do “bem jurídico” no qual concorrem todas as instâncias que operam nos diversos níveis ou segmentos do sistema penal, desde o legislador até aos órgãos de aplicação. Nele concorrem igualmente o homem da rua e os mass-media. Desigualdade quer dizer, neste caso, resposta desigual a situações negativas e a problemas sociais homólogos. Este carácter desigual (fragmentário) da protecção penal é habitualmente justificado pela maior ou menor disposição das situações de ofensa a serem o objecto da intervenção penal. Esta justificação é um circulo vicioso. Com efeito, argumentando desta maneira, a intervenção penal e suas características técnico-jurídicas, que se consolidaram na tradição e na prática, são consideradas como dados naturais que correspondem a domínios naturais de suporte penal dos problemas.

É preciso reconhecer, por outro lado, que a maneira fragmentária de operar do direito penal na definição dos domínios limitados no interior de mais vastas zonas de problemas sociais homogéneos é um limite *estrutural* do instrumento penal: mas este limite não depende da estrutura natural dos problemas. Eles são susceptíveis de construções diferentes e alternativas, das quais pode derivar uma estrutura interpretativa e uma resposta institucional ou social independente da óptica penal (cf. Baratta A., 1983). Mesmo uma política criminal alternativa encontra estes limites inultrapassáveis do instrumento penal quanto à sua capacidade de proteger interesses importantes.

Deslocações significativas, mas sempre limitadas, no domínio efectivo de protecção são possíveis e mesmo desejáveis no quadro de uma tal política. Sobretudo em épocas de tensão e de transições que tornam instáveis os equilíbrios reais do poder há continuamente exemplos destes ajustamentos parciais dos domínios efectivos de protecção, ajustamentos que frequentemente dispensam intervenções do legislador e se realizam a outros níveis do sistema como recentemente aconteceu na Itália em certos casos. Numa política criminal alternativa, de qualquer modo, o momento penal só pode ter um papel relativo e, em certos casos, “provisório”.

A relativização do momento penal como técnica de construção e de resolução de problemas sociais significa, antes de mais, a sua integração numa perspectiva extra-penal mais complexa de reconstrução dos problemas em vista de uma resposta adequada e orgânica a estes; comporta a consideração, fora de eventuais indicações e também de contra-indicações, dos efeitos nocivos e dos custos sociais da pena avaliados à luz dum sério controlo empírico da sua efectividade. Para a exigência de uma política de discriminalização numa mais ampla e adequada perspectiva sobre os problemas sociais e sobre os deveres institucionais, D. Pulitano achou uma fórmula bastante feliz: “descodificação por zonas de matéria — escreveu (1981, pág. 119-120) — e orientação para novos modelos integrados (extra-penais) de solução das tarefas sociais parecem, por conseguinte, as vias através das quais o direito penal pode caminhar à procura de um novo rosto”.

A função *natural* do sistema penal é de conservar e de reproduzir a realidade social existente. Uma política de transformação desta realidade,

uma estratégia alternativa baseada na consolidação dos valores e das garantias constitucionais, um projecto político antagonista e autónomo do movimento operário não pode, por isso, considerar o direito penal como uma das suas frentes mais avançadas, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal permanece, num triplo sentido, uma linha de defesa.

Defesa, antes de mais, do direito penal, dos ataques em nossos dias dirigidos contra as garantias liberais que lhe conferem as constituições dos Estados de Direito. Defesa, em segundo lugar, face ao direito penal, o que significa contenção e redução do seu domínio de intervenção tradicional e sobretudo dos seus efeitos negativos e dos custos sociais que pesam particularmente nas zonas mais débeis e marginalizadas do proletariado e contribuem dessa maneira a dividi-lo, a enfraquecê-lo material e politicamente. Defesa, por fim, *através* do direito penal na medida em que, de momento, ele pode ainda ser considerado como uma resposta legítima e sem alternativas aos problemas sociais no quadro de um modelo integrado de resposta.

Todavia, a ideia reguladora de uma política criminal alternativa permanece a da ultrapassagem do sistema penal. Orientar a reforma sobre esta ideia reguladora não significa renunciar a reformas possíveis, mas significa, é preciso sublinhá-lo mais uma vez, escolher e avaliar as reformas na base da sua possibilidade de transformar radicalmente o sistema no interesse das classes subalternas.

Noutras ocasiões (Baratta A., 1982) tentei definir, em linhas gerais, o modelo de uma política alternativa que utilizaria como ideia reguladora ou “utopia concreta” a ultrapassagem do direito penal. Propor uma tal perspectiva não significa adiar qualquer reforma possível no presente à espera do advento, com certeza bastante longínquo (ou talvez mesmo impossível?) de uma sociedade que saiba dispensar a pena, mas afirmar um critério para orientar e escolher a política criminal.

Nas teorias radicais da política criminal, como o são as teorias “abolicionistas” (10), o critério funciona no sentido de avaliar as reformas *como se* o seu destino pudesse ser o de ultrapassar o sistema penal tradicional e esta ultrapassagem fosse efectivamente possível.

Neste sentido, um representante dessa perspectiva radical propõe uma tática baseada na distinção estratégica entre reformas *políticas* (que servem para conservar o sistema nas suas funções reais) e reformas *negativas* (que produzem reais transformações qualitativas do sistema e servem para o ultrapassar parcialmente) (cf. Mathiesen Th., 1974).

É preciso também salientar que as perspectivas radicais de reformas deste tipo podem ser propostas e são propostas em relação com as teorias da sociedade e com os modelos de sociedade futura bastante diferentes uns dos outros e que não é possível reuni-los sob as mesmas características, excepto sob um ponto de vista estritamente formal.

Para a perspectiva “abolicionista” da reforma penal encontrou Gustav Radbruch uma expressão que merece ser citada, quando escreveu que “a melhor reforma do direito penal não é a sua substituição por um direito penal melhor, mas a sua substituição por qualquer coisa de melhor” (Radbruch G., 1963, pág. 269).

Do ponto de vista formal esta expressão pode servir para qualificar todas as teorias que pertencem à perspectiva “abolicionista”, todos os projectos de políticas e práticas que não hesitam em ultrapassar a linha separadora entre sistemas penais alternativos e alternativas do sistema penal.

(10) No seio da actual discussão internacional sobre a descriminalização, os custos sociais do sistema penal, os limites da instituição da prisão, etc., emergem os nomes de Louk Hulsmann na Holanda e Niels Christie e Thomas Mathiesen na Noruega. Para uma classificação das teorias sobre a política criminal sob os “tipos ideais” de teorias “conservadoras”, “reduccionista” e “abolicionista”, cf. Landreville P., (1977). Ver, também, num quadro mais amplo de modelos de política criminal, Delmas-Marty M., (1983).

BIBLIOGRAFIA:

- ANIYAR DE CASTRO L. (1981), *Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y criminología de la liberación*, Maracaibo, Instituto de Criminología, Universidad del Zulia.
- BARATTA A. (1977), *Criminologia critica e politica penale alternativa*, in "La questione criminale", III, n.º 3, pp. 339 ss.
- BARATTA A. (1982), *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologne.
- BARATTA A. (1983), *Problemi sociali e percezione della criminalità* in "Dei delitti e delle pene", I, n.º 1, pp. 15 ss.
- BARATTA A., SMAUS G. (1981), *Comments on the paper of M. Brusten and L. Outrive*, in "Working Papers in European Criminology N.º 2, European Group for the Study of Deviance and Social Control".
- BECKER H. (ed.) (1966), *Social Problems. A Modern Approach*, New York.
- BRICOLA F. (1975), *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n.º 152)*, in "La questione criminale", I, n.º 2, pp. 221 ss.
- BRODEUR J.P., LANDREVILLE P. (1977), *Finalité du système de l'administration de la justice pénale et planification des politiques*, Université de Montréal, Ecole de Criminologie.

- CHAPMAN D. (1968), *Sociology and the Stereotype of the Criminale*, London.
- DAL LAGO A. (1981), *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, Milan.
- DEBUYST Chr. (1983), *Pour une réflexion épistémologique en psychologie criminelle (titre temporaire)*, manuscrit. A paraître dans la collection de "Déviance et société", Genève.
- DELMAS-MARTY M. (1983), *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris.
- GOULDNER A.W. (1968), *The Sociologist as Partisan: Sociology and the Welfare State*, in "The American Sociologist", III.
- HABERMAS J. (1975), *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Francfort/M.
- HABERMAS J. (1978), *Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien*, 4^{ème} ed., Francfort/M.
- HONDRICH K.O. (ed.) (1975), *Menschliche Bedürfnisse und Soziale Steuerung*, Reinbek.
- HECKEISEN W. (1976), *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labelling approach*, 2^{ème} ed., Munich.
- HUHN Th. S. (1962), *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago.
- LANDREVILLE P. (1978), *Réforme et abolition de la prison: Illusion ou réalité? Relation présentée au VIII^{ème} Congrès International de Criminologie*, Lisbonne 4-9 septembre 1978.
- LIAZOS A. (1972), *The Poverty of the Sociology of Deviance: Nuts, Sluts and Preverts*, in "Social Problems", XX, n.º 1, pp. 103 ss.
- MACIVER R.M. (1942), *Social Causation*, Boston (Mass.).

- MATHIESEN Th. (1974), *The Politics of Abolition. Essays in Political Action Theory* ("Scandinavian Studies in Criminology", IV), Oslo, Londres.
- MATTES J. (ed.) (1980), *Lebenswelt und soziale Probleme. Verhandlungen des 20. Deutschen Soziologentages zu Bremen, 1980*, Frankfurt/M., New York.
- MERTON R.K. (1957), *Social Theory and Social Structure*, Glencoe (III).
- MERTON R.K., NISBET R.A. (ed.) (1971), *Contemporary Social Problems*, 3^{ème} ed., New York.
- PAVARINI M. (1981), *Introduzione a... la criminologia*, Florence.
- PICCIONI L. (1978), *Teoria del valore e "teoria del bisogno" in Marx; filosofia morale o critica dell'economia politica?*, in "Giornale critico della filosofia italiana", LVII (LIX), n.º 3/4, pp. 357 ss.
- PULITANO D. (1981), *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in "La questione criminale", VII, n.º 1, pp. 111 ss.
- RADBRUCH G. (1963), *Rechtsphilosophie*, 6^{ème} ed. Stuttgart.
- RESTA E. (1981), *Atteggiamento verso la codificazione penale*, in "La questione criminale", VII, n.º 1, pp. 139 ss.
- SACK F. (1968), *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, in "Kriminalsoziologie", pp. 431 ss.
- SCHUR E. (1978), *Radical Non-intervention. Rethinking the Delinquency Problem*, Englewood Cliffs (N.J.).
- SMAUS G. (1981), *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung. "Arbeiten aus dem Institut für Rechts-und Sozialphilosophie" Université de la Sarre, Sarrebruck*.
- SPECTOR M., KITSUSE J. (1976), *Constructing Social Problems*, Menlo Park (Cal.).

- STALLBERG F.W. (1979), Konstitutionsbedingungen sozialer Probleme: Hinweis zu Analyse und Diskussionen, in "Kriminalsoziologische Bibliographie", VI, pp. 1 ss.
- STEINERT H. (1980), Zur Rolle der Massenmedien in spektakulären Kriminalfällen aus der Sicht der Justiz, in WASSERMAN R. (ed.), "Justiz und Medien", Neuwied, Darmstadt, pp. 86 ss.
- TAYLOR I., WALTON P., YOUNG J. (1963), *The New Criminology. For a social Theory of Deviance*, London.
- THIO A. (1973), Class Bias in the Sociology of Deviance, in "The American Sociologist", VIII, pp. 1 ss.
- YOUNG J. (1970), The Zookeepers of Deviance, in "Catalyst", V.
- YOUNG J. (1975), *Working-Class Criminology*, in TAYLOR I., WALTON P., YOUNG J. (ed.), *Critical Criminology*, London, Boston.

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

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

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

51.º

ADOLF CONTRA A ÁUSTRIA (1)

- I. Vítima, para os fins do art. 25.º da Convenção Europeia dos direitos do Homem, é o visado ou atingido pelo acto do Estado, independentemente de ter ou não sofrido prejuízos. Estes só interessam quando da aplicação do art.º 50.º.
- II. O conceito de “acusação em matéria penal” do art.º 6.º da Convenção é independente e autónomo de tal conceito na lei interna, embora se haja de atender ao conteúdo desta.
- III. Para efeitos do art.º 6.º da Convenção, a “acusação” deve ser entendida face a uma conceituação material, que não meramente formal.
- IV. Não compete ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao decidir um caso que teve origem numa queixa individual dirigida à Comissão, ocupar-se da lei interna em abstracto, mas dos seus efeitos e aplicação no caso concreto.
- V. As decisões dos tribunais inferiores não-de ser interpretadas conjuntamente com as dos tribunais superiores que delas conheceram, embora sem as alterar, revogar ou anular.

Data da decisão: 26 de Março de 1982.

Juízes intervenientes: G. Wiarda, presidente, holandês, J. Cremona, maltês, L. Liesch, luxemburguês, F. Matscher, austríaco, L. E. Petiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vicent Evans, britânico.

Decisão:

O Tribunal decidiu: Que o art.º 6.º da Convenção era aplicável ao caso (unanimidade);

Não ter havido violação do art.º 6.º (decisão tomada por 4 votos ⁽²⁾ contra 3 ⁽³⁾).

Parecer da Comissão ⁽⁴⁾

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de haver violação do §2.º do art.º 6.º da Convenção (9 votos contra 6 e uma abstenção), não tendo sido violados nem o §1.º, nem a alínea d) do §3.º do mesmo artigo (12 votos contra 3 e uma abstenção).

(1) Cour. Eur. D. H., série A, n.º 49.

(2) Dos juízes Wiarda, Matscher, Walsh e Vicent Evans.

(3) Dos juízes Cremona, Liesch, Petiti.

(4) Teve intervenção na aprovação do relatório o Membro português da Comissão, Dr. Jorge Sampaio.

52.º

VAN DROOGENBROECK CONTRA A BÉLGICA (5)

- I. “Condenação”, para os efeitos da alínea *a*) do § 1.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é a declaração feita pelo tribunal de culpabilidade acompanhada da aplicação de uma pena ou de qualquer outra medida privativa de liberdade.
- II. Pode haver violação do § 4.º do art.º 5.º da Convenção, mesmo sem violação do seu § 1.º.
- III. A “fiscalização incorporada” na decisão inicial não justifica a falta de recurso para conhecer da subsequente detenção ou prisão, quando se ponham novas questões de legalidade.
- IV. No caso da “entrega ao Governo”, pena aplicada ao abrigo da lei belga, importa que o réu possa recorrer ao tribunal competente para que se pronuncie sobre a legalidade da prisão, decorrido certo tempo sobre o seu início, a intervalos razoáveis durante a prisão ou quando do reinternamento ordenado pelo ministro da Justiça, já que a situação do réu se há-de adaptar à mudança das circunstâncias, tais como a cessação de periculosidade, a garantia de emprego, etc.
- V. A situação de “entrega ao Governo”, decorrente da lei belga, não se pode entender como “servidão”.

(5) Cour. Eur. D. H., série A n.º 50.

VI. É legítimo impôr ao “entregue ao governo”, como condição de restituição à liberdade, a constituição de um pecúlio através do trabalho.

Data da decisão: 24 de Junho de 1982.

Juízes intervenientes: G. Wiarda, holandês, presidente, Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, E. Garcia de Enterría, espanhol, L. E. Petiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vicent Evans, britânico, C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês.

Decisão: O Tribunal decidiu, por unanimidade:

- Não ter havido violação do §1.º do art.º 5.º da Convenção;
- Verificar-se violação do §4.º do art.º 5.º da Convenção.
- Não ter havido violação do artigo 4.º da Convenção.

Parecer da Comissão (6)

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido da violação do §4.º do art.º 5.º (unanimidade), da não violação do §1.º do art.º 5.º (10 votos contra 2) e da não violação do art.º 4.º (unanimidade).

(6) Teve intervenção na aprovação do parecer o Membro português da Comissão, Dr. Jorge Sampaio.

53.º
ECKLE CONTRA
A REPUBLICA FEDERAL DA ALEMANHA (7)

- I. A atenuação da pena e a cessação do procedimento criminal não fazem, em regra, perder a qualidade de “vítima” a quem, para além de um período razoável, esteve “acusado” em processo penal.
- II. Os tribunais nacionais podem reparar a violação do §1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem considerando a duração não razoável do processo como atenuante e valorando-a devidamente.
- III. Para curar da razoabilidade de sua duração, há que ter em conta todo o processo penal até julgamento pela última instância e, sendo caso disso, ulterior decisão que proceda ao cúmulo jurídico das penas.

Data da decisão: 15 de Julho de 1982.

Juízes intervenientes: R. Ryssdal, norueguês, presidente, Thor Vilhjalmsson, islandês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Evrigenis, grego, J. Pinheiro Farinha, português, L. E. Petiti, francês, R. Bernhardt, alemão.

(7) Cour. Eur. D. H., série A, vol. 51.

Decisão:

O Tribunal, por unanimidade, decidiu haver violação do §1.º do art.º 6.º da Convenção.

Parecer da Comissão ⁽⁸⁾:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem pronunciara-se, por unanimidade, no sentido da violação do §1.º do art.º 6.º da Convenção.

⁽⁸⁾ Teve intervenção na aprovação do parecer o Membro português da Comissão, Dr. Jorge Sampaio.

54.º

SPORRONG E LONNROTH CONTRA A SUÉCIA (9)

- I. A expropriação autorizada e não efectivada não priva o proprietário do seu direito de propriedade.
- II. A autorização de expropriar deixa juridicamente intacto o direito de disposição e uso dos bens, mas reduz fortemente a possibilidade do seu exercício, tornando precário o direito de propriedade.
- III. A proibição de construir limita o uso dos bens e agrava as consequências da autorização de expropriar, quando uma e outra medida forem tomadas.
- IV. Integra violação do artigo 1.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem a situação decorrente de a autorização de expropriar se manter durante 18 anos acompanhada durante 12 da interdição de construir, sem que, entretanto, os proprietários tivessem possibilidade legal de reagir, acabando no fim de tais períodos por ser revogada a autorização de expropriar e levantada a interdição de construir, sem qualquer indemnização ao proprietário.
- V. O § 1.º do art.º 6.º da Convenção impõe que os tribunais nacionais tenham competência para se ocupar das queixas dos proprietários quanto a autorizações de expropriar e as suas prorrogações.
- VI. As exigências do art.º 13.º da Convenção são absorvidas pelo § 1.º do seu artigo 6.º.

Data da decisão: 23 de Setembro de 1982.

Juízes intervenientes: G. Wiarda, holandês, presidente, M. Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, Thor Vilhjalms-son, islandês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, L. Liesch luxemburguês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, E. Garcia de Enterría, espa-

(9) Publicado em Documentação e Direito Comparado, n.º 10, pag. 105.

nhol, L. E. Petiti, francês, B. Walsh, islandês, Vicent Evans, britânico, R. Macdonald, canadiano (candidado pelo Lieschtenstein), C. Russo, italiano, R. Bernhard, alemão, J. Gersing, dinamarquês.

Decisão:

O Tribunal decidiu:

- Ter havido violação do art.º 1.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (10 votos ⁽¹⁰⁾ contra 9 ⁽¹¹⁾);
- Não se tornar necessário considerar o caso sob o ângulo dos art.ºs 17.º e 18.º da Convenção combinados com o art.º 1.º do 1.º Protocolo (unanimidade);
- Não ter havido violação do art.º 14.º da Convenção combinado com o art.º 1.º do 1.º Protocolo (unanimidade);
- Ter havido violação do §1.º do art.º 6.º da Convenção (12 votos ⁽¹²⁾ contra 7 ⁽¹³⁾).

Parecer da Comissão ⁽¹⁴⁾:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido da violação do art.º 13.º da Convenção (10 votos contra 2 e 4 abstenções), e da não violação do art.º 1.º do Protocolo n.º 1 (10 votos contra 3), do §1.º do art.º 6.º da Convenção (11 votos contra 5), bem como dos artigos 14, 17 e 18 da Convenção (unanimidade).

⁽¹⁰⁾ Dos juízes Wiarda, Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Liesch, Golcuklu, Matscher, Pinheiro Farinha, Garcia de Enterría, Petiti, Russo.

⁽¹¹⁾ Dos juízes Zekia, Cremona, Thor Vilhjalmsson, Lagergren, Walsh Vicente Evans, Macdonald, Bernhardt, Gersing.

⁽¹²⁾ Dos juízes Wiarda, Zekia, Cremona, Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Liesch, Golcuklu, Matscher, Garcia de Enterría, Petiti, Walsh, Russo.

⁽¹³⁾ Dos juízes Thor Vilhjalmsson, Lagergren, Pinheiro Farinha, Vicent Evans, Macdonald, Bernhardt, Gersing.

⁽¹⁴⁾ Teve intervenção na aprovação do relatório, o Membro português da Comissão, Dr. Jorge Sampaio.

55.º

PIERSACK CONTRA A BÉLGICA (15)

- I. A imparcialidade do tribunal, garantida do n.º 1 do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, é exigência da sociedade democrática.
- II. Ao apreciar da imparcialidade do juiz importa atender: *a*) à sua posição pessoal e do fôro íntimo, existência de prejuízo ou parti pris (apreciação subjectiva) e *b*) às circunstâncias, nomeadamente às aparências, que podem dar lugar a dúvida legítima sobre a imparcialidade (apreciação objectiva).
- III. A imparcialidade pessoal (subjectiva) é de presumir até prova em contrário.
- IV. A unidade e indivisibilidade do Ministério Público não importa o afastamento como juiz do magistrado que antes haja pertencido ao Ministério Público, salvo na hipótese contemplada em V.
- V. Deve abster-se de intervir como juiz o antigo Magistrado do Ministério Público que haja tido intervenção no processo ou ocupado cargo em que tivesse competência para nele intervir ou de direcção, orientação ou consulta do Magistrado do Ministério Público com efectiva intervenção no processo.

(15) Cour. Eur. D. H., série A, vol. 53.

Data da decisão: 1 de Outubro de 1982.

Juízes intervenientes: G. Wiarda, holandês, (presidente), W. Ganshof van der Meersch, belga, G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, J. Pinheiro Farinha, português, R. Bernhardt, alemão.

Decisão:

O Tribunal decidiu, por unanimidade, que se verificara a violação do §1.º do artigo 6.º da Convenção.

Parecer da Comissão:

A comissão Europeia dos Direitos do Homem pronunciara-se, por unanimidade, no sentido da violação do §1.º do art.º 6.º da Convenção.

PINHEIRO FARINHA

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

RELATÓRIO NA QUEIXA DE JOHN C. REID CONTRA O REINO UNIDO

A resolução consensual de solução do diferendo entre o Estado e a pretensa vítima de violação do art.º 11.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — despedimento do emprego por não filiação sindical — através de uma indemnização pecuniária inspira-se no respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção.

PINHEIRO FARINHA

RAPPORT (1)

INTRODUCTION

Le présent rapport concerne la requête n.º 9520/81 introduite le 26 septembre 1981 par John C. Reid contre le Royaume-Uni en vertu de l'article 25 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Le requérant était représenté devant la Commission par MM. Hastings et McIntyre, solicitors et agents immobiliers à Inverness, Ecosse.

(1) Aprovado em 12 de Outubro de 1983.

La Commission européenne des Droits de l'Homme, après avoir déclaré la requête recevable le 8 décembre 1982, a entrepris de s'acquitter de la mission qui lui est confiée par l'article 28 de la Convention ainsi libellé:

“Dans le cas où la Commission retient la requête:

- a. afin d'établir les faits, elle procède à un examen contradictoire de la requête avec les représentants des parties et, s'il y a lieu, à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Etats intéressés fourniront toutes facilités nécessaires, après échange de vues avec la Commission;
- b. elle se met à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire qui s'inspire du respect des droits de l'homme, tels que les reconnaît la présente Convention.”

La Commission a constaté que les parties étaient parvenues à un règlement amiable de l'affaire et, réunie le 12 octobre 1983, a adopté le présent rapport qui, conformément à l'article 30 de la Convention, se limite à un bref exposé des faits et de la solution adoptée. Les membres de la Commission dont les noms suivent étaient présents lors de l'adoption de ce rapport:

MM. J. A. FROWEIN, Président en exercice
C. A. NØRGAARD
G. SPERDUTI
G. JÖRUNDSSON
G. TENEKIDES
S. TRECHSEL
B. KIERNAN
M. MELCHIOR
J. SAMPAIO
A. S. GÖZÜBÜYÜK
A. WEITZEL
J. C. SOYER
H. G. SCHERMERS

PARTIE I

EXPOSE DES FAITS

Le requérant, ressortissant du Royaume-Uni né en 1926 et habitant Kinlochleven, Ecosse, était employé par British Aluminium Co. Ltd. depuis 1973. Son employeur le licencia, à dater du 20 juin 1980, pour n'avoir pas respecté un accord d'appartenance syndicale entré en vigueur le 24 avril 1980. Le requérant avait en effet résilié son affiliation syndicale en janvier 1980.

Le requérant, qui avait été pendant six ans membre du syndicat des travailleurs des transports (Transport and General Workers Union), déclara vouloir quitter le syndicat parce qu'il était en total désaccord avec l'ensemble de la politique des syndicats. Il demanda à son employeur de cesser de déduire de son salaire la cotisation syndicale qu'il verserait désormais à une oeuvre de bienfaisance. Selon le règlement du syndicat, l'affiliation du requérant prit fin 13 semaines plus tard, soit le 21 avril 1980.

A l'époque des faits, le requérant n'avait pas connaissance d'un accord d'appartenance syndicale qui se négociait entre la direction et les syndicats pour l'entreprise locale. La direction l'informa de ce fait après qu'il lui eût annoncé la décision susdite.

C'est une "convention d'habilitation", datée du 30 novembre 1978, qui avait fixé le cadre des accords d'appartenance syndicale à la British Aluminium. Cette convention, conclue entre British Aluminium et certains syndicats nommément désignés, dont la "Transport and General Workers Union", prévoyait que les accords à négocier au niveau de l'entreprise exigeraient l'affiliation syndicale comme condition à l'emploi. Deux catégories seulement de salariés en seraient dispensés: a) ceux qui n'étaient

membres d'aucun syndicat au 30 novembre 1978, et b) ceux qui faisaient valoir des objections religieuses authentiques.

Un accord local concernant l'entreprise du requérant fut conclu, avec effet au 24 avril 1980, entre l'employeur et la "Transport and General Workers Union". Hormis, les deux catégories de salariés précisées dans la "convention d'habilitation", tout salarié était donc requis, pour travailler dans cette entreprise, d'adhérer à ce syndicat et d'en demeurer membre.

Avant même l'entrée en vigueur de cet accord la direction avait prévenu la requérant qu'il pourrait perdre son emploi s'il persistait dans son attitude. Elle lui adressa un avertissement définitif le 7 mai 1980, mais le requérant ne modifia pas sa position en reçut donc un préavis de licenciement avec effet au 20 juin 1980.

Le requérant essaya vainement de contester son licenciement devant le conseil des prud'hommes. Il fit valoir que même s'il n'appartenait pas à l'une des catégories de salariés dispensés d'affiliation syndicale, son licenciement était abusif. Cependant, par décision du 6 août 1980, le tribunal le débouta en déclarant que le licenciement devait être réputé non abusif en vertu de l'article 58, par. 3 de la loi de 1977 sur la protection de l'emploi (Employment Protection (Consolidation) Act).

Avant son amendement par la loi de 1980 sur l'emploi (Employment Act), cette disposition était ainsi libellée:

"Le licenciement d'un salarié par un employeur est réputé non abusif aux fins de ce présent chapitre si:

- a. l'usage est que, conformément à un accord d'appartenance syndicale, les salariés relevant de la même catégorie que le licencié sont affiliés à un syndicat indépendant désigné ou à l'un des syndicats indépendants désignés;
- b. le motif du licenciement est que le salarié n'est pas affilié au syndicat désigné ou à l'un des syndicats désignés, ou refuse ou envisage de refuser de devenir ou de demeurer membre dudit syndicat ou de l'un de ces syndicats;

sauf au salarié de refuser, en raison de convictions religieuses authentiques, de s'affilier à un syndicat quelconque, auquel cas le licenciement est réputé abusif."

Le requérant interjeta appel de cette décision, au motif notamment que le conseil des prud'hommes n'avait pas établi qu'au moment du licenciement, l'usage était effectivement que les salariés de l'entreprise qui l'employait soient syndiqués. Il fit également valoir que la dispense d'affiliation ne pouvait prendre effet qu'à dater de la conclusion de l'accord au niveau de l'entreprise et non à dater de l'entrée en vigueur de la "convention d'habilitation". Cependant, le tribunal de recours en matière d'emploi le débouta le 10 avril 1981.

Dans sa requête à la Commission, introduite le 26 septembre 1981, le requérant se plaignait de ce que son licenciement pour refus d'affiliation syndicale était contraire à la Convention pour les mêmes raisons que les licenciements examinés dans l'affaire Young, James et Webster (cf. l'arrêt rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 13 août 1981. Publications de la Cour, série A, vol. 44 (2)). Il prétendait en outre que la procédure suivie en l'espèce devant le conseil des prud'hommes n'avait pas été équitable.

Le 13 mai 1982, la Commission décida de porter la requête à la connaissance du Gouvernement défendeur qui, par lettre du 28 juillet 1982, renonça à présenter des objections contre la recevabilité de l'affaire. La Commission déclara alors la requête recevable par décision du 8 décembre 1982.

Finalement, un règlement amiable de l'affaire fut conclu, tel que décrit dans la partie II.

(2) Publicado em *Documentação e Direito Comparado*, 7, 253.

PARTIE II

SOLUTION ADOPTÉE

Après avoir déclaré la requête recevable, la Commission s'est mise à la disposition des parties en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire, conformément à l'article 28 *b*) de la Convention.

Suivant sa pratique habituelle, la Commission a chargé son Secrétaire de se mettre à cet effet en rapport avec les parties.

Le requérant a en conséquence été invité à chiffrer ses prétentions en tenant compte des critères adoptés par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt qu'elle a rendu sur l'application de l'article 50 de la Convention dans l'affaire *Young, James et Webster* (arrêt du 18 octobre 1982, Publications de la Cour, série A, n.º 55).

Le 23 mars 1983, les sollicitors du requérant ont déposé leurs conclusions, qui ont été transmises à l'Agent du Gouvernement défendeur. Celui-ci a présenté de 9 mai 1983 les observations suivantes:

“Le Gouvernement, vous vous en souviendrez, n'a pas soulevé d'objections, vu les circonstances de la cause, à la recevabilité de la requête de M. Reid. Il est donc manifeste qu'il souhaite parvenir à un règlement amiable et équitable dans les meilleurs délais. Aussi, dans l'examen des prétentions chiffrées par le requérant, le Gouvernement est-il disposé à accepter sans plus ample informé divers calculs pour lesquels, en d'autres circonstances, il aurait réclamé des précisions.

“Naturellement, dans l'examen par le Gouvernement des prétentions du requérant, l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Young, James et Webster* a joué un rôle important. Dans cette affaire en effet, la

Cour avait souscrit, à une petite exception près, aux offres faites par le Gouvernement aux trois requérants pour les indemniser de leur préjudice matériel et moral. En l'espèce dans l'examen des prétentions du requérant, le Gouvernement s'est donc servi, chaque fois que possible, de la même base de calcul que celle qu'il avait utilisée pour formuler ses offres d'indemnisation dans *l'affaire Young, James et Webster.*"

Le Gouvernement a ensuite traité en détails de chaque point des prétentions du requérant, notamment une indemnité pour manque-à-gagner passé et futur, perte des droits à pension et allocations-décès, ainsi qu'une indemnité pour tracas et frais judiciaires. Il a retenu une certaine somme pour chacune de ces rubriques.

Au vu de ces propositions, le requérant a alors révisé ses prétentions le 2 juin 1983 et le Gouvernement les a commentées dans sa lettre du 28 juin 1983.

Dans ce courrier, le Gouvernement offrait au requérant une indemnité totale de £30.129, étant entendu que l'intéressé n'aurait pas à rembourser les allocations-chômage et prestations complémentaires perçues par lui depuis son licenciement. En outre, le Gouvernement acceptait de payer les frais exposés par le requérant pour se faire représenter par un cabinet de sollicitors dans les négociations en vue d'un règlement amiable, et ce dans les conditions indiquées par ce cabinet, c'est-à-dire sur la base du temps passé et des lignes écrites, conformément au barème de la "Law Society" écossaise, à concurrence d'un montant de £500.

Le 27 juillet 1983, les sollicitors du requérant ont écrit à la Commission en ces termes:

"Après avoir examiné l'affaire avec notre client, nous vous informons qu'il est disposé à accepter l'offre qui lui est faite. Aussi serions-nous reconnaissants à la Commission d'approuver le règlement..."

La Commission, réunie le 12 octobre 1983, a constaté d'après les déclarations susdites que les parties étaient parvenues à un accord en ce qui

concerne les conditions d'un règlement. Elle a également constaté, au regard de l'article 28 b) de la Convention, que les parties étaient parvenues à un règlement amiable s'inspirant du respect des droits de l'homme tels que définis dans la Convention. Ceci étant, la Commission a adopté le présent rapport.

Le Secrétaire de la Commission

H.C. Krüger

**Le Président en exercice
de la Commission**

J.A. Frowein

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO OZTURK CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

- I. É lícito aos Estados considerar, no seu direito interno, vários tipos de infracção (penais, disciplinares, administrativas, contra ordenações, etc.), mas tal qualificação não se impõe aos órgãos internacionais garantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II. A Convenção não vai contra a “despenalização” que vem sendo feita nos Estados, que dela são parte; é, porém, incompatível com a Convenção que a qualificação de “infracção administrativa” ou de “contra ordenação” afaste, por vontade do Estado, a aplicabilidade dos seus artigos 6.º e 7.º.
- III. Embora qualificada de “contra ordenação” pelo direito interno, a infracção ao Código da Estrada de que resultem danos deve ser considerada, para os fins do artigo 6.º da Convenção, como infracção penal, já que a norma se dirige a todos os utentes da estrada, revestindo carácter geral, e a sanção tem simultaneamente fins de prevenção e de repressão.
- IV. O Estado pode confiar às autoridades administrativas a competência para perseguir infracções ligeiras, nomeadamente no campo do direito estradal, desde que da decisão administrativa ou policial caiba recurso para um tribunal que ofereça as garantias do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

P.F.

En l'affaire Öztürk,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 48 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. G. Wiarda, *president*,
R. Ryssdal,
J. Cremona,
Thór Vilhjálmsson,
W. Ganshof van der Meersch,
Mme D. Bindschedler-Robert,
MM. D. Evrigenis,
L. Liesch,
F. Gölcüklü,
F. Matscher,
J. Pinheiro Farinha,
E. García de Enterría,
L.E. Pettiti,
B. Walsh,
Sir Vicent Evans,
MM. R. Macdonald,
C. Russo,
R. Bernhardt,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 21 septembre 1983 et 25 janvier 1984,

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

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne ("le Gouvernement") et la Commission euro-

pénne des Droits de l'Homme ("la Commission"). A son origine se trouve une requête (n.º 8544/79) dirigée contre cet Etat et dont un ressortissant turc, M. Abdalbaki Öztürk, avait saisi la Commission le 14 février 1979 en vertu de l'article 25 de la Convention se sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention").

2. Requête du Gouvernement et demande de la Commission ont été déposées au greffe dans le délai de trois mois ouvert par les articles 32 par. 1 et 47, les 13 septembre et 15 octobre 1982 respectivement. La première renvoie à l'article 48; elle invite la Cour à conclure à l'absence de violation. La seconde vise à obtenir une décision sur le point de savoir s'il y a eu ou non, de la part de l'Etat défendeur, manquement aux obligations lui incombant aux termes de l'article 6 par. 3 e).

3. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit M.R. Bernhardt, juge élu de nationalité allemande (article 43 de la Convention), et M.G. Wiarda, président de la Cour (article 21 par. 3 b) du règlement). Le 1^{er} octobre 1982, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir MM. R. Ryssdal, M. Zekia, F. Matscher, J. Pinheiro Farinha et E. García de Enterría, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et par. 4 du règlement). Par la suite, MM. Thór Viljálmsson et W. Ganshof van der Meersch, juges suppléants, ont remplacé MM. Zekia et García de Enterría, empêchés (article 22 par. 1 et 24 par. 1 du règlement).

4. Ayant assumé la présidence de la Chambre (article 21 par. 5 du règlement), M. Wiarda a recueilli, par l'intermédiaire du greffier adjoint, l'opinion de l'agent du Gouvernement, de même que celle des délégués de la Commission, au sujet de la procédure à suivre. Le 19 octobre 1982, il a décidé que l'agent aurait jusqu'au 31 janvier 1983 pour déposer un mémoire auquel les délégués pourraient répondre par écrit dans les deux mois du jour où le greffier le leur aurait communiqué.

Après une prorogation de délai accordée au Gouvernement le 18 janvier 1983, le mémoire est parvenu au greffe le 24 février. Le 10 mars, le secrétaire de la Commission a informé le greffier que les délégués présenteraient leurs propres observations lors des audiences.

5. Le 4 mai, le président a fixé au 25 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir consulté agent du Gouvernement et délégué de la Commission par l'intermédiaire du greffier adjoint.

6. Les débats se sont déroulés en public le jour dit, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Chambre avait tenu immédiatement auparavant une réunion préparatoire; elle avait autorisé l'emploi de la langue allemande par l'agent et les conseils du Gouvernement ainsi que par la personne assistant les délégués de la Commission (article 27 par. 2 et 3 du règlement).

Ont comparu:

— pour le Gouvernement

Mme I. Maier, *Ministerialdirigentin*
au ministère fédéral de la Justice, *agent,*

M. E. Göhler, *Ministerialrat* au
ministère fédéral de la Justice, *conseiller,*

— pour la Commission

M. S. Trechsel,

M. G. Sperduti, *délégués,*

Me N. Wingerter, conseil du requérant
devant la Commission, *assistant les délégués (article
29 par. 1, seconde phrase,
du règlement).*

La Cour a entendu en leurs plaidoiries et déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, Mme Maier pour le Gouvernement, MM. Trechsel et Sperduti ainsi que Me Wingerter pour la Commission. Celle-ci a fourni au greffier certains documents qu'il lui avait demandés sur les instructions du président.

7. A l'issue d'une délibération qui a eu lieu le 27 mai, la Chambre a résolu, en vertu de l'article 48 du règlement, de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière.

Après avoir noté l'accord de l'agent du Gouvernement et l'avis, favorable, des délégués de la Commission, la Cour a décidé le 21 septembre que la procédure se poursuivrait sans réouverture des débats (article 26 du règlement).

8. Le 4 octobre, l'agent du Gouvernement a remis au greffier deux documents et sa réponse à deux questions que M. le juge Ganshof van der Meersch lui avait posées lors des audiences.

FAITS

I. Les circonstances de l'espèce

9. M. Öztürk, ressortissant turc né en 1934, réside à Bad Rappenau-Heinsheim en République fédérale d'Allemagne.

Arrivé dans ce pays en 1964, il travaille dans l'industrie automobile. Après avoir passé l'examen nécessaire, il se vit délivrer le 7 mai 1969 un permis de conduire allemand.

En 1978, il chiffrait son revenu mensuel net à 2.000 DM environ.

10. Le 27 janvier 1978, au volant de sa voiture à Bad Wimpfen, il en percuta une autre qui se trouvait en stationnement; il causa ainsi aux deux véhicules un dommage d'environ 5.000 DM. Le propriétaire de l'automobile touchée signala l'accident à la police de Neckarsulm.

Au moyen d'un texte écrit en turc, les agents arrivés sur place informèrent le requérant, notamment, de son droit de se refuser à toute déclaration et de consulter un avocat. Il usa de ce droit, sur quoi la police transmit un procès-verbal (*Verkehrs-Ordnungswidrigkeiten-Anzeige*) à l'autorité administrative (*Landratsamt*) de Heilbronn.

11. Cette dernière, par une décision du 6 avril 1978, infligea à l'intéressé une amende (*Bussgeld*) de 60 DM pour avoir provoqué un accident de la route en entrant en collision avec un autre véhicule à la suite d'une conduite imprudente ("*Ausserachtlassen der erforderlichen Sorgfalt im Strassenverkehr*"); M. Öztürk avait à payer en outre 13 DM de droits (*Gebühr*) et frais (*Auslagen*).

La décision se fondait sur l'article 17 de la loi du 24 mai 1968 concernant les "contraventions administratives", dans sa version du 1^{er} janvier 1975 (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* - "loi de 1968/1975", paragraphe 18 ci-dessous), l'article 24 de la loi sur la circulation routière (*Strassenverkehrsgesetz*) et les articles 1 par. 2 et 49 par. 1 n.º 1 du règlement relatif à la circulation routière (*Strassenverkehrs-Ordnung*). L'article 1 par. 2 de ce règlement se lit ainsi (traduction):

"Tout usager de la route a le devoir de se comporter de manière à ne pas nuire ni faire courir de risque à autrui, à ne pas le gêner ni importuner plus qu'il n'est inévitable en l'occurrence."

D'après l'article 49 par. 1 n.º du règlement précité, quiconque enfreint l'article 1 par. 2 commet une "contravention administrative" (*Ordnungswidrigkeit*); aux termes de l'article 24 par. 2 de la loi sur la circulation routière, une telle contravention expose son auteur à une amende.

12. Le 11 avril 1978, le requérant, représenté par Me Wingerter, forma un recours (*Einspruch*) contre ladite décision (article 67 de la loi de 1968/1975); il précisa qu'il ne renoncerait pas à des débats publics devant le tribunal (article 72).

Le parquet (*Staatsanwaltschaft*) près le tribunal régional (*Landgericht*) de Heilbronn, auquel le dossier avait été communiqué le 5 mai, déclara six jours plus tard ne pas s'opposer à une procédure purement écrite; il ajouta qu'il ne participerait pas aux audiences (article 69 et 75).

13. Le tribunal cantonal (*Amtsgericht*) de Heilbronn siègea en public le 3 août 1978; il entendit M. Öztürk, qui bénéficiait de l'assistance d'un interprète, puis trois témoins. Aussitôt après, le requérant retira son recours. En conséquence, la décision de l'autorité administrative de Heilbronn, du 6 avril 1978, devint définitive (*rechtskräftig*).

14. Le tribunal avait délaissé à la charge de l'intéressé les frais de la procédure et ses propres frais. Le 12 septembre 1987, le greffe (*Gerichtskasse*) du tribunal cantonal en fixa le montant à 184 DM 70, dont 63 DM 90 pour les frais d'interprète.

15. Quant au dernier point, le requérant attaqua cet arrêté le 4 octobre (*Erinnerung*). Invoquant l'article 6 de la Convention, il se référait au rapport de la Commission, du 18 mai 1977, dans l'affaire Luedicke, Belkacem et Koç; à l'époque, celle-ci demeurait pendante devant la Cour qui rendit son arrêt au principal le 28 novembre 1978 (série A n.º 29) ⁽¹⁾.

Le tribunal cantonal débouta M. Öztürk le 25 octobre. Il souligna que l'obligation de supporter les frais d'interprète découlait des articles 464 a) du code de procédure pénale (*Strafprozessordnung*) et 46 de la loi de 1968/1975 (paragraphes 21 et 35 ci-dessous). Il l'estima compatible avec l'article 6 par. 3 e) de la Convention en se fondant sur une décision de la Cour d'appel de Cologne, de 1975. Selon le tribunal, l'avis précité de la

(1) Sumariado sob n.º 30 in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 8, pag. 121.

Commission ne changeait en rien cette situation car, à la différence d'un arrêt de la Cour, il ne liait pas les Etats.

16. Selon les indications non contestées fournies par le Gouvernement, les frais judiciaires, y compris ceux d'interprète, furent réglés par une compagnie d'assurances avec laquelle l'intéressé avait souscrit un contrat.

II. LA LÉGISLATION PERTINENTE

A. La loi de 1968/1975

17. La loi de 1968/1975 vise à faire sortir du droit pénal les infractions légères, considérées auparavant comme infractions pénales. Il s'agit notamment des contraventions à la loi sur la circulation routière. Dans son ancienne version, l'article 21 de celle-ci les frappait de peines d'amende (*Geldstrafe*) ou d'emprisonnement (*Haft*). L'article 3 n.º 6 de la loi du 24 mai 1968 (*Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) les qualifia d' "*Ordnungswidrigkeiten*" et ne les réprima désormais qu'au moyen d'amendes regardées par le législateur comme non pénales (*Geldbussen*).

La loi de 1968/1975 a eu deux précurseurs en République fédérale: la loi du 25 mars 1952 sur les "contraventions administratives" (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) et, pour une part, celle du 26 juillet 1949 sur les infractions économiques (*Wirtschaftsstrafgesetz*).

1. Dispositions générales

18. L'article 1 par. 1 de la loi de 1968/1975 définit la "contravention administrative" (*Ordnungswidrigkeit*) comme un acte illégal (*rechtswidrig*) et répréhensible (*vorwerfbar*), enfreignant une disposition légale qui en rend l'auteur passible d'une amende (*Geldbusse*). Celle-ci ne peut être inférieure à 5 DM ni, en règle générale, supérieur à 1.000 DM (article 17 par. 1). Son montant est fixé dans chaque cas en fonction de l'importance de la contravention, du manquement reproché à l'auteur et, sauf pour les contraventions mineures (*geringfügig*), de la situation économique de ce dernier (article 17 par. 3).

Si l'acte constitue à la fois une "contravention administrative" et une infraction pénale, seule entre en jeu la loi pénale; il peut cependant être réprimé en tant que "contravention administrative" si aucun prononcé de peine (*Strafe*) n'a lieu (article 21).

2. Les autorités de poursuite

19. Le traitement des *Ordnungswidrigkeiten* relève de l'autorité administrative (*Verwaltungsbehörde*) désignée par la loi, sauf dans la mesure où la loi de 1968/1975 en confie la poursuite au parquet et la répression au tribunal (articles 35 et 36). Si le parquet se trouve saisi au pénal, il peut également poursuivre le même acte comme "contravention administrative" (article 40).

20. Lorsque des indices donnent à penser qu'il y a infraction pénale, l'autorité administrative renvoie l'affaire au parquet; il lui retourne le dossier s'il n'ouvre pas de poursuites (article 41). En cas de "contravention administrative" connexe à une infraction pénale pour laquelle le parquet a engagé des poursuites, celui-ci peut les étendre à la contravention aussi longtemps que l'autorité administrative n'a pas fixé l'amende (article 42).

La décision, par le parquet, de poursuivre ou non un acte comme infraction pénale lie l'autorité administrative (article 44).

3. La procédure en générale

21. Sous réserve des exceptions prévues par la loi de 1968/1975, les dispositions de droit commun régissant la procédure pénale, en particulier le code de procédure pénale, le code judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz*) et la loi sur les juridictions pour enfants (*Jugendgerichtsgesetz*), s'appli-

quent par analogie (*sinngemäß*) à la procédure relative aux “contraventions administratives” (article 46 par. 1). L’autorité de poursuite (paragraphe 19 ci-dessus) a les mêmes droits et obligations que le parquet en matière pénale à moins que la loi de 1968/1975 elle-même n’en décide autrement (article 46 par. 2). Néanmoins, certaines mesures licites au pénal ne peuvent être ordonnées dans le domaine desdites contraventions, notamment l’arrestation, la garde à vue (*vorläufige Festnahme*) et la saisie d’envois postaux ou de télégrammes (article 46 part. 3). La prise de sang et d’autres ingérences mineures, au sens de l’article 81 a) par. 1 du code de procédure pénale, restent possibles

22. La poursuite d’une telle contravention ressortit au pouvoir discrétionnaire (*plichtgemäßes Ermessen*) de l’autorité compétente, laquelle peut y mettre fin tant que l’affaire demeure pendant devant elle (article 47 par. 1).

Une fois le tribunal saisi (paragraphe 27-28 ci-dessous), toute décision de clôture relève de lui; elle requiert l’accord du parquet et revêt un caractère définitif (article 47 par. 2).

23. Dans la phase judiciaire (éventuelle) de la procédure, (paragraphe 28-30 ci-dessous), l’article 46 par. 7 de la loi de 1968/1975 confie le soin de stateur à des sections (*Abteilungen*) des tribunaux cantonaux ainsi qu’à des chambres (*Kammern*; *Senate*) des cours d’appel (*Oberlandesgerichte*) et la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*).

4. La procédure préliminaire

24. La recherche (*Erforschung*) des “contraventions administratives” incombe aux autorités de police. Elles jouissent en la matière d’un pouvoir discrétionnaire (*plichtgemäßes Ermessen*); pour autant que la loi de 1968/1975 n’en dispose autrement, elles ont les mêmes droits et obligations qu’au pénal (article 53 par. 1).

25. Avant toute décision, l’intéressé (*Betroffener*) doit avoir l’occasion de se prononcer devant l’autorité compétente sur le reproche qu’on lui adresse (article 55).

Dans le cas d'une contravention mineure (*geringfügig*), l'autorité administrative peut lui donner un avertissement (*Verwarnung*) et exiger de lui le versement d'une amende de mise en garde (*Verwarnungsgeld*) qui sauf exception prévue dans la loi applicable, se situe entre 2 et 20 DM (article 56 par. 1). Toutefois, une telle sanction ne vaut que s'il l'a acceptée et s'il paie l'amende immédiatement ou dans le délai d'une semaine (article 56 par. 2).

26. L'autorité administrative, dans la procédure qui se déroule devant elle, désigne au besoin à l'intéressé un avocat d'office (article 60).

Les mesures prises par elle jusqu'à ce stade peuvent en principe être attaquées devant les tribunaux (article 62).

5. La décision administrative infligeant une amende

27. Pour autant que la loi de 1968/1975 n'en dispose pas autrement — comme dans le cas où l'affaire se règle par le versement d'une amende de mise en garde —, la contravention est réprimée par une décision administrative infligeant une amende (*Bussgeldbescheid*; article 65).

L'intéressé peut exercer un recours (*Einspruch*) dans un délai d'une semaine (article 67). A moins de retirer sa décision, l'autorité administrative communique le dossier au parquet qui le soumet au juge cantonal compétent (article 69 par. 1 et 68) et qui assume le rôle d'autorité de poursuite (article 69 par. 2).

6. La phase judiciaire (éventuelle) de la procédure

28. Aux termes de l'article 71, si le tribunal estime le recours recevable (article 70) il l'examine, sauf indication contraire de la loi de 1968/1975, conformément aux règles applicables en cas d' "*Einspruch*" contre une ordonnance pénale (*Strafbefehl*): en principe, il tient des audiences et rend un jugement (*Urteil*) qui peut prononcer une sanction plus lourde (article 411 du code de procédure pénale).

Toutefois, le tribunal peut statuer par ordonnance (*Beschluss*) si des débats ne lui paraissent pas nécessaires et en l'absence d'objections du parquet ou de l'intéressé (article 72 par. 1). En pareil cas, il peut notamment acquitter celui-ci, fixer une amende ou arrêter les poursuites, mais non aggraver la sanction (article 72 par. 2).

29. L'intéressé a la faculté de comparaître en personne mais n'y est pas tenu, sauf si le tribunal l'y a invité (article 73 par. 1 et 2); il peut se faire représenter par un défenseur (article 73 par. 4).

Le ministère public peut assister aux débats; si le tribunal estime appropriée la venu d'un magistrat du parquet, il en avise ce dernier (article 75 par. 1).

Le tribunal offre à l'autorité administrative l'occasion d'indiquer les éléments qui, d'après elle, importent pour la décision à rendre; il lui accorde la parole lorsqu'elle le souhaite (article 76 par. 1).

30. Sous certaines conditions, l'article 79 ouvre un recours de droit (*Rechtsbeschwerde*) contre le jugement ou contre l'ordonnance prise en vertu de l'article 72. Pour autant que la loi de 1968/1975 n'en dispose pas autrement, la juridiction compétente statue en se conformant, par analogie, aux prescriptions du code de procédure pénale relatives à la cassation (*Revision*).

7. Procédure administrative et procédure pénale

31. La qualification de "contravention administrative" donnée à l'acte par l'autorité administrative ne lie pas le tribunal appelé à la connaître du recours (*Einspruch*); il ne peut cependant appliquer la loi pénale que si l'intéressé a été averti du changement et mis à même de se défendre (article 81 par. 1). Cette condition une fois remplie, d'office ou à la demande du parquet, l'intéressé a le statu de prévenu (*Angeklagter*, article 81 par. 2) et la procédure ultérieure échappe à l'empire de la loi de 1968/1975 (article 81 par. 3).

8. Exécution des décisions infligeant une amende

32. Une décision infligeant une amende est exécutoire dès qu'elle revêt un caractère définitif (articles 89 et 84). Quand elle émane de l'autorité administrative, son exécution obéit, selon le cas, à la loi fédérale ou à celle d'un *Land* sur l'exécution en matière administrative (*Verwaltungs-Vollstreckungsgesetze*), à moins que la loi de 1968/1975 ne prévienne le contraire (article 90 par. 1). Dans le cas d'une décision judiciaire s'appliquent, entre autres, certaines dispositions pertinentes du code de procédure pénale (article 91).

33. Si, sans avoir démontré (*dargetan*) son insolvabilité, l'intéressé n'a pas payé l'amende dans le délai voulu, le tribunal peut, à la requête de l'autorité administrative ou, dans l'hypothèse d'une amende infligée par décision judiciaire, d'office, ordonner la contrainte par corps (*Erzwingungshaft* — article 96 par. 1). La détention qui en résulte ne remplace pas le paiement de l'amende à la manière de l'*Ersatzfreiheitsstrafe* en droit pénal: elle vise à y forcer l'intéressé. Sa durée ne doit pas dépasser six semaines pour une seule amende et trois mois pour plusieurs (article 96 par. 3); son exécution se règle d'après, notamment, le code de procédure pénale (article 97).

9. Frais d'interprète et autres

34. Quant aux frais de la procédure administrative, l'autorité compétente applique par analogie certaines des clauses du code de procédure pénale (article 105).

35. Aux termes de l'article 109, l'intéressé supporte les frais de la procédure judiciaire s'il retire son "*Einspruch*" ou si le tribunal compétente rejette ce dernier.

Lesdits frais se composent des dépenses du Trésor public et des droits à lui verser (article 464 *a*), par. 1, première phrase, du code de procédure pénale). Leur liste figure dans la loi sur les frais de justice (*Gerichtskosten-gesetz*), laquelle renvoie entre autres à la loi sur l'indemnisation des

témoins et experts (*Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen*); d'après l'article 17 par. 2 de cette dernière, "les interprètes sont indemnisés au même titre que les experts".

Les frais d'interprète (*Dolmetscherkosten*) font ainsi partie des frais de la procédure judiciaire. Toutefois, en ce qui concerne la procédure pénale — et elle seule — le législateur allemand a modifié l'annexe (*Kostenverzeichnis*) à la loi sur les frais de justice à la suite de l'arrêt Luedicke, Belkacem et Koç du 28 novembre 1978 (paragraphe 15 ci-dessus; voir aussi la résolution DH (83) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, du 23 mars 1983). Selon le n.º 1904 de cette annexe, il n'y a plus lieu de prélever "les sommes revenant aux interprètes et traducteurs engagés dans une procédure pénale pour traduire, à l'intention d'un inculpé muet, sourd ou ne connaissant pas la langue allemande, les déclarations ou pièces qu'il lui faut connaître pour sa défense" (loi du 18 août 1980).

36. Aux termes de l'article 109 de la loi de 1968/1975, la question du paiement des frais de procédure, dont les frais d'interprète, ne se pose qu'une fois le retrait ou rejet du recours devenu définitif; l'intéressé ne peut jamais être appelé à payer une avance sur les frais dont il s'agit.

B. Les amendes en matière de circulation routière

37. La loi sur la circulation routière, le règlement relatif à la circulation routière et celui qui a trait au droit de conduire (*Strassenverkehrs-Zulassungs-Ordnung*) énumèrent des "contraventions administratives" punissables d'amende (article 24 de la loi sur la circulation routière).

Dans le cas d'une "contravention administrative" commise en violation grossière (*grob*) et persistante (*beharrlich*) des obligations de conducteur, l'autorité administrative ou, s'il y a eu recours, le tribunal peuvent priver en même temps celui-ci de son permis (*Fahrverbot*) pour une

période d'un à trois mois (article 25 de la loi sur la circulation routière). D'après le Gouvernement, en 1982 pareille mesure a été prise dans 0,5% des cas.

38. Les *Länder* ont adopté de concert des dispositions (*Verwaltungsvorschriften*) instituant un catalogue uniforme d'amendes pour les diverses contraventions de ce genre (*Bussgeldkatalog*); juridiquement, elles lient les autorités administratives habilitées à prononcer des amendes, mais non les tribunaux.

L'article 26 a) de la loi sur la circulation routière, inséré dans celle-ci de 28 décembre 1982 et non encore suivi d'effet, prévoit que le ministre des transports édictera de telles dispositions avec l'accord du *Bundesrat* et sous forme de décret (*Rechtsverordnung*).

39. Aux termes de l'article 28 de la même loi, une amende pour contravention aux règles de la circulation routière peut figurer sur un registre central de la circulation (*Verkehrszentralregister*) dans des cas donnés, si elle dépasse un certain niveau (39 DM à l'époque des faits de la cause, 79 DM depuis de 1^{er} juillet 1982); en revanche, elle ne donne pas lieu à inscription au casier judiciaire (*Bundeszentralregister*). L'inscription doit être effacée après deux ans au maximum, à moins qu'il n'y en ait eu de nouvelles entre temps (article 29).

Seules certaines autorités ont accès audit registre, notamment aux fins de poursuites pénales ou de poursuites pour "contravention administrative" en matière de circulation routière (article 30).

40. Selon les indications non contestées du Gouvernement, la loi de 1968/1975 joue en pratique un rôle particulièrement important dans le domaine de la circulation routière; ainsi, 90% des amendes infligées en 1982 avaient trait à des contraventions routière.

On compterait chaque année, en République fédérale d'Allemagne, de 4.700.000 à 5.200.000 décisions prononçant une amende (*Geldbusse*) et 15.500.000 à 16.000.000 avertissements assortis d'amendes (*Verwarnungsgelder*). D'après les statistiques des *Länder* sur les infractions dont il s'agit, en 1982 le pourcentage des amendes supérieures à 200 et 500 DM n'aurait atteint que 1,5 et 0,1 respectivement, contre 10,8 pour celles de 101 à 200 DM, 39,4 pour celles de 41 à 100 DM et 48,2 pour celles de 40 DM ou moins.

43,4% des infractions routières consisteraient en contraventions aux interdictions d'arrêt et de stationnement, environ 17,1% en excès de vitesse, 6,5% en non-respect de signaux lumineux et 5,9% en dépassements illicites. Les autres totaliseraient moins de 4% par catégorie; celles que vise l'article 1 par. 2 du règlement relatif à la circulation routière, appliqué dans le cas du requérant (paragraphe 11 ci-dessus), se situeraient autour de 2,8%.

41. Nonobstant l'absence de statistiques à cet égard, le Gouvernement estime que 10% à 13% des quelque cinq millions d'amendes imposées chaque année concernent des étrangers. Sur les 4.670.000 étrangers vivant en République fédérale, environ 2.000.000 posséderaient une automobile.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

42. Dans sa requête du 14 février 1979 à la Commission (n.º 8544/79), M. Öztürk reprochait au tribunal cantonal de Heilbronn d'avoir mis à sa charge les frais d'interprète; il invoquait l'article 6 par. 3 e) de la Convention.

43. La Commission a retenu la requête le 15 décembre 1981.

Dans son rapport du 12 mai 1982 (article 31 de la Convention), elle exprime, par huit voix (2) contre quatre, l'avis qu'il y a eu violation de l'article 6 par. 3 e).

Le rapport comprend deux opinions dissidentes.

(2) Teve intervenção na Comissão o Membro português, Dr. Jorge Sampaio.

CONCLUSIONS PRESENTEES A LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT

44. A l'issue des audiences du 25 mai 1983, le Gouvernement a invité la Cour "à constater que la République fédérale d'Allemagne n'a pas violé la Convention".

EN DROIT

45. Aux termes de l'article 6 de la Convention,

"1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...).

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

3. Tout accusé a droit notamment à:

(...)

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

D'après le requérant, le tribunal cantonal de Heilbronn a méconnu l'article 6 par. 3 *e)* en mettant à sa charge les frais causés par le recours aux services d'un interprète lors de l'audience du 3 août 1978.

I. SUR L'APPLICABILITE DE L'ARTICLE 6 PAR. 3 e)

46. Selon le Gouvernement, l'article 6 par. 3 e) ne s'applique pas en l'espèce car le requérant ne se trouvait pas "accusé" d'une "infraction pénale". D'après la législation de 1968/1975, qui a "décriminalisé" les petites infractions, notamment dans le domaine de la circulation routière, les faits reprochés à M. Öztürk constituaient une simple "contravention administrative" (*Ordnungswidrigkeit*). Or pareille contravention se distinguerait de l'infraction pénale tant par la procédure prescrite pour la poursuivre et réprimer que par ses caractéristiques et conséquences juridiques.

Le requérant conteste le bien-fondé de cette thèse. La Commission n'y souscrit pas davantage: pour elle, l'infraction dont l'intéressé avait à répondre relève bien de la "matière pénale" au sens de l'article 6.

47. L'article 6 par. 3 e) ne vaut que pour un "accusé". Il ressort de sa version anglaise ("*charged with a criminal offence*") et du paragraphe 1 de l'article 6 ("*accusation en matière pénale*") — texte de base dont les paragraphes 2 et 3 représentent des applications particulières (arrêt Deweer du 27 février 1980, série A n.º 35, p. 30, par. 56) — que l'"accusation" visée au paragraphe 3 e) doit porter sur une "infraction pénale" (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Adolf du 26 mars 1982, série A n.º 49, p. 15, par. 30⁽³⁾).

D'après le droit allemand, le manquement commis par M. Öztürk ne s'analysait pas en une infraction pénale (*Straftat*) mais en une "contravention administrative" (*Ordnungswidrigkeit*). La question se pose de savoir si cette qualification est décisive au regard de la Convention.

48. La Cour a rencontré un problème analogue dans l'affaire Engel et autres, mentionnée d'ailleurs par les comparants. A la vérité, celle-ci concernait des sanctions infligées à des appelés du contingent et considérées comme disciplinaires par la législation néerlandaise; dans son arrêt, rendu le 8 juin 1976, la Cour a pris soin de préciser qu'elle se limitait au domaine de service militaire (série A n.º 22, p. 34, par. 82)⁽⁴⁾. Elle n'en estime pas moins que les principes se dégagent dudit arrêt (*ibidem*, pp. 33-35, par.

(3) Sumariado em Documentação e Direito Comparado, sob n.º 51.

(4) Sumariado sob n.º 23 in Documentação e Direito Comparado, n.º 7, pag. 249.

80-82) entrent aussi en ligne de compte, *mutatis mutandis*, dans la présente affaire.

49. La Convention n'empêche pas les Etats, dans l'accomplissement de leur rôle de gardiens de l'intérêt public, d'établir ou maintenir une distinction entre différents types d'infractions définis par le droit interne et d'en fixer le tracé, mais il ne s'ensuit pas que la qualification ainsi adoptée soit déterminante aux fins de la Convention.

Le législateur qui soustrait certains comportements à la catégorie des infractions pénales du droit interne peut servir à la fois l'intérêt de l'individu (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Engel et autres précité, *ibidem*, p. 33, par. 80) et les impératifs d'une bonne administration de la justice, notamment dans la mesure où il décharge les autorités judiciaires de la poursuite et de la répression de manquements, nombreux mais de peu d'importance, à des règles de la circulation routière. La Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la "décriminalisation" existant — sous des formes fort diverses — dans les Etats membres du Conseil de l'Europe; le Gouvernement a raison d'y insister. Toutefois, si les Etats contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d' "administrative" plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention.

50. Ayant ainsi réaffirmé l' "autonomie" de la notion de "matière pénale" telle que la conçoit l'article 6, la Cour doit rechercher si la "contravention administrative" commise par le requérant relève ou non de ladite "matière". A cette fin, elle retient les critères adoptés dans son arrêt Engel précité (*ibidem*, pp. 34-35, par. 82): il importe d'abord de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'Etat défendeur; il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ses termes et au droit des Etats contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé.

51. En droit allemand, le fait reproché à M. Öztürk — méconnaissance de l'article 1 par. 2 du règlement relatif à la circulation

routière — revêtait le caractère d'une "contravention administrative" (article 49 par. 1 n.º 1 dudit règlement). Il tombait sous le coup non du droit pénal, mais de l'article 17 de l'*Ordnungswidrigkeitengesetz* et de l'article 24 par. 2 de la loi sur la circulation routière (paragraphe 11 si-dessus). La législation de 1968/1975 marque une étape importante dans le processus de "décriminalisation" des infractions légères en République fédérale. Si la doctrine allemande ne semble pas unanime à considérer que le droit des "contraventions administratives" n'appartient plus en réalité au droit pénal, les travaux préparatoires de la loi de 1968/1975 n'en confirment pas moins clairement que cette dernière a soustrait à la loi pénale les infractions dont il s'agit (*Deutscher Bundestag, Drucksache V/1269* et, parmi d'autres, l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 juillet 1969, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 27, pp. 18-36).

Si donc la Cour accepte sur ce point l'argumentation du Gouvernement, elle n'oublie pas pour autant qu'il n'existe pas de cloison étanche entre le droit pénal allemand et le droit des "contraventions administratives", notamment en cas de connexité (paragraphe 20 ci-dessus); elle ne perd pas non plus de vue que les dispositions du droit commun régissant la procédure pénale s'appliquent par analogie à la procédure engagée pour une telle infraction (paragraphe 21 ci-dessus) et en particulier à sa phase judiciaire éventuelle.

52. De toute manière, les indications que fournit le droit interne de l'Etat défendeur n'ont qu'une valeur relative. Le deuxième des critères énoncés plus haut — la nature même de l'infraction, considérée aussi en rapport avec celle de la sanction correspondante — représente un élément d'appréciation de plus grand poids.

D'après la Commission — sauf cinq de ses membres — et M. Öztürk, l'infraction accomplie par celui-ci était pénale par nature.

Pour le Gouvernement au contraire, elle se rangeait à n'en pas douter parmi les manquements de peu d'importance dont on compterait environ cinq millions chaque année en République fédérale et qui constitueraient un *aliud* par rapport aux infractions pénales. Par son droit pénal, la société s'efforcerait de protéger ses fondements mêmes ainsi que les droits et intérêts essentiels pour la vie de la collectivité. Le droit des *Ordnungswidrigkeiten*, lui, chercherait surtout à maintenir l'ordre. En règle générale et en tout cas en l'espèce, les "contraventions administratives" ne témoigneraient pas

d'une indignité propre à valoir à leur auteur le jugement de valeur défavorable (*Unwerturteil*) qui caractériserait la peine (*Strafe*). La différence existant entre elles et les infractions pénales se manifesterait dans le domaine de la procédure comme sur le terrain des sanctions et autres conséquences juridiques.

Tout d'abord, en soustrayant lesdites contraventions à la loi pénale le législateur allemand aurait instauré, pour leur poursuite et leur répression, une procédure simplifiée se déroulant devant des autorités administratives sauf recours ultérieur à un tribunal. La procédure organisée par la loi de 1968/1975 se distinguerait sur bien des points de la procédure pénale quoique les lois générales régissant cette dernière s'y appliquent en principe par analogie. Par exemple, la poursuite des *Ordnungswidrigkeiten* ressortirait au pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes et la loi de 1968/1975 limiterait grandement la possibilité de restreindre la liberté personnelle de l'individu au stade de l'instruction (paragraphe 21, 22 et 24 ci-dessus).

En second lieu, à l'amende pénale (*Geldstrafe*) et à l'emprisonnement le législateur aurait substitué une simple amende administrative (*Geldbusse*, paragraphe 17 ci-dessus). Contrairement à la première, la seconde ne pourrait être remplacée par une détention (*Ersatzfreiheitsstrafe*); il ne pourrait y avoir contrainte par corps (*Erzwingungshaft*) que si l'assujéti ne paie pas la somme exigée, sans pour autant avoir démontré son insolvabilité (paragraphe 33 ci-dessus). En outre, la "contravention administrative" ne figurerait pas au casier judiciaire mais uniquement, le cas échéant, au registre central de la circulation (paragraphe 39 ci-dessus).

L'oeuvre réalisée en 1968/1975 refléterait ainsi le souci de "décriminaliser" les infractions légères dans l'intérêt de l'individu, qui n'aurait plus à répondre de son acte sur le plan pénal et pourrait même éviter toute procédure judiciaire, mais aussi du bon fonctionnement des tribunaux, désormais déchargés en principe de la répression de la grande majorité d'entre elles.

53. La Cour ne sous-estime pas la valeur de cette thèse. Elle admet que la législation dont il s'agit marque une étape importante dans l'histoire de la réforme du droit pénal allemand et que les innovations introduites en 1968/1975 ne se ramènent pas à un pur changement d'appellation.

Elle constate cependant, tout d'abord, que selon le sens ordinaire des termes relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs

s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent d'habitude en des mesures privatives de liberté et en des amendes.

D'autre part, un manquement du genre de celui de M. Öztürk continue à ressortir au droit pénal dans une large majorité des Etats contractants, comme en République fédérale jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation de 1968/1975: considéré comme illégal et répréhensible, il y est sanctionné par des peines.

Au surplus, les modifications résultant de ladite législation portent pour l'essentiel sur la procédure et sur la gamme des sanctions, dorénavant limitée à la *Geldbusse*. Si cette dernière paraît à certains égards moins afflictive que la *Geldstrafe*, elle n'en a pas moins conservé le caractère punitif par lequel se distinguent d'habitude les sanctions pénales. Quant à la règle de droit transgressée par le requérant, elle n'a subi aucun changement de contenu. Elle ne s'adresse pas à un groupe déterminé à statut particulier — à la manière, par exemple, du droit disciplinaire —, mais à tous les citoyens en leur qualité d'usagers de la route; elle leur prescrit un certain comportement et assortit cette exigence d'une sanction punitive. Celle-ci, et le Gouvernement ne le conteste pas, cherche à dissuader en même temps qu'à réprimer. Il importe peu de savoir si la disposition légale méconnue par M. Öztürk vise à protéger les droits et intérêts d'autrui ou seulement à satisfaire aux exigences de la circulation. Ces deux finalités ne s'excluent point mutuellement; surtout, le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir, au regard de l'article 6 de la Convention, la nature pénale de l'infraction litigieuse.

Sans doute s'agissait-il d'une infraction légère ne risquant guère de nuire à la réputation de son auteur, mais elle ne sortait pas pour autant du champ d'application de l'article 6. Rien ne donne en effet à penser que l'infraction pénale (*criminal offence*), au sens de la Convention, implique nécessairement un certain degré de gravité. A cet égard, nombre d'Etats contractants distinguent aujourd'hui encore, comme la République fédérale le faisait à l'époque de l'ouverture de la Convention à la signature des gouvernements, entre crimes, délits et contraventions tout en les qualifiant les uns et les autres d'infractions pénales. En outre, il serait contraire à l'objet et au but de l'article 6, qui garantit aux "accusés" le droit à un tribunal et à un procès équitable, de permettre à l'Etat de soustraire à l'empire de ce texte toute une catégorie d'infractions pour peu qu'il les juge

légères. La République fédérale ne prive du reste pas de ce droit les auteurs présumés d'*Ordnungswidrigkeiten* puisqu'elle leur accorde la possibilité — dont le requérant a usé — de recourir devant un tribunal contre la décision administrative.

54. Comme le manquement commis par M. Öztürk revêtait un caractère pénal au regard de l'article 6 de la Convention, il ne s'impose pas de l'examiner de surcroît sous l'angle du dernier des critères énoncés plus haut (paragraphe 50 ci-dessus). La faiblesse relative de l'enjeu (paragraphe 18 ci-dessus) ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque.

55. Le Gouvernement semble considérer de surcroît que l'intéressé n'avait pas la qualité d' "accusé" parce que la loi de 1968/1975 ne connaît aucune "inculpation" (*Beschuldigung*) et n'emploie pas les termes "inculpé" (*Angeschuldigter*) ni "accusé" (*Angeklagter*). Sur ce point, la Cour se borne à renvoyer à sa jurisprudence constante: au sens de l'article 6, l' "accusation" peut en général se définir "comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale", encore qu'elle puisse dans certains cas prendre "la forme d'autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant elles aussi des répercussions importantes sur la situation du suspect" (voir, en dernier lieu, l'arrêt Foti et autres du 10 décembre 1982, série A n.º 56, p. 18, par. 52, et l'arrêt Corigliano de même date, série A n.º 57, p. 13, par. 34). En l'occurrence, le requérant se trouvait "accusé" au plus tard depuis le début du mois d'avril 1978, lorsque lui fut communiquée la décision de l'autorité administrative de Heilbronn (paragraphe 11 ci-dessus).

56. L'article 6 par. 3 e) s'appliquait donc en l'espèce. Il n'en résulte point, la Cour tient à le préciser, que le système adopté en la matière par le législateur allemand soit en cause dans son principe. Eu égard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un Etat contractant peut avoir de bons motifs de décharger ses juridictions du soin de les poursuivre et de les réprimer. Confier cette tâche, pour de telles infractions, à des autorités administratives ne se heurte

pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Deweer précité, série A n.º 35, p. 25, par. 49 ⁽⁵⁾, et l'arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, série A n.º 43, p. 23, premier alinéa) ⁽⁶⁾.

II. SUR L'OBSERVATION DE L'ARTICLE 6 PAR. 3 e)

57. Se fondant sur l'arrêt Luedicke, Belkacem et Koç du 28 novembre 1978, précité (paragraphe 15 et 35 ci-dessus), le requérant estime contraire à l'article 6 par. 3 e) la décision par laquelle le tribunal cantonal de Heilbronn lui a fait supporter les frais occasionnés par le recours aux services d'un interprète à l'audience du 3 août 1978.

La Commission se prononce dans de même sens. Le Gouvernement, lui, plaide l'absence de violation, mais il concentre ses arguments sur le problème de l'applicabilité de l'article 6 par. 3 e), sans discuter la manière dont la Cour a interprété cette disposition en 1978.

58. A la lumière de l'arrêt précité, la Cour constate que la décision incriminée du tribunal cantonal de Heilbronn a enfreint la Convention: "le droit protégé par l'article 6 par. 3 e) comporte, pour quiconque ne parle ou ne comprend pas la langue employée à l'audience, le droit d'être assisté gratuitement d'un interprète sans pouvoir se voir réclamer après coup le paiement des frais résultant de cette assistance" (série A n.º 29, p. 19, par. 46).

(5) Sumariado sob n.º 36 em Documentação e Direito Comparado, n.º 10, pag. 95.

(6) Publicado em Documentação e Direito Comparado, n.º 6, pag. 565.

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50

59. A l'audience du 25 mai 1983, le conseil du requérant a sollicité pour son client, à titre de satisfaction équitable, le remboursement des 63 DM 90 de frais d'interprète et le versement des frais d'avocat engagés devant les organes de la Convention; sur le montant de ces frais, il a déclaré s'en remettre à l'appréciation de la Cour.

L'agent du Gouvernement n'a pas estimé devoir s'exprimer sur la demande dans l'immédiat; il a signalé qu'il consentirait, le cas échéant, à une simple procédure écrite.

60. La Cour considère que la question ne se trouve pas encore en état et qu'il y a donc lieu de la réserver (article 50 par. 3 du règlement). Elle délègue à son président le soin de fixer la procédure ultérieure.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par treize voix contre cinq, que l'article 6 par. 3 *e*) de la Convention s'appliquait en l'espèce;
2. *Dit*, par douze voix contre six, qu'il y a eu violation de cet article;
3. *Dit*, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 ne se trouve pas en état;

en conséquence,

- a) la réserve en entier;
- b) délègue à son président le soin de fixer la procédure ultérieure.

Rendu en français et en anglais, le texte français faisant foi, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le vingt-et-un février mil neuf cent quatre-vingt-quatre.

Marc-André EISSEN
Greffier

Gérard WIARDA
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 par. 2 de la Convention et 50 par. 2 du règlement, l'exposé des opinions dissidentes suivantes:

- opinion de M. Thór Vilhjálmsson;
- opinion de Mme. D. Bindschedler-Robert;
- opinion de M. L. Liesch;
- opinion de M. F. Matscher;
- opinion de M. J. Pinheiro Farinha;
- opinion de M. R. Bernhardt.

M.-A.E.

G.W.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE THÓR VILHJÁLMSSON

Comme la majorité de la Cour l'explique dans son arrêt, l'infraction aux règles de circulation routière par M. Öztürk, requérant, aurait été qualifiée d'infraction pénale en République fédérale d'Allemagne avant la promulgation de la loi sur les "contraventions administratives" ("loi de 1968/1975"), qui a "dépenalisé" cette faute ainsi que de nombreuses autres infractions légères. Partant de là, j'estime nécessaire d'examiner l'étendue des changements introduits par la loi de 1968/1975. S'ils se révélaient limités, cela tendrait à étayer la conclusion que le requérant pouvait prétendre à la protection du droit énoncé à l'article 6 par. 3 e) de la Convention.

L'amende (*Geldbusse*) infligée au requérant l'a été par une autorité administrative (*Landratsamt*), ce que, semble-t-il, l'ancien système n'aurait pas permis. Le requérant forma une sorte de recours ou d'opposition (*Einspruch*), de sorte que son affaire fut portée devant le tribunal cantonal (*Amtsgericht*) après communication du dossier au parquet qui assumait les fonctions d'autorité de poursuite. Lorsqu'il comparut devant le tribunal cantonal, il bénéficia de l'assistance d'un interprète.

Pour autant que je puisse en juger, les deux organes qui connurent de l'affaire, à savoir le parquet et le tribunal cantonal, furent ceux-là mêmes qui auraient été compétents selon l'ancien système, à l'époque où l'affaire aurait été qualifiée de pénale. Les règles de procédure appliquées par le tribunal cantonal furent en substance identiques à celles en vigueur auparavant, bien que formellement parlant il s'agit des règles de procédure pénale appliquées par analogie.

Ces considérations montrent, selon moi, que le régime juridique des infractions légères sous l'empire de la loi de 1968/1975 ne constitue pas une complète innovation procédurale, mais se rattache étroitement au système

antérieur pour les affaires pénales. En soi ce fait milite avec quelque force en faveur de l'applicabilité de l'article 6 par. 3 e) de la Convention en l'espèce et donc d'une violation de cette disposition. On doit cependant le mettre en balance avec d'autres arguments. Quant à ces derniers, je me réfère à l'opinion dissidente de M. le juge Bernhardt, à laquelle je souscris pour l'essentiel. Mon appréciation d'ensemble des arguments en cause m'amène à conclure que l'article 6 par. 3 e) de la Convention ne s'applique pas en l'espèce et que, partant, il n'y a pas eu violation. Mon vote traduit cette conception.

OPINION DISSIDENTE DE Mme BINDSCHIEDLER-ROBERT, JUGE

C'est à juste titre que la Cour, dans la présente affaire, a admis que les principes dégagés dans l'affaire Engel (série A n.º 22) à propos d'infractions disciplinaires étaient également applicables aux infractions administratives. Il appartient en effet à la Cour de "s'assurer (...) que le disciplinaire" — ici: l'administratif — "n'empiète pas indûment sur le pénal", autrement dit de s'assurer que la qualification par l'Etat de l'infraction comme étant de nature administrative et non pénale n'est pas abusive au regard de l'article 6.

Je ne peux en revanche me rallier à l'analyse que fait la Cour de la nature de l'infraction; les éléments qu'elle retient — "le caractère général de la norme" et "le but à la fois préventif et répressif de la sanction" — sont trop généraux par eux-mêmes. La Cour se prive ainsi de la possibilité d'accepter la notion même de dépenalisation. Elle méconnaît du reste la portée réelle de la dépenalisation opérée par la loi allemande en estimant qu'il s'agit d'un "simple changement de qualification juridique", donc d'un simple changement d'étiquette. Or l'examen des différentes dispositions des lois allemandes entrant en considération montre qu'il y a une modification profonde dans les conditions de la poursuite et les conditions de la condamnation en matière d'*Ordnungswidrigkeiten*; les sanctions en particulier — car cet aspect est lié à celui de la nature de l'infraction — apparaissent non seulement comme plus légères, mais comme ayant des caractéristiques différentes des sanctions du droit pénal.

Cela m'amène à admettre que la qualification des (*Ordnungswidrigkeiten*) comme ne rentrant pas dans la matière pénale n'a rien d'abusif et que par conséquent l'article 6 ne trouve pas à s'appliquer. Du reste, j'estime

raisonnable de considérer que les garanties très détaillées de l'article 6 n'ont pas été conçues en vue de s'appliquer à propos d'infractions de caractère bénin, n'entraînant pas la condamnation morale qui s'attache aux infractions pénales: il en est d'autant plus ainsi qu'il y a dans les conditions actuelles un intérêt évident, aussi bien pour l'individu lui-même que pour le fonctionnement général de la justice, à décriminaliser ou dépénaliser de telles infractions.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE LIESCH

1. “Si les Etats contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l’auteur d’une infraction mixte sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l’objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s’assurer, sur le terrain de l’article 6 (...), que le disciplinaire n’empiète pas indûment sur le pénal.” (arrêt Engel, série A n.º 22, p. 34, p. 81).

En partant de cet énoncé de principe, consacrant l’autonomie de la notion de “matière pénale”, la Cour a précisé les critères susceptibles de circonscrire le concept de “matière pénale”, à savoir la technique juridique, la nature de l’infraction et le degré de sévérité de la sanction.

2. Mais en dehors de ces éléments d’appréciation il paraît nécessaire de prendre en considération l’aspect de l’intérêt social, du besoin d’intimidation.

3. L’infraction peut être définie comme étant une action ou inaction prévue par la loi et punie par elle comme contraire à la justice et en même temps à l’utilité sociale.

4. L’injustice ou l’immoralité de l’acte et l’intérêt social à le réprimer étant deux conditions indispensables pour constituer un délit pénal, il est compréhensible que le législateur n’édicte pas des peines contre certains faits très immoraux, en raison du peu d’intérêt social à la répression, ou

qu'à l'inverse, dominé par cet intérêt social, il ait atteint des faits d'une immoralité douteuse.

5. Ainsi l'inceste, l'adultère du mari, le suicide ou du moins la tentative, le blasphème, la débauche (prostitution), ne tombent pas, généralement, sous l'application de la loi pénale. De même, à l'inverse, certains faits sont réprimés par la loi pénale, quoique ne dénotant qu'une légère immoralité et même n'en supposant aucune.

6. Par la loi du 2 janvier 1975 sur les *Ordnungswidrigkeiten* le législateur allemand, soucieux d'humaniser la législation à caractère répressif, a cessé d'incriminer certains faits en les soustrayant délibérément au domaine pénal (comp. par. 21, 40, 41 e 81 de loi). En effet la pléthore de sanctions pénales — au sens étroit du mot — risquait d'enlever tout effet à cette mesure coercitive.

7. Se présentant il est vrai sous les apparences d'une procédure "pénale" assortie des garanties adéquates contre l'arbitraire, "l'infraction" administrative (*Ordnungswidrigkeit*), sous différents aspects fondamentaux, n'entre désormais plus dans l'orbite de la matière pénale.

8. Ainsi la sanction dite *Geldbusse* ne figure pas au casier judiciaire; son effet n'est plus stigmatisant et le rejet social résultant notamment de la sanction est inexistant.

L'aggravation des peines en droit commun découlant de la récidive n'est pas prévue.

La contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende administrative n'est pas exécutée selon les règles de droit commun. Elle n'est pas le succédané impératif d'une amende non acquittée. Loin d'avoir le caractère d'une peine au sens pénal, c'est-à-dire d'une mesure sanctionnant un fait répressif, elle n'est que simplement contraignante, sans effet réprobateur ou humiliant.

Le droit de poursuite n'appartient pas au ministère public, mais à l'administration procédant suivant le principe de l'opportunité des poursuites, inapplicable, en principe, en droit pénal allemand (par. 47 de la loi).

9. La gravité de "l'infraction" est insignifiante; la sanction (*Geldbusse*), non assortie d'emprisonnement et comparable à un simple avertissement, se range encore derrière celles prévues dans la législation de certains Etats contractants pour les contraventions à caractère peu afflictif. En

un mot, elle ne s'impose pas comme une peine pour défendre un système de valeurs fondamentales établi dans une société démocratique.

Dès lors il paraît disproportionné et sans nécessité, pour mettre en oeuvre le mécanisme de la Convention, de faire appel à la notion de "droit pénal" comme droit sanctionnateur d'un rappel à l'ordre, lequel n'est pas ressenti par l'homme comme une mesure affectant sa liberté, sa conscience ou autrement son indénité dans l'un de ses attributs fondamentaux.

10. Tenant compte de la nature des réactions sociales, le législateur allemand a ainsi délimité nettement les frontières de la répression en disqualifiant ces types de comportement antisociaux ou simplement déviants.

Sans procéder à sa guise, il n'a pas méconnu la marge d'appréciation ni dépassé le degré de nécessité qui s'attache aux restrictions dont la Convention prévoit le principe.

Les *Ordnungswidrigkeiten*, comprises dans un sens restrictif apparaissent alors comme marginalisées, voir exclues du champ d'application de l'article 6 de la Convention.

11. L'arrêt, en dépit des particularités significatives de cette institution juridique, semble faire passer à tout prix "l'infraction" dans la catégorie de "délit pénal", dans l'unique souci de faire jouer les garanties procédurales de la Convention.

Que l'Etat défendeur reconnaisse aux "accusés" le droit à un tribunal et à un procès équitable ne doit cependant pas être considéré comme un indice que les *Ordnungswidrigkeiten* rentrent dans l'orbite du droit pénal.

La nature juridique du droit pénal ne découle pas de la possibilité d'un recours devant une juridiction.

12. Un droit subjectif, fût-il fondé sur une norme juridique, n'est pas nécessairement constitutif de libertés fondamentales, indispensables à l'homme pour sa meilleure existence possible.

Aussi le régime de la protection des libertés fondamentales ne se justifie-t-il que dans la mesure où, à travers la liberté considérée, entre le titulaire de celle-ci et la puissance publique s'établit un rapport de force inégalitaire nécessitant, au regard des données sociologiques, la garantie de la Convention. En l'espèce, ce déséquilibre fait défaut.

13. Une dernière remarque. Dans certains Etats membres des mesures de substitution remplacent parfois la condamnation à une peine; alors la

question se pose de savoir, si au regard du présent arrêt, ce genre de “sanctions” “conserve (malgré tout) son caractère punitif (par. 53 de l’arrêt) et peut encore s’insérer dans le concept de “délit pénal”.

En effet, d’aucuns considèrent par exemple les travaux dans l’intérêt de la communauté comme un remboursement d’une partie de la dette envers la société plutôt que comme une peine, la prestation communautaire étant ressentie comme un acte de solidarité, utile à autrui, se différenciant nettement de toute peine traditionnelle du droit pénal.

Dans ce cas, pour reprendre l’argumentation de la Cour, “la règle de droit transgressée (...) [ne subit] aucun changement de contenu. (...) elle (...) prescrit aussi un certain comportement et assortit cette exigence d’une sanction punitive” (par. 53). L’article 6 de la Convention devrait donc être observé.

Or, souvent ces mesures de substitution impliquent une décision de ne pas engager de poursuites pénales ou judiciaires officielles. Bien que le délinquant puisse être contraint à réparation, aucun de ces substituts, en général, ne comporte une condamnation à une peine.

Ce raisonnement vaut a fortiori dès lors que le juge national, dans certains Etats membres, rend une décision de sursis au prononcé. L’un des critères envisagés, la sanction, est défaillant.

14. Quelle devra être la solution lorsqu’un Etat membre a recours à une forme de procédure qui se traduit par l’imposition d’une sanction pécuniaire à un délinquant *hors* de l’enceinte d’un tribunal?

Sans doute, ces procédures tout comme celle, analogue, consistant à disqualifier des infractions pour leur enlever les stigmates d’une condamnation, ou à déjudiciariser certaines parties du droit pénal, s’inscrivent-elles dans une même politique criminelle, dont le but est précisément d’appliquer des types de traitement se situant en dehors du droit pénal et, partant, au-delà du champ d’application de la Convention.

La disqualification des infractions est donc, à mes yeux, le reflet d’un courant humanisant du droit pénal qui, tout en sauvegardant la substance de la Convention, replace celle-ci dans son contexte originel, sans pour autant esquiver le contrôle de la Cour (arrêt Engel).

15. Pour toutes ces raisons, j’estime que l’Etat défendeur ayant eu recours à la procédure dite des amendes administratives n’a pas violé les dispositions de l’article 6 de la Convention.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MATSCHER

A. L'interprétation autonome

1. Je ne crois pas que les auteurs de la Convention, en forgeant le texte de l'article 6, aient été conscients des problèmes d'interprétation que soulèverait cette disposition et des développements qu'elle prendrait au cours des décennies suivantes. D'ailleurs, en parlant de "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil" et de "toute accusation en matière pénale", ils ne semblent avoir songé qu'à ce qui, d'après les conceptions dominantes à l'époque, entrait dans les notions de "droit civil" (ou privé) et de "droit pénal" et dont la connaissance était attribuée en principe aux juridictions de droit commun. En effet, les garanties procédurales que la Convention prévoit à l'article 6 sont typiquement celles dont on assortit les affaires qui, eu égard à leur importance pour l'individu et pour la société, sont confiées aux tribunaux.

2. A juste titre, les organes de la Convention, après une période initiale de tâtonnement, sont allées au-delà de la conception formelle des notions de "droit civil" et de "droit pénal" pour se fonder sur une conception plutôt matérielle. En même temps, ils se sont orientés de plus en plus vers une interprétation autonome de ces notions. Il va sans dire que l'interprétation autonome est la méthode adéquate aux conventions multilatérales, en particulier de celles à caractère normatif, comme la Convention européenne des Droits de l'Homme. Néanmoins, le recours à cette méthode d'interprétation soulève des problèmes d'herméneutique juridique bien plus complexes qu'on ne pourrait le penser de prime abord. Ils concernent avant tout la "valeur" à attribuer au droit de l'Etat en cause et aux

systèmes juridiques des autres Etats contractants, pour dégager — en tenant compte de l'objet et du but de la Convention — une conception commune, qui serait sous-jacente aux notions insérées dans celle-ci.

Par exemple, le présent arrêt paraît fonder sa qualification de la notion de “matière pénale” (dans laquelle il veut inclure les contraventions administratives du droit de la République fédérale d'Allemagne), entre autres, sur les résultats d'un examen des législations respectives des Etats contractants (par. 50, *in fine*). Or un examen attentif des données du droit comparé montrerait qu'il n'existe pas aujourd'hui de “dénominateur commun” dans le sens envisagé par l'arrêt. Dans le droit de la République fédérale d'Allemagne — Etat en cause — les contraventions administratives (*Ordnungswidrigkeiten*) sortent clairement du droit pénal; il en va de même du droit autrichien (*Verwaltungsstraftaten*); le droit français, le droit néerlandais (et, peut-être, aussi le droit d'autres pays européens), s'approprient à s'engager dans une voie analogue. D'après moi, l'interprétation autonome demanderait des recherches comparatives bien plus approfondies que celles qui, à ce sujet, ont été entreprises jusqu'à présent par les organes de la Convention (j'ai mentionné brièvement le problème méthodologique de l'interprétation autonome dans mon opinion séparée jointe à l'arrêt König, série A n.º 22, p. 46 (7); voir aussi Schlosser dans *Praxis des Internationalen Privat — und Verfahrensrechts* 1981, pp. 154 et s.).

D'autre part, je me demande si le but et l'objet de la Convention, qui sont à la base de l'interprétation autonome, commandent la jouissance de la garantie procédurale prévue à l'article 6 par. 3 e) pour une affaire comme la présente (en l'espèce, les autres garanties de l'article 6 n'étaient pas en cause), ce qui seul rendrait légitime la qualification de cette affaire comme “pénale” selon “l'objet et le but de la Convention”. A cet égard non plus, l'arrêt ne nous offre pas une motivation convaincante qui pourrait soutenir ses conclusions.

(7) Publicado em “Documentação e Direito Comparado”, n.º 2, pág. 373.

B. La notion d'accusation en matière pénale et les contraventions administratives

1. En s'appuyant sur l'arrêt Engel, le présent arrêt a retenu trois critères pour la qualification d'une infraction comme ressortissant au droit pénal: la technique juridique de l'Etat concerné, la nature de l'infraction et le degré de gravité de la sanction prévue. Je souscris à cette démarche, mais regrette de ne pouvoir partager entièrement les conséquences que l'on tire de ces critères en l'espèce.

L'application du premier critère est incontestée au niveau des organes de la Convention; je n'ai donc rien à y ajouter.

Mon dissentiment porte essentiellement sur celle du deuxième critère et sur le fait que le troisième n'a pas été examiné (ce qui, d'ailleurs, est cohérent d'après l'économie de l'arrêt).

2. C'est toujours une tâche extrêmement délicate que de juger d'une institution juridique d'après sa "nature" et d'après "le sens ordinaire des termes" employés pour la décrire (même si l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités a retenu ce dernier critère parmi les premiers pour dégager le sens d'une expression ambiguë d'un traité international).

Par exemple, j'éprouve des doutes sur le bien-fondé de certains arguments à l'aide desquels le présent arrêt (par. 53) cherche à expliquer le caractère pénal d'une infraction (l'effet dissuasif de la peine qu'elle comporte), d'une sanction (le caractère punitif) et d'une règle de droit (elle prescrirait un certain comportement et assortirait cette exigence d'une sanction punitive; en outre, elle s'adresserait à la généralité des citoyens). En effet, tous ces critères valent également, par exemple, pour les infractions à l'ordre de l'audience ainsi que pour les sanctions dont elles sont assorties selon les règles de procédure. Néanmoins, leur caractère non pénal au sens de l'article 6 de la Convention paraît évident (voir aussi *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1982, p. 159). Ces arguments sont donc, en soi, insuffisants pour qualifier de pénale au sens de l'article 6 une infraction, une sanction ou une règle de droit.

Même si, pour arriver à la qualification autonome d'une notion insérée dans une convention internationale, il faut se détacher de la qualifica-

tion formelle que l'institution en cause reçoit dans la législation d'un Etat contractant déterminé, et en analyser la substance, ce détachement ne doit être trop poussé, sans quoi on risque d'arriver à une qualification abstraite, peut-être philosophique, mais dénuée de fondement juridique. Avant tout, la substance d'une institution juridique est fonction des effets juridiques dont elle s'entoure d'après la législation pertinente.

Or, c'est exactement dans ce processus d'analyse de la substance des contraventions administratives que l'arrêt ne tient pas assez compte de la législation pertinente — en l'espèce la législation allemande — et, dans la mesure où il le fait, il n'en apprécie pas correctement la portée.

3. Le mot "décriminalisation" ou "dépénalisation" a plusieurs significations. Seule entre ici en ligne de compte celle qui a trait au fait de soustraire une infraction au domaine pénal et de la classer dans un autre domaine de droit, en l'espèce le droit administratif. En ce sens, la décriminalisation correspond à une tendance très répandue dans les législations européennes et d'ailleurs encouragée par le Conseil de l'Europe lui-même. Ce n'est pas ici le lieu de la décrire dans son ensemble; cela n'est pas non plus nécessaire pour expliquer les raisons de cette opinion dissidente. Je me borne pourtant à constater que la décriminalisation est bien autre chose qu'un simple changement d'étiquette. L'évolution de la situation et des conceptions de vie sociale ainsi que des conditions techniques et économiques conduit les Etats à réévaluer les éléments constitutifs d'infractions pénales; ainsi, certaines infractions de moindre importance et, d'autre part, très nombreuses dans la vie moderne, sont soustraites au domaine pénal et classées dans le domaine du droit administratif. Il en découle des conséquences importantes qui, d'après moi, obligent à conclure à une nature différente de l'infraction elle-même: l'appréciation morale a changé, c'est-à-dire que l'infraction administrative n'est plus assortie du blâme propre aux infractions pénales; la condamnation n'est pas inscrite au casier judiciaire; une aggravation de la sanction en cas de récidive, elle aussi propre au droit pénal, n'est pas prévue non plus pour les infractions administratives; les moyens d'instruction sont limités, notamment en ce qu'ils ne peuvent comporter aucune des ingérences dans la liberté de la personne propres à la procédure pénale (ni la garde à vue, ni la détention préventive ni l'interception des communications ne peuvent être ordonnées). Fondièrement différentes sont aussi les sanctions: toute peine privative de liberté est exclue; pour l'essentiel, les peines possibles sont l'avertissement (*Verwarnung*),

l'amende de mise en garde (*Verwarnungsgeld*) et l'amende administrative (*Geldbusse*). Cette dernière diffère elle aussi de l'amende pénale (*Geldstrafe*) en ce sens qu'en cas d'insolvabilité démontrée par l'intéressée, elle n'est ni exigée, ni remplacée par une détention. A cela il faut ajouter, en matière d'infractions au code de la route, la suspension ou le retrait du permis de conduire, mesure qui peut, mais ne doit pas nécessairement revêtir le caractère d'une sanction. Un autre aspect ne doit pas être négligé: tandis que pour les infractions pénales le délai de prescription varie entre trois et trente ans, pour les contraventions administratives il ne dépasse jamais trois ans: il varie entre six mois et trois ans; en l'occurrence, s'agissant d'une infraction au code de la route, il était de six mois (dans le même sens pour l'essentiel, voir l'étude bien documentée de Vogler dans *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1979, pp. 645 et s.).

On ne saurait objecter à ce raisonnement qu'il s'agit là de simples différences "quantitatives" concernant les effets juridiques des infractions pénales et des contraventions administratives: il est acquis que la "quantité" peut se convertir en "qualité", cela vaut notamment dans le domaine du droit.

Je me résume. Les différences de conception auxquelles obéissent, selon le droit de la République fédérale d'Allemagne, les infractions pénales et les contraventions administratives, et surtout les différences relatives aux effets juridiques (effets de fond et de procédure) propres aux unes et aux autres, touchent à la substance même de ces dernières. L'arrêt ne semble pas l'avoir bien saisi lorsqu'il déclare que les différences en question portent pour l'essentiel sur la procédure et sur la gamme des sanctions (par. 53): si les contraventions administratives suivent une procédure différente et sont assorties aussi d'autres sanctions, c'est précisément en raison de leur nature qui diffère de celle des infractions pénales.

La constatation précédente ne perd pas sa valeur du fait que certains liens subsistent entre les contraventions administratives et les infractions pénales. Ces divers liens, décrits abondamment dans le présent arrêt, ne portent pas sur l'essentiel: ils concernent principalement la procédure, c'est-à-dire des aspects surtout formels qui, d'après la jurisprudence constante de la Cour, ne doivent pas être déterminants pour qualifier la "nature" d'une institution juridique. D'ailleurs, l'application subsidiaire et par analogie de certaines règles de procédure (en l'espèce, celle des règles de la procédure pénale aux contraventions administratives, ce que souligne l'arrêt) ne per-

met pas, en soi, des conclusions quant à la nature juridique d'une matière déterminée; on pourrait citer, à cet égard, de nombreux exemples tirés du droit comparé. Ces liens ne sont donc pas aptes à effacer les différences fondamentales qui existent en droit allemand entre les contraventions administratives et les infractions pénales. Il s'ensuit que, par leur nature, les contraventions administratives en général, et celles au code de la route en particulier — les seules qui entrent en ligne de compte dans la présente affaire — ne doivent pas être considérées comme relevant de la matière pénale au sens de la Convention.

4. La conclusion différente à laquelle est parvenu l'arrêt quant à la nature des contraventions administratives a dispensé la Cour de les examiner sous l'angle du troisième critère, relatif à la sévérité de la sanction dont elles sont assorties. Il faut pourtant observer que là aussi il existe des différences profondes entre les sanctions pénales et les sanctions administratives (voir le paragraphe précédent). En l'espèce, s'agissant d'une infraction mineure au code de la route, le requérant risquait une amende administrative pouvant aller, théoriquement, jusqu'à un maximum de 1.000 DM. En réalité, l'amende prononcée contre lui se montait à 60 DM et il est pratiquement exclu que, sur son recours, le tribunal cantonal aurait pu lui en infliger une de plus de 200 DM. Tout cela est bien au-dessous du niveau de gravité qui, à juste titre, avait conduit la Cour à conclure au caractère pénal de certaines peines disciplinaires qui se trouvaient au centre de l'affaire Engel.

C. Conclusions

1. Les observations qui précèdent m'ont amené à conclure que les contraventions au code de la route, selon le droit de la République fédérale d'Allemagne — les seules qui soient en cause dans la présente affaire — restent en dehors de la matière pénale au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention.

A mon avis, il n'existe pas non plus en l'espèce des motifs de politique juridique qui, à la faveur d'une interprétation téléologique de la disposition en question, puissent militer pour une conclusion différente. En effet, je ne crois pas que la gratuité, générale ou abstraite, de l'assistance d'un interprète dans une affaire de contravention administrative d'importance minime pour l'individu, et sans égard à ses ressources financières, présente un intérêt digne de protection. D'ailleurs, rendre l'article 6 applicable aux affaires de ce genre impliquerait nécessairement aussi le droit à un "jugement... rendu publiquement". Je pense plutôt que la prise en compte de toutes les conséquences d'une applicabilité de l'article 6 à la présente affaire devrait montrer que l'arrêt conduit sur un terrain très éloigné de ce qu'on entend par "droits de l'homme et libertés fondamentales", les seuls dont les organes de la Convention aient à assurer le respect.

2. Il semble pourtant que le présent arrêt repose sur un raisonnement différent: d'une part, la crainte que par le transfert de certaines infractions, même importantes, du domaine pénal au domaine administratif, les Etats ne puissent se dérober aux garanties procédurales que la Convention prévoit pour les affaires pénales; d'autre part, le souci que même pour les contraventions administratives mineures certaines garanties procédurales fondamentales risquent de manquer.

Tout en comprenant l'idée sous-jacente à ce raisonnement, je ne puis m'y associer. L'appréhension n'est pas seulement plus théorique que réelle — en procédant à la décriminalisation, les Etats poursuivent des buts entièrement conformes à la Convention —: elle n'est pas non plus fondée. En outre, et au besoin, les organes de la Convention gardent un droit de contrôle suffisamment large en suivant la jurisprudence inaugurée par l'arrêt Engel.

Le souci auquel j'ai fait allusion auparavant a plus de poids. Toutefois, il tire son origine du caractère incomplet et défectueux de la Convention en ce qui concerne les garanties procédurales. Ici, la situation est analogue à celle qui règne dans d'autres domaines (les affaires administratives-civiles, les affaires disciplinaires) où l'individu a, sans nul doute, besoin de certaines garanties procédurales, mais pas nécessairement de toutes celles que l'article 6 prévoit pour les matières civiles et les matières pénales.

Comme je l'ai souligné à maintes reprises, il incomberait aux Etats européens de prévoir — moyennant un protocole additionnel à la Convention — des garanties procédurales adéquates aussi pour ces matières, d'ail-

leurs toujours plus importantes dans la société d'aujourd'hui. Une interprétation démesurément large de la notion du "pénal" et du "civil", visant à étendre les garanties de l'article 6 à des matières pour lesquelles elles n'ont pas été conçues, ne constitue pas, à mes yeux, un remède approprié.

OPINION DE M. LE JUGE PINHEIRO FARINHA

1. Je suis d'avis que l'Etat a le pouvoir de transférer certains actes de la matière pénale à la matière administrative. Il faut, cependant, qu'en cas de contestation par l'intéressé, l'affaire aille devant un tribunal.

2. Nonobstant, en l'espèce, M. Oztürk a retiré son recours et accepté l'amende administrative (paragraphe 13 de l'arrêt).

La renonciation au recours et l'acceptation de l'amende administrative écartent l'article 6 et pour cette raison je conclus à la non-violation de l'article 6 par. 3 e) de la Convention.

OPINION DISSIDENTE
DE M. LE JUGE BERNHARDT
(Traduction provisoire)

Bien que d'importance mineure en elle-même, l'affaire soulève des questions fondamentales pour l'interprétation et l'application correctes de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ne partageant pas les vues exprimées dans l'arrêt par la majorité de la Cour, je me sens contraint d'expliquer les miennes dans cette opinion dissidente.

Selon une jurisprudence désormais bien établie de la Cour, trois critères revêtent ou peuvent revêtir de l'importance lorsqu'il s'agit de savoir si une personne se trouve "accusé d'une infraction" au sens de l'article 6 par. 3 de la Convention: la qualification d'un acte ou d'une omission dans le système juridique de l'Etat en cause, "la nature de l'infraction" ainsi que "la nature et le degré de gravité de la sanction" (paragraphe 50 de l'arrêt, qui adopte le raisonnement suivi dans l'affaire Engel). J'accepte ce point de départ, mais aboutis à des conclusions différentes dès lors qu'il faut appliquer et évaluer ces critères.

1. Sans conteste, la loi de 1968/1975 sur les "contraventions administratives" a opéré une "dépénalisation" de diverses infractions légères en les soustrayant au code pénal et en créant un système qui les rend punissables d'amendes infligées par des autorités administratives. La décision administrative n'est définitive que si l'intéressé ne saisit pas un tribunal; exclure complètement une décision judiciaire serait incompatible avec le système constitutionnel allemand.

Pareille "dépénalisation" implique des postulats de base sur le domaine propre au droit pénal, de même que toute une série de considérations d'ordre pratique. L'un de ses buts fondamentaux consiste à améliorer la situa-

tion de l'individu en éliminant tout jugement moral et les inconvénients habituellement liés à la procédure pénale. En même temps, les juridictions répressives ne sont plus surchargées par le traitement d'un grand nombre — aujourd'hui des millions — d'infractions légères; cela correspond à l'intérêt de l'Etat et de la société ainsi que de l'efficacité du système judiciaire.

Les implications et conséquences pratiques du nouveau système se trouvent décrites dans l'arrêt; point n'est besoin de les répéter ici en détail. A l'autorité administrative revient le soin d'infliger l'amende; les tribunaux ne rendent la décision finale que si l'auteur de l'infraction forme un recours; ils peuvent annuler l'amende, en diminuer ou — sous certaines conditions — en élever le montant. Ce sont les juridictions pénales ordinaires qui ont compétence (si l'auteur de l'infraction fait appel) pour connaître de ces infractions légères, et elles appliquent par analogie une grande partie du code de procédure pénale; une telle situation s'explique manifestement par des raisons pratiques, car quels autres tribunaux seraient mieux à même d'apprécier les sanctions que méritent les contraventions? Dans les affaires vraiment pénales, les mêmes juridictions peuvent prononcer des peines d'emprisonnement, tandis que la loi sur les "contraventions administratives" ne les y autorise pas; la contrainte par corps n'est possible que si l'intéressé n'a ni payé l'amende ni démontré son insolvabilité.

Nul n'a jamais contesté que ce système vise bien à établir une distinction entre, d'une part, les questions et accusations pénales et, de l'autre, les "contraventions administratives". Le système allemand cadre avec les tendances modernes observées en maints pays; la "dépénalisation" constitue aussi, sous ses divers aspects, l'un des thèmes de débat au sein du Conseil de l'Europe.

2. J'admets, avec l'arrêt et la jurisprudence bien établie de la Cour, que la manière dont le droit national qualifie certaines notions et procédures ne peut être déterminante. L'autonomie de la Convention et de ses dispositions exclut toute qualification unilatérale non sujette à contrôle. Il n'en résulte pourtant pas que la qualification nationale soit dénuée d'importance. Nous nous trouvons face à une tâche difficile et incertaine: tracer la limite entre la qualification par le système juridique national et la marge nationale d'appréciation, d'une part, et l'autonomie des dispositions de la Convention, de l'autre.

A cet égard, on doit d'abord dire ceci: la "dépenalisation", au sens examiné ici, ne puisse entraîner l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention dans presque tous les cas relevant de lui à l'heure actuelle manque de tout fondement. Il s'agit uniquement de savoir si l'on peut retirer certaines infractions légères du domaine propre au droit pénal et aux accusations en matière pénale, sous la seule réserve du contrôle ultime des organes de la Convention.

Que l'on ait autrefois considéré certains actes ou omissions comme "pénaux", notamment à l'époque de la rédaction et de l'entrée en vigueur de la Convention, ne saurait non plus être décisif. Pour de bonnes raisons et à de nombreuses reprises, la Cour a accepté et pratiqué une interprétation évolutive de la Convention, tenant compte des développements intervenus dans la société et l'opinion publique. Dans l'affaire Dudgeon, elle a jugé qu'un comportement sexuel, auparavant punissable selon le droit pénal de tous les Etats, ne pouvait plus passer pour pénal et punissable dans un environnement social donné. Les mutations sociales et les conceptions changeantes de l'ordre public, on doit aussi y avoir égard dans d'autres domaines d'intérêt similaire. La Cour et la Commission doivent se montrer attentives à de tels développements.

Enfin, le fait que certains actes ou omissions restent considérés comme pénaux dans quelques Etats et non dans d'autres ne peut pas davantage être déterminant. De par leur essence même, la "marge d'appréciation" et le droit limité de qualification unilatérale que possèdent les Etats impliquent des différences auxquelles il faut avoir égard aussi pour l'application de la Convention.

Ainsi, le véritable problème réside à mes yeux en ceci: la "dépenalisation" en cause constitue-t-elle un exercice légitime du pouvoir national de qualification et correspond-elle à l'objet et au but de l'article 6 de la Convention? Je réponds par l'affirmative. On ne peut guère estimer injustifiées ou cachées les raisons qui ont poussé à écarter certaines infractions légères de l'empire du droit pénal et à prévoir pour elles des sanctions et des procédures spéciales. Et peut-on vraiment dire que l'objet et le but de l'article 6 de la Convention exigent, pour des infractions légères aux règles de la circulation routière et d'autres manquements analogues sans gravité, les mêmes garanties (y compris l'assistance gratuite d'un interprète) que celles indispensables dans les affaires véritablement pénales? Je ne le crois pas.

Par ces motifs, “la nature de l’infraction” en cause — deuxième critère de l’existence d’une accusation en matière pénale — n’exclut ni ne remplace la qualification nationale; elle ne justifie pas de conclure à l’applicabilité et à la violation de l’article 6 par. 3 *e*) de la Convention.

3. A n’en pas douter, “le degré de sévérité de la sanction” fut minime en l’espèce; il n’altère pas les conclusions précédentes.

COMITÉ DE MINISTROS
STANLEY HAMER CONTRA O REINO UNIDO
(resolução aprovada em 21 de Abril de 1981)

- I. O artigo 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem impõe que ao recluso seja permitido casar-se na cadeia ou que lhe seja autorizada saída precária para a celebração do casamento.
- II. A imposição de prazo longo à celebração do casamento deve, em geral, ser tido como atingindo a própria substância do direito a contrair casamento.

P.F.

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 32 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée la "Convention").

Vu le rapport de la Commission européenne des Droits de l'Homme établi conformément à l'article 31 de la Convention au sujet de la requête introduite par M. Alan Stanley Hamer contre le Royaume-Uni (Requête No. 7114/75).

Considérant que le 11 février 1980 la Commission a transmis ledit rapport au Comité des Ministres et que le délai de trois mois prévu à l'article 32, paragraphe 1, de la Convention s'est écoulé sans que l'affaire ait été déférée à la Cour européenne des Droits de l'Homme en vertu de l'article 48 de la Convention.

Considérant que dans sa requête introduite le 25 mai 1975 le requérant s'est plaint de ce que les facilités nécessaires à son mariage lui aient été refusées alors qu'il purgeait une peine de prison, alléguant la violation de l'article 12 de la Convention.

Considérant que la Commission, après avoir déclaré la requête recevable le 13 octobre 1977, a considéré dans son rapport adopté le 13 décembre.

1979 que le fait que le droit interne n'ait pas autorisé le requérant à se marier en prison et que le Ministre de l'Intérieur (Home Secretary) ne lui ait pas accordé la liberté provisoire pour qu'il puisse se marier ailleurs équivalait à une atteinte à l'exercice de son droit au mariage, que l'imposition d'un délai substantiel à l'exercice de ce droit devait être considérée en général comme une atteinte à l'essence de ce droit et que l'exercice par le requérant de son droit au mariage avait été sensiblement retardé par les effets combinés du droit interne et de l'action administrative;

Considérant que dans son rapport la Commission a émis l'avis unanime que le droit du requérant au mariage garanti par l'article 12 de la Convention avait été violé;

Faisant sien l'avis émis par la Commission en vertu de l'article 31, paragraphe 1 de la Convention;

Considérant que pendant l'examen de cette affaire le Comité des Ministres a été informé par le Gouvernement du Royaume-Uni que celui-ci acceptait le rapport de la Commission qu'il avait modifié la pratique concernant le mariage de détenus comme M. Hamer purgeant une peine de prison, que la décision avait été prise d'élaborer une législation amendant la législation sur le mariage pour permettre aux détenus de se marier en prison, qu'il espérait que l'occasion se présenterait bientôt d'adopter cette législation pour permettre les mariages des détenus sans les restrictions et sans les délais actuellement imposés;

Procédant au vote conformément aux dispositions de l'article 32, paragraphe 1, de la Convention,

- a) décide que dans la présente affaire, il y a eu violation de l'article 12 de la Convention;
- b) décide, ou égard aux informations fournies par le Gouvernement du Royaume-Uni, qu'aucune autre action ne s'impose dans cette affaire.

**TRIBUNAL INTERAMERICANO
DOS DIREITOS DO HOMEM**

TRIBUNAL INTERAMERICANO DOS DIREITOS DO HOMEM

CONSULTA OC-1/82

- I. Têm legitimidade para formular consultas ao Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem os órgãos e todos os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos, ainda que não sejam Parte no Pacto de São José.
- II. A competência consultiva do Tribunal, por sua natureza, permite-lhe apreciar se o pedido, por seu fim e objecto ou outras circunstâncias, é de molde a que o Tribunal lhe não dê resposta. Não se trata, porém, de um poder discricionário e a decisão que recuse responder à consulta deve ser fundamentada.
- III. Os pareceres consultivos dos Tribunais Internacionais não têm, por natureza, o mesmo valor vinculativo que têm as suas decisões em matéria contenciosa.
- IV. Podem ser solicitadas ao Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem consultas sobre a interpretação de qualquer norma, concernente à protecção dos direitos do homem, contida em tratado, seja bilateral ou multilateral, aplicável nos Estados Americanos, independentemente do objecto principal do Tratado e ainda que do mesmo sejam ou possam vir a tornar-se partes Estados estranhos ao sistema interamericano.

DECISÃO:

Estuvieron presentes:

Carlos Roberto Reina, *Presidente*
Pedro Nikken, *Vice presidente*
Huntley Eugene Munroe, *Juez*
Máximo Cisneros, *Juez*
Rodolfo E. Piza E., *Juez*
Thomas Buergenthal, *Juez*

Estuvieron además presentes:

Charles Moyer, *Secretario*, y
Manuel Ventura, *Secretario Adjunto*

LA CORTE,

integrada en la forma antes mencionada,

emite la siguiente opinión consultiva:

1. El Gobierno del Perú, mediante nota recibida el 28 de abril de 1982, solicitó la presente opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Mediante notas de fecha 28 de abril de 1982, en cumplimiento de lo resuelto por esta Corte en relación con el artículo 52 de su Reglamento, el Secretario solicitó sus observaciones a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, así como, a través del Secretario General de ésta, a todos los órganos a que se refiere el Capítulo X de la Carta de la OEA.

3. El Presidente de la Corte fijó el 15 de agosto de 1982, como fecha límite para remitir observaciones escritas u otros documentos relevantes.

4. La comunicación del Secretario fue respondida por los siguientes Estados: Costa Rica, Dominica, Ecuador, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas y Uruguay. Se recibieron también respuestas de los siguientes órganos de la OEA: el Consejo Permanente, la Secretaría General, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité Jurídico Interamericano y el Instituto Panamericano de Geografía e Historia. La mayoría de dichas respuestas contienen observaciones concretas sobre la materia de la consulta.

5. Asimismo, las siguientes organizaciones ofrecieron sus puntos de vista sobre la consulta como *amici curiae*: el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, the International Human Rights Law Group, the International League for Human Rights and the Lawyer's Committee for International Human Rights, and the Urban Morgan Institute for Human Rights of the University of Cincinnati College of Law.

6. La Corte, reunida en su Sexto Período Ordinario de Sesiones, fijó una audiencia pública para el viernes 17 de setiembre de 1982, con el fin de escuchar las opiniones de los Estados Miembros y de los órganos de la OEA sobre la petición de opinión consultiva.

7. En la audiencia pública fueron hechas a la Corte manifestaciones orales por los siguientes representantes;

Por el Perú: Don Bernardo Roca Rey, *Agente y Embajador en Costa Rica*

Por Costa Rica: Don Carlos José Gutiérrez, *Agente y Ministro de Justicia*,
y Don Manuel
Freer Jiménez, *Consejero*

Por la Comisión Interamericana
de Derechos Humanos: Don Carlos Alberto Dunshee de
Abranches, *Delegado y Miembro*

I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

8. El Gobierno del Perú pregunta, en relación con el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”) (1):

“Cómo debe ser interpretada la frase: ‘o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos?’

En relación con dicho tema, el Gobierno peruano solicita que la consulta absuelva las siguientes preguntas específicas:

Esa frase se refiere y comprende:

- a) Solamente los tratados adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del Sistema Interamericano?; o,
- b) Los tratados concluidos únicamente entre Estados Americanos, o sea que la referencia está limitada a los tratados en que son partes exclusivamente Estados Americanos?; o,
- c) Todos los tratados en los que uno o más Estados Americanos sean partes?”

9. El artículo 64 de la Convención señala:

- 1. “Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros

(1) São Partes da Convenção os seguintes Estados: Barbados, Bolívia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguai, Perú, Estados Unidos, Uruguai, Venezuela.

tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

10. De la lectura de la consulta formulada se desprende que, en realidad, el Gobierno del Perú ha planteado una sola pregunta con tres posibles alternativas de respuesta. El asunto principal consiste en definir cuáles son los tratados que pueden ser objeto de interpretación por esta Corte en aplicación de las atribuciones que le confiere el artículo 64 de la Convención. De ahí que, la opinión solicitada conduzca a la fijación de ciertos límites a la competencia consultiva de la Corte que no están claramente establecidos por dicho artículo 64. La consideración y respuesta de la pregunta planteada, servirá para determinar qué tratados internacionales, concernientes a la protección de los derechos humanos, podrían ser objeto de interpretación por esta Corte según las previsiones del artículo 64; o, más exactamente, a establecer qué tratados referentes a esa materia deberían considerarse, *a priori*, excluidos del ámbito de competencia de la Corte dentro de su función consultiva.

11. Una respuesta directa del asunto comportaría una distinción detallada entre tratados bilaterales y multilaterales, así como entre aquellos concebidos dentro del sistema interamericano y los que le son ajenos; o entre aquellos en que sólo son partes Estados miembros del sistema y los que tienen como partes a Estados miembros del sistema y a otros que no lo son; o aquellos en que los Estados americanos no son o no pueden ser partes. Asimismo cabría distinguir, dentro de cada una de esas categorías, entre tratados cuyo objeto fundamental es la protección de los derechos humanos y tratados que, aun teniendo otro propósito, incluyen disposiciones concernientes a esa materia. Una vez hechas esas distinciones, habría que establecer con precisión cuáles de entre ellos pueden ser objeto de interpretación por la Corte y cuáles no.

12. La presente consulta obedece justamente a que la Convención no ha fijado, *a priori*, límites precisos a las materias que pueden ser objeto de interpretación por la Corte en su función consultiva. De allí que ésta estime que, antes de entrar a analizar concretamente el significado de la expresión “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”, es necesario determinar el ámbito de la función consultiva que le atribuye el artículo 64 de la Convención.

13. Ese artículo, en efecto, dentro de la amplitud de sus términos, establece ciertos límites genéricos para la actuación de la Corte, los cuales constituyen el marco dentro del cual se conocería la interpretación de dichos tratados. La respuesta a la presente consulta está llamada a determinar, dentro de los fines generales del Pacto de San José y la función que el mismo asigna a la Corte, si es necesario o no dar mayor precisión a los términos del artículo 64.

II

EL MARCO GENERAL DEL PROBLEMA

14. El artículo 64 de la Convención confiere a esta Corte la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente. Están legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado miembro de la misma, sea o no parte de la Convención. El objeto de la consulta no está limitado a la Convención, sino que alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sin que ninguna parte o aspecto de dichos instrumentos esté, en principio, excluido del ámbito de esa función asesora. Por último, se concede a todos los miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

15. La amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención contrasta con lo dispuesto para otros tribunales internacionales. Así, el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, confiere competencia a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas, sobre cualquier cuestión jurídica, pero restringe la posibilidad de solicitarlas, a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especializados de la Organización; en cambio, no autoriza para ello a los Estados miembros.

16. Dentro del ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, el Protocolo número 2 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, otorga competencia a la Corte Europea, para emitir opiniones consultivas, pero la somete a límites precisos. Sólo el Comité de Ministros puede formular una

solicitud en ese sentido; y la opinión únicamente puede versar sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de la Convención y sus Protocolos, excluido todo lo que se refiera al contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en esos instrumentos, así como los demás asuntos que, en virtud de un recurso previsto en la Convención, podrían ser sometidos a la Comisión Europea de Derechos Humanos, a la propia Corte o al Comité de Ministros (2).

17. Los trabajos preparatorios de la Convención confirman el propósito de ésta, en el sentido de definir del modo más amplio la función consultiva de la Corte. La primera proposición sobre la materia se incluyó en el anteproyecto preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su período extraordinario de sesiones de julio de 1968, que fue adoptado por el Consejo de la OEA en octubre del mismo año (OEA/Ser.G/V/C d-1631). El artículo 53 de ese texto rezaba:

“La Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos; y los Estados Partes, acerca de la compatibilidad entre alguna de sus leyes internas y dichos instrumentos internacionales”.

Dicho texto, cuya amplitud, de por sí, superaba otros antecedentes análogos en derecho internacional, fue modificado por el artículo 64 de la vigente Convención, para extender aún más la función consultiva de la Corte. En lo que se refiere a la facultad de consulta, se le confirió, además, a los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y a los Estados miembros de la Organización, aunque no fueran partes de la Convención. Y por lo que toca a la materia consultable, se sustituyó el singular del artículo 53 del anteproyecto de Convención (“otro tratado concerniente”) por el plural (“otros tratados concernientes”), lo que demuestra, en su conjunto, una marcada tendencia extensiva.

18. La amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención no puede, sin embargo, confundirse con la ausencia de límites a la función

(2) Até hoje não foi solicitado qualquer parecer consultivo ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

consultiva de la Corte. En lo que se refiere a las materias que pueden ser objeto de consultas y, en particular, de los tratados que pueden ser interpretados, existen límites de carácter general que se derivan de los términos del artículo 64, dentro de su contexto, así como del objeto y fin del tratado.

19. Un primer grupo de limitaciones se deriva de la circunstancia de que la Corte está concebida como una institución judicial del sistema interamericano. A este respecto, cabe destacar que es justamente en su función consultiva, que se pone de relieve el papel de este tribunal, no sólo dentro de la Convención, sino también dentro del sistema en su conjunto. Ese papel se manifiesta, *ratione materiae*, en la competencia que se reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención; y, además, *ratione personae*, en la facultad de consulta, que no se extiende solamente a la totalidad de los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA, sino asimismo a todo Estado miembro de ésta, aunque no sea parte de la Convención.

20. De esa condición de la Corte se derivan ciertas restricciones a su competencia. Pero ellas no se refieren forzosamente a la limitación de su función interpretativa a instrumentos internacionales concebido dentro del sistema interamericano, pues es frecuente que los distintos órganos del mismo apliquen tratados que desbordan el ámbito regional.

21. Este primer grupo de limitaciones implica, más bien, que la Corte no está llamada a asumir, ni en lo contencioso, ni en lo consultivo, una función orientada a determinar el alcance de los compromisos internacionales, de cualquier naturaleza que sean, asumidos por Estados que no sean miembros del sistema interamericano, o a interpretar las normas que regulan la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al mismo. En cambio, podrá abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano.

22. Otras limitaciones se derivan de la función general que corresponde a la Corte dentro del sistema de la Convención, y muy particularmente, de los fines de su competencia consultiva. La Corte es, ante todo y principalmente, una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, y para disponer que se garantice a la víctima de

la violación de un derecho o libertad protegidos por ésta, el goce del derecho o libertad conculcados (artículos 62 y 63 de la Convención y artículo 1 del Estatuto de la Corte). En virtud del carácter obligatorio que tienen sus decisiones en materia contenciosa (artículo 68), la Corte representa, además, el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención.

23. La eventual oposición entre los fines de la competencia consultiva y los de la competencia contenciosa de los tribunais internacionales ha sido objeto de frecuente polémica. En el ámbito del derecho internacional general, han sido normalmente los Estados los que han manifestado sus reservas, y hasta su oposición, frente al ejercicio de la función consultiva en ciertos casos concretos, por ver en ella una fórmula para evadir el principio según el cual todo o procedimiento judicial, referente a una cuestión jurídica pendiente entre Estados, exige el consentimiento de éstos. En las últimas situaciones en que se ha producido la referida oposición a la emisión de la opinión consultiva solicitada conforme a la Carta de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, con distintos razonamientos, ha decidido absolver, pese a todo, la consulta requerida. (Cf. *Interpretation of Peace Treaties*, 1950 I.C.J. 65; *South-West Africa, International Status of*, 1950 I.C.J. 128; *Certain Expenses of the United Nations*, 1962 I.C.J. 151; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, 1971 I.C.J. 16).

24. En el ámbito de los derechos humanos se presentan otros problemas de naturaleza particular. Como los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, se ha planteado el temor de que la función consultiva pueda debilitar la contenciosa o, peor aún, pueda servir para desvirtuar los fines de ésta o alterar, en perjuicio de la víctima, el funcionamiento del sistema de protección previsto por la Convención. En este sentido, se ha planteado la preocupación por la eventualidad de que, en detrimento del cabal funcionamiento de los mecanismos dispuestos por el Pacto de San José y del interés de la víctima, pueda acudir a la instancia consultiva con el deliberado propósito de transtornar el trámite de un caso pendiente ante la Comisión, "sin aceptar la jurisdicción litigiosa de la Corte y asumir la

obligación correspondiente, que es el cumplimiento de la decisión” (Cf. Dunshee de Abranches, Carlos; “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en “La Convención Americana sobre Derechos Humanos” (OEA, 1980), pag. 117).

25. La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte.

26. Las anteriores consideraciones fundamentan un segundo grupo de límites que se derivan del contexto en que se ha conferido a la Corte competencia consultiva, así como del objeto y fin de la Convención. Esta última, sin embargo, no precisa, *a priori*, la extensión de esos límites ni el alcance de esa competencia. Difieren en este sentido el sistema americano y el europeo de protección a los derechos humanos, pues el Protocolo n.º 2 a la Convención Europea (artículo 1.2) excluye expresamente del ámbito consultivo ciertas materias, según se ha señalado en el párrafo 16.

27. En la concepción del artículo 64 del Pacto de San José, en cambio, no se considera excluida expresamente ninguna materia concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, de manera que esos límites generales están llamados a adquirir su dimensión precisa en cada caso concreto que la Corte haya de considerar. Es este el sistema reconocido por la jurisprudencia internacional y por el derecho internacional general.

28. La Corte interpreta, tal como lo ha hecho la Corte Internacional de Justicia, que la competencia consultiva es de naturaleza permisiva y que comporta el poder de apreciar si las circunstancias en que se basa la petición son tales que la lleven a no dar una respuesta (Cf. *Interpretation of Peace Treaties*, 1950 I.C.J. 65).

29. Los términos amplios en que está concebido el artículo 64 de la Convención y la circunstancia de que el Reglamento de la Corte disponga que ésta se inspirará, para el procedimiento en materia consultiva, en las

disposiciones que regulan los casos contenciosos, en cuanto resulten aplicables, ponen de manifiesto el importante poder de apreciación del tribunal, para valorar las circunstancias de cada especie, frente a los límites genéricos que la Convención establece para su función consultiva.

30. Ese amplio poder de apreciación no puede, sin embargo, confundirse con una simple facultad discrecional para emitir o no la opinión solicitada. Para abstenerse de responder una consulta que le sea propuesta, la Corte ha de tener razones determinantes, derivadas de la circunstancia de que la petición exceda de los límites que la Convención establece para su competencia en ese ámbito. Por lo demás, toda decisión por la cual la Corte considere que no debe dar respuesta a una solicitud de opinión consultiva, debe ser motivada, según exige el artículo 66 de la Convención.

31. De las anteriores consideraciones puede concluirse, por una parte, que un primer grupo de limitaciones a la competencia consultiva de la Corte viene dado, por la circunstancia de que sólo puede conocer, dentro de esta función, sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano. Por otra parte, que un segundo grupo de limitaciones se desprende de la inadmisibilidad de toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos. Por último, la Corte ha de considerar las circunstancias de cada caso, y si por razones determinantes concluye que no sería posible emitir la opinión solicitada sin violentar esos límites y desnaturalizar su función consultiva, se abstendrá de responderla por decisión motivada.

III

LOS TRATADOS OBJETO DE OPINIONES CONSULTIVAS

32. Sobre la base de esas consideraciones generales, la Corte pasa a examinar las preguntas concretas planteadas en la consulta del Gobierno del Perú. Se trata de determinar cuáles tratados se encuentran dentro y cuáles fuera del ámbito de la competencia consultiva de la Corte, según quiénes sean las partes en dicho tratado, y en cierta forma, según el origen del convenio. De acuerdo con la consulta del Gobierno del Perú, el criterio más estricto de interpretación conduciría a considerar comprendidos en la definición del artículo 64 de la Convención sólo a los tratados adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano. El criterio más amplio, en cambio, extendería las funciones de la Corte hasta abarcar todo tratado concerniente a la protección de los derechos humanos del cual sean partes uno o más Estados americanos.

33. Para la interpretación del artículo 64 de la Convención la Corte utilizará los métodos tradicionales de derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

34. Ni la solicitud del Gobierno del Perú, ni la Convención, distinguen, en esa perspectiva, entre tratados multilaterales y tratados bilaterales, así como tampoco entre tratados que tengan por objeto principal la protección de los derechos humanos y tratados que, aun con otro objeto principal, contengan disposiciones concernientes a esta materia, como ocurre

por ejemplo, con la Carta de la OEA. La Corte considera que las respuestas que se den a las interrogantes planteadas en el párrafo 32 resultan aplicables a todos estos tratados, puesto que el problema de fondo consiste en determinar cuáles son las obligaciones internacionales contraídas por los Estados americanos que están sujetas a interpretación consultativa y cuáles las que no podrían estarlo. No parece, pues, determinante el carácter bilateral o multilateral del tratado fuente de esa obligación, ni tampoco cuál sea su objeto principal.

35. Tampoco define la Convención, ni se plantea en la solicitud del Gobierno del Perú, qué debe entenderse por “Estados Americanos” en la disposición del artículo 64. La Corte interpreta que, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, tal expresión alude a todos los Estados que pueden ratificar o adherirse a la Convención, según el artículo 74 de la misma, es decir, a los miembros de la OEA.

36. El conjunto de interrogantes formuladas por el Gobierno del Perú conduce a la siguiente pregunta, que debe responderse igualmente de acuerdo con el texto del artículo 64 y con el objeto y fin del tratado: está dentro del propósito de la Convención excluir, *a priori*, toda opinión consultiva de la Corte sobre obligaciones internacionales contraídas por Estados americanos, y que conciernan a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que la fuente de dichas obligaciones sea un tratado concebido fuera del sistema interamericano o de que también sean partes del mismo Estados ajenos a ese sistema?

37. La interpretación textual del artículo 64 de la Convención no conduce a deducir que ese propósito restrictivo esté presente en dicho tratado. En los párrafos 14 a 17 se ha destacado la amplitud con que ha sido concebida la competencia consultiva de la Corte. Dentro de ese contexto, el sentido corriente de los términos del artículo 64 no permite considerar que se haya buscado la exclusión de su ámbito a ciertos tratados internacionales, por el solo hecho de que Estados ajenos al sistema interamericano sean o puedan ser partes de los mismos. En efecto, la sola limitación que nace de esa disposición es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos *en* los Estados americanos. No se exige que sean tratados *entre* Estados americanos, o que sean

tratados regionales o que hayan sido concebidos dentro del marco del sistema interamericano. Ese propósito restrictivo no puede presumirse, desde el momento en que no se expresó de ninguna manera.

38. La distinción implícita en el artículo 64 de la Convención alude más bien a una cuestión de carácter geográfico-político. Dicho más exactamente, lo que interesa es establecer a cargo de qué Estado están las obligaciones cuya naturaleza o alcance se trata de interpretar y no la fuente de las mismas. Si el fin principal de la consulta se refiere al cumplimiento o alcance de obligaciones contraídas por un Estado miembro del sistema interamericano, la Corte es competente para emitirla, aun cuando fuera inevitable interpretar el tratado en su conjunto. En cambio, no sería competente si el propósito principal de la consulta es el alcance o el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Estados ajenos a dicho sistema. Esta distinción destaca nuevamente la necesidad de resolver en cada caso según las circunstancias concretas.

39. La conclusión anterior se pone especialmente de relieve al examinar lo dispuesto por el artículo 64.2 de la Convención, que autoriza a los Estados miembros de la OEA para solicitar una opinión consultiva sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Se trata, en este caso, de un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a dicha materia. En esa perspectiva, habida cuenta de que un Estado americano no está menos obligado a cumplir con un tratado internacional por el hecho de que sean o puedan ser partes del mismo Estados no americanos, no se ve ninguna razón para que no pueda solicitar consultas sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y tratados concernientes a la protección de los derechos humanos, que hayan sido adoptados fuera del marco del sistema interamericano. Existe, además, un interés práctico en que esa función interpretativa se cumpla dentro del sistema interamericano, aun cuando se trate de acuerdos internacionales adoptados fuera de su marco, ya que, como se ha destacado respecto de los métodos regionales de tutela, éstos “son más idóneos para la tarea y al mismo tiempo podríamos decir que son más tolerables para los Estados de este hemisferio...” (Cf. Sepúlveda, César, “Panorama de los Derechos Humanos”, en “Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas” (Mexico), setiembre — diciembre 1982, págs. 1054-55).

40. Por otra parte, el fondo mismo de la materia se opone a una distinción radical entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional. De modo que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional. Por ello, se reclama la existencia de ciertos patrones mínimos en esta materia. El Preámbulo del Pacto de San José recoge inequívocamente esta idea cuando reconoce que los derechos esenciales del hombre “tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional...”

41. En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que “han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional”. Igualmente, varias disposiciones de la convención hacen referencia a otras convenciones internacionales o al derecho internacional, sin restringirlas al ámbito regional (artículos 22, 26, 27 y 29, por ejemplo). Dentro de ellas, cabe destacar muy especialmente lo dispuesto por el artículo 29, que contiene las normas de interpretación de la Convención y que se opone, en términos bastante claros, a restringir el régimen de protección de los derechos humanos atendiendo a la fuente de las obligaciones que el Estado haya asumido en esa materia. Dicho artículo textualmente señala:

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de

los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes el Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

42. Es necesario destacar particularmente la importancia que tiene, en la consulta solicitada, lo dispuesto por el artículo 29*b*). La función que el artículo 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, *a priori*, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el artículo 29*b*).

43. El propósito de integración del sistema regional con el universal se advierte, igualmente, en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión. En varias ocasiones, en sus informes y resoluciones, la Comisión ha invocado correctamente “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”, con prescindencia de su carácter bilateral o multilateral, o de que se hayan adoptado o no dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano. Ello ha ocurrido, últimamente, en casos como los informes sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador (OEA/Ser. L./V/II.46, doc. 23, rev. 1, 17 noviembre 1979) págs. 37 y 38; sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (OEA/Ser. L./V/II.48, doc. 24, 14 diciembre 1979) pág. 9; sobre la situación de los derechos humanos en Argentina (OEA/Ser. L./V/II.49, doc. 19, 11 abril 1980) págs. 24 y 25; sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua (OEA/Ser. L./V/II.53, doc. 25, 30 junio 1981) pág. 31; sobre la situación de los derechos humanos en Colombia (OEA/Ser.

L/V/II.53, doc. 22, 30 junio 1981) págs. 56 y 57; sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (OEA/Ser. L/V/II.53, doc. 21, rev. 2, 13 octubre 1981) págs. 16 y 17; sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia (OEA/Ser. L/V/II.53, doc. 6, rev. 2, 13 octubre 1981) págs. 20 y 21; y Caso 7481 — Hechos ocurridos en Caracoles (Bolivia), Resolución N.º 30/82 (OEA/Ser. L/V/II.55, doc. 54, 8 marzo 1982).

44. La circunstancia de que la Comisión haya adoptado la mencionada práctica, como un medio para el mejor cumplimiento de las funciones que están a su cargo, pone en evidencia, al mismo tiempo, un interés de los propios Estados en poder recurrir a la Corte a fin de obtener una opinión consultiva, sobre un tratado concerniente a la protección de los derechos humanos, del cual sea parte, pero que haya sido adoptado fuera del marco del sistema interamericano. En efecto, podría ocurrir que la Comisión interpretara que, un tratado del mencionado género, deba aplicarse en un sentido determinado, y que esa interpretación no sea compartida por el Estado afectado, el cual podría encontrar, en la competencia que atribuye a esta Corte el artículo 64 de la Convención, un medio para hacer valer sus puntos de vista.

45. Los trabajos preparatorios de la Convención confirman el sentido resultante de la interpretación hecha, conforme a los términos del artículo 64, dentro de su contexto y teniendo en cuenta su objeto y su fin. Dichos trabajos pueden, pues, ser utilizados como medio de interpretación complementaria, según prevé el artículo 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

46. En el párrafo 17 se ha destacado cómo la evolución del texto, que finalmente sería el del artículo 64, reveló una marcada tendencia extensiva. La circunstancia de que esa redacción se haya producido cuando ya había sido adoptado el restrictivo artículo 1 del Protocolo n.º 2 de la Convención Europea, pone de manifiesto que el Paco de San José quiso dar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una competencia consultiva lo más amplia posible, sin las limitaciones del sistema europeo.

47. Igualmente, en la fase preparatoria quedó evidenciada la oposición de la mayoría de las partes a considerar, en esta materia, una distinción radical entre universalismo y regionalismo. En efecto, con motivo de

la apertura a la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo de este último, concebidos dentro del marco de la ONU, el Consejo de la OEA, en junio de 1967, consultó a los Estados miembros de la Organización si debía proseguirse la preparación de una convención americana, no obstante la aprobación de aquellos instrumentos por las Naciones Unidas. Diez de los doce Estados que respondieron la consulta se inclinaron por la continuación de los trabajos preparatorios de esa Convención, dentro de la idea de que la misma se coordinaría con las previsiones de los pactos aprobados por la Asamblea General de la ONU. Como resultado de esta encuesta, se celebró finalmente la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, en Costa Rica, en noviembre de 1969. De modo, pues, que también los trabajos preparatorios revelan la tendencia a integrar el sistema regional con el universal, que ya se había advertido en la Convención misma.

48. De todo lo anterior puede concluirse que el propio texto del artículo 64 de la Convención, el objeto y fin de la misma, las normas de interpretación consagradas en el artículo 29, la práctica de la Comisión y los trabajos preparatorios, están todos orientados unívocamente en el mismo sentido. No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y está emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o que de no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.

49. En algunas de las observaciones recibidas por la Corte, tanto de Estados miembros como de órganos de la OEA, se nota una tendencia a interpretar restrictivamente el artículo 64. En ciertos casos, se trata de argumentos de texto sobre qué debe entenderse por la expresión "en los Estados Americanos", a los cuales ya se ha hecho referencia en el párrafo 37. Pero que expresan, demás, por lo menos otras dos reservas, más de fondo. En primer término, se sostiene que una interpretación amplia permitiría a la Corte emitir una consulta que involucre a Estados que no tienen que ver con la Convención ni con la Corte, y que ni siquiera pueden actuar ante ella. Ahora bien, como ya se ha señalado, si se solicitara una

consulta cuyo propósito principal fuese determinar el alcance o el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Estados ajenos al sistema interamericano, la Corte estaría habilitada para abstenerse de responderla, por decisión motivada. Lo que no resulta convincente es que, de la sola circunstancia de que exista esa posibilidad, remediable en cada caso concreto, se pretenda concluir que ella basta para excluir, *a priori*, que la Corte pueda emitir una consulta que la sea sometida y que concierna a obligaciones referentes a la protección de los derechos humanos, contraídas por un Estado americano, únicamente porque se originen fuera del marco del sistema interamericano.

50. También se ha señalado que el ejercicio hasta esos límites de la competencia consultiva de la Corte, podría conducir a interpretaciones contradictorias entre este tribunal y otros órganos ajenos al sistema interamericano, pero que también podrían estar llamados a aplicar e interpretar tratados concluidos fuera del ámbito de éste. En realidad, es este un típico argumento que prueba demasiado, y que no tiene, además, la trascendencia que puede imaginarse a primera vista. Prueba demasiado, porque la posibilidad de tales interpretaciones contradictorias está siempre planteada. En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho. En el derecho internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del artículo 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última disposición no tendría siquiera la virtualidad de eliminar posibles contradicciones del género comentado.

51. Además, si se planteara concretamente dicha contradicción, no se estaría frente a un hecho de mayor gravedad. No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vincu-

lante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo. En esta perspectiva, es obvio que tal posible contradicción de opiniones entre esta Corte y otros tribunales o entes carece de trascendencia práctica, y resulta perfectamente concebible en el plano teórico.

52. Por consiguiente, en respuesta a la consulta del Gobierno del Perú sobre el significado de la frase “o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” contenida en el artículo 64 de la Convención,

LA CORTE ES DE OPINION,

Primero

Por unanimidad

Que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable e los Estados americanos, com independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.

Segundo

Por unanimidad

Que, por razones determinantes que expresará en decisión motivada, la Corte podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede de los límites de su

función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano; ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ya sea por otra razón análoga.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 24 de setiembre de 1982.

Carlos Roberto Reina
Presidente

Pedro Nikken

Huntley Eugene Munroe

Máximo Cisneros

Rodolfo E. Piza E.

Thomas Buergenthal

Charles Moyer
Secretario

**ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS
DO HOMEM**

Marc-André EISSEN*

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

* Docteur en droit, greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Le présent article a paru d'abord, en octobre 1983, dans le n.º 5 du *Bulletin de l'Association pour la fidélité à la pensée du Président René Cassin* (Paris), laquelle a bien voulu en autoriser la reproduction. L'auteur l'avait rédigé à titre strictement personnel; il l'a mis à jour jusqu'au 31 août 1984.

4 novembre 1950, à Rome: les représentants de treize gouvernements, dont Robert Schuman pour la France, signent la Convention européenne “*de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales*” (“*la Convention*”).

3 septembre 1953, à Strasbourg: la Convention entre en vigueur avec le dépôt du dixième instrument de ratification, celui du Grand-Duché de Luxembourg. Complétée ou modifiée en 1952, 1963, 1966 et 1983 par six protocoles additionnels ou d’amendement, selon le cas, elle lie désormais l’ensemble des vingt et un Etats membres du Conseil de l’Europe, organisation qui a son siège dans la capitale de l’Alsace.

18 mai 1954, à Strasbourg: le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe (“*le Comité des Ministres*”) élit pour la première fois les membres de la Commission européenne des Droits de l’Homme (“*la Commission*”), devant laquelle commence nécessairement toute instance introduite à l’échelle internationale sur la base de la Convention.

21 janvier 1959, à Strasbourg: l’Assemblée consultative parlementaire du Conseil de l’Europe (“*l’Assemblée*”) élit à son tour pour la première fois les juges à la Cour européenne des Droits de l’Homme (“*la Cour*”), appelée à examiner — après la Commission — certaines de ces affaires et à les trancher par des décisions obligatoires et définitives.

René Cassin figurait parmi eux. Il a continué d'appartenir à la Cour jusqu'à son dernier jour. Il l'a présidée de 1965 à 1968, après en avoir été vice-président de 1959 à 1965 et en avoir inspiré dans une large mesure le règlement intérieur; il en a prononcé les six premiers arrêts, qui sur bien des points montraient la voie à suivre ⁽¹⁾, et a contribué à l'adoption de quatre autres ⁽²⁾.

Aussi a-t-on estimé que les lecteurs de ce Bulletin pouvaient éprouver le souhait de mieux connaître la Cour. Nous nous efforcerons de répondre à leur attente en étudiant successivement la nature de cet organe, les principales phases et caractéristiques de sa procédure ainsi que ses fonctions et pouvoirs; nous tenterons, à cette occasion, d'esquisser un bilan de l'oeuvre accomplie par lui en un peu plus de vingt-cinq ans.

⁽¹⁾ Affaire *Lawless c. Irlande* (14.11.1960, 7.4.1961 et 1.7.1961); affaire *De Becker c. Belgique* (27.3.1962); affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (9.2.1967 et 23.7.1968). On trouvera en annexe II la liste complète des arrêts rendus par la Cour jusqu'ici (31 août 1984).

⁽²⁾ Affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (18.11.1970, 18.6.1971 et 10.3.1972); affaire *Ringeisen c. Autriche* (23.6.1973). Le président Cassin a encore siégé, en octobre 1974, dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*, mais son état de santé l'a empêché d'assister à la dernière délibération (janvier 1975). L'auteur de ces lignes lui a personnellement remis, à la Salpêtrière, un exemplaire de l'arrêt prononcé le 21 février 1975. Pour de plus amples précisions, voir "Actualité de la pensée de René Cassin" (actes du colloque de Paris des 14 et 15 novembre 1980), éditions du C.N.R.S., 1981, pp. 99-104 (communication de M. Herbert Golsong) et 109-113 (interventions de MM. Robert Pelloux, Marc-André Eissen et H. Golsong).

I — L'ORGANE

Comme sa seule dénomination le donne à penser, la Cour européenne des Droits de l'Homme est une juridiction internationale — ou supranationale — indépendante, et ce à un double titre: à l'indépendance individuelle de ses membres s'ajoute son indépendance collégiale.

A. Indépendance individuelle des juges

Indépendance individuelle d'abord. A la vérité, on pourrait la croire menacée par certaines préoccupations nationales qui se reflètent dans plusieurs clauses de la Convention. D'après l'article 38, la Cour "*se compose d'un nombre de juges égal à celui des Membres du Conseil de l'Europe*", soit vingt et un à l'heure actuelle; en outre, il ne peut y avoir en son sein "*plus d'un ressortissant d'un même Etat*". Il en résulte presque fatalement — mais il existe depuis peu une exception, on le verra dans un instant — que chaque Etat va compter l'un de ses citoyens parmi les juges.

Toutefois, le mode de désignation de ceux-ci tend nettement à garantir leur indépendance. L'article 39 écarte au profit d'une procédure d'élection le système de la nomination unilatérale par les Etats *ut singuli*. La présentation des candidats incombe aux gouvernements; chacun d'eux dresse une liste de trois personnes, dont deux au moins de sa nationalité. L'élection relève de l'Assemblée du Conseil de l'Europe; le vote a lieu "*à la majorité des voix exprimées*". Il arrive à l'Assemblée de ne pas porter son choix sur le candidat qui avait les préférences de son gouvernement; nous

pourrions citer six ou sept cas de ce genre. Signalons en outre que depuis 1980 un non-Européen siège à la Cour: un professeur canadien proposé, en tête de liste, par le gouvernement de la Principauté du Liechtenstein.

De leur côté, les qualifications exigées contribuent à renforcer l'indépendance individuelle des juges: les candidats doivent "*jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des juristes possédant une compétence notoire*" (article 39 par. 3). D'une manière générale, la Cour comprend surtout, avec quelques avocats, des professeurs de droit et des magistrats, en activité ou à la retraite; certains d'entre eux cumulent les deux formations ou ont occupé des postes de responsabilité politique dans leur pays (3). La Convention ne les empêche pas d'exercer une profession en sus de leurs fonctions "*européennes*", en quoi elle contraste avec les textes applicables à la Cour internationale de Justice (La Haye) et à la Cour de Justice des Communautés européennes (Luxembourg). Voilà pourquoi les juges reçoivent non pas un traitement, mais "*une indemnité par jour de fonction*" (article 42) et n'ont pas l'obligation de résider à Strasbourg. La permanence indispensable se trouve assurée dans une large mesure par le greffe, étroitement associé au travail judiciaire de la Cour et qui, partant, joue un rôle non négligeable.

Elus pour neuf ans avec renouvellement partiel triennal et possibilité de réélection (article 40), dispositions propres à les protéger contre les pressions extérieures, les juges s'acquittent de leurs tâches à titre individuel; il ne s'agit nullement de délégués gouvernementaux ayant à se conformer à des instructions reçues de leurs capitales respectives. Si l'on n'a pas éprouvé le besoin de le préciser dans le texte de la Convention — alors qu'on l'a fait pour les membres de la Commission (article 23) —, c'est que la chose allait de soi pour un organe juridictionnel. En décembre 1958, le Comité des Ministres unanime a reconnu du reste que "*les juges doivent siéger à titre purement individuel et jouir (...) de l'indépendance complète que postule la Convention*" (4).

Les membres de la Cour s'engagent d'ailleurs, devant elle ou, le cas échéant, devant son président, à exercer leurs fonctions "*avec honneur,*

(3) La liste des membres actuels de la Cour figure à l'annexe I.

(4) Document n.º 918 de l'Assemblée, p. 1.

indépendance et impartialité” (article 3 du règlement). Leur indépendance trouve une garantie supplémentaire dans des immunités très étendues dont seule la Cour a compétence pour prononcer la levée (article 59 de la Convention; quatrième Protocole additionnel à l’Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l’Europe).

Il ne suffit pourtant pas que les juges soient indépendants et impartiaux: encore faut-il qu’ils le paraissent, de manière à ne donner prise à aucun soupçon. Dans cet esprit, l’article 4 du règlement de la Cour leur interdit de remplir leurs fonctions “*aussi longtemps qu’il(s) (sont) membre(s) d’un gouvernement ou qu’il(s) occupe(nt) un poste ou exerce(nt) une profession incompatibles avec l’indépendance et l’impartialité du juge*” (5). De son côté, l’article 24 définit certaines causes de récusation.

Cette indépendance individuelle ne reste pas un vain mot. Dans de nombreuses affaires, on a vu un membre de la Cour voter contre la thèse de ses autorités nationales (6), même lorsque ses collègues se divisaient en deux “*camps*” de force presque égale (7) ou que la majorité d’entre eux concluait, eux, à l’absence de violation de la part de l’Etat défendeur (8).

(5) Pour des exemples d’application de l’article 4 de l’ancien règlement, qui consacrait une solution analogue, voir l’arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 10 mars 1972 (par. 4) et l’arrêt Neumeister du 7 mai 1974 (par. 7).

(6) Exemples (il y en a d’autres): Stögmüller c. Autriche (10.11.1969); De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (18.11.1970 et 18.6.1971); Ringeisen c. Autriche (16.7.1971); Syndicat national de la police belge (27.10.1975); Engel et autres c. Pays-Bas (8.6.1976); König c. République Fédérale d’Allemagne (28.6.1978); Luedicke, Belkacem et Koç (28.11.1978); Marckx c. Belgique (13.6.1979); Winterwerp c. Pays-Bas (24.10.1979); Deweer c. Belgique (27.2.1980); Artico c. Italie (13.5.1980); Guzzardi c. Italie (6.11.1980); Dudgeon c. Royaume-Uni (22.10.1981); Van Droogenbroeck c. Belgique (24.6.1982); Eckle c. République Fédérale d’Allemagne (15.7.1982); Piersack c. Belgique (1.10.1982); Foti et autres c. Italie (10.12.1982); Corigliano c. Italie (10.12.1982); Albert et Le Compte c. Belgique (10.2.1983); Silver et autres c. Royaume-Uni (25.3.1983); Minelli c. Suisse (25.3.1983); Pakelli c. République Fédérale d’Allemagne (25.4.1983); Zimmermann et Steiner c. Suisse (13.7.1983); Luberti c. Italie (23.2.1984); Goddi c. Italie (9.4.1984); De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas (22.5.1984); Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c. Pays-Bas (22.5.1984); Duinhof et Duijf c. Pays-Bas (22.5.1984); Guincho c. Portugal (10.7.1984); Malone c. Royaume-Uni (2.8.1984). — Nous ne visons ici que les juges nationaux “*permanents*”; au sujet des juges *ad hoc*, voir les pages 299-300 ci-dessous.

(7) M. Rolin dans l’affaire De Wilde, Ooms et Versyp (18.6.1971, point II-4 du dispositif: 9 voix contre 7), M. Ballardore Pallieri dans l’affaire Guzzardi (6.11.1980, point 8 du dispositif: 10 voix contre 8).

(8) M. Ganshof van der Meersch, avec trois collègues, dans l’affaire Syndicat national de la police belge (27.10.1975, point 2 du dispositif) et, avec cinq collègues, dans l’affaire Marckx (13.6.1979, point 14 du dispositif).

B. Indépendance collégiale de la Cour

Quant à l'indépendance collégiale de la Cour, elle ressort d'abord de ce que cette dernière "*établit son règlement et fixe sa procédure*" (article 55 de la Convention). Le règlement initial remontait au 18 septembre 1959; après avoir subi au fil des ans une série d'amendements sur des points divers, il a fait l'objet d'une refonte complète le 24 novembre 1982. Entré en vigueur le 1.^{er} janvier 1983, le nouveau texte vaut pour les causes portées devant la Cour après cette date ⁽⁹⁾.

Soulignons aussi que la Cour élit elle-même pour une durée de trois ans — et peut réélire — son président et son vice-président (article 41 de la Convention). Elle leur a confié d'importantes responsabilités. Spécialement, "*le président dirige les travaux et les services de la Cour*"; il la "*représente (...) et notamment en assure les relations avec les autorités du Conseil de l'Europe*" (article 8 du règlement). En principe, il préside les chambres (article 21 par. 5) ⁽¹⁰⁾ en sus de la Cour plénière (article 8); "*en cas de partage des voix*", la sienne "*est prépondérante*" (article 20 par. 3) ⁽¹¹⁾.

Il y a plus: la Cour statue à la majorité (articles 51 par. 2 de la Convention et 20 par. 1 du règlement) ⁽¹²⁾, grâce à quoi elle peut aboutir à de véritables décisions, dignes de ce nom, bien plus aisément qu'une institution intergouvernementale vouée à la recherche laborieuse de l'unanimité ou du consensus. L'arrêt indique le "*nombre des juges ayant constitué la majorité*" (article 52 par. 1 m) du règlement), mais non leur identité, et tout juge de la minorité a le droit d'y joindre "*l'exposé de son opinion individuelle*" (article 51 par. 2 de la Convention). Sous cette réserve, les délibérations revêtent un caractère secret (articles 3 par. 1, 11 par. 4 et 19, par. 1 et 5, du règlement).

Le personnel du greffe y assiste dans la mesure où les intérêts du service l'exigent (article 19 par. 2 du règlement); il jouit d'une large autonomie dans ses rapports avec le Secrétaire général et les organes politiques

⁽⁹⁾ Sauf indication contraire, c'est à lui que nous nous référons dans la présente étude.

⁽¹⁰⁾ Voir les pages 300-301 ci-dessous.

⁽¹¹⁾ Cette clause ne concerne en réalité que la Cour plénière, les chambres siégeant et votant obligatoirement en nombre impair (sept juges — voir les pages 299-302 ci-dessous).

⁽¹²⁾ Même solution pour les avis consultatifs: articles 3 par. 3 du Protocole n.º 2 à la Convention et 64 par. 1 du règlement.

du Conseil de l'Europe. "*Responsable de l'organisation et des activités du greffe sous l'autorité du président*" (article 14 par. 1 du règlement), le greffier est élu par la Cour pour sept ans, avec possibilité de réélection, après consultation du Secrétaire général (article 11); il en va de même du greffier adjoint (article 12). Seule la Cour a qualité pour prononcer la levée de leurs immunités (article 7 par. 3 du quatrième Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe). Quant à leurs collaborateurs, le Secrétaire général les nomme "*avec l'accord du président ou du greffier agissant sur les instructions du président*" (article 13 du règlement). Les attributions et les tâches du greffe sont fixées par le règlement de la Cour et les instructions du président ⁽¹³⁾.

Ainsi assurée par un ensemble cohérent de textes tant conventionnels que réglementaires, l'indépendance collégiale de la Cour se reflète aussi dans le déroulement de la procédure.

⁽¹³⁾ Voir, entre autres, les articles 14, 19 par. 2, 27 par. 3 et 4, 29 par. 3, 33, 35, 37 par. 4, 38, 46, 54 par. 1 et 4, 55 et 66.

II — LA PROCEDURE

Pour ne pas surcharger la présente étude, nous nous bornerons pour l'essentiel à résumer les conditions de saisine de la Cour puis à souligner quelques principes qui dominent la marche de l'instance; sauf sur un point, nous laisserons de côté l'analyse détaillée des diverses phases de celle-ci. En outre, nous ne traiterons guère que de la procédure à suivre en matière contentieuse: le Protocole n.º 2 à la Convention, entré en vigueur le 21 septembre 1970, a bien doté la Cour d'une compétence consultative, mais dans des limites si exiguës qu'il n'a pas encore trouvé à s'appliquer.

A. Saisine de la Cour

Aux termes des articles 32 par. 1 et 47 de la Convention, la saisine de la Cour doit avoir lieu dans un délai de trois mois à dater de la transmission au Comité des Ministres du rapport prévu à l'article 31: le rapport dans lequel la Commission, après avoir retenu la requête initiale, établi les faits et constaté l'échec de la tentative de règlement amiable (articles 28 et 29), formule un avis sur l'existence ou l'absence d'une violation imputable à l'Etat défendeur.

De l'Etat défendeur, car devant les organes de Strasbourg le défendeur est toujours un gouvernement, ou plutôt un Etat. Il n'en résulte pas nécessairement que la Convention n'engendre pas d'obligations — directes ou indirectes — à la charge des individus, en sus des droits qu'elle leur

garantit. Selon une opinion à laquelle nous souscrivons pour notre compte, elle peut régir même des relations juridiques privées, du moins dans les pays qui l'ont incorporée à leur droit interne; des jugements et arrêts ont été rendus en ce sens ici et là, par exemple en Belgique ⁽¹⁴⁾, en République Fédérale d'Allemagne et aux Pays-Bas. Quoi qu'il en soit, la Commission et la Cour n'ont à contrôler que le respect des engagements des Etats contractants (article 19 de la Convention); elles ne connaissent pas d'autres défendeurs.

Quid alors des "*demandeurs*"? Qui peut se tourner vers la Cour à l'issue des travaux de la Commission? La réponse figure aux articles 44 et 48.

Ils autorisent d'abord la saisine de la Cour par un Etat, mais selon des modalités précises. Tandis que l'article 24 habilite tout Etat contractant à dénoncer à la Commission, sans avoir à justifier d'un intérêt, "*tout manquement qu'il croi(t) pouvoir être imputé*" à l'un de ses partenaires, l'article 48 apparaît plus restrictif. Il doit s'agir d'un Etat ayant déjà joué un rôle devant la Commission en qualité soit de requérant, ce qui n'est arrivé que dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni (arrêt du 18 janvier 1978), soit de défendeur, cas beaucoup plus fréquent. La Convention a imaginé une troisième hypothèse qui aurait pu se réaliser dans l'affaire Luedicke, Belkacem et Koç (arrêts des 28 novembre 1978 et 10 mars 1980), l'affaire Colozza et Rubinat (en instance), l'affaire McGoff (idem) puis l'affaire Bönisch (idem): celle d'un Etat demeuré à l'écart de la procédure antérieure, mais dont la victime de la violation alléguée possède la nationalité.

Notons au passage que l'Etat contractant assigné devant la Commission ne se mue pas en demandeur quand il s'adresse à la Cour: il reste, dans la réalité des choses, le véritable défendeur.

Et l'individu? La clause, facultative ⁽¹⁵⁾, de l'article 25 lui donne accès à la Commission, mais les signataires de la Convention n'ont pas voulu lui ouvrir les portes de la Cour, contrairement à ce que souhaitait le Mouvement Européen ⁽¹⁶⁾.

(14) La Cour l'a relevé dans son arrêt Deweer du 27 février 1980 (par. 49).

(15) Voir la conclusion de la présente étude.

(16) Résolution politique du fameux congrès de La Haye de mai 1948, puis projets de février et juillet 1949.

Est-ce à dire qu'il se trouve entièrement exclu de la procédure, que sa voix ne puisse y retentir? Non, car la Convention accorde aussi à la Commission le droit de saisir la Cour (alinéa a) de l'article 48). Le droit, en somme, de livrer d'elle-même le résultat de ses travaux non pas, certes, à une cour d'appel ou de cassation, mais à une haute juridiction statuant en dernier ressort; au risque — et il n'a rien d'illusoire — de la voir aboutir à des conclusions différentes ou opposées... Possibilité assez insolite et singulière de prime abord, mais dont les travaux préparatoires révèlent sans équivoque les raisons d'être ⁽¹⁷⁾: elle représente le substitut du droit de recours individuel auquel on songeait à l'origine. Elle permet d'éviter à la fois l'absence de décision judiciaire obligatoire — le recours trop fréquent au Comité des Ministres, organe politique ⁽¹⁸⁾ — et un déséquilibre excessif entre l'individu requérant et l'Etat en cause.

Par le truchement de "délégués", la Commission participe d'ailleurs à la procédure dans toutes les affaires, même portées devant la Cour par un Etat (articles 29 du règlement de la Cour et 56 du règlement intérieur de la Commission). Elle n'a pas pour autant la qualité de partie, en ce sens qu'elle ne s'attache pas à préserver des intérêts "égoïstes" ou subjectifs qui lui soient propres. On a rapproché son rôle de celui d'un ministère public, d'un commissaire du gouvernement, des avocats généraux à la Cour de Justice des Communautés européennes ou encore d'une *amica curiae*. Le célèbre arrêt Lawless du 14 novembre 1960 ⁽¹⁹⁾, rendu sous la présidence de René Cassin, la dépeint comme une auxiliaire de la Cour qu'il lui incombe d'aider et d'éclairer.

Comment cela? Auprès de la Cour, la tâche de la Commission consiste au premier chef à exposer en toute objectivité et sérénité ses idées à elle sur l'affaire, telles qu'elles se dégagent de son rapport final (article 31 de la Convention); il faut entendre par là non seulement l'avis de la majorité, mais encore les opinions séparées — concordantes ou dissidentes — qu'ont pu formuler certains membres. Cette "défense et illustration" du rapport a pour but de seconder la Cour dans sa recherche de la vérité. Dans le même esprit, mais également par souci d'équité, la Commission veille — ou plutôt veillait — en deuxième lieu à ce que la Cour prenne en

(17) Voir p. ex. la page 45 du volume IV du Recueil imprimé.

(18) Article 32 de la Convention (p. 338 ci-dessous).

(19) Le plus ancien de tous les arrêts de la Cour.

considération les intérêts et les thèses de l'individu. Nous examinerons plus loin les problèmes de procédure qui ont surgi en la matière et les solutions successives que l'on a cherché à y apporter.

L'article 48 de la Convention subordonne la saisine de la Cour — par un Etat ou par la Commission — au consentement ou agrément du ou des Etats concernés. En effet, la juridiction de la Cour est facultative. Aux termes de l'article 46, les Etats peuvent cependant déclarer la "*reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale*". Dix-neuf des vingt et un Etats contractants ont désormais déposé pareille déclaration: l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Liechtenstein, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la République Fédérale d'Allemagne, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse. Il ne manque plus que Malte et la Turquie.

En pratique, la Commission demeure d'assez loin le principal "*pourvoyeur*" de la Cour. Celle-ci a été saisie jusqu'ici de soixante-dix-huit affaires, issues de cent vingt-deux requêtes initiales ⁽²⁰⁾ car il arrive à la Commission d'ordonner la jonction de plusieurs requêtes connexes. Cinquante-deux de ces affaires, donc une nette majorité, lui ont été déférées par la Commission, dix-sept par la Commission puis par un gouvernement, cinq par un gouvernement puis par la Commission et quatre par un gouvernement seulement. Depuis quelques années, les Etats s'adressent moins rarement que jadis à la Cour, évolution sans doute encourageante.

Les chiffres cités peuvent sembler modestes; ils correspondent à un peu plus de 1% du nombre total des requêtes introduites devant la Commission ⁽²¹⁾. Soulignons cependant que la proportion a tendance à augmenter, le rythme des saisines à s'accélérer: onze d'entre elles, en tout et pour tout, remontent aux quinze premières années d'activité de la Cour

⁽²⁰⁾ Cent vingt et une requêtes individuelles, contre une seule requête étatique (Irlande c. Royaume-Uni).

⁽²¹⁾ On ne doit pas oublier que plus de 97% d'entre elles ont été jugées irrecevables ou rayées du rôle; plus de la moitié de celles qui restaient ont débouché sur un règlement amiable (article 30 de la Convention) ou donné lieu à une décision du Comité des Ministres (article 32).

(1959-1973) contre cinquante-quatre — dont seize rien qu'en 1983 ⁽²²⁾ — pour les dix années suivantes (1974-1983).

B. Caractères généraux de la procédure de la Cour

Quels caractères généraux présente la procédure déclenchée par la saisine de la Cour?

1. Caractère contradictoire

Elle revêt, en premier lieu, un caractère contradictoire. Manifeste dans les affaires interétatiques — dont il n'y a eu qu'un exemple en plus de vingt-cinq ans (Irlande c. Royaume-Uni) —, il apparaît beaucoup moins évident quand on a d'un côté la Commission et, de l'autre, un Etat et un seul, cas de loin le plus fréquent. En effet, la Commission ne se trouve pas exactement sur le même plan que le gouvernement défendeur. Si elle dialogue avec lui devant la Cour et lui donne à l'occasion la réplique, elle n'a pas pour autant la qualité de partie litigante. Animée du souci légitime d'assurer le bon accomplissement de ses propres tâches, de sauvegarder son objectivité comme son impartialité, il lui faut observer une certaine réserve qui l'empêche de s'engager à fond dans le débat.

Qu'en est-il alors de l'adversaire réel de l'Etat en cause, l'individu requérant? Demeure-t-il relégué dans les coulisses? Reste-t-il officiellement absent de l'instance — bien que l'article 50 de la Convention le désigne comme "*la partie lésée*" dans l'hypothèse d'un constat de violation — ou y joue-t-il malgré tout un rôle?

Par bonheur, on a réussi à l'y associer de plus en plus grâce à une série d'aménagements progressifs introduits par le règlement intérieur de la Commission, le règlement de la Cour, la jurisprudence de celle-ci et la pratique. A cet égard, le début de l'année dernière a marqué un tournant important voire décisif.

(22) Il y a lieu d'en prévoir à peu près autant pour 1984.

a) Jusqu'au 1^{er} janvier 1983

Jusqu'au 1^{er} janvier 1983, la Cour pouvait — elle le peut encore — recueillir la déposition de l'intéressé — comme de “*toute personne*” — sur des points de fait, dans le cadre des “*enquêtes, expertises et autres mesures d'instruction*” (article 38 par. 1 de l'ancien règlement ⁽²³⁾ et arrêt Lawless du 14 novembre 1960) ⁽²⁴⁾. Elle a ouï de la sorte en 1975, non comme témoin mais “*à titre d'information*” et sans prestation de serment, le secrétaire général du Syndicat national de la police belge ⁽²⁵⁾.

Il y avait plus. Une fois la Cour saisie, la Commission communiquait normalement son rapport, pourtant confidentiel au départ, à l'individu requérant qui, si elle l'y invitait par l'intermédiaire de ses délégués, pouvait présenter par écrit ses observations sur l'affaire; les délégués décidaient de la suite à donner à ces observations. Ainsi en disposait l'article 61 du règlement intérieur de 1977. Une clause analogue figurait auparavant, sous une forme un peu différente, à l'article 76 de celui de 1960. La Commission l'appliqua dans la toute première cause dont la Cour ait eu à connaître, l'affaire Lawless. Le gouvernement irlandais, défendeur, protesta non sans vigueur. Il plaida en substance que ledit article 76 allait à l'encontre des articles 44 et 48 de la Convention. Présidée par René Cassin, la Cour statua le 14 novembre 1960; elle jugea en bref que la Commission avait agi d'une manière compatible avec la lettre et l'esprit de la Convention. La pratique ainsi consacrée ne souleva plus guère de controverses par la suite: la Cour reçut en maintes occasions, par le canal des délégués de la Commission, les observations écrites des requérants sur les rapports de celle-ci et sur les pièces ultérieures de la procédure, tels les mémoires ⁽²⁶⁾. Or elles se révélaient fréquemment assez critiques envers la Commission, laquelle montrait une belle honnêteté intellectuelle en les portant à la connaissance de la Cour.

Bien mieux: l'article 29 par. 1, seconde phrase, du règlement de la Cour prévoyait que les délégués de la Commission pouvaient, s'ils le dési-

⁽²³⁾ Article 40 par. 1 du nouveau.

⁽²⁴⁾ Série A des publications de la Cour, n.º 1, p. 16.

⁽²⁵⁾ Arrêt du 27 octobre 1975, par. 8-10.

⁽²⁶⁾ Arrêts Lawless des 14 novembre 1960 et 7 avril 1961.

raient, “*se faire assister par toute personne de leur choix*” (27). Adopté dès 1959, il employait des termes suffisamment larges — “*toute personne*” — pour englober le requérant ou un représentant officieux de celui-ci, et nous avons quelques raisons de penser qu’il ne s’agissait pas d’une inadvertance. Il ne commença pourtant à servir au grand jour que onze ans plus tard, dans une affaire concernant une loi belge de 1891 sur le vagabondage. A l’audience du 17 novembre 1970, les délégués informèrent la Cour qu’ils avaient prié un certain avocat bruxellois de les assister. Or chacun savait qu’il avait défendu les intérêts des trois requérants devant la Commission. Là-dessus, déclaration très ferme du conseil du gouvernement défendeur; il s’éleva contre un procédé contraire, selon lui, à la Convention. Après une brève délibération, la Cour prononça le lendemain un arrêt donnant aux délégués le “*feu vert*” sous certaines conditions (28). Quelques heures plus tard, l’avocat en question prit la parole au banc des délégués (article 37 de l’ancien règlement de la Cour)... et combattit, sur un point, l’avis exprimé par la Commission dans son rapport.

La cause parut désormais entendue: les délégués recoururent presque toujours à l’assistance soit d’un représentant officieux du ou des requérants soit même, parfois, de ce dernier en personne (29). Les gouvernements s’en accommodèrent, trouvant ou semblant trouver la chose normale; ils cessèrent de soulever des objections et allèrent parfois jusqu’à marquer leur accord (30).

La situation ne laissait-elle donc plus à désirer? Manifestement non. Des lacunes et des déséquilibres subsistaient, le caractère contradictoire de la procédure ne se trouvait pas encore pleinement garanti. La Cour le

(27) Voir aussi l’article 56 par. 1 du règlement intérieur de la Commission (“toute personne désignée par la Commission”).

(28) Arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 novembre 1970, série A n.º 12, pp. 6-8. Voir aussi l’arrêt Lawless du 7 avril 1961, série A n.º 2, p. 24, dernier alinéa des motifs et du dispositif.

(29) Affaires Schmidt et Dahlström (arrêt du 6.2.1976, par. 7), Klass et autres (arrêt du 6.9.1978, par. 9), Van Oosterwijk (arrêt du 6.11.1980, par. 7), Corigliano (arrêt du 10.12.1980, par. 7), Minelli (arrêt du 25.3.1983, par. 6) et Van der Mussele (arrêt du 23.11.1983, par. 7).

(30) Affaire Engel et autres c. Pays-Bas (série B des publications de la Cour, n.º 20, pp. 236-237) et affaire Eckle c. République Fédérale d’Allemagne (document Cour/Misc (82) 38, p. 44).

souligna en 1974 dans un avis “sur le projet de programme à court et moyen termes du Conseil de l’Europe dans le domaine général des droits de l’homme”:

“Malgré les tempéraments et correctifs apportés par les règlements, la jurisprudence et la pratique, la procédure de la Cour n’assure pas cette «égalité des armes» que l’article 6 de la Convention oblige le juge national à observer. Tandis que le gouvernement défendeur jouit d’une entière liberté dans la justification de la décision attaquée, l’individu que la Convention a pour but de protéger ne peut saisir la Cour.

Pareille situation présente aussi de graves inconvénients pour la Cour, la Commission et les Etats. En l’absence d’authentiques débats contradictoires, la Cour a souvent quelque peine à éclairer sa religion de manière adéquate. De son côté, la Commission est partagée en permanence entre son rôle d’aide de la Cour, appelé à concourir à la juste application de la Convention dans un esprit de pleine indépendance et objectivité, et celui sinon de mandataire ou de défenseur, du moins de truchement de l’individu requérant. Aisée sur le terrain des principes, la conciliation de ces deux rôles se révèle singulièrement délicate dans la réalité quotidienne: la Commission risque à chaque instant soit de nuire au bon exercice de ses fonctions propres par un souci trop scrupuleux des intérêts de l’individu, soit de desservir ces mêmes intérêts et compliquer la tâche de la Cour en se cantonnant dans une neutralité excessive. Quant à l’Etat défendeur, il éprouve parfois le sentiment désagréable de se trouver en face non pas de son véritable adversaire, mais d’un interlocuteur à l’attitude ambiguë et, partant, embarrassante.” (31)

Pour en revenir au requérant, il se voyait placé sous la “tutelle” de délégués qui pouvaient avoir d’excellents motifs de le tenir à l’écart — ce qui arrivait de temps à autre — ou de chercher à limiter ses déclarations au strict nécessaire.

On a donc préconisé un retour à l’idée initiale des militants du Mouvement Européen: ouvrir à l’individu les portes de la Cour, l’habiliter à la

(31) Document CDH (74) 30, p. 6-7.

saisir selon des modalités à définir. Dans son avis susmentionné, la Cour recommandait avec force la conclusion d'un protocole facultatif à cet effet⁽³²⁾. Solution hardie qui n'a guère progressé depuis lors mais qui, nous l'espérons, prévaudra un jour.

En attendant, rien n'empêchait d'en explorer une autre qui pourrait du reste se combiner avec elle: consentir aux requérants un *locus standi* dans les procédures engagées devant la Cour par la Commission et les Etats.

Telle est précisément l'étape que la Cour a franchie avec son nouveau règlement. Le Comité des Ministres l'y avait encouragée en 1977, sur la base du rapport d'un comité d'experts gouvernementaux. Elle-même y avait réfléchi dès 1974; s'inspirant d'une étude du professeur Jan De Meyer, elle avait lancé ce qui ressemblait fort à un ballon d'essai en direction d'un objectif auquel elle songeait alors à titre plutôt subsidiaire⁽³³⁾.

b) Depuis le 1^{er} janvier 1983

Qu'y a-t-il de changé depuis le 1^{er} janvier 1983? Rien quant à la saisine de la Cour, réservée comme auparavant à la Commission et à certains Etats, mais beaucoup pour ce qui la suit: en bref, les relations de la Cour avec le requérant deviennent directes; elles cessent de passer par l'intermédiaire obligé des délégués de la Commission.

Aux termes de l'article 33 par. 1, 2 et 3 d) du nouveau règlement, "*dès réception*" d'un acte introductif émanant de cette dernière ou d'un gouvernement "*le greffier en communique un exemplaire*" non plus seulement "*aux président, vice-président et juges ainsi que, selon le cas*", à la Commission et "*à toute Partie contractante désignée à l'article 48 de la Convention*"⁽³⁴⁾, mais aussi "*à la personne physique, à l'organisation non gouvernementale ou au groupe de particuliers qui avait saisi la Commission en vertu de l'article 25 de la Convention*"; en même temps, il lui adresse "*une copie du rapport de la Commission*"^(34 bis) et, surtout, l'invite à indiquer

(32) *Ibidem*, pp. 7-9.

(33) *Ibidem*, pp. 9-10, et note 48 ci-dessous.

(34) Article 32 par. 1 de l'ancien règlement.

(34 bis) En conséquence de quoi la Commission a abrogé, le 7 mai 1983, l'article 61 de son propre règlement intérieur (p. 286 ci-dessus).

dans les deux semaines “s’il désire participer à la procédure pendante devant la Cour” et, si oui, “les nom et adresse de la personne désignée par lui”. D’après l’article 30 par. 1, en effet, le requérant doit en principe être “représenté par un conseil habilité à exercer dans l’un quelconque des Etats contractants et résidant sur le territoire de l’un d’eux, ou par une autre personne agréée par le président”; celui-ci “peut toutefois l’autoriser à assumer lui-même la défense de ses intérêts, le cas échéant avec l’assistance d’un tel conseil ou d’une telle autre personne”.

Si le requérant répond par l’affirmative à la question du greffier ⁽³⁵⁾, il se trouvera très étroitement associé à la marche de l’instance: consulté par le président sur divers points, dont la nécessité d’une procédure écrite (article 37 par. 1) et la date d’ouverture de la procédure orale (article 38) ⁽³⁶⁾, il recevra du greffier une copie de tout mémoire présenté par un Etat en cause ou par la Commission (article 37 par. 4), de l’arrêt (article 54 par. 4) ⁽³⁷⁾ et d’une éventuelle demande en interprétation ou en révision de celui-ci (articles 56 par. 3 et 57 par. 3) ⁽³⁸⁾. Bien mieux: il pourra formuler des

⁽³⁵⁾ Il en est allé ainsi dans les vingt-deux premières affaires auxquelles s’applique le nouveau règlement: Goddi c. Italie; De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c. Pays-Bas; Malone c. Royaume-Uni; Sramek c. Autriche; Guincho c. Portugal; Colozza et Rubinat c. Italie (du moins pour ce qui est de M. Colozza, décédé peu après mais dont la veuve a pris la place dans la procédure; quant à M. Rubinat, le greffe n’a pu se mettre en contact avec lui faute de connaître son adresse actuelle); De Cubber c. Belgique; Rasmussen c. Danemark; Barthold c. République Fédérale d’Allemagne; Skoogstrom c. Suède; McGoff c. Suède; Duinhof et Duijff c. Pays-Bas; Ashingdame c. Royaume-Uni; Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni; X et Y c. Pays-Bas; Benthem c. Pays-Bas; Lithgow et autres c. Royaume-Uni; James et autres c. Royaume-Uni; G. c. République fédérale d’Allemagne; K. c. République fédérale d’Allemagne; Bönisch c. Autriche. La majorité des requérants adopteront la même attitude, mais certains d’entre eux préféreront sans doute se tenir à l’écart pour une raison ou une autre (voir p. ex., *mutatis mutandis*, l’affaire Golder c. Royaume-Uni, série B n.º 16, pp. 233-235 et 259, ou l’affaire Tyrer c. Royaume-Uni, série A n.º 26, par. 21, 24-25 et 45).

⁽³⁶⁾ Voir aussi les articles 26 (dérogations aux clauses du Titre II du règlement), 37 par. 3 (instruction simultanée de deux ou plusieurs affaires portées devant une même chambre) et 48 par. 1-2 (radiation du rôle).

⁽³⁷⁾ A la vérité, l’article 51 par. 4 de l’ancien règlement prescrivait déjà l’envoi du texte de l’arrêt “à toute personne directement intéressée”, ce qui valait au premier chef pour le requérant.

⁽³⁸⁾ Voir aussi les articles 35, 38 et 54 par. 2 (notification de la composition de la chambre, de la date de l’audience et de celle du prononcé de l’arrêt).

observations écrites et des conclusions (articles 37 par. 1, 52 par. 1 h), 56 par. 3 et 57 par. 3), suggérer des mesures provisoires (article 36 par. 1) ⁽³⁹⁾ ou d'administration de la preuve (article 40 par. 1) ⁽⁴⁰⁾, réclamer l'octroi d'une "*satisfaction équitable*" (articles 49 et 53 par. 1) ⁽⁴¹⁾. Il lui sera aussi loisible de comparaître à l'audience afin d'y prendre la parole (articles 39 et 46 par. 1-2) ⁽⁴²⁾, répondre aux questions du président ou des juges (article 44 par. 1) et interroger les témoins, experts et autres personnes entendus par la Cour dans le cadre de l'instruction de l'affaire (article 44 par. 2). Tout cela *qualitate qua* et sous le seul contrôle de la Cour —notamment du président — à qui il incombe d'assurer la police de l'audience ⁽⁴³⁾.

La situation de l'individu va se rapprocher de la sorte, à bien des égards, de celle des Etats. Il ne jouira pourtant pas d'une entière "*égalité des armes*" avec eux: demain comme hier, répétons-le, il ne lui appartiendra pas de déférer lui-même un litige à la Cour; il ne pourra pas non plus soulever devant elle une exception préliminaire (article 47 par. 1) ⁽⁴⁴⁾, ni solliciter l'interprétation ou la révision d'un arrêt (articles 56 par. 1 et 57 par. 1) ⁽⁴⁵⁾.

Et la Commission? Elle continuera de contribuer à l'examen de l'affaire devant la Cour (article 29 par. 1). Son concours restera précieux: il fournira aux délégués l'occasion d'expliquer, commenter et au besoin défendre le rapport de la Commission; plus généralement, il garantira la présence d'un porte-parole de l'intérêt public aidant la Cour dans sa recherche de la vérité. La Commission aura moins de peine que par le

⁽³⁹⁾ L'article 34 de l'ancien règlement accordait déjà ce droit à "toute personne intéressée" (voir la note 37 ci-dessus), mais la Cour n'a pas eu à l'appliquer.

⁽⁴⁰⁾ Sauf à supporter certains frais que la Cour déciderait — exceptionnellement, semble-t-il — de mettre à sa charge (articles 40 par. 3 et 41 par. 1).

⁽⁴¹⁾ Voir les pages 309-312 ci-dessous. Mentionnons encore l'article 55 par. 2 (faculté de demander qu'une pièce du dossier ne soit pas rendue accessible au public).

⁽⁴²⁾ Au besoin dans une langue non officielle — si le président l'y autorise —, et cela aux frais du Conseil de l'Europe (article 27 par. 3).

⁽⁴³⁾ Arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 novembre 1970, dernier alinéa des motifs.

⁽⁴⁴⁾ Initiative assez malaisée à concevoir, mais la vie juridique est pleine d'inattendu...

⁽⁴⁵⁾ Voir aussi l'article 26: avant de déroger aux dispositions du Titre II de son règlement, la Cour doit s'assurer de l'accord du ou des Etats en cause, tandis qu'elle se borne à consulter le requérant (et les délégués de la Commission).

passé à se cantonner dans un tel rôle car elle n'aura plus à servir de truchement au requérant. Son influence n'y perdra rien et la nature de sa tâche y gagnera en clarté. L'article 29 par. 1, seconde phrase, du règlement⁽⁴⁶⁾ ayant subsisté à quelques retouches près, les délégués gardent le droit de "*se faire assister d'autres personnes*", mais il y a lieu de présumer qu'ils en useront moins fréquemment que jadis et, parfois, selon des modalités différentes⁽⁴⁷⁾.

L'établissement de relations directes avec le requérant a entraîné l'institution, auprès de la Cour, d'un système — modeste — d'assistance judiciaire gratuite. Le nouveau règlement s'accompagne d'articles élaborés à cette fin. L'annexe où ils figurent n'est entrée en vigueur que le 1^{er} novembre 1983. Jusqu'à cette date, fixée par le président en fonction des crédits budgétaires disponibles, l'octroi de l'assistance judiciaire à un particulier pour la défense de sa cause devant la Cour a obéi comme auparavant à un addendum de 1963 au règlement intérieur de la Commission, addendum appliqué depuis longtemps — par analogie — aux "*personnes assistant les délégués*".

L'importante réforme ainsi analysée résulte d'une lente évolution des esprits; elle reflète un consensus issu des leçons de l'expérience⁽⁴⁸⁾. Des

(46) Pp. 286-287 ci-dessus. Voir aussi les articles 27 par. 3, 39, 44 par. 2, 46 par. 2 et 53 par. 1 e) du nouveau règlement.

(47) Il pourrait arriver que les délégués — mais cela dépendra de la Commission — acceptent ou demandent l'"assistance" d'un requérant non désireux de participer comme tel à la procédure pendante devant la Cour, ou recourent à celle d'un expert étranger au différend. Sous l'empire de l'ancien règlement, ils ont été assistés dans une affaire syndicale non seulement par l'avocat de l'organisation requérante, mais aussi par un professeur spécialiste du droit du travail (arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, du 9 février 1976, par. 7).

(48) Pour plus de détails sur les étapes de cette évolution, voir notamment René Cassin, "La Cour européenne des Droits de l'Homme", *Annuaire Européen*, 1959, pp. 75-92; Jan De Meyer, "La situation des personnes physiques, organisations non gouvernementales et groupes de particuliers dans la procédure devant la Cour (...)", *Annales de droit* (Louvain), 1974, pp. 65-74, et "Het nieuwe reglement van het Europees hof tot bescherming van de rechten van de mens", *Rechtskundig Weekblad* (Anvers), 1983, Col. 1889-1898; Marc-André Eissen, "La Cour européenne des Droits de l'Homme — De la Convention au règlement", *Annuaire français de droit international*, 1959, pp. 618-659 (principalement 649-657); Walter Ganshof van der Meersch, "Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international — La Convention européenne", *Mélanges Fernand Dehousse*, 1979, pp. 193-197; Jacques Velu, "Observations" relatives à l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 novembre 1970, *Journal des Tribunaux* (Bruxelles), 1971, pp. 341-346.

questions, banales ou délicates, de mise en oeuvre ne manqueront pas de surgir; on peut les estimer secondaires en regard de l'affirmation, désormais dénuée d'équivoque, du caractère contradictoire de la procédure de la Cour.

Ce même caractère va connaître une extension supplémentaire dans un domaine peu exploré jusqu'alors: l'association d'"*amici curiae*"⁽⁴⁹⁾ au déroulement de l'instance. Selon l'article 37 par. 2 du nouveau règlement, "*le président peut inviter ou autoriser tout Etat contractant non partie en cause à présenter des observations écrites dans le délai et sur les points qu'il détermine*"; "*il peut également y inviter ou autoriser toute personne intéressée autre que le requérant*". Ces Etats et personnes pourront demander à la Cour de prendre une mesure d'instruction (article 40 par. 1)⁽⁵⁰⁾ et, semble-t-il, être entendus et interrogés par elle si leurs déclarations "*lui paraissent utiles à l'accomplissement de sa tâche*"⁽⁵¹⁾; ils recevront une copie de l'arrêt (article 54 par. 4).

Il ne s'agit pas là, soulignons-le nettement, d'un droit subjectif d'intervention reconnu aux Etats contractants, comme tels, et qu'ils exerceraient à leur guise. L'instauration de pareil droit eût soulevé d'épineux problèmes, tant juridiques que d'opportunité: compatibilité avec la Convention⁽⁵²⁾, risque de voir se manifester les seuls Etats favorables à une lecture restrictive des textes en jeu, danger d'alourdir la procédure et d'aggraver le déséquilibre entre gouvernements et individus.

La Cour, elle, a choisi un critère objectif: "*l'intérêt d'une bonne administration de la justice*" (article 37 par. 2), les exigences de "*l'accomplissement de sa tâche*" (article 40 par. 1). C'est pour mieux éclairer sa religion, grâce à une vision plus complète des choses, qu'elle recueillera — sur des points déterminés par elle — les observations écrites et, le cas échéant,

(49) Terme employé ici en raison de sa commodité, mais que l'on chercherait en vain dans le règlement lui-même.

(50) Sauf à supporter certains frais que la Cour déciderait de mettre à leur charge (articles 40 par. 3 et 41 par. 1).

(51) Les mots "toute personne" et "ou à un autre titre" (que celui de témoin ou d'expert) se prêtent à cette interprétation (article 40 par. 1 — voir aussi les articles 44 et 46 par. 2) que corrobore l'article 46 par. 1 b) *in fine*.

(52) Le droit d'intervention des Etats devant la Cour internationale de Justice et la Cour de Justice des Communautés européennes a sa source dans des clauses de traités et non dans de simples dispositions de règlements intérieurs.

orales de “*tiers*”. De “*tiers*” et non pas uniquement d’“*Etats tiers*”: des personnes physiques, organisations non gouvernementales ou groupes de particuliers non requérants figureront à l’occasion parmi les *amici curiae*.

A l’origine de la solution adoptée se trouvent ici encore certains enseignements de l’expérience, mais d’une expérience plus récente et plus limitée que pour le rôle de l’individu requérant. Dans une affaire Winterwerp contre Pays-Bas, la Cour avait consenti en 1979 au dépôt, par l’intermédiaire de la Commission, d’un memorandum britannique sur un point d’interprétation de la Convention (53). Dans l’affaire Young, James et Webster (*closed shop*) contre Royaume-Uni, elle a entendu le 4 mars 1981 un représentant du *Trades Union Congress*, en vertu de l’article 38 par. 1 du règlement de l’époque et “à titre d’information”, “sur certaines questions de fait (y compris le droit et la pratique anglais)” (54); les explications qu’il lui a fournies s’apparentaient quelque peu, par moments, à une plaidoirie contraire à la thèse des requérants (55).

Si de telles formes d’association à la procédure correspondent parfois à un besoin réel, elles ne laissent pas d’entraîner des inconvénients, notamment d’ordre pratique, qui — selon notre opinion personnelle — devraient inciter la Cour à en user avec modération, dans les seules causes où elle les estimera nécessaires à la recherche de la vérité (55 bis).

(53) Sur lequel, pour finir, elle n’a pas eu à statuer en l’espèce (arrêt du 24 octobre 1979, par. 68). Elle l’a tranché depuis lors dans une affaire britannique, sans se rallier à l’argumentation du gouvernement défendeur (affaire X c. Royaume-Uni, arrêt du 5 novembre 1981, par. 55-59).

(54) Arrêt du 13 août 1981, par. 8-9 (voir aussi le par. 10: “mémoire” du T.U.C., produit à l’audience par les délégués de la Commission; la Cour ne l’a pris en considération qu’en partie).

(55) Thèse à laquelle l’arrêt du 13 août 1981 a pourtant souscrit dans une large mesure.

(55 bis) En novembre 1983 et mai 1984, le président de la Cour a accueilli des demandes présentées en vertu de l’article 37 par. 2 du règlement par un syndicat, la *Post Office Engineering Union* (affaire Malone c. Royaume-Uni), et par une association humanitaire, la *National Association for Mental Health*, alias *MIND* (affaire Ashingdane c. Royaume-Uni); en juin 1983 et février 1984, il en a écarté deux qui émanaient respectivement du conseil de l’Ordre des avocats et avoués de Rome (affaire Goddi c. Italie — arrêt du 9.4.1984, série A n.º 76, par. 7) et de M. Kynaston, auteur d’une requête encore en instance devant la Commission (affaire Ashingdane c. Royaume-Uni).

2. Oralité

Contradictoire, la procédure de la Cour est également orale pour l'essentiel. Non qu'elle ne commence d'ordinaire par une phase écrite: le gouvernement défendeur présente un mémoire en général, la Commission plus rarement, sans parler des observations des requérants. Il ne faut cependant pas oublier qu'avant la saisine de la Cour se déroule une longue instance devant la Commission; la Cour possède toujours le rapport de celle-ci ⁽⁵⁶⁾ et peut se procurer les autres pièces du dossier préexistant, sauf les documents relatifs à la tentative de règlement amiable ⁽⁵⁷⁾. Aussi lui arrive-t-il assez souvent de se passer, avec l'accord des intéressés, d'une procédure écrite qui lui soit propre ⁽⁵⁸⁾; elle l'a rendue facultative en 1969 par un amendement qu'elle a confirmé en 1982 tout en en précisant le libellé ⁽⁵⁹⁾. En revanche, elle tient obligatoirement des audiences, tant pour entendre des plaidoiries ⁽⁶⁰⁾ et, s'il y a lieu, des "*dépositions, dires ou déclarations*" ⁽⁶¹⁾ que pour le prononcé de ses arrêts ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁶⁾ Articles 29 par. 2 du règlement de la Cour et 51 du règlement intérieur de la Commission.

⁽⁵⁷⁾ Article 60 du règlement intérieur de la Commission.

⁽⁵⁸⁾ Affaires: Ringeisen; Handyside; Tyrer; Deweer, Van Oosterwijck; Piersack; Albert et Le Compte; Pretto; Pakelli; Zimmermann et Steiner; Goddi; Sramek; De Cubber; Duinhof et Duijf.

⁽⁵⁹⁾ Article 35 par. 1 de l'ancien règlement, articles 37 par. 1 et 47 par. 1 du nouveau.

⁽⁶⁰⁾ Du moins "au principal", mais l'examen de certaines demandes obéissant à des clauses particulières du règlement ne donne lieu à débats que de manière exceptionnelle: demandes en interprétation ou en révision d'un arrêt (articles 56 par. 3 et 57 par. 3, affaire Ringeisen), demandes d'avis consultatif (article 62 — il n'y en a pas encore eu) et, surtout, demandes de "satisfaction équitable" (article 53 par. 1): quinze des dix-neuf arrêts distincts rendus jusqu'ici aux fins d'application de l'article 50 de la Convention l'ont été au terme d'un simple échange de mémoires; il n'en est allé autrement que dans les affaires De Wilde, Ooms et Versyp (10.3.1972), Ringeisen (22.6.1972), Neumeister (7.5.1974) et König (10.3.1980). A quoi s'ajoute la possibilité d'une dérogation décidée en vertu de l'article 26 du règlement (arrêt Luberti du 23 février 1984, par. 7; voir aussi les arrêts *Sunday Times* du 26 avril 1979, par. 7, Guzzardi du 6 novembre 1980, par. 7, Van Droogenbroeck du 24 juin 1982, par. 7, et Öztürk du 21 février 1984, par. 7: *non-réouverture* des débats devant la Cour plénière après le dessaisissement de la chambre au profit de celle-ci), mais les souhaits exprimés en ce sens par le gouvernement en cause et la Commission ne lient pas la Cour qui n'y a pas déferé dans l'affaire Silver et d'autres (document Cour/Misc^c (82) 118, p. 1).

⁽⁶¹⁾ Articles 38, à 46 du règlement.

⁽⁶²⁾ Ou de ses avis consultatifs (article 65 du règlement), hypothèse d'école pour le moment.

Sur ce dernier point, le nouveau règlement a introduit une atténuation: s'il continue à prescrire la lecture "*en audience publique par le président, ou par un autre juge délégué par lui*", il ménage désormais un tempérament: "*dans le cas d'un arrêt de radiation du rôle, ou relatif à l'application de l'article 50 de la Convention* (63), *le président peut décider qu'une notification*" écrite "*vaudra prononcé*": la communication, par le greffier, d'une copie certifiée conforme de l'arrêt "*à la ou aux Parties, à la Commission, au requérant, au Secrétaire général du Conseil de l'Europe*", aux *amici curiae* et "*à toute autre personne directement intéressée*" (article 52 par. 2 et 4). Il s'agit pourtant là d'une simple faculté.

3. Publicité

De l'oralité de la procédure à sa publicité, il n'y a qu'un pas; la Cour l'a franchi dans son règlement, sa jurisprudence et sa pratique, la Convention demeurant muette en la matière. Les débats sont publics, "*à moins que la Cour n'en décide autrement en raison de circonstances exceptionnelles*" (article 18 du règlement), ce qui ne s'est jamais produit jusqu'à présent. Il en va de même des audiences de prononcé, avec une différence: le règlement (article 54 par. 2) n'offre ici aucune possibilité de huis clos. Le principe vaut du reste aussi pour la procédure écrite: "*sauf décision contraire du président*", le rapport de la Commission — confidentiel à l'origine (article 31 par. 2 de la Convention) — "*est diffusé par les soins du greffier aussitôt que possible après la saisine de la Cour*" (article 29 par. 3 du règlement) (64), les mémoires au fur et à mesure de leur dépôt. Il incombe

(63) Octroi (ou refus) d'une "satisfaction équitable" à la victime d'une violation constatée par un premier arrêt (pp. 309-312 ci-dessous).

(64) A l'époque du règlement initial (1959), silencieux sur la question, il fallait apparemment attendre jusqu'au prononcé de l'arrêt; des amendements de 1966 et 1975 ont autorisé la diffusion du rapport à partir de la fixation de la date d'ouverture de la procédure orale (article 36), puis "dès la constitution de la chambre" (article 29 par. 3).

en outre au greffier de répondre, “dans les limites de la discrétion attachée à ses fonctions”, “aux demandes de renseignements concernant l’activité de la Cour, notamment à celles de la presse” (article 14 par. 4); d’annoncer “la date et l’heure fixées pour les audiences publiques” et de veiller à “la diffusion immédiate de tout arrêt de la Cour” (article 14 par. 4); d’assurer ensuite la publication “des arrêts de la Cour” (65), “des pièces de la procédure, y compris le rapport de la Commission, à l’exclusion de tout document dont le président estime inutile la publication”, “des comptes rendus des audiences publiques” et “de tout document dont le président estime utile la publication” (article 55 par. 1) (66). Les documents non publiés “sont accessibles au public à moins que le président n’en ait décidé autrement, d’office ou à la demande d’une Partie, de la Commission, du requérant ou de toute autre personne intéressée” (article 55 par. 2) (67).

Ce “caractère public” de sa procédure d’“organe judiciaire”, la Cour l’avait proclamé dès son premier arrêt, déjà cité (68); il n’a cessé de s’accroître depuis lors. Il la distingue nettement de la Commission et du Comité des Ministres, qui siègent à huis clos (articles 33 de la Convention et 21 du Statut du Conseil de l’Europe). Seules échappent à son empire les délibérations, secrètes aux termes du règlement (article 19 par. 1 et 5). Dans un ordre d’idées voisin, signalons que les arrêts ne divulguent pas l’identité, mais uniquement le nombre des membres de la majorité (article 52 par. 1 m) du règlement). Le nom des juges de la minorité n’est connu que s’ils exercent leur “droit de joindre à l’arrêt soit l’exposé de (leur) opinion sépa-

(65) Sous la forme d’un tirage photocopié au Conseil de l’Europe.

(66) Editées par le Carl Heymans Verlag (Cologne), les publications imprimées de la Cour comportent une série A (arrêts et décisions, annexe II ci-dessous) et une série B (mémoires, plaidoiries et documents).

(67) Les décisions de ce genre se comptent sans doute sur les doigts d’une main. Voir par exemple série B, n.º 15, p. 135 (affaire Neumeister, article 50), et n.º 30, p. 194 (affaire Airey); voir aussi, *mutatis mutandis*, le volume n.º 23-I, p. 8, note ** (affaire Irlande c. Royaume-Uni), et l’arrêt X c. Royaume-Uni du 5 novembre 1981, par. 1, à rapprocher de l’arrêt Axen du 8 décembre 1983, par. 1 (divulgaration ou non-divulgaration de l’identité de certaines personnes et notamment de requérants).

(68) Lawless, 14 novembre 1960, série A n.º 1, p. 13.

rée, concordante ou dissidente, soit la simple constatation de (leur) dissentiment" (articles 51 par. 2 de la Convention et 52 par. 2 du règlement) ⁽⁶⁹⁾; ils ont coutume de le faire, mais rien ne les y astreint ⁽⁷⁰⁾.

4. Rôle directeur de la Cour

Dernier trait à relever: la Cour joue un rôle directeur dans sa procédure, de type inquisitoire plutôt qu'accusatoire; une fois saisie, elle se considère peu ou prou comme le *dominus litis*, en raison de la valeur d'ordre public qu'elle paraît attribuer à la Convention ⁽⁷¹⁾.

Dans cet esprit, elle organise elle-même le déroulement de l'instance. Elle prend — en général par les soins du président — les décisions qui s'imposent en ce domaine, tout en tenant évidemment compte des *desiderata* des parties, de la Commission et des requérants ⁽⁷²⁾. Elle peut ordonner d'office des mesures d'instruction telles que la production de documents, une audition de témoin ou d'expert et une descente sur les lieux ⁽⁷³⁾, sans partir d'une conception stricte de la charge de la preuve ⁽⁷⁴⁾. Elle peut aussi passer outre à un "*désistement, règlement amiable, arrangement*" ou "*autre fait de nature à fournir une solution du litige*" (article 48 par. 4 du règlement) ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁶⁹⁾ Même solution pour les avis consultatifs: articles 3 par. 3 du Protocole n.º 2 et 64 par. 1 du règlement.

⁽⁷⁰⁾ Pour un exemple — il en existe fort peu — de non-révélation, voir l'arrêt Foti et autres du 10 décembre 1982 (point 1 du dispositif).

⁽⁷¹⁾ Voir notamment l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971 (par. 65) et l'arrêt Deweer du 27 février 1980 (par. 49).

⁽⁷²⁾ Articles 37 par. 1, 38, 39, 53 par. 1, 56 par. 3, 57 par. 3, 61 et 62 du règlement.

⁽⁷³⁾ Articles 31, 40, 43, 44 et 49 par. 2 du règlement.

⁽⁷⁴⁾ Arrêt Irlande c. Royaume-Uni du 18 janvier 1978, par. 160-161 et 208-210; arrêt Artico du 13 mai 1980, par. 29-30; arrêt Pakelli du 25 avril 1983, par. 34; arrêt Goddi du 9 avril 1984, par. 29.

⁽⁷⁵⁾ Voir la page 308 ci-dessous.

C. Chambres et Cour plénière

Quant aux phases successives de la procédure, on les rencontrera incidemment dans la troisième section de cette étude. Pour l'instant, bornons-nous à souligner un point propre à la Cour: à la différence de la Commission ⁽⁷⁶⁾ et du Comité des Ministres, elle exerce normalement ses fonctions contentieuses ⁽⁷⁷⁾ au moyen d'une chambre de sept juges et non en séance plénière. Ainsi le veut l'article 43 de la Convention.

Les chambres comprennent deux catégories de membres: les uns y siègent de plein droit, les autres à la suite d'un tirage au sort.

Les premiers sont le ou les juges ayant la nationalité du ou des Etats intéressés, plus le président de la Cour ou, à défaut, le vice-président (articles 43 de la Convention et 21 par. 3 du règlement). Si la Cour "*ne compte pas de juge élu ressortissant*" d'un Etat en cause, "*ou si le juge appelé à siéger à raison de cette qualité se trouve empêché ou se récuse*", ledit Etat peut choisir "*soit un autre juge élu*", hypothèse qui s'est pas encore réalisée ⁽⁷⁸⁾, "*soit, en qualité de juge ad hoc, une autre personne réunissant les conditions requises par l'article 39 par. 3 de la Convention*" (articles 43 de la Convention et 23 du règlement).

En dépit de leur mode de nomination, les juges *ad hoc* s'acquittent eux aussi de leur tâche à titre individuel et non comme délégués gouvernementaux. Leur statut se rapproche beaucoup de celui des membres permanents de la Cour: même engagement solennel d'exercer leurs fonctions avec honneur, indépendance et impartialité ainsi que d'observer le secret du délibéré (article 23 par. 4 du règlement); mêmes causes d'empêchement et de récusation (articles 4 et 24 du règlement, combinés avec l'alinéa g) de l'article 1); mêmes immunités dont seule la Cour peut prononcer la levée (articles 1 et 6 du Protocole n.º 4 à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe), etc. ⁽⁷⁹⁾. Il importe de noter que sur les

⁽⁷⁶⁾ Du moins à l'heure actuelle et depuis l'abrogation de l'ancien article 29 de la Convention par l'article 1 par. 1 du Protocole n.º 3, entré en vigueur le 21 septembre 1970.

⁽⁷⁷⁾ Mais non ses attributions consultatives: articles 3 par. 1 du Protocole n.º 2 et 64 par. 1 du règlement.

⁽⁷⁸⁾ Il s'agirait forcément d'un étranger puisque la Cour "*ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même Etat*" (article 38 de la Convention).

⁽⁷⁹⁾ Voir aussi les articles 5 par. 3, 17 par. 1, 19 par. 2-4, 20 par. 1, 25 par. 1 et 44 par. 1 du règlement.

cinq juges *ad hoc* désignés jusqu'ici, trois ont conclu à la violation de la Convention avec la majorité de la Cour ⁽⁸⁰⁾. Bel exemple d'indépendance de leur part et d'objectivité de la part de l'autorité nationale compétente; à notre connaissance, il n'a guère d'équivalent dans la pratique de la Cour internationale de Justice.

Le tirage au sort porte non seulement sur le restant des membres de la chambre — cinq en général ⁽⁸¹⁾ —, mais aussi sur des suppléants; le président de la Cour y procède en présence du greffier (articles 21 par. 4 et 22 du règlement).

Le système des chambres offre sans nul doute le double avantage d'une certaine souplesse et d'une assez grande maniabilité, mais il ne va pas sans inconvénients. Au premier rang d'entre eux figurent le risque d'une jurisprudence flottante, ou plus précisément de divergences d'interprétation entre deux ou plusieurs chambres, et celui de voir un avis unanime ou quasi unanime de la Commission renversé — ou confirmé: cela ne change peut-être rien au problème — par quatre voix contre trois ⁽⁸²⁾.

Consciente de ces dangers, la Cour a imaginé des tempéraments. Le premier consiste dans la possibilité de confier à une chambre unique l'examen de plusieurs affaires connexes (articles 21 par. 6 et 37 par. 3 du règlement) ⁽⁸³⁾; le deuxième dans la présence, déjà signalée, du président ou du

⁽⁸⁰⁾ Les juges *ad hoc* autrichien dans l'affaire Neumeister (arrêt du 27.6.1968), belge dans l'affaire Le Compte, Van Leuven et De Meyere (arrêt du 23.6.1981) et britannique dans l'affaire X c. Royaume-Uni (arrêt du 5.11.1981). Dans l'affaire De Becker, rayée du rôle par un arrêt du 27 mars 1962, le juge *ad hoc* n'a pas eu à se prononcer sur le fond; dans l'affaire "linguistique", il a voté pour la compétence de la Cour, contestée par le gouvernement défendeur (arrêt du 9.2.1967), puis pour l'absence de manquement aux exigences de la Convention (une majorité de huit voix contre sept en a constaté un sur l'un des six points en litige — arrêt du 23.7.1968).

⁽⁸¹⁾ Quatre dans l'affaire Irlande c. Royaume-Uni. Voir aussi l'article 25 du règlement (communauté d'intérêt entre plusieurs Etats en cause), inappliqué jusqu'ici.

⁽⁸²⁾ Arrêts Ringeisen du 16 juillet 1971 (point 6 du dispositif), Airey du 9 octobre 1979 (point 6 du dispositif), Adolf du 26 mars 1982 (point 2 du dispositif), Campbell et Fell du 28 juin 1984 (points 3 et 4 du dispositif).

⁽⁸³⁾ Possibilité utilisée pour des affaires autrichiennes (Stögmüller et Matznetter — arrêts du 10.11.1969), suédoises (Syndicat suédois des conducteurs de locomotives; Schmidt et Dahlström — arrêts du 6.2.1976; Skoogström, McGoff — en instance), italiennes (Foti et autres; Corigliano — arrêts du 10.12.1982) et néerlandaises (De Jong, Baljet et Van den Brink; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe; Duinhof et Duijf — arrêts du 22 mai 1984) et allemandes (G. et K. — en instance).

vice-président de la Cour parmi les membres — et à la tête — de chaque chambre (article 21 par. 3 b) et 5) ⁽⁸⁴⁾; un troisième dans une volonté manifeste de ne pas s'écarter à la légère des arrêts antérieurs, auxquels la Cour se réfère très fréquemment; un quatrième dans l'attribution à la Cour plénière de la compétence pour statuer sur certains problèmes particuliers (articles 25 et 34) ⁽⁸⁵⁾.

L'article 50 du règlement, adopté dès 1959 sous le numéro 48, en fournit un cinquième, de loin le plus frappant. Il autorise la chambre à "*se dessaisir au profit de la Cour plénière*" si "*l'affaire pendante*" devant elle "*soulève une ou des questions graves qui touchent à l'interprétation de la Convention*"; il l'y oblige "*si la solution d'une telle ou de telles questions peut conduire à une contradiction avec un arrêt*" déjà rendu par une chambre ou par la Cour plénière. L'ancien article 48 a joué dans non moins de vingt-quatre affaires sur cinquante-six, soit environ deux sur cinq ⁽⁸⁶⁾. Le dessaisissement peut avoir lieu "*à tout moment*" ⁽⁸⁷⁾, "*en tout état de la cause*" ⁽⁸⁸⁾, donc même après les audiences ⁽⁸⁹⁾, mais à n'en pas douter mieux vaut qu'il s'opère à un stade assez précoce. Après avoir tranché la ou les "*questions graves*", la Cour peut soit "*garder la connaissance entière*" du dossier soit "*ordonner le renvoi à chambre (...) pour le surplus*" (article 50 par. 2). Il n'existe pas encore d'exemple de pareil renvoi ⁽⁹⁰⁾; la

⁽⁸⁴⁾ Depuis 1972. Le président (ou le vice-président) ne peut présider la chambre s'il y siège en qualité de juge "national". Voir la page 299 ci-dessus.

⁽⁸⁵⁾ Inapplicables jusqu'ici (communauté d'intérêt entre plusieurs Etats en cause et contestation sur le point de savoir si un Etat a qualité pour saisir la Cour).

⁽⁸⁶⁾ Affaires: "linguistique belge"; De Wilde, Ooms et Versyp; Golder; Syndicat national de la police belge; Engel et autres; Handyside; Irlande c. Royaume-Uni; König; Klass et autres; *Sunday Times*; Marckx; Guzzardi; Van Oosterwijck; Le Compte, Van Leuven et De Meyere; Young, James et Webster; Dudgeon; Sporong et Lönnroth; Van Droogenbroeck; Albert et Le Compte; Pretto et autres; Sutter; Axen; Van der Musselle; Öztürk. Quant au nouvel article 50, il a servi jusqu'ici dans cinq affaires sur vingt-deux (Malone; Sramek; Abdulazi, Cabaes et Balkandali; Benthem; Lithgow et autres).

⁽⁸⁷⁾ Ancien article 48.

⁽⁸⁸⁾ Nouvel article 50.

⁽⁸⁹⁾ Affaires *Sunday Times*, Guzzardi, Van Droogenbroeck, Öztürk et Sramek.

⁽⁹⁰⁾ Voir toutefois la page 310 ci-dessous (article 53 par. 3 du règlement).

décision de dessaisissement, qui “*n’a pas besoin d’être motivée*” (article 50 par. 1 *in fine*), n’indique du reste presque jamais la nature de la “*question*” à élucider ⁽⁹¹⁾.

La compatibilité de ces clauses avec l’article 43 de la Convention a inspiré jadis des doutes, mais ils apparaissent à présent dépassés. Les Etats contractants ont compris qu’elles tendent à une bonne administration de la justice, qu’elles contribuent à la sécurité juridique et qu’elles correspondent, au fond, à leur propre intérêt comme à ceux de la Commission et des requérants. Appliqué pour la première fois en 1966 à la demande d’un gouvernement ⁽⁹²⁾, l’article 48 de l’ancien règlement a servi de modèle aux Etats membres du Conseil de l’Europe dans un instrument international ultérieur ⁽⁹³⁾; en outre, quelques-uns au moins d’entre eux semblent l’avoir invoqué pour estimer superflu d’amender l’article 43 de la Convention ainsi que le préconisait la Cour.

Sous l’empire des textes en vigueur, le recours à “*la plénière*” doit pourtant demeurer l’exception. Or si la Cour, à la suite de l’élargissement progressif du Conseil de l’Europe, se compose aujourd’hui de vingt et un membres contre quinze en 1959 (article 38 de la Convention), les chambres continuent, elles, à n’en compter que sept (article 43). Si on laisse de côté les suppléants, qui ne votent pas, elles ne groupent donc plus qu’un tiers des juges au lieu de près de la moitié à l’origine. D’où une moindre “*représentativité*”, une accentuation des aléas inhérents au système du tirage au sort et, par contrecoup, un renforcement de la tentation de se dessaisir au profit d’une Cour plénière devenue pourtant, dans l’intervalle, assez “*lourde*” en tant que juridiction. Pour y remédier, ne faudrait-il pas augmenter de quelques unités l’effectif des chambres? Nous inclinons à le penser.

⁽⁹¹⁾ Voir cependant les décisions des 24 septembre (Sporrong et Lönnroth) et 23 novembre (Van Droogenbroeck) 1981: série A n.° 50, p. 5, et n.° 52, p. 4.

⁽⁹²⁾ Affaire “linguistique belge” (arrêt du 9.2.1967, série A n.° 5, p. 8, par. 6).

⁽⁹³⁾ L’article 5 par. 3 du Protocole additionnel (non encore entré en vigueur) à la Convention européenne du 16 mai 1972 sur l’immunité des Etats.

III. FONCTIONS ET POUVOIRS

Les — trop longs — développements que nous avons consacrés à la procédure ont déjà dû donner un aperçu des fonctions et pouvoirs de la Cour, mais non une image suffisamment nette; ils appellent des précisions à ce sujet ⁽⁹⁴⁾.

A. Fonctions

La Cour a pour fonction essentielle de dire pour droit s'il y a eu ou non violation, mais d'après l'article 45 sa compétence "*s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la (...) Convention*" dont la saisissent les Etats contractants et la Commission. De cette disposition libellée en termes fort larges, elle a tiré des conséquences qui se rattachent plus ou moins à l'idée de plénitude de juridiction.

1. Tout d'abord, elle connaît non seulement du droit mais aussi du fait. Si à cet égard son travail se trouve grandement allégé par l'instruction que la Commission a menée auparavant, elle n'en relève pas moins très

⁽⁹⁴⁾ Nous négligerons presque entièrement la compétence consultative conférée à la Cour par le Protocole n.º 2 (p. 281 ci-dessus).

souvent des lacunes qu'elle cherche à combler en ordonnant la production de documents, en demandant par écrit ou oralement des renseignements, en entendant des témoins, etc..

2. En second lieu, elle juge de la compétence et de la recevabilité comme du fond; selon l'article 49 de la Convention, elle tranche toute "*contestation sur le point de savoir si (elle) est compétente*" (95).

Cela va de soi si l'exception préliminaire a trait au respect d'une exigence propre à la Cour elle-même: délai de trois mois des articles 32 par. 1 et 47, condition de réciprocité stipulée par un Etat en vertu de l'article 46 par. 2, etc. Pareille situation ne s'est guère présentée jusqu'ici (96).

La solution se révèle plus douteuse pour les questions de compétence et de recevabilité relatives, au premier chef, à la Commission. Certes, les décisions d'irrecevabilité totale (97), voire partielle (98), rendues par cette dernière échappent au contrôle de la Cour, mais qu'en est-il de celles qui "*retiennent*" une requête, en entier ou non? Le gouvernement défendeur peut-il les attaquer devant la Cour?

Une controverse a surgi sur ce point à plusieurs reprises, principalement dans l'affaire De Wilde, Ooms et Versyp ("*vagabondage*"). Le gouvernement belge reprochait à la Commission de ne pas avoir rejeté les requêtes en vertu des articles 26 et 27 par. 3, pour non-épuisement des voies de recours internes et tardiveté. Par un arrêt du 18 juin 1971, la Cour plénière — au profit de laquelle la chambre constituée à l'origine s'était dessaisie en raison de la gravité du problème — s'est estimée compétente pour se prononcer sur lesdits moyens; par douze voix contre quatre, elle a repoussé la thèse contraire qu'avait plaidée la Commission (99).

(95) Voir aussi l'article 47 par. 2 du règlement. — La Cour estime qu'il ne lui appartient pas de contrôler d'office l'épuisement des voies de recours internes (arrêt Duinhof et Djuif du 22 mai 1984, par. 30, avec les références à trois autres).

(96) Arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen du 7 décembre 1976, par. 5-7; arrêt Tyrer du 25 avril 1978, par. 23.

(97) Articles 32 par. 1 et 47 de la Convention.

(98) On peut s'appuyer sur l'article 47 (un grief déclaré irrecevable ne donne pas lieu à une tentative de règlement amiable), mais l'argument se discute. Voir aussi l'arrêt Schiesser du 4 décembre 1979, par. 39-41, l'arrêt Foti et autres du 10 décembre 1982, par. 40-41, ainsi que l'arrêt Campbell et Fell du 28 juin 1984, par. 64-65.

(99) Série A n.º 12, pp. 29-30, par. 47-52, et p. 46, par. 1.

Jurisprudence dorénavant fixée, semble-t-il, mais qui s'accompagne de deux correctifs. D'une part, une exception de "*défaut manifeste de fondement*" ne revêt pas pour la Cour le caractère préliminaire que l'article 27 par. 2 lui assigne au niveau de la Commission; on ne saurait la détacher du fond du litige ⁽¹⁰⁰⁾. En outre et surtout, se heurtent à la "*forclusion*" les moyens d'irrecevabilité ⁽¹⁰¹⁾ que l'Etat intéressé n'a pas au préalable présentés à la Commission — normalement dès le "*stade de l'examen initial de la recevabilité*" — alors pourtant que "*leur nature et les circonstances s'y prêtaient*" ⁽¹⁰²⁾.

Pendant longtemps la Cour a écarté, tantôt pour cause de forclusion tantôt comme non fondés (après ou sans jonction au fond) ⁽¹⁰³⁾, les divers moyens de ce genre soulevés devant elle par les gouvernements, mais elle en a récemment accueilli un, pour la première fois, par son arrêt Van Oosterwijck du 6 novembre 1980 ⁽¹⁰⁴⁾. En pareil cas, les efforts déployés par la Commission pour rechercher un règlement amiable, établir les faits et exprimer un avis sur l'existence d'une violation se révèlent rétrospectivement vains, résultat peu compatible avec "*l'économie de la procédure*". Il faut souligner aussi que l'individu requérant, lui, ne peut combattre devant la Cour les décisions d'irrecevabilité adoptées par la Commission; il ne jouit donc pas à cet égard de l'égalité de traitement avec l'Etat défendeur. Pour remédier à cet état de choses ⁽¹⁰⁵⁾, on a suggéré soit de rendre défini-

⁽¹⁰⁰⁾ Arrêt Airey du 9 octobre 1979, par. 18.

⁽¹⁰¹⁾ La jurisprudence de la Cour semble moins catégorique pour les exceptions d'incompétence, peut-être en raison de leurs rapports avec des considérations d'ordre public: arrêt du 9 février 1967 en l'affaire "linguistique belge", série A n.º 5, pp. 17-19; arrêt Guzzardi du 6 novembre 1980, par. 59; arrêt Foti et autres du 10 décembre 1982, par. 43.

⁽¹⁰²⁾ Voir notamment les arrêts: De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, par. 53-59; Artico du 13 mai 1980, par. 12-14; Foti et autres du 10 décembre 1982, par. 45-49; Corigliano du 10 décembre 1982, par. 25-29; De Jong, Baljet et Van den Brink du 22 mai 1984, par. 33-38.

⁽¹⁰³⁾ Article 47 par. 2 du règlement. Il y a eu jonction au fond dans les affaires Airey (arrêt du 9.10.1979, par. 19 b), 23 et 24 *in fine*) et Eckle (arrêt du 15.7.1982, par. 70, 87-88 et 94-95). — Dans l'affaire Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe, la Cour a considéré que le gouvernement néerlandais avait retiré à l'audience une exception de non-épuisement formulée par lui pendant la procédure écrite (arrêt du 22 mai 1984, par. 38-39). Voir aussi la note 95 ci-dessus.

⁽¹⁰⁴⁾ Par. 30-34. Le même phénomène a failli se produire dans l'affaire Guzzardi (arrêt du 6.11.1980, point 2 du dispositif: 8 voix sur 18 pour le non-épuisement).

⁽¹⁰⁵⁾ Sur lequel les délégués de la Commission avaient attiré l'attention de la Cour dans l'affaire De Wilde, Ooms et Versyp, puis dans l'affaire Ringeisen: série B n.º 10, pp. 259, 262 et 272; série B n.º 11, p. 276.

tives les décisions de recevabilité, à l'instar de celles de rejet, soit d'ouvrir contre les unes et les autres, selon des modalités appropriées, un recours immédiat à la Cour, mais aucune des deux propositions n'a trouvé grâce aux yeux des experts gouvernementaux chargés d'y réfléchir...

3. Troisièmement, les problèmes d'applicabilité de la Convention touchent à "*l'interprétation et l'application*" de celle-ci, au sens de l'article 45; ils ressortissent en général au fond et la Cour a compétence pour en connaître ⁽¹⁰⁶⁾.

4. La Cour est aussi maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause; elle ne se considère pas comme liée par celle que leur attribuent les requérants, les gouvernements et la Commission. En vertu du principe *jura novit curia*, elle a par exemple étudié d'office plus d'un grief sous l'angle d'un article ou paragraphe que n'avaient pas cité les comparants, et même d'une clause au regard de laquelle la Commission l'avait déclaré irrecevable tout en le retenant sur le terrain d'une autre ⁽¹⁰⁷⁾. D'après elle, un grief se caractérise par les faits qu'il dénonce et non par les simples moyens ou arguments de droit invoqués ⁽¹⁰⁸⁾.

5. La plénitude de juridiction de la Cour ne joue que dans les limites de l'"*affaire*". Elles ne sont pas fixées par le rapport final de la Commission (article 31), mais par la décision de recevabilité de la requête. Sous réserve de son article 29 ⁽¹⁰⁹⁾ et de l'hypothèse d'une radiation partielle du rôle par

⁽¹⁰⁶⁾ Arrêt du 9 février 1967 en l'affaire "linguistique belge"; solution implicite dans nombre d'arrêts postérieurs.

⁽¹⁰⁷⁾ Voir notamment les arrêts: Lawless du 1.7.1961, série A n.º 3, p. 59, par. 38 (article 18), et p. 60, par. 40 (article 15 par. 1 *in fine*); Neumeister du 27.6.1968, série A n.º 8, p. 41, par. 16 (article 6 par. 1, "délai raisonnable"); De Wilde, Ooms et Versyp du 18.6.1971, par. 93 (articles 14 et 18); Ringeisen du 16.7.1971, par. 98 (article 6 par. 1, publicité de la procédure); Engel et autres du 8.6.1976, par. 89 (*idem*); Handyside du 7.12.1976, par. 41 (article 14); Irlande c. Royaume-Uni du 18.1.1978, par. 223 (article 15 par. 3); Guzzardi du 6.11.1980, par. 58-63 (article 5); Foti et autres du 10.12.1982, par. 42-44 (article 6 par. 1, "délai raisonnable"); Gocci du 9.4.1984, par. 31 (paragraphe 3 b) de l'article 6 — dans une certaine mesure seulement). — Comp. l'arrêt Van der Musselle du 23.11.1983, par. 44 (article 14 combiné avec l'article 4 — différence de traitement entre avocats stagiaires et avocats inscrits au tableau).

⁽¹⁰⁸⁾ Voir notamment Schiesser 4.12.1979, par. 41, Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 38, et 18.10.1982, par. 21, ainsi que Campbell et Cosans 25.2.1982, par. 40, à rapprocher de *Sunday Times* 6.11.1980, par. 28, et d'Eckle 21.6.1983, par. 50-51.

⁽¹⁰⁹⁾ Il autorise la Commission à rejeter — à l'unanimité — une requête individuelle qu'elle avait commencé par retenir "si, en cours d'examen, elle constate l'existence d'un des motifs de non-recevabilité prévus à l'article 27".

la Commission, la Convention ne laisse place à aucun rétrécissement ultérieur de l'objet du litige appelé à déboucher sur un arrêt de la Cour. A l'intérieur du cadre ainsi tracé, celle-ci peut traiter toute question de fait ou de droit qui surgit pendant l'instance engagée devant elle. Seuls échappent à son examen les griefs jugés irrecevables, et non pas ceux que la Commission a estimés non fondés ⁽¹¹⁰⁾. La Cour a parfois constaté des violations là où le rapport n'en décelait aucune ou ne se prononçait pas ⁽¹¹¹⁾; en outre, elle a été saisie de nombreuses causes dans lesquelles la Commission concluait à l'absence complète de manquement ⁽¹¹²⁾.

B. Pouvoirs

L'exercice de cette large compétence conduit à des arrêts.

Leur élaboration s'opère d'habitude en quatre étapes:

- i. la chambre, ou la Cour plénière, tient aussitôt après les audiences une première délibération qui aboutit, avec ou sans vote, à des conclusions provisoires et à la constitution d'un comité de rédaction;

⁽¹¹⁰⁾ Voir notamment les arrêts: du 23.7.1968 dans l'affaire "linguistique belge", série A n.º 6, p. 30, par. 1; Delcourt du 17.1.1970, par. 39-41; De Wilde, Ooms et Versyp du 18.6.1971, par. 63; Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen du 7.12.1976, par. 48 et 54 (antépénultième alinéa); Handyside du 7.12.1976, par 41; Irlande c. Royaume-Uni du 18.1.1978, par. 156-157; Winterwerp du 24.10.1979, par. 69-72; Schiesser du 4.12.1979, par. 41; Guzzardi du 6.11.1980, par. 106; Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23.6.1981, par. 38; Foti et autres du 10.12.1982, par. 40-41; Silver et autres du 25.3.1983, par. 77; Pretto et autres du 8.12.1983, par. 20 et 27; Malone du 2.8.1984, par. 63.

⁽¹¹¹⁾ Voir, à l'annexe III, une liste des principaux cas où Commission et Cour ont abouti à des conclusions opposées.

⁽¹¹²⁾ Dix-huit affaires sur soixante-seize: Lawless; Delcourt; Syndicat national de la police belge; Syndicat suédois des conducteurs de locomotives; Schmidt et Dahlström; Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen; Handyside; Klass et autres; Schiesser; Pretto et autres; Sutter; Axen; Van der Mussele; Ashingdane; Benthem; Lithgow et autres; James et autres; K. c. République fédérale d'Allemagne.

- ii. sur cette base, le greffe ⁽¹¹³⁾ prépare un avant-projet que
- iii. le comité de rédaction discute et amende;
- iv. d'où un projet remanié qui donne lieu à une seconde délibération s'achevant par des votes définitifs et par l'adoption du texte à lire en audience publique.

1. Les décisions rendues de la sorte peuvent porter — conjointement ou séparément — sur une série de questions dont la diversité correspond, bien sûr, à la multiplicité des fonctions de la Cour.

Questions de compétence ou de recevabilité, de procédure ou de preuve; nous en avons déjà suffisamment parlé.

Questions de radiation du rôle également. La Cour peut, par un arrêt, rayer une affaire de son rôle en cas de désistement d'un Etat requérant, de règlement amiable, d'arrangement ou d'*autre fait de nature à fournir une solution du litige*"; elle se réserve toutefois d'en *"poursuivre l'examen (...) nonobstant (pareil) désistement, règlement amiable, arrangement ou fait"* car elle a conscience des *"responsabilités (lui) incombant (...) aux termes de l'article 19 de la Convention"*: *"assurer le respect des engagements"* qui résultent de celle-ci pour les Etats contractants (article 48 du règlement). Elle a déjà repoussé plusieurs demandes de radiation du rôle, tantôt parce que les conditions à remplir ne se trouvaient pas réunies tantôt par des motifs inspirés des idées d'ordre public et d'intérêt général ⁽¹¹⁴⁾; elle n'en a guère accueilli qu'une ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹³⁾ Le greffier, ou son remplaçant, assiste au délibéré en chambre du conseil, avec les autres agents du greffe dont la présence paraît nécessaire (article 19 par. 2 du règlement).

⁽¹¹⁴⁾ Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, 7.12.1976, par. 47; Tyrer, 25.4.1978, par. 24-27; Luedicke, Belkacem et Koç, 28.11.1978, par. 33-37; Deweer, 27.2.1980, par. 34-38; Guzzardi, 6.11.1980, par. 82-86. Voir aussi Irlande c. Royaume-Uni, 18.1.1978, par. 152-155; X. c. Royaume-Uni, 5.11.1981, par. 64; Silver et autres, 25.3.1983, par. 81; Axen, 8-12-1983, par. 24.

⁽¹¹⁵⁾ De Becker, 27.3.1962. On peut à la rigueur y ajouter les arrêts énumérés dans la note 124 ci-dessous (article 53 par. 4 du règlement).

Reste l'essentiel: les questions de fond; elles se rangent en deux catégories.

D'un côté, la question cruciale de savoir s'il y a eu ou non méconnaissance de la Convention.

Si la Cour la tranche par la négative, ce qui est arrivé jusqu'ici dans dix-sept affaires ⁽¹¹⁶⁾, l'arrêt n'appelle en principe, évidemment, aucune mesure de la part de l'Etat défendeur. Le président le communique néanmoins au Comité des Ministres ⁽¹¹⁷⁾, mais celui-ci se borne à en prendre note; il n'a pas, et pour cause, à en surveiller l'exécution.

Si aucontraire la Cour relève une ou des violations, situation qui s'est présentée à ce jour dans quarante-trois litiges ⁽¹¹⁸⁾, l'article 50 de la Convention l'oblige normalement à statuer sur une seconde question de fond: y a-t-il lieu ou non d'accorder une "*satisfaction équitable*" à la victime, désignée comme "*la partie lésée*", c'est-à-dire en pratique à un individu requérant ⁽¹¹⁹⁾? Dans l'affirmative, l'arrêt pourra imposer à l'Etat une prestation précise; il n'aura pas une portée purement déclaratoire.

⁽¹¹⁶⁾ Lawless (1.7.1961); Wemhoff (27.6.1968); Matznetter (10.11.1969); Delcourt (17.1.1970); Syndicat national de la police belge (27.10.1975); Syndicat suédois des conducteurs de locomotives (6.2.1976); Schmidt et Dahlström (6.2.1976); Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen (7.12.1976); Handyside (7.12.1976); Klass et autres (6.9.1978); Schiesser (4.12.1979); Buchholz (6.5.1981); Adolf (26.3.1982); Van der Mussele (23.11.1983); Pretto et autres (8.12.1983); Axen (8.12.1983); Sutter (22.2.1984).

⁽¹¹⁷⁾ Articles 54 de la Convention et 54 par. 3 du règlement.

⁽¹¹⁸⁾ Neumeister (27.6.1968); affaire "linguistique belge" (23.7.1968); Stögmüller (10.11.1969); De Wilde, Ooms et Versyp (18.6.1971); Ringeisen (16.7.1971); Golder (21.2.1975); Engel et autres (8.6.1976); Irlande c. Royaume-Uni (18.1.1978); Tyrer (25.4.1978); König (28.6.1978); Luedicke, Belkacem et Koç (28.11.1978); *Sunday Times* (26.4.1979); Marckx (13.6.1979); Airey (9.10.1979); Winterwerp (24.10.1979); Deweer (27.2.1980); Artico (13.5.1980); Guzzardi (6.11.1980); Le Compte, Van Leuven et De Meyere (23.6.1981); Young, James et Webster (13.8.1981); Dudgeon (22.10.1981); X c. Royaume-Uni (5.11.1981); Campbell et Cosans (25.2.1982); Van Droogenbroeck (24.6.1982); Eckle (15.7.1982); Sporrang et Lonroth (23.9.1982); Piersack (1.10.1982); Foti et autres (10.12.1982); Corigliano (10.12.1982); Albert et Le Compte (10.2.1983); Silver et autres (25.3.1983); Minelli (25.3.1983); Pakelli (25.4.1983); Zimmermann et Steiner (13.7.1983); Öztürk (21.2.1984); Luberti (23.2.1984); Goddi (9.4.1984); De Jong, Baljet et Van den Brink (22.5.1984); Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe (22.5.1984); Duinhof et Duijf (22.5.1984); Campbell et Fell (28.6.1984); Guincho (10.7.1984); Malone (2.8.1984).

⁽¹¹⁹⁾ Irlande c. Royaume-Uni, 18.1.1978, par. 244-246.

Le règlement de la Cour n'a précisé qu'en 1972 et 1977, à la lumière des premières expériences acquises en ce domaine ⁽¹²⁰⁾, la marche à suivre pour appliquer l'article 50; il y a consacré ses articles 47 bis et 50 par. 3 à 5, numérotés 49 et 53 depuis la révision globale du 24 novembre 1982. En bref, il cherche manifestement à permettre à la Cour de se prononcer par un seul arrêt sur la violation et sur la satisfaction équitable. Elle y réussit assez fréquemment ⁽¹²¹⁾, ce qui offre le grand avantage d'abrèger et d'alléger le déroulement de l'instance, mais si la seconde question ne se trouve pas en état au moment de la décision sur la première il faut bien la réserver, fixer la procédure ultérieure et prononcer en temps utile un arrêt en quelque sorte complémentaire ⁽¹²²⁾. Signalons que depuis 1977 la Cour plénière peut renvoyer ladite question à une chambre qui, par hypothèse, s'était dessaisie à son profit (article 53 par. 3 du règlement) ⁽¹²³⁾.

“Si la Cour reçoit communication d'un accord intervenu entre la personne lésée et (l'Etat) responsable, elle en vérifie le caractère équitable et, si elle le constate, raye l'affaire du rôle par un arrêt” (article 53 par. 4) ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²⁰⁾ De Wilde, Ooms et Versyp, 10.3.1972; Ringeisen, 22.6.1972 et 23.6.1973; Neumeister, 7.5.1974.

⁽¹²¹⁾ Golder 21.2.1975, par. 46; Marckx 13.6.1979, par. 68; Deweer 27.2.1980, par. 55-60; Artico 13.5.1980, par. 39-48; Guzzardi 6.11.1980, par. 112-114; Corigliano 10.12.1982, par. 51-53; Minelli 25.3.1983, par. 42-52; Pakelli 25.4.1983, par. 43-47; Zimmermann et Steiner 13.7.1983, par. 33-38; Luberti 23.2.1984, par. 38-42; Goddi 9.4.1984, par. 33-36; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 64-65; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe 22.5.1984, par. 51-52; Duinhof et Djuif 22.5.1984, par. 44-45; Campbell et Fell 28.6.1984, par. 129-146; Guincho 10.7.1984, par. 42-44.

⁽¹²²⁾ Affaires: Engel et autres (8.6. et 23.11.1976); König (28.6.1978 et 10.3.1980); Luedicke, Belkacem et Koç (28.11.1978 et 10.3.1980); *Sunday Times* (26.4.1979 et 6.11.1980); Airey (9.10.1979 et 6.2.1981); Winterwerp (24.10.1979 et 27.11.1981); Le Compte, Van Leuven et De Meyere (23.6.1981 et 18.10.1982); Young, James et Webster (13.8.1981 et 18.10.1982); Dudgeon (22.10.1981 et 24.2.1983); X. c. Royaume-Uni (5.11.1981 et 18.10.1982); Campbell et Cosans (25.2.1982 et 22.3.1983); Van Droogenbroeck (24.6.1982 et 25.4.1983); Eckle (15.7.1982 et 21.6.1983); Sporong et Lönnroth (23.9.1982 — encore en instance pour l'article 50); Piersack (1.10.1982 — idem); Foti et autres (10.12.1982 et 21.11.1983); Albert et Le Compte (10.2 et 24.10.1983); Silver et autres (25.3 et 24.10.1983); Öztürk (21.2.1984 — encore en instance pour l'article 50); Malone 2.8.1984 — idem).

⁽¹²³⁾ Il en a été ainsi dans les affaires: Le Compte, Van Leuven et De Meyere; Young, James et Webster; Van Droogenbroeck; Albert et Le Compte; Öztürk; Malone (mais non dans les affaires König, *Sunday Times* et Sporong-Lönnroth).

⁽¹²⁴⁾ Luedicke, Belkacem et Koç 10.3.1980, par. 13 (pour MM. Luedicke et Koç); Winterwerp 27.11.1981; Foti et autres 21.11.1983, par. 13 (pour MM. Foti et Lentini). — Voir aussi Airey 6.2.1981, par. 10 (accord partiel); X c. Royaume-Uni 18.10.1982, par. 25-26 (idem); Foti et autres 21.11.1983, par. 14 (idem dans le cas de M. Gulli).

En dehors de ce cas, elle accorde ⁽¹²⁵⁾ ou refuse ⁽¹²⁶⁾ à la victime une satisfaction équitable. Celle-ci revêt d'ordinaire la forme d'une somme d'argent ⁽¹²⁷⁾, mais d'après la Cour le constat de manquement aux exigences de la Convention peut à l'occasion en constituer une par lui-même notamment si l'intéressé ne réclame rien de plus ⁽¹²⁸⁾ ou n'a subi qu'un préjudice insignifiant ou déjà compensé par d'autres mesures ⁽¹²⁹⁾. Les sommes allouées prennent en compte le dommage, matériel ou moral, découlant de la ou des infractions relevées par la Cour et les frais et dépens "réels, nécessaires et raisonnables" des requérants.

Ceux-ci sollicitent parfois une satisfaction équitable d'un type différent: une recommandation ou injonction conseillant ou prescrivant à l'Etat défendeur de prendre tel engagement ou telle initiative, de faire telle déclaration, etc.. Jusqu'ici, la Cour a toujours rejeté les prétentions de ce genre,

⁽¹²⁵⁾ Ringeisen 22.6.1972; Neumeister 7.5.1974; Golder 21.2.1975; Engel et autres 23.11.1976 (en ce qui concerne M. Engel); Marckx 13.6.1979; Deweer 27.2.1980; König 10.3.1980; Artico 13.5.1980; *Sunday Times* 6.11.1980; Guzzardi 6.11.1980; Airey 6.2.1981; Le Compte, Van Leuven et De Meyere 18.10.1982; Young, James et Webster 18.10.1982; X c. Royaume-Uni 18.10.1982; Corigliano 10.12.1982; Dudgeon 24.2.1983; Campbell et Cosans 22.3.1983; Minelli 25.3.1983; Van Droogenbroeck 25.4.1983; Pakelli 25.4.1983; Eckle 21.6.1983; Zimmermann et Steiner 13.7.1983; Silver et autres 24.20.1983; Albert et Le Compte 24.10.1983; Foti et autres 21.11.1983 (en ce qui concerne MM. Gulli et Cenerini); Luberti 23.2.1984; Goddi 9.4.1984; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe 22.5.1984; Duinhof et Duijf 22.5.1984; Campbell et Fell 28.6.1984; Guincho 10.7.1984.

⁽¹²⁶⁾ De Wilde, Ooms et Versyp 10.3.1972; Luedicke, Belkacem et Koç 10.3.1980 (en ce qui concerne M. Belkacem).

⁽¹²⁷⁾ Ringeisen; Neumeister; Engel et autres (en ce qui concerne M. Engel); Deweer; König; Artico; *Sunday Times*; Guzzardi; Airey; Le Compte, Van Leuven et De Meyere; Young, James et Webster; X c. Royaume-Uni; Corigliano; Dudgeon; Campbell et Cosans; Minelli; Van Droogenbroeck; Pakelli; Eckle; Zimmermann et Steiner; Silver et autres; Albert et Le Compte; Foti et autres; Luberti; Goddi; De Jong, Baljet et Van den Brink; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe; Duinhof et Djuif; Campbell et Fell; Guincho.

⁽¹²⁸⁾ Golder, Marckx, Deweer (quant au dommage moral) et Albert-Le Compte (en ce qui concerne M. Albert). — Voir aussi l'arrêt Tyrer du 25.4.1978, par. 44-45 (absence complète de demande, d'où non-lieu à l'application de l'article 50).

⁽¹²⁹⁾ Engel et autres (en ce qui concerne MM. De Wit, Dona et Schul); Le Compte, Van Leuven et De Meyere (quant au dommage moral); Corigliano (idem); Dudgeon (quant aux dommages moral et matériel); Campbell et Cosans (quant aux dommages matériel et moral de Mme Campbell et au dommage moral de Mme Cosans); Minelli (quant au dommage moral); Pakelli (idem); Eckle (idem); Zimmermann et Steiner (idem); Silver et autres (idem); Luberti (idem); Campbell et Fell (idem, sur un point).

estimant qu'elles sortaient du cadre du litige ou qu'elle n'avait pas compétence pour les accepter ⁽¹³⁰⁾.

2. Par delà leur diversité, ses arrêts présentent des traits communs.

Ils doivent, d'abord, être motivés (articles 51 par. 1 de la Convention et 52 par. 1 j) du règlement) ⁽¹³¹⁾. S'ils n'expriment "*pas en tout ou partie l'opinion unanime des juges*", chacun de ceux-ci a "*le droit d'y joindre*" soit "*l'exposé de son opinion séparée, concordante* ⁽¹³²⁾ *ou dissidente* ⁽¹³³⁾", soit "*la simple constatation de son dissentiment*" (articles 51 par. 2 de la Convention et 52 par. 2 du règlement) ⁽¹³⁴⁾. La grande majorité d'entre eux s'accompagnent effectivement de pareilles opinions, tantôt individuelles tantôt collectives, plus rarement de semblables "*constats de dissentiment*" ⁽¹³⁵⁾ ou encore d'explications de vote ⁽¹³⁶⁾. On compte cependant un nombre appréciable d'arrêts "*monolithiques*" émanant de chambres ⁽¹³⁷⁾ et

⁽¹³⁰⁾ Le Compte, Van Leuven et De Meyere 18.10.1982, par. 13 et point 2 du dispositif; X c. Royaume-Uni 18.10.1982, par. 15 et point 3 du dispositif; Corigliano 10.12.1982, par. 51-53 et point 4 du dispositif; Dudgeon 24.2.1983, par. 15 et point 1 du dispositif; Campbell et Cosans 22.3.1983, par. 15-16 et point 1 du dispositif; Pakelli 25.4.1983, par. 43 et 45, point 1 du dispositif; Albert et Le Compte 24.10.1983, par. 9 — Voir aussi, dans un contexte différent (article 3), l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18.1.1978, par. 186-187 et point 10 du dispositif.

⁽¹³¹⁾ Même solution pour les avis consultatifs: articles 3 par. 2 du Protocole n.º 2 et 63 du règlement. En revanche, la décision de dessaisissement d'une chambre au profit de la Cour plénière "n'a pas besoin d'être motivée" (article 50 par. 1 du règlement).

⁽¹³²⁾ C'est-à-dire ne s'écartant de l'arrêt que sur certains aspects des motifs.

⁽¹³³⁾ C'est-à-dire en désaccord complet ou partiel avec le dispositif.

⁽¹³⁴⁾ Même solution pour les avis consultatifs: articles 3 par. 3 du Protocole n.º 2 et 64 par. 2 du règlement.

⁽¹³⁵⁾ Marckx 13.6.1979, série A n.º 31, p. 31 *in fine*.

⁽¹³⁶⁾ Ringeisen 16.7.1971, série A n.º 13, p. 48; Ringeisen 22.6.1972, série A n.º 15, pp. 11-12; Engel et autres 23.11.1976, série A n.º 22, p. 70 *in fine*; Albert et Le Compte 10.2.1983, série A n.º 58, p. 24; Silver et autres 24.10.1983, série A n.º 67, p. 12; Campbell et Fell 28.6.1984, série A n.º 80, p. 59.

⁽¹³⁷⁾ Lawless 7.4.1961; Delcourt 17.1.1970; Neumeister 7.5.1974; Syndicat suédois des conducteurs de locomotives 6.2.1976; Schmidt et Dahlstrom 6.2.1976; Winterwerp 24.10.1979; Luedicke, Belkacem et Koç 10.3.1980; Artico 13.5.1980; Airey 6.2.1981; Buchholz 6.5.1981; Winterwerp 27.11.1981; Eckle 15.7.1982; Piersack 1.10.1982; Le Compte, Van Leuven et De Meyere 18.10.1982; Young, James et Webster 18.10.1982; Corigliano 10.12.1982; Dudgeon 24.2.1983; Campbell et Cosans 22.3.1983; Silver et autres 25.3.1983; Minelli 25.3.1983; Van Droogenbroeck 25.4.1983; Pakelli 25.4.1983; Eckle 21.6.1983; Zimmerman et Steiner 13.7.1983; Albert et Le Compte 24.10.1983; Foti et autres 21.11.1983; Luberti 23.2.1984; Goddi 9.4.1984; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe 22.5.1984; Duinhof et Duijf 22.5.1984; Guincho 10.7.1984.

même de la Cour plénière ⁽¹³⁸⁾; leur fréquence semble augmenter depuis 1980 environ.

Les arrêts de la Cour revêtent en second lieu un caractère définitif, affirmé par l'article 52 de la Convention. Cette clause a pourtant "*pour seul but de (les) soustraire (...) à tout recours à une autre autorité*" ⁽¹³⁹⁾; elle ne met pas obstacle au dépôt d'une demande en interprétation ou en révision adressée à la Cour elle-même. Aussi le règlement ménage-t-il une telle possibilité, sous certaines conditions, en ses articles 55 et 56; la Cour a eu l'occasion d'appliquer le premier d'entre eux — qui portait à l'époque le numéro 53 — le 23 juin 1973, dans l'affaire Ringeisen.

Caractère "*essentiellement déclaratoire*" ensuite ⁽¹⁴⁰⁾. L'article 50 de la Convention, répétons-le, habilite la Cour à octroyer au besoin à la victime une "*satisfaction équitable*" et, en ce sens, à rendre un "*arrêt de prestation*". Il ne lui en assigne pas moins pour tâche première de dire le droit, de déclarer s'il y a eu ou non violation. Il ne lui attribue pas compétence pour abroger une loi, annuler un acte administratif, casser une sentence judiciaire, etc., qu'elle estimerait contraires à la Convention. Cela ressort clairement tant de son libellé que des travaux préparatoires ⁽¹⁴¹⁾.

En revanche, les arrêts de la Cour jouissent de la force obligatoire: aux termes de l'article 53, les Etats contractants "*s'engagent à (s'y) conformer (...) dans les litiges auxquels (ils) sont parties*". Pour s'acquitter de ce devoir après un arrêt constatant qu'ils ont enfreint la Convention, ils peuvent sans nul doute se voir amenés à prendre des mesures individuelles, comme le versement de l'indemnité consentie à l'intéressé ⁽¹⁴²⁾, mais l'autorité de la "*chose jugée à Strasbourg*" va-t-elle au delà? L'article 53, ou les

⁽¹³⁸⁾ Affaire "linguistique belge" 9.2.1967; König 10.3.1980; Van Droogenbroeck 24.6.1982.

⁽¹³⁹⁾ Ringeisen 22.6.1972, par. 17, et 23.6.1973, par. 13.

⁽¹⁴⁰⁾ Marckx 13.6.1979, par. 58; Pakelli 25.4.1983, par. 45.

⁽¹⁴¹⁾ Voir notamment, dans le Recueil imprimé, les pp. 35, 49, 73-75, 91, 95, 163, 213 et 301-303 du volume I; la p. 233 du volume II; la p. 227 du volume III; la p. 45 du volume IV; les pp. 299-303 du volume V.

⁽¹⁴²⁾ Ou le remboursement à un requérant — ou le non-recouvrement auprès de lui — de frais d'interprète dont la mise à sa charge avait violé l'article 6 par. 3 e): arrêt Luedicke, Belkacem et Koç du 10.3.1980, par. 2, 5, 11 et 14. — Voir aussi l'arrêt Airey du 6.2.1981, par. 6, ainsi que les pages 333-335 ci-dessous (affaire Piersack).

principes généraux du droit international, astreignent-ils les Etats à adopter de surcroît des dispositions débordant les limites du cas d'espèce, tels des amendements à leur législation, quand un arrêt en révèle la nécessité? La question prête à controverse; elle mériterait de longs développements dont il nous faut nous abstenir. Contentons-nous de souligner un fait, sans en rechercher le fondement juridique: il existe déjà une série d'exemples de pareilles initiatives qui ne concernaient pas uniquement la situation personnelle du requérant; nous les mentionnerons plus loin.

Quoi qu'il en soit, les arrêts de la Cour ne renferment pas de formule exécutoire et ne valent pas titre exécutoire. Pour leur exécution, pour autant qu'ils en appellent une, ils dépendent des Etats contractants et leur laissent en principe le choix des moyens à employer ⁽¹⁴³⁾. En l'absence d'un "*bras séculier européen*" capable d'en assurer le respect par la contrainte, l'article 54 de la Convention se borne à prévoir leur transmission "*au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution*" ⁽¹⁴⁴⁾. N'y a-t-il pas là un point faible du système de sauvegarde, un défaut de la cuirasse? Un organe politique intergouvernemental saura-t-il témoigner de la vigilance et de la diligence voulues en la matière?

C. Esquisse d'un bilan

On touche ici à l'un des aspects du bilan de l'oeuvre accomplie jusqu'à présent par la haute juridiction. Bilan que nous tenterons d'ébaucher sur la triple base de données quantitatives, d'une analyse sommaire des grandes tendances qui nous semblent se dégager de la jurisprudence de la Cour et d'une estimation du degré d'efficacité de cette dernière.

⁽¹⁴³⁾ Arrêt Marckx du 13.6.1979, p. 58; arrêt Campbell et Cosans du 22.3.1983, par. 16.

⁽¹⁴⁴⁾ Voir aussi l'article 54 par. 3 du règlement et, en ce qui concerne les arrêts de radiation du rôle, les articles 48 par. 3 et 53 par. 4.

1. Données quantitatives

Nous avons déjà noté l'accélération frappante que le rythme des saisines a subie dans un passé récent ⁽¹⁴⁵⁾. Elle se traduit, tout naturellement, par un accroissement sensible de la fréquence des arrêts. Depuis sa création la Cour n'en a prononcé que quatre-vingt-six, mais moins d'un cinquième d'entre eux — dix-sept — remontent à ses quinze premières années d'activité (1959-1973), contre cinquante-neuf — dont quinze rien qu'en 1983 — pour les dix années suivantes (1974-1983). On en a compté dix pendant les huit mois écoulés, chiffre qui devrait augmenter de sept ou huit unités d'ici à la fin de 1984.

Jadis peu garni — voire dégarni, par exemple du 27 mars 1962 au 25 juin 1965 ⁽¹⁴⁶⁾ —, le rôle de la Cour apparaît désormais assez chargé, beaucoup moins qu'à la Cour de Justice des Communautés européennes mais bien plus qu'à la Cour internationale de Justice ⁽¹⁴⁷⁾; y figurent en permanence entre une quinzaine et une bonne vingtaine d'affaires ⁽¹⁴⁸⁾. Seuls des efforts considérables des juges — près de soixante jours de réunions diverses en 1983 —, du greffe et du Conseil de l'Europe ⁽¹⁴⁹⁾ ont permis, pour le moment, d'éviter engorgement et saturation. Malgré tout, la durée des procédures ⁽¹⁵⁰⁾ accuse une légère tendance à s'allonger que la Cour s'attache à combattre en essayant, par exemple, de statuer à la fois "*au principal*" et,

⁽¹⁴⁵⁾ Pages 284-285 ci-dessus.

⁽¹⁴⁶⁾ C'est-à-dire entre l'arrêt De Becker et le dépôt de la demande introductive d'instance dans l'affaire "linguistique belge".

⁽¹⁴⁷⁾ Plusieurs centaines pour la première, cinq pour la seconde (au 31 août 1984).

⁽¹⁴⁸⁾ Vingt au 31 août 1984: seize dans lesquelles la Cour n'a pas encore statué "*au principal*" (Sramek; Colozza et Rubinat; De Cubber; Rasmussen; Barthold; Skoogström; McGoff; Ashingdane; Abdulaziz, Cabales et Balkandali; X et Y c. Pays-Bas; Benthem; Lithgow et autres; James et autres; G. c. République fédérale d'Allemagne; K. c. République fédérale d'Allemagne; Bönisch) et quatre dans lesquelles il lui reste à décider de l'octroi d'une satisfaction équitable (Sporrong et Lönnroth; Piersack; Öztürk; Malone). On a même enregistré une "pointe" de vingt-sept affaires du 14 au 24 octobre 1983.

⁽¹⁴⁹⁾ Ouverture de crédits destinés, notamment, à la création d'emplois au greffe.

⁽¹⁵⁰⁾ Pour la procédure "*au principal*", elle a oscillé jusqu'ici entre sept mois (Buchholz: 3.10.1980 — 6.5.1981) et plus de trois ans (affaires "linguistique belge": 25.6.1965 — 23.7.1968), mais en général elle se situe entre dix et vingt mois environ. A quoi s'ajoute assez souvent un laps de temps égal, voire supérieur, pour la phase distincte — lorsqu'il y en a une — relative à l'application de l'article 50, ce que l'on peut trouver paradoxal.

principal” et, en cas de constat de manquement, sur la “*satisfaction équitable*” ⁽¹⁵¹⁾.

Parallèlement, on assiste à un net élargissement de l'éventail des questions à traiter, à une diversification marquée de l'objet des litiges. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter la liste suivante, empruntée pour l'essentiel à un document officiel du greffe ⁽¹⁵²⁾:

- internement administratif ordonné en vertu d'une loi irlandaise sur les atteintes à la sûreté de l'Etat (*Lawless*) et mesures d'exception en Irlande du Nord (*Irlande contre Royaume-Uni*) (articles 5, 6, 14 et 15 de la Convention);
- mauvais traitements en Irlande du Nord (*Irlande contre Royaume-Uni*), peine de fustigation dans l'île de Man (*Tyrer*) et châtiments corporels dans les écoles d'Ecosse (*Campbell et Cosans*) (articles 3 de la Convention et 2 du Protocole n.º 1);
- obligation, pour un avocat stagiaire belge, d'assister gratuitement un inculpé sans ressources (*Van der Mussele*) (articles 4 et 14 de la Convention, article 1 du Protocole n.º 1);
- droit disciplinaire et pénal militaire des Pays-Bas (*Engel et autres; De Jong, Baljet et Van den Brink; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe; Duinhof et Duijf*) (articles 5, 6, 10, 13 et 14 de la Convention);
- assignation judiciaire à résidence sur une île italienne (*Guzzardi*) (article 5 de la Convention);
- droit d'une personne placée en détention provisoire à être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, en Suisse (*Schiesser*) et en Suède (*Skoogström; McGoff*) (article 5 de la Convention);
- législation belge sur le vagabondage (*De Wilde, Ooms et Versyp*) (articles 4, 5 et 8 de la Convention);

⁽¹⁵¹⁾ Voir la note 121 ci-dessus.

⁽¹⁵²⁾ B (84)2 du 23 janvier 1984. Nous l'avons mis à jour et y avons ajouté, entre parenthèses, les principaux articles “normatifs” en cause.

- procédure d'internement des aliénés aux Pays-Bas (*Winterwerp*), au Royaume-Uni (*X contre Royaume-Uni; Ashingdane*) et en Italie (*Luberti*) (article 5 de la Convention);
- détentions provisoires de longue durée en République Fédérale d'Allemagne (*Wemhoff*) et en Autriche (*Neumeister; Stögmüller; Matznetter; Ringeisen*) (article 5 de la Convention);
- absence de voie de recours judiciaire contre le retrait d'une autorisation d'exploiter une installation de livraison de gaz liquéfié aux Pays-Bas (*Benthem*) (article 6 de la Convention);
- internement d'un récidiviste en Belgique (*Van Droogenbroeck*) (article 5 de la Convention);
- procédure disciplinaire pénitentiaire au Royaume-Uni (*Campbell et Fell*) (article 6 de la Convention);
- obstacle à l'accès de détenus aux juridictions anglaises (*Golder; Campbell et Fell*) (articles 6 et 8 de la Convention);
- droit d'accès aux tribunaux en matière de contestation de paternité au Danemark (*Rasmussen*) (articles 6 et 14 de la Convention);
- influence des frais de procédure sur l'accès aux tribunaux en Irlande (*Airey*) (articles 6 et 8 de la Convention);
- paiement d'une amende de composition afin d'éviter la fermeture d'une boucherie pour infraction à la réglementation sur les prix en Belgique (*Deweer*) (articles 6 de la Convention et 1 du Protocole n.º 1);
- procès pénal conduit en Italie en l'absence des accusés (*Colozza et Rubinat*) (article 6 de la Convention);
- procès pénal en Autriche, jugé inéquitable para le prévenu (*Bönisch*) (article 6 de la Convention);
- procédures judiciaires suivies sans audience (*Sutter* contre Suisse; *Axen* contre République Fédérale d'Allemagne) et sans prononcé public de la décision finale (mêmes affaires ainsi que *Pretto et autres* contre Italie) (article 6 de la Convention);
- durée de procédures pénales en République Fédérale d'Allemagne (*Wemhoff; Eckle*), en Autriche (*Neumeister; Ringeisen*) et en Italie (*Foti et autres; Corigliano*) (article 6 de la Convention);
- durée de la procédure devant des juridictions administratives en République Fédérale d'Allemagne (*König*) et en Suisse (*Zimmermann et Steiner*) (article 6 de la Convention);
- durée de la procédure devant des juridictions du travail en République Fédérale d'Allemagne (*Buchholz*) et civiles en Italie (*Pretto*)

- et autres*) ainsi qu'au Portugal (*Guincho*) (article 6 de la Convention);
- impartialité de juridictions administratives autrichiennes (*Ringeisen et Sramek*) (article 6 de la Convention);
 - présence d'un magistrat du parquet au délibéré de la Cour de cassation de Belgique (*Delcourt*); président d'une cour d'assises belge ayant joué un certain rôle dans l'instruction préparatoire de l'affaire comme magistrat du parquet (*Piersack*); assesseur d'un tribunal correctionnel belge ayant exercé dans la même affaire les fonctions de juge d'instruction (*De Cubber*) (article 6 de la Convention);
 - aspects du statut des médecins en Belgique: obligation de s'affilier à l'Ordre et procédure disciplinaire (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere; Albert et Le Compte*) (articles 6 et 11 de la Convention);
 - arrêt d'une poursuite pénale et présomption d'innocence en Autriche (*Adolf*) et en Suisse (*Minelli*) (article 6 de la Convention);
 - droit à une défense effective en Italie (*Artico; Goddi*) et en République Fédérale d'Allemagne (*Pakelli*) (article 6 de la Convention);
 - droit de l'accusé (*Luedicke, Belkacem et Koç*), ou de la personne faisant l'objet d'une procédure administrative pour contravention (*Öztürk*), à l'assistance gratuite d'un interprète en République Fédérale d'Allemagne (article 6 de la Convention);
 - statut des mères célibataires et des enfants nés hors mariage en Belgique (*Marckx*) (articles 8 et 14 de la Convention, article 1 du Protocole n.º 1);
 - conditions à remplir en droit néerlandais pour l'ouverture de poursuites contre l'auteur de violences sexuelles sur une personne de plus de seize ans, mais incapable de déterminer sa volonté en raison d'un handicap mental (*X et Y contre Pays-Bas*) (articles 8, 13 et 14 de la Convention);
 - législation pénale d'Irlande du Nord interdisant les relations homosexuelles entre personnes de sexe masculin (*Dudgeon*) (article 8 de la Convention);
 - absence en droit belge d'une disposition permettant de tenir compte d'un changement de sexe (*Van Oosterwijck*) (articles 8 et 12 de la Convention);

- application des règles d'immigration au Royaume-Uni (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali*) (articles 8, 13 et 14 de la Convention);
- surveillance secrète de la correspondance et des télécommunications, autorisée sous certaines conditions par la loi allemande (*Klass et autres*) et au Royaume-Uni (*Malone*) (articles 8 et 13 de la Convention);
- restrictions à la liberté de correspondance des détenus au Royaume-Uni (*Golder; Silver et autres; Campbell et Fell*) (articles 8 et 13 de la Convention);
- déchéances infligées en Belgique, dans le domaine de la liberté d'expression, pour collaboration avec l'occupant (*De Becker*) (article 10 de la Convention);
- compatibilité avec la liberté d'expression de l'obligation de faire allégeance à la Constitution pour pouvoir occuper un poste dans la fonction publique en République fédérale d'Allemagne (*G. et K. contre République fédérale d'Allemagne*) (article 10 de la Convention);
- limitation à la liberté d'expression apportée en République Fédérale d'Allemagne en vertu du droit professionnel et d'une loi relative à la concurrence déloyale (*Barthold*) (article 10 de la Convention);
- condamnation, saisie et confiscation prononcées sur la base d'une loi anglaise relative aux publications obscènes (*Handyside*) (articles 10 de la Convention et 1 du Protocole n.º 1);
- restrictions au droit de la presse de commenter des procès civils pendants devant les tribunaux britanniques (*Sunday Times*) (article 10 de la Convention);
- étendue de la liberté syndicale en Belgique (*Syndicat national de la police belge*) et en Suède (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives; Schmidt et Dahlström*) (articles 11 et 13 de la Convention);
- licenciement de cheminots britanniques en vertu d'un accord imposant l'appartenance à un syndicat comme condition d'emploi (*Young, James et Webster*) (article 11 de la Convention);
- problèmes relatifs aux permis d'exproprier et aux interdictions de bâtir en Suède (*Sporrong et Lönnroth*) (article 1 du Protocole n.º 1, articles 6 et 13 de la Convention);

- modalités de l'indemnisation consécutive à la nationalisation de sociétés de construction aéronautique et navale au Royaume-Uni (*Lithgow et autres*) (article 1 du Protocole n.º 1);
- législation anglaise et galloise donnant à des locataires de longue durée le droit d'acheter son bien au propriétaire sous certaines conditions (*James et autres*) (article 1 du Protocole n.º 1);
- *législation linguistique belge en matière d'enseignement* (articles 8 et 14 de la Convention, article 2 du Protocole n.º 1);
- éducation sexuelle obligatoire dans les écoles primaires publiques du Danemark (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*) (article 2 du Protocole n.º 1).

2. Grandes tendances de la jurisprudence de la Cour

Peut-on dégager quelques grandes orientations de la jurisprudence élaborée au fil des ans dans des domaines aussi variés? Pour nous en tenir à celle qui a trait aux clauses “normatives” de la Convention et des Protocoles, aux articles énonçant les droits et libertés garantis ⁽¹⁵³⁾, nous croyons y discerner deux tendances principales.

a) D'un côté, une nette propension à la circonspection voire, au gré de certains, à un conservatisme excessif. Elle se manifeste de plusieurs manières.

i. La première réside dans l'affirmation du “*caractère subsidiaire*” du mécanisme européen de contrôle ⁽¹⁵⁴⁾. Elle correspond à une évidence: la Convention, toute son économie et notamment ses articles 26 ⁽¹⁵⁵⁾ et 60 ⁽¹⁵⁶⁾ le montrent sans équivoque, ne vise pas à remplacer ni à supplanter le

⁽¹⁵³⁾ Pour la jurisprudence relative aux questions de compétence et de recevabilité, de preuve, de procédure et de satisfaction équitable, nous renvoyons aux pages 286-287, 297 et 304-312 ci-dessus.

⁽¹⁵⁴⁾ Arrêts: du 23.7.1968 en l'affaire “linguistique belge”, série A n.º 6, pp. 34-35, par. 10; Handyside du 7.12.1976, par. 48; Ecker du 15.7.1982, par. 66.

⁽¹⁵⁵⁾ Epuisement des voies de recours internes.

⁽¹⁵⁶⁾ Il interdit d'interpréter la Convention “comme limitant ou portant atteinte aux (*sic*) droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie Contractante (...)”. Citons aussi l'article 50: pour pouvoir accorder à la victime une “satisfaction équitable”, la Cour doit s'assurer que “le droit interne” de l'Etat défendeur “ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences” de la décision ou mesure jugée contraire à la Convention. A ce sujet, voir les pages 333-335 ci-dessous (affaire Piersack).

droit interne, qui demeure le principal instrument de protection des droits et libertés fondamentaux; elle a pour fonction de s'ajouter et se superposer à lui, de le compléter au besoin, de remédier le cas échéant à ses lacunes, carences ou défaillances.

ii. De cette vérité élémentaire, la Cour a tiré une conséquence qui, elle, ne ressort pas aussi clairement de la Convention: la reconnaissance aux Etats d'une certaine "*marge d'appréciation*" en diverses matières; les formules utilisées varient quelque peu d'un arrêt à l'autre et selon le contexte. Il ne nous semble pas s'agir là d'une simple règle de preuve (*in dubio pro reo*), d'une sorte de "*présomption de l'innocence*" de l'Etat défendeur; nous y verrions bien davantage une espèce d'"*auto-limitation judiciaire*" (*judicial self-restraint*) fondée sur une constatation: "*en contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment*" ou "*avec les forces vives de leur pays*", "*les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer*" soit "*sur la présence (d'un) danger*" public menaçant la vie de la nation, "*comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer*" (article 15 par. 1 de la Convention) ⁽¹⁵⁷⁾, soit "*sur le contenu précis (des) exigences*" de la morale dans une société démocratique "*comme sur la 'nécessité' d'une 'restriction' ou 'sanction' destinée à y répondre*" (article 10 par. 2) ⁽¹⁵⁸⁾, etc. ⁽¹⁵⁹⁾.

iii. Dans un ordre d'idées voisin, nous mentionnerons encore:

— le respect, par la Cour, de certaines traditions ou particularités juridiques, ou situations de fait, propres à un Etat ⁽¹⁶⁰⁾, un

⁽¹⁵⁷⁾ Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 207. — Voir aussi les par. 212 *in fine*, 220, 229 *in fine* et 243.

⁽¹⁵⁸⁾ Handyside 7.12.1976, par. 48. — Voir aussi les par. 52, 54, 56 *in fine* et 57.

⁽¹⁵⁹⁾ Voir en outre Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, p. 56, par. 28; De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 93; Golder 21.2.1975, par. 45; Engel et autres 8.6.1976, par. 59, 72, 100 et 103; Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen 7.12.1976, par. 53; Klass et autres 6.9.1978, par. 49; *Sunday Times* 26.4.1979, par. 59; Winterwerp 24.10.1979, par. 40 et 46; Young, James et Webster 13.8.1981, par. 65; Dudgeon 22.10.1981, par. 52, 57 et 59; X c. Royaume-Uni 5.11.1981, par. 41 et 43; Sporrang et Lönnroth 23.9.1982, par. 69; Silver et autres 25.3.1983, par. 97; Luberti 23.2.1984, par. 27.

⁽¹⁶⁰⁾ Arrêt du 23.7.1968 en l'affaire "linguistique belge", série A n.º 6, pp. 34-36, par. 10 et 12 ("la Belgique, Etat plurilingue comprenant plusieurs régions linguistiques"); Delcourt 17.1.1970, par. 30 et 36 (participation du procureur général, avec voix consultative, au

groupe d'Etats ⁽¹⁶¹⁾ ou une région ⁽¹⁶²⁾, la Convention ne pouvant raisonnablement se comprendre comme ayant voulu les "gommer" ou supprimer à la légère;

- le souci de se prononcer à la lumière des circonstances et conceptions de l'époque de la mesure attaquée, plutôt qu'avec le bénéfice du recul ou à l'aune des opinions "à la mode" aujourd'hui ⁽¹⁶³⁾;
- la préoccupation, parfois critiquée par la doctrine voire regrettée par les gouvernements ⁽¹⁶⁴⁾, de s'en tenir en principe à l'examen du cas d'espèce, surtout dans les causes issues d'une requête individuelle ⁽¹⁶⁵⁾, sans renoncer pour autant, bien entendu, à interpréter la Convention *in abstracto* dans la mesure indispensable à la solution du litige;

délibéré de la Cour de cassation de Belgique, en vertu d'un texte remontant à 1815 — disposition "insolite" de prime abord, mais jugée compatible avec la Convention eu égard, notamment, au consensus révélateur dont elle jouit dans le pays); König 28.6.1978, par. 100 (complexité du système allemand de procédure devant les juridictions administratives); Minelli 25.3.1983, par. 34 (principe suisse de la "causalité" des frais et dépens).

⁽¹⁶¹⁾ Particularités "anglo-saxonnes": *Sunday Times* 26.4.1979, par. 47, et Dudgeon 22.10.1981, par. 44 (la "common law" considérée comme "loi" au sens des articles 10 par. 2 et 8 par. 2 de la Convention); particularités "continentales": Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, pp. 42-43, par. 21, König 28.6.1978, par. 94, et Buchholz 6.5.1981, par. 50 (rôle directeur des juges dans la conduite des instances; Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 51 a) (existence de juridictions ordinales dans nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe); Piersack 1.10.1982, par. 30 (absence de cloison étanche entre le siège et le parquet dans plusieurs Etats contractants).

⁽¹⁶²⁾ Handyside 7.12.1976, par. 54 et 57; *Sunday Times* 26.4.1979, par. 61; Dudgeon 22.10.1981, par. 56.

⁽¹⁶³⁾ Engel et autres 8.6.1976, par. 72; Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 214.

⁽¹⁶⁴⁾ Elle ne leur facilite pas toujours l'étude des moyens de se conformer à la Convention telle que l'a interprétée la Cour.

⁽¹⁶⁵⁾ En raison des termes de l'article 25: "(...) requête adressée (...) par toute personne (...) qui se prétend victime d'une violation (...)". Voir la liste indicative figurant à l'annexe IV. Il est pourtant arrivé à la Cour, pensons-nous, d'aller un peu au-delà de ce qu'exigeait la solution du litige. Son arrêt du 23.7.1968 en l'affaire "linguistique belge" constitue sans doute l'exemple le plus frappant à cet égard; il ne mentionne guère la situation concrète des requérants (voir notamment le point 1 du dispositif, série A n.º 6, p. 87).

— l'inclination à se garder de statuer sur des questions dénuées d'intérêt en l'occurrence ou "*absorbées*" par d'autres que le même arrêt a déjà tranchées ⁽¹⁶⁶⁾.

iv. Signalons enfin un exemple — unique pour l'instant — de limitation délibérée, par la Cour, de la portée de l'une de ses décisions dans le temps.

Mme Paula Marckx dénonçait à Strasbourg, pour son compte et pour celui de sa fille Alexandra, une série d'aspects du statut des enfants nés hors mariage et des mères célibataires en Belgique. Le gouvernement défendeur plaidait notamment que "*si la Cour constatait l'incompatibilité de certaines normes de droit belge avec la Convention, il en découlerait (...) qu'elles se heurtaient à cet instrument dès son entrée en vigueur à l'égard de la Belgique (14 juin 1955)*". Selon lui, la seule "*manière d'échapper à une telle conséquence consisterait à admettre que les exigences de la Convention (avaient) augmenté entre temps et à indiquer la date précise du changement*", sans quoi "*l'arrêt aboutirait à rendre irréguliers de nombreux partages successoraux postérieurs*".

L'arrêt du 13 juin 1979 a répondu ainsi à cette thèse qui ne manquait pas de poids (paragraphe 58 des motifs):

"La Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes incriminés; elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention (...) ⁽¹⁶⁷⁾. Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce (...), mais elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses: déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 ⁽¹⁶⁸⁾.

L'intérêt du Gouvernement à connaître la portée du présent arrêt dans le temps n'en demeure pas moins manifeste. Sur ce point, il y a lieu de se fonder sur deux principes généraux de droit rappelés

⁽¹⁶⁶⁾ Voir la liste indicative figurant à l'annexe V.

⁽¹⁶⁷⁾ Voir la page 322 ci-dessus.

⁽¹⁶⁸⁾ Voir la page 313 ci-dessus.

récemment par la Cour de Justice des Communautés européennes: 'les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin', mais 'on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé' (...) (8 avril 1976, Defrenne/Sabena, Recueil 1976, p. 481). La Cour européenne des Droits de l'Homme interprète la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui ⁽¹⁶⁹⁾, mais elle n'ignore pas que des différences de traitement entre enfants 'naturels' et enfants 'légitimes', par exemple dans le domaine patrimonial, ont durant de longues années passé pour licites et normales dans beaucoup d'Etats contractants (...). L'évolution vers l'égalité a progressé lentement et l'on semble avoir songé assez tard à la Convention pour l'accélérer (...) ⁽¹⁷⁰⁾. Eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique (...) dispense l'Etat belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt (...)."

Mais si l'extrait précité reflète une réelle modération dans la "*politique judiciaire*" suivie, il témoigne aussi de quelque hardiesse sur le plan de la technique juridique. Inspiré sans doute de la notion de "*jurisprudence prospective*", plus familière aux juristes américains qu'à leurs collègues d'Europe, il rapproche un peu la Cour d'un législateur chargé non de "*déclarer*" le droit en vigueur, mais de créer celui de demain. En quoi il participe du second courant qui nous paraît ressortir des arrêts de la haute juridiction: la tendance à la fermeté voire, au goût d'aucuns, à une audace outrancière.

b) Comme la première, elle se manifeste de divers façons.

i. Tout d'abord, la Cour affirme sans équivoque le pouvoir de contrôle que lui attribue l'article 19 de la Convention. Si elle évite d'en user

⁽¹⁶⁹⁾ Voir la page 330 ci-dessous.

⁽¹⁷⁰⁾ La Cour se référerait ici à une décision de 1967 par laquelle la Commission avait rejeté, pour défaut *manifeste* de fondement, une requête soulevant des griefs analogues.

avec une minutie tatillonne, par égard pour la “*marge nationale d'appréciation*”, elle ne se montre pas prête pour autant à l'abdiquer au nom d'on ne sait quel “*domaine réservé*” des Etats contractants ⁽¹⁷¹⁾.

Ce pouvoir trouve à s'exercer en chacune des matières régies par la Convention. Or certaines d'entre elles touchent de très près aux centres nerveux de la puissance étatique. Nous pensons ici aux mesures de dérogation que l'article 15 permet de prendre en cas de “*danger public menaçant la vie de la nation*”. La Cour a compétence pour s'assurer de l'existence d'un tel état d'exception ainsi que de la réunion des conditions supplémentaires à observer, dont le non-dépassement des exigences de la situation ⁽¹⁷²⁾.

Il en va de même, *a fortiori*, pour les décisions internes du temps normal. La Cour vérifie par exemple la “*nécessité*”, “*dans une société démocratique*”, de restrictions au droit au respect de la vie privée ou de la correspondance (article 8 par. 2) ⁽¹⁷³⁾, à la liberté d'expression (article 10 par. 2) ⁽¹⁷⁴⁾ ou à la liberté d'association (article 11 par. 2) ⁽¹⁷⁵⁾; la régularité d'une privation de liberté (article 5 par. 1) ⁽¹⁷⁶⁾; le caractère “*raisonnable*” de la durée d'une détention provisoire (article 5 par. 3) ⁽¹⁷⁷⁾ ou d'une pro-

⁽¹⁷¹⁾ Arrêt du 9.2.1967 en l'affaire “linguistique belge”, série A n.º 5, p. 19.

⁽¹⁷²⁾ Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, pp. 55-59, par. 22, 28-31 et 36-38; Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 207 et 211-221.

⁽¹⁷³⁾ Vie privée: Dudgeon 22.10.1981, par. 50-63. — Correspondance: De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 93; Golder 21.2.1975, par. 45; Klass et autres 6.9.1978, par. 46-60; Silver et autres 25.3.1983, par. 97-105; Campbell et Fell 28.6.1984, par. 110 et 120; Malone 2.8.1984, par. 62-89.

⁽¹⁷⁴⁾ Engel et autres 8.6.1976, par. 99-101; Handyside 7.12.1976, par. 47 et 49-59; *Sunday Times* 26.4.1979, par. 59-68.

⁽¹⁷⁵⁾ Young, James et Webster 13.8.1981, par. 62-65.

⁽¹⁷⁶⁾ Wemhoff 27.6.1968, série A n.º 7, p. 21, par. 2; De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 66-70; Ringelsen 16.7.1971, par. 103; Engel et autres 8.6.1976, par. 68-69; Winterwerp 24.10.1979, par. 37-50; Schiesser 4.12.1979, par. 25; Guzzardi 6.11.1980, par. 97-104; X c. Royaume-Uni 5.11.1981, par. 40-47; Van Droogenbroeck 24.6.1982, par. 34-42; Luberti 23.2.1984, par. 24-29; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 42-44.

⁽¹⁷⁷⁾ Wemhoff 27.6.1968, série A n.º 7, pp. 21-26, par. 4-17; Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, pp. 36-40, par. 3-15; Stögmüller 10.11.1969, série A n.º 9, pp. 39-45; Matznetter 10.11.1969, série A n.º 10, pp. 31-35, par. 2-12; Ringelsen 16.7.1971, par. 100-109.

cédure judiciaire (article 6 par. 1) ⁽¹⁷⁸⁾; la validité d'une renonciation au "droit à un tribunal" (article 6 par. 1) ⁽¹⁷⁹⁾; l'absence de discrimination dans la jouissance des droits et libertés protégés (article 14) ⁽¹⁸⁰⁾, etc. Elle arrive parfois ainsi à des conclusions contraires à celles auxquelles avaient abouti — souvent en abordant le problème sous un angle différent ⁽¹⁸¹⁾ — le législateur, l'exécutif ou la justice de l'Etat en cause ⁽¹⁸²⁾.

ii. En second lieu, elle a progressivement mis en relief l'"autonomie" d'une série de concepts figurant dans la Convention, par exemple "droits et obligations de caractère civil" et "accusation en matière pénale" (article 6 par. 1) ⁽¹⁸³⁾. Elle ne les interprète pas, dans une affaire donnée, par référence à la terminologie et à la sémantique en usage dans le seul Etat défendeur; sans les couper de leurs racines, elle s'attache à leur attribuer un sens "européen" valable pour chacun des Etats contractants. Pareil procédé l'aide à préserver l'indispensable égalité de traitement entre ces derniers; il constitue en outre l'un des instruments qu'elle emploie pour élaborer une jurisprudence originale et cohérente.

⁽¹⁷⁸⁾ Wemhoff 27.6.1968, série A n.º 7, pp. 26-27, par. 18-20; Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, pp. 41-43, par. 16-21; Ringeisen 16.7.1971, par. 110; König 28.6.1978, par. 98-111; Buchholz 6.5.1981, par. 47-63; Eckle 15.7.1982, par. 73-95; Foti et autres 10.12.1982, par. 51-77; Corigliano 10.12.1982, par. 32-50; Zimmermann et Steiner 13.7.1983, par. 21-32; Pretto et autres 8.12.1983, par. 29-37; Guincho 10.7.1984, par. 28-41.

⁽¹⁷⁹⁾ Deweer 27.2.1980, par. 49-54.

⁽¹⁸⁰⁾ Affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, pp. 33-36 (par. 8-12), 43-44 (par. 7 *in fine*), 49-51 (par. 13), 56 (par. 20), 60-61 (par. 25), 69-71 (par. 32) et 86-87 (par. 42); Syndicat national de la police belge 27.10.1975, par. 43-49; Syndicat suédois des conducteurs de locomotives 6.2.1976, par. 44-48; Schmidt et Dahlström 6.2.1976, par. 38-42; Engel et autres 8.6.1976, par. 71-74, 92 et 102-103; Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen 7.12.1976, par. 56; Handyside 7.12.1976, par. 65-66; Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 225-232; *Sunday Times* 26.4.1979, par. 69-73; Marckx 13.6.1979, par. 32-34, 38-43, 48, 54-59, 62 et 65; Sporrøng et Lönnroth 23.9.1982, par. 77; Van der Musselle 23.11.1983, par. 42-46; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 61-62.

⁽¹⁸¹⁾ Surtout là où la Convention n'a pas été incorporée à l'ordre juridique interne.

⁽¹⁸²⁾ Affaire "linguistique belge"; Neumeister; Stögmüller; Ringeisen; Golder; Engel et autres; König; *Sunday Times* (par onze voix contre neuf, la Cour a en substance déclaré incompatible avec l'article 10 un arrêt de la plus haute juridiction britannique, la Chambre des Lords); Marckx, Deweer; Guzzardi; Young, James et Webster; Dudgeon; Eckle; Foti et autres; Corigliano; Zimmermann et Steiner; Campbell et Fell; Guincho (arrêts cités dans les notes 173 à 180 ci-dessus — la présente liste concerne uniquement les questions traitées dans le passage correspondant).

⁽¹⁸³⁾ Voir la liste indicative figurant à l'annexe VI.

iii. Relevons de surcroît la consécration, par plusieurs arrêts, du principe de l'interprétation restrictive des limitations que ménage la Convention et notamment le rejet, pour certains droits — mais non pour tous ⁽¹⁸⁴⁾ —, de la théorie des “*limitations implicites*” ⁽¹⁸⁵⁾. Il ne faudrait pourtant pas surestimer la portée de ce principe: la Cour le marie avec la doctrine de la “*marge d'appréciation*” et ne semble donc pas l'appliquer avec intransigeance.

Vice versa, elle ne paraît pas favorable, dans l'ensemble, à une lecture exégétique, frileuse ou étriquée des clauses qui énoncent les droits et libertés garantis. Ainsi, elle constate le caractère purement indicatif de la liste des droits de l'accusé (article 6 par. 3) ⁽¹⁸⁶⁾ et des motifs de discrimination prohibés (article 14) ⁽¹⁸⁷⁾. A la vérité, elle se trouve là en face de textes qui ne se prêtent guère à la solution contraire, mais elle adopte une attitude analogue devant le libellé, beaucoup moins contraignant, de l'article 6 par. 1: d'après elle, le droit à un procès équitable occupe une place si éminente dans une société démocratique qu'une interprétation restrictive ne

⁽¹⁸⁴⁾ Cela dépend de leur mode de formulation. Voir, pour le “droit à un tribunal” (article 6 par. 1, première phrase, de la Convention), Golder 21.2.1975, par. 38-39, Klass 6.9.1978, par. 75, Winterwerp 24.10.1979, par. 75, et Deweer 27.2.1980, par. 49; pour le droit de chacun au respect de ses biens (article 1 du Protocole n.º 1), Sporrang et Lönnroth 23.9.1982, par. 69-74; pour le droit à l'instruction (article 2 du Protocole n.º 1), affaire “linguistique belge” 23.7.1968, série A n.º 6, p. 32, par. 5, et Campbell et Cosans 25.2.1982, par. 41.

⁽¹⁸⁵⁾ De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 93 (article 8 par. 2 de la Convention); Golder 21.2.1975, par. 44 (article 8 par. 2); Engel et autres 8.6.1976, par. 57, 69 et 89 (articles 5 par. 1 et 6 par. 1, seconde phrase); Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 194 (article 5 par. 1); Klass et autres 6.9.1978, par. 42 (article 8 par. 2); *Sunday Times* 26.4.1979, par. 65 (article 10 par. 2); Winterwerp 24.10.1979, par. 37 (article 5 par. 1); Guzzardi 6.11.1980, par. 98 et 100 (article 5 par. 1); Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 59 (article 6 par. 1, seconde phrase); Albert et Le Compte 10.2.1983, par. 34-35 (idem); Silver et autres 25.3.1983, par. 97 *in fine* (article 8, par. 2); De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 44 (article 5 par. 1, solution implicite); Campbell et Fell 28.6.1984, par. 90 (article 6 par. 1, seconde phrase).

⁽¹⁸⁶⁾ “Tout accusé a droit *notamment* à (...)”. — Deweer 27.2.1980, par. 56; Artico 13.5.1980, par. 32.

⁽¹⁸⁷⁾ “(...) sans distinction *aucune*, fondée *notamment* (sur (...)) ou *toute autre situation*”. — Engel et autres 8.6.1976, par. 72; Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen 7.12.1976, par. 56.

saurait se concilier avec le but et l'objet de cette disposition ⁽¹⁸⁸⁾. Ajoutons qu'elle a reconnu dès 1968 l'"*autonomie*" de l'article 14 puis, en 1978, de l'article 13: quoique dépourvus d'"*existence indépendante*", car il faut nécessairement les combiner avec un autre article normatif, ils peuvent se trouver enfreints même en l'absence d'une violation de cet autre article considéré isolément. Décision qui cadre sans peine avec la formulation du premier ⁽¹⁸⁹⁾, mais qui s'écarte de la lettre du second ⁽¹⁹⁰⁾; elle se fonde en somme sur le principe de l'effet utile.

iv. Il y a plus probant encore: l'effritement ou érosion de la distinction classique entre *status negativus* et *status positivus*. La Convention protège presque uniquement, on le sait, des droits civils et politiques. Selon une opinion jadis dominante, et défendue avec talent à l'occasion des audiences relatives à l'affaire "*linguistique belge*" ⁽¹⁹¹⁾, les droits et libertés de ce type engendrent à la charge de l'Etat de simples obligations, passives, de non-ingérence ou d'abstention. Pourtant, on s'en aperçoit sans cesse davantage, à certains au moins d'entre eux correspondent aussi des devoirs de prestation, des obligations actives, sans quoi ils risqueraient de rester vains en pratique. La Cour l'a déjà souligné pour le droit à l'instruction (article 2, première phrase, du Protocole n.º 1) ⁽¹⁹²⁾, le droit de fonder un

⁽¹⁸⁸⁾ Delcourt 17.1.1970, par. 25 *in fine*; Deweer 27.2.1980, par. 44 et 49; Artico 13.5.1980, par. 33. — Voir toutefois les arrêts Pretto et autres du 8.12.1983, par. 22, Axen du 8.12.1983, par. 26, et Sutter du 22.2.1984, par. 27: en matière de publicité, examiner les réalités de la procédure incriminée plutôt que l'aspect formel de la question.

⁽¹⁸⁹⁾ "La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune (...)." Arrêt du 23.7.1968 en l'affaire "*linguistique belge*", série A n.º 6, pp. 33-34, par. 9. Jurisprudence constante depuis lors: Syndicat national de la police belge 27.10.1975, par. 44; Syndicat suédois des conducteurs de locomotives 6.2.1976, par. 45; Schmidt et Dahlström 6.2.1976, par. 39; Engel et autres 8.6.1976, par. 72 (notamment); Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen 7.12.1976, par. 56 (sol. impl.); Handyside 7.12.1976, par. 66 (sol. impl.); Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 225-232 (sol. impl.); Marckx 13.6.1979, par. 32 (notamment); Van der Mussele 23.11.1983, par. 43.

⁽¹⁹⁰⁾ "Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale (...)." Klass 6.9.1978, par. 63-65, précisé (mais confirmé pour l'essentiel) par Silver et autres 25.3.1983, par. 113. Voir aussi De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 95, et Syndicat suédois des conducteurs de locomotives 6.2.1976, par. 50.

⁽¹⁹¹⁾ 9.2.1967, série A n.º 5, p. 15, et 23.7.1968, série A n.º 6, pp. 20-21, 22-23, 24 et 26-27.

syndicat ou de s'y affilier (article 11 de la Convention) ⁽¹⁹³⁾, le droit à un procès équitable (article 6 par. 1) ⁽¹⁹⁴⁾, le droit à l'assistance gratuite d'un avocat d'office (article 6 par. 3) ⁽¹⁹⁵⁾ et, surtout, le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) ⁽¹⁹⁶⁾ ainsi que le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques en matière d'éducation et d'enseignement (article 2, seconde phrase, du Protocole n.º 1) ⁽¹⁹⁷⁾. Elle en arrive par là même à prendre conscience, en harmonie avec un large courant contemporain de pensée, de la relativité de la *summa divisio* entre droits civils et politiques d'une part, droits économiques, sociaux et culturels de l'autre; dans son arrêt Airey du 9 octobre 1979, elle a constaté que "*nulle cloison étanche ne sépare*" les deux domaines (paragraphe 26 des motifs).

Plus généralement, elle s'inspire de l'idée que "*le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs*" ⁽¹⁹⁸⁾.

⁽¹⁹²⁾ Droit culturel par excellence, mais énoncé dans le Protocole en termes négatifs: "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction." Pour la Cour, il n'en comprend pas moins le droit d'accéder aux établissements d'enseignement existants et celui d'obtenir la reconnaissance officielle des études accomplies: affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, p. 31, par. 3-4; Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen 7.12.1976, par. 55; Campbell et Cosans 25.2.1982, par. 41.

⁽¹⁹³⁾ D'après la Cour, il englobe le droit des adhérents à ce que leur syndicat "soit entendu": Syndicat national de la police belge 27.10.1975, par. 39; Syndicat suédois des conducteurs de locomotives 6.2.1976, par. 40; Schmidt et Dahlström 6.2.1976, par. 36.

⁽¹⁹⁴⁾ Obligation de faciliter l'exercice du "droit à un tribunal" (Golder 21.2.1975, par. 36) par une requérante sans ressources: Airey 9.10.1979, par. 25.26; obligation de prendre des mesures destinées à permettre à un avocat d'office — désigné au dernier moment — de remplir sa tâche dans les meilleures conditions: Goddi 9.4.1984, par. 31.

⁽¹⁹⁵⁾ Obligation soit de remplacer un avocat d'office défaillant, soit de l'amener à s'acquitter de sa tâche: Artico 13.5.1980, par. 36.

⁽¹⁹⁶⁾ Obligation d'offrir à un enfant né hors mariage et à sa mère les moyens juridiques de "mener une vie familiale normale" (Marckx 13.6.1979, par. 31) et à une femme la possibilité réelle d'assigner son mari en séparation de corps (Airey 9.10.1979, par. 32).

⁽¹⁹⁷⁾ Campbell et Cosans 25.2.1982, par. 37. Voir aussi affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, p. 34, par. 9 (défaut de pertinence de la distinction entre obligations négatives et positives pour l'applicabilité de l'article 14 de la Convention).

⁽¹⁹⁸⁾ Airey 9.10.1979, par. 24, 26 et 33 (avec référence à quatre arrêts antérieurs moins explicites); Artico 13.5.1980, par. 33; Young, James et Webster 13.8.1981, par. 56; Sporong et Lönnroth 23.9.1982, par. 63; Goddi 9.4.1984, par. 27 et 30. — A propos d'une idée voisine (protection efficace des droits de l'homme, ou de tel droit), on peut citer aussi De Wilde, Ooms et Versyp 10.3.1972, par. 16; Ringelsen 22.6.1972, par. 21; Neumeister 7.5.1974, par. 30 *in fine*; Klass 6.9.1978, par. 34; Young, James et Webster 18.10.1982, par. 15; Pakelli 25.4.1983, par. 31.

v. Il ne s'agit pas, on le voit, d'une jurisprudence "*passéiste*" ou figée. La Cour considère la Convention comme "*un instrument vivant*" que l'on doit aborder "à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques" (199). Elle s'attarde donc assez peu à rechercher l'intention initiale — réelle ou présumée — des gouvernements signataires, d'autant que les travaux préparatoires laissent fréquemment le lecteur sur sa faim par leur singulier laconisme (200). En cas de doute, elle s'appuie bien davantage sur l'objet et le but de la Convention ou de telle de ses dispositions (201); lorsqu'elle l'estime approprié, elle recourt à une méthode d'interprétation à la fois "*téléologique*" et "*dynamique*" ou "*évolutive*". Elle a ainsi censuré des traitements qu'en 1950 la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe croyaient, probablement, légitimes ou pour le moins admissibles: la peine du fouet prononcée par jugement dans l'île de Man (202), la *capitis deminutio* frappant en Belgique les enfants nés hors mariage et les mères célibataires (203), la répression pénale de l'homosexualité masculine en Irlande du Nord (204).

(199) Tyrer 25.4.1978, par. 31; Marckx 13.6.1979, par. 41; Airey 9.10.1979, par. 36; Winterwerp 24.10.1979, par. 37; Guzzardi 6.11.1980, par. 95; Dudgeon 22.10.1981, par. 60. — Voir aussi Van der Mussele 23.11.1983, par. 32 et 40.

(200) Sur la place des travaux préparatoires dans la jurisprudence de la Cour, voir l'annexe VII.

(201) Sur la place de l'objet et du but dans la jurisprudence de la Cour, voir l'annexe VIII.

(202) Tyrer 25.4.1978, par. 28-35.

(203) Marckx 13.6.1979, *passim*. En 1967 encore, la Commission européenne des Droits de l'Homme avait rejeté pour défaut *manifeste* de fondement, sans même l'avoir communiquée au gouvernement belge pour observations, une requête (n.° 2775/67) qui soulevait des problèmes analogues.

(204) Dudgeon 22.10.1981, par. 43-63. Pendant longtemps, la Commission a déclaré *manifestement* mal fondés les griefs de requérants qui se plaignaient d'une répression similaire en République Fédérale d'Allemagne ou en Autriche (voir p. ex. la décision partielle du 19.12.1961 sur la recevabilité de la requête n.° 1138/61 c. l'Autriche et la décision du 4.10.1962 sur la recevabilité de la requête n.° 1307/61 c. la République Fédérale d'Allemagne).

c) Circonspection d'un côté, fermeté de l'autre: faut-il se résigner à pareil tableau contrasté ou heurté, à la coexistence non pacifique de deux tendances antinomiques, irréductiblement contradictoires? Non, car la Cour s'évertue et, selon nous, réussit dans l'ensemble à les concilier, à en réaliser la synthèse en transcendant leur indéniable rivalité permanente. Elle part d'une idée familière à quiconque refuse et totalitarisme et anarchie: "*la Convention (...) implique un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers*" (205).

Banalité? Sans doute, mais en Europe occidentale la recherche malaisée de cet équilibre instable ne relève plus exclusivement, comme naguère, des autorités de chaque Etat; désormais, elle incombe en outre à une juridiction indépendante dotée de pouvoirs réels. Ce qui, sans conteste, apparaît moins banal.

3. Efficacité de l'oeuvre de la Cour

Reste une question clef: par delà son intérêt intellectuel et doctrinal, l'oeuvre accomplie de la sorte se révèle-t-elle efficace? Nous efforçant de répondre avec franchise, nous distinguerons entre deux formes, préventive et corrective, d'efficacité de la Cour.

a) Efficacité préventive

Par nature, la première ne saurait se mesurer avec précision; il en est pourtant des preuves.

Les derniers Etats qui aient ratifié la Convention — la France, la Grèce et la Suisse en 1974, le Portugal en 1978, l'Espagne en 1979, le Liechtenstein en 1982 — ont pu l'étudier à loisir à la fois dans son texte et

(205) Affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, p. 32, par. 5; Klass et autres 6.9.1978, par. 59; Sporrang et Lönnroth 23.9.1982, par. 69.

au travers de la jurisprudence élaborée à Strasbourg. Mieux que leurs devanciers — iniquité du sort? —, ils ont eu ainsi l'occasion de réexaminer leur législation au regard d'arrêts de la Cour et, au besoin, de l'adapter aux engagements qu'ils s'apprêtaient à souscrire ou d'émettre des réserves en vertu de l'article 64; ils semblent en avoir profité ⁽²⁰⁶⁾.

Nous avons aussi des raisons de penser que les Etats contractants, du moins ceux qui ont accepté la compétence de la Commission en matière de requêtes individuelles et la juridiction obligatoire de la Cour (articles 25 et 46), ne perdent pas de vue la perspective d'être assignés devant ces organes. En bonne logique, elle incite leur parlement, leur gouvernement et leurs tribunaux à tenir compte, dans leurs activités, de la Convention et spécialement des décisions de la Cour ⁽²⁰⁷⁾.

Imaginons à présent qu'une instance entamée, malgré cela, devant la Commission aboutisse à un règlement amiable (articles 28, alinéa b), et 30). Bien entendu, le mérite principal en revient au gouvernement défendeur et à la Commission; toutefois, le souci d'éviter une procédure ultérieure se déroulant, elle, en public et débouchant non plus sur un rapport non contraignant mais sur un arrêt définitif et, peut-être, défavorable, n'est-il pas de nature à contribuer aux chances de succès de la tentative d'arrangement?

On peut donc affirmer, en un sens, que la Cour est déjà efficace "*au repos*", par sa seule existence.

Même saisie, elle n'a pas toujours à statuer pour jouer un rôle dans le dénouement du litige. Nous en fournirons deux exemples. L'avant-veille, très exactement, de la première audience de la Cour dans l'affaire De Becker, le "*Moniteur belge*" du 1^{er} juillet 1961 publia une loi modifiant un

⁽²⁰⁶⁾ Voir par exemple, pour la France, Sénat, document n.° 2 du 4.10.1973, pp. 6 et 7 (projet de loi), n.° 29 du 25.10.1973, pp. 10-11 et 13-14 (rapport présenté par M. Poudonson au nom de la commission des affaires étrangères), et J.O., débats, p. 1548 (séance du 30.10.1973); Assemblée nationale, document n.° 829 du 12.12.1983, pp. 11, 33-34, 35 et 39 (rapport présenté par M. André Chandernagor au nom de la commission des affaires étrangères), document n.° 850 du 14.12.1973, pp. 5, 6, 8-9 et 11 (rapport présenté par M. Hector Rivièrez au nom de la commission des lois) et J.O., débats, pp. 7260, 7261, 7262 et 7263 (séance du 20.12.1973).

⁽²⁰⁷⁾ Voir par exemple, pour la France, Marc-André Eissen, "La Convention européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence française", Association d'études et de recherches de l'École nationale de la Magistrature, Bordeaux 1983, PP. 40-44, et *Documentação e Direito Comparado*, n.° 12, pp. 195-199.

article du code pénal belge qui, selon la Commission, allait au-delà des restrictions à la liberté d'expression "*nécessaires dans une société démocratique*" (article 10 par. 2 de la Convention); avec l'accord du gouvernement défendeur, de la Commission et du requérant, la Cour rendit le 27 mars 1962 un arrêt de radiation du rôle ⁽²⁰⁸⁾. Une quinzaine d'années plus tard, dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni, le gouvernement britannique a pris par-devant la Cour, le 8 février 1977, l'engagement solennel, inconditionnel et irrévocable de ne jamais réintroduire cinq "*techniques*" d'interrogatoire, dites "*de désorientation sensorielle*", officiellement abandonnées depuis le 2 mars 1972. La Cour n'a pas manqué de lui en donner acte; par son arrêt du 18 janvier 1978, elle n'en a pas moins jugé qu'il y avait eu "*traitement inhumain*" contraire à l'article 3 de la Convention ⁽²⁰⁹⁾.

b) Efficacité corrective

Nous franchissons ainsi la frontière qui sépare le préventif du correctif.

i. Leur poids juridique et moral aidant, les arrêts de la Cour n'ont pas soulevé jusqu'ici de trop grands problèmes d'exécution si l'on n'entend par là que les mesures individuelles indispensables dans le cas d'espèce ⁽²¹⁰⁾. En particulier, le versement des indemnités allouées au titre de l'article 50 a eu lieu sans retard. Une question de saisissabilité par des créanciers a bien surgi dans l'affaire Ringeisen contre Autriche, mais un arrêt interprétatif l'a vite résolue ⁽²¹¹⁾.

Une situation plus délicate se présentait dans l'affaire Piersack contre Belgique. Le 1^{er} octobre 1982, la Cour a constaté une violation de l'article 6 par. 1 en ce que l'impartialité du "*tribunal*" appelé à connaître "*du bien-*

⁽²⁰⁸⁾ Série A n.º 4, pp. 24-27; série B n.º 2, pp. 183 et s.; loi du 30 juin 1961.

⁽²⁰⁹⁾ Paragraphes 152-155 et 165-168 des motifs, points 1 et 3 du dispositif.

⁽²¹⁰⁾ Pp. 313-314 ci-dessus.

⁽²¹¹⁾ Arrêts des 22 juin 1972 (article 50) et 23 juin 1973 (interprétation du précédent); article 53 du règlement en vigueur à l'époque (p. 313 ci-dessus); Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, document 3371 du 11 décembre 1973, pp. 18-29.

-fondé (d'une) accusation en matière pénale — la Cour d'assises de la province de Brabant — *“pouvait paraître sujette à caution”*: il avait siégé sous la présidence d'un magistrat qui auparavant avait dirigé, en qualité de premier substitut du procureur du Roi à Bruxelles, la section du parquet *“chargée des poursuites intentées contre l'intéressé”* ⁽²¹²⁾. Il restait — et il reste — à statuer sur la *“satisfaction équitable”*. Le 23 mars 1983, sur les instructions de M. le président Wiarda, le greffier a écrit à l'agent de l'Etat défendeur pour lui demander si *“de l'avis de (son) gouvernement, et sans préjudice du pouvoir d'appréciation de la Cour, la législation belge four(n)nit (...) un moyen d'effacer pleinement les conséquences du manquement relevé”* le 1^{er} octobre 1982; il se référait à l'article 50 de la Convention ⁽²¹³⁾ et à la jurisprudence élaborée en ce domaine ⁽²¹⁴⁾. L'agent a répondu, le 29 avril, qu'en vertu de l'article 441 du code d'instruction criminelle ⁽²¹⁵⁾ le ministre de la Justice avait *“prié le Procureur général”* près la Cour de cassation *“de dénoncer (...) l'arrêt”* — de condamnation à dix-huit ans de travaux forcés pour meurtre — rendu le 10 novembre 1978 par la cour d'assises. Le 18 mai 1983, la Cour de cassation — qui le 21 février 1979 avait débouté l'intéressé de son propre pourvoi bien qu'elle se fût placée d'office sur le terrain de l'article 6 par. 1 de la Convention comme l'y invitait le ministère public — a censuré ledit arrêt à la lumière de la décision prononcée entre temps à Strasbourg. Un nouveau procès s'est déroulé devant la Cour d'assises du Hainaut; il a conduit, le 7 octobre 1983, au

⁽²¹²⁾ Arrêt du 1.10.1982, par. 28-32 des motifs et point 1 du dispositif.

⁽²¹³⁾ “Si la décision de la Cour” relève une violation imputable à une autorité quelconque d'une Partie contractante, “et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement (d'en) effacer les conséquences, (...) la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable.”

⁽²¹⁴⁾ Voir notamment De Wilde, Ooms et Versyp 10.3.1972, par. 20, et (en dernier lieu) Le Compte, Van Leuven et De Meyere 18.10.1982, par. 12.

⁽²¹⁵⁾ “Lorsque, sur l'exhibition d'un ordre formel à lui donné par le (...) ministre de la Justice, le procureur général près la Cour de cassation dénoncera, à la chambre qui connaît des pourvois en matière criminelle, correctionnelle et de police, des actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi, ces actes, arrêts ou jugements pourront être annulés (...)” D'après la jurisprudence belge, la cassation prononcée de la sorte profite à la partie condamnée (à la différence de ce qui se passe dans l'hypothèse d'un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, article 442 du même code).

même résultat que le premier, mais M. Piersack n'a pas formé un second pourvoi: il a reconnu avoir bénéficié cette fois de l'ensemble des garanties de l'article 6. Cet épisode aura marqué, nous semble-t-il, une étape mémorable dans l'affirmation de l'autorité des sentences de la Cour européenne.

ii. Qu'en est-il alors des mesures générales, que leur adoption découle ou non d'une obligation juridique? ⁽²¹⁶⁾

Plusieurs arrêts de la Cour ont provoqué ou accéléré, selon le cas, une réforme législative: lois belges des 6 août 1971 et 6 juillet 1983 consécutives à l'arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971 ⁽²¹⁷⁾ ainsi qu'à l'arrêt Deweer du 27 février 1980 ^(217 bis); révision des *Prison Rules* anglaises après l'arrêt Golder du 21 février 1975 ⁽²¹⁸⁾, du *Gerichtskostengesetz* en République Fédérale d'Allemagne après l'arrêt Luedicke, Belkacem et Koç du 28 novembre 1978 ⁽²¹⁹⁾ et, au Royaume-Uni, de l'*Employment Act* après l'arrêt Young, James et Webster du 13 août 1981 ⁽²²⁰⁾; promulgation, toujours au Royaume-Uni, du *Contempt of Court Act 1981* après l'arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 ⁽²²¹⁾; entrée en vigueur le 9 décembre 1982, à la suite de l'arrêt Dudgeon du 22 octobre 1981, d'une ordonnance "dépénalisant" en Irlande du Nord, sauf exceptions, les actes homosexuels commis en privé par des hommes consentants de vingt et un ans et plus ⁽²²²⁾; institution en Irlande, après l'arrêt Airey du 9 octobre 1979, d'un système

⁽²¹⁶⁾ Pp. 313.314.

⁽²¹⁷⁾ Arrêt du 10.3.1972 (article 50) dans la même affaire, par. 13 et 25; série B n.º 12, pp. 24, 26, 29, 33, 34, 36, 37, 41, 52, 53-56 et 96-97; Conseil de l'Europe, communiqué de presse C (72) 3 du 19.1.1972.

^(217 bis) Résolution DH (83) 16 du Comité des Ministres (9.12.1983, article 54 de la Convention).

⁽²¹⁸⁾ Résolution (76) 35 du Comité des Ministres (22.6.1976, article 54 de la Convention); voir aussi l'arrêt Silver et autres du 25.3.1983, par. 32, 75 et 78-82.

⁽²¹⁹⁾ Résolution DH (83) 4 du Comité des Ministres (23.3.1983, article 54 de la Convention).

⁽²²⁰⁾ Résolution DH (83) 3 du Comité des Ministres (23.3.1983, article 54 de la Convention).

⁽²²¹⁾ Résolution DH (81) 2 du Comité des Ministres (2.4.1981, article 54 de la Convention).

⁽²²²⁾ Résolution (83) 13 du Comité des Ministres (27.10.1983, article 54 de la Convention) et arrêt du 24.2.1983 (article 50) dans la même affaire, par. 5, 12-14 et 18.

d'aide judiciaire en matière civile ⁽²²³⁾; préparation, à la lumière des arrêts Winterwerp du 24 octobre 1979 et X contre Royaume-Uni du 5 novembre 1981, d'amendements à la législation néerlandaise ⁽²²⁴⁾ et britannique ⁽²²⁵⁾ relative aux malades mentaux, etc. Signalons en outre que l'arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971 a entraîné un revirement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Autriche quant à l'interprétation des mots "*droits et obligations de caractère civil*" (article 6 par. 1) ⁽²²⁶⁾.

Il y a cependant, nous ne le cacherons pas, des ombres au tableau. Des voix se sont élevées dans l'île de Man pour passer outre à l'arrêt Tyrer du 25 avril 1978 ⁽²²⁷⁾; toutefois, ni le gouvernement de Londres ⁽²²⁸⁾, ni le *Chief Justice* ⁽²²⁹⁾ et la *High Court of Justice* ⁽²³⁰⁾ de l'île ne les ont écoutées. A tort ou à raison — nous n'entendons pas nous prononcer —, une partie de la doctrine et de l'opinion publique des pays concernés a exprimé l'opinion que l'arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire "linguistique belge" n'avait pas vraiment reçu exécution ⁽²³¹⁾ et que ni les modifications de 1976 aux *Prison Rules*, ni le *Contempt of Court Act* n'avaient tiré toutes les

⁽²²³⁾ Résolution DH (81) 8 du Comité des Ministres (22.5.1981, article 54 de la Convention); arrêt du 6.2.1981 (article 50) dans la même affaire, par. 6.

⁽²²⁴⁾ Résolution DH (82) 2 du Comité des Ministres (24.6.1982, article 54 de la Convention).

⁽²²⁵⁾ Résolution DH (83) 2 du Comité des Ministres (23.3.1983, article 54 de la Convention); arrêt du 18.10.1982 (article 50) dans la même affaire, par. 8 et 14-15.

⁽²²⁶⁾ Voir Herbert Petzold, "*The European Convention on Human Rights in the Austrian Constitutional Court*", dans le *British Year Book of International Law*, 1972-1973, pp. 401-404.

⁽²²⁷⁾ Voir par exemple le compte rendu des débats des 17 octobre et 21 novembre 1978 à la *Tynwald Court* (Parlement de l'île de Man), pp. T22-T42 et T137-T167. Signalons aussi que le gouvernement britannique n'a pas renouvelé pour ce territoire, au moment de leur arrivée à échéance (13.1.1976), ses déclarations acceptant le droit de recours individuel à la Commission et la juridiction obligatoire de la Cour.

⁽²²⁸⁾ et ⁽²²⁹⁾ Résolution (78) 39 du Comité des Ministres (13.10.1978, article 54 de la Convention).

⁽²³⁰⁾ Arrêt du 6.10.1981 en l'affaire *Teare v. O'Callaghan*, réformant un jugement des *Magistrates* de Douglas (capitale de l'île), du 20.7.1981.

⁽²³¹⁾ Voir p. ex. Henri Rolin, "L'autorité des arrêts et décisions des organes européens de protection des droits de l'homme", *Revue des Droits de l'Homme*, 1973, pp. 735-736.

leçons des arrêts *Golder* ⁽²³²⁾ et *Sunday Times* ⁽²³³⁾. En Belgique, la Cour de cassation a délibérément maintenu le 21 janvier 1982, en dépit de l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, sa jurisprudence d'après laquelle l'article 6 par. 1 de la Convention ne s'applique jamais aux procédures disciplinaires ⁽²³⁴⁾; en revanche, l'arrêt *Albert et Le Compte* du 10 février 1983 l'a conduite à se rallier dès le 14 avril à la solution adoptée à cet égard par la Cour européenne ⁽²³⁵⁾. A quoi s'ajoutent des "*pesanteurs institutionnelles*": lenteur de certains travaux parlementaires ⁽²³⁶⁾ et faible propension du Comité des Ministres, organe politique de coopération intergouvernementale, à se montrer pointilleux en contrôlant l'exécution, *lato sensu*, des arrêts de la Cour.

Nous ne croyons pas avoir versé dans le triomphalisme; nous ne sombrerons pas davantage dans le pessimisme, car le système européen de sauvegarde permet de remédier tôt ou tard à de tels accidents ou incidents de parcours. Si de nouvelles requêtes, toujours possibles en pareil cas, dénoncent avec succès devant la Commission puis, au besoin, la Cour la persistance d'une situation contraire à la Convention, comment imaginer qu'un Etat démocratique européen, attaché à la prééminence du droit et fidèle à ses engagements, ne finisse point par s'incliner?

Dans le bilan que nous avons essayé d'esquisser, l'actif nous semble l'emporter de loin sur le passif.

⁽²³²⁾ Voir p. ex. Alastair Logan, "*The Rights of Prisoners to Legal Advice*", dans la *Law Society's Gazette* du 29.6.1977.

⁽²³³⁾ Voir p. ex. S. H. Bailey dans la *Modern Law Review*, mai 1982, p. 301, et Alan Boyle, "*Freedom of Expression as a Public Interest in English Law*", dans *Public Law*, hiver 1982.

⁽²³⁴⁾ *Guchez c. Ordre des architectes* et *Simonis c. Ordre des médecins* (rendus sur les conclusions conformes de M. le Procureur général Dumon).

⁽²³⁵⁾ Plusieurs arrêts (rendus sur les conclusions conformes de M. l'Avocat général Velu), notamment dans l'affaire *Radoux c. Ordre des architectes* (audience plénière publique de la Chambre).

⁽²³⁶⁾ Jusqu'ici, le Parlement belge n'a pas mené à bien la refonte du statut juridique des enfants nés hors mariage et des mères célibataires, alors pourtant qu'un projet de loi fort proche par son inspiration — avant la lettre! — de l'arrêt *Marckx* du 13.6.1979 existait depuis 1978 (voir cet arrêt, par. 21, 41, 42 et 57).

Pour conclure, nous aimerions tenter de répondre à une question que le lecteur se sera posée: pourquoi trois organes et non un seul? Pourquoi un appareil aussi compliqué avec tous les inconvénients inhérents à sa lourdeur, à commencer par la longueur de beaucoup de procédures?

Et d'abord, pourquoi le Comité des Ministres? Parce qu'à l'époque des travaux préparatoires plusieurs gouvernements, et non des moindres, combattaient avec énergie l'idée de créer la Cour. Après de laborieuses tractations, il fallut transiger: on prévint, nous l'avons déjà signalé, une cour dotée d'une juridiction consultative ⁽²³⁷⁾; on différa, de surcroît, la première élection de ses membres jusqu'au moment où huit Etats auraient reconnu sa compétence comme obligatoire (article 56). On dut attendre exactement cinq ans (3 septembre 1953 — 3 septembre 1958), à compter de l'entrée en vigueur "*collective*" de la Convention (article 66 par. 2), pour cette condition se trouvât remplie. Au début, on ignorait du reste si elle le serait jamais. Même si l'on parlait de l'hypothèse, qui par bonheur s'est réalisée, que l'installation de la Cour se produirait un jour, on savait que certains Etats refuseraient, ou ne s'empresseraient guère, de souscrire la déclaration de l'article 46. On savait en outre, par le texte de l'article 48, que gouvernements et Commission demeureraient libres de ne pas saisir la Cour, que les affaires concernant les Etats qui auraient formulé une telle déclaration n'iraient pas nécessairement devant elle. D'un autre côté, on n'entendait pas se contenter d'un simple avis, non contraignant, de la Commission (article 31). Pour sortir de l'impasse, on se rabattit sur le Comité des Ministres, qui avait le mérite d'exister, en lui attribuant un pouvoir subsidiaire de décision au fond (article 32).

Mais alors, pourquoi une cour européenne spéciale? Ne pouvait-on se borner à utiliser la Cour internationale de Justice, qui fonctionnait à La Haye depuis une trentaine d'années si on l'assimilait à sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale? Ou à instituer, à la rigueur, un tribunal arbitral proprement européen? On écarta ces solutions, qui avaient des partisans. Une juridiction arbitrale ou judiciaire de type classique n'eût été accessible qu'aux Etats; les rédacteurs de la Convention estimèrent — comment les en blâmer? — que dans le domaine de la protection des droits de l'homme un contentieux exclusivement interétatique ne pouvait suffire.

(237) P. 284 ci-dessus.

Oui, mais dans ce cas pourquoi la Commission? Pourquoi ne pas s'en être tenu, comme le Mouvement Européen le préconisait à l'origine (1948), à une cour européenne à laquelle gouvernements et particuliers s'adresseraient directement une fois épuisées les voies de recours internes? Parce qu'on ne voulut pas s'avancer aussi loin; on n'osa pas ouvrir à l'individu les portes de la Cour. On craignit un embouteillage de celle-ci, un encombrement de son rôle. Surtout, bien des Etats redoutèrent de graves abus: des personnes physiques ou morales privées ne profiteraient-elles pas de la publicité des audiences de la Cour pour s'abandonner à la polémique, se lancer dans des diatribes enflammées, se livrer à des manoeuvres de propagande malintentionnées? En conséquence, on ne consentit à l'individu un droit de recours — par la clause, facultative, de l'article 25 — que devant un organe de tri des requêtes, siégeant à huis clos et habilité, lui, à introduire ultérieurement une instance devant la Cour: la Commission.

A la base de l'ensemble du système de la Convention figure donc, en dernière analyse, le droit de recours individuel. Sans lui, on n'aurait eu besoin ni de la Commission, ni de la Cour ni du Comité des Ministres. Le volume du travail à fournir n'aurait pas été ce qu'il est, mais l'efficacité de la Convention y aurait à coup sûr énormément perdu.

D'où l'importance capitale du geste que la France a enfin accompli le 2 octobre 1981, après plus de trente années d'atermoiements indignes d'elle, en déposant la déclaration prévue à l'article 25 ⁽²³⁸⁾.

René Cassin n'aura pas vécu ce jour mémorable; du moins aura-t-il lutté pour en hâter la venue.

(31 août 1984)

⁽²³⁸⁾ Voir, dans le numéro d'avril 1982 de ce Bulletin*, pp. 19-37, l'article de Gérard Cohen-Jonathan sur "La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme".

* *C'est-à-dire le Bulletin de l'Association pour la fidélité à la pensée du Président René Cassin.*

ANNEXES

ANNEXE I

Liste des membres actuels de la Cour⁽¹⁾ (par ordre de préséance)

- M. Gérard WIARDA, président (ancien président de la Cour suprême des Pays-Bas et de la Cour de Justice du Benelux)**
- M. Rolv RYSSDAL, vice-président (président de la Cour suprême de Norvège)**
- M. John CREMONA (ancien président de la Cour constitutionnelle de Malte)**
- M. THÓR VILHJÁLMSSON (président de la Cour suprême d'Islande)**
- M. Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH (procureur général émérite près la Cour de cassation de Belgique)**
- Mme Denise BINDSCHEDLER-ROBERT (professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève)**
- M. Dimitrios EVRIGENIS (professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Thessalonique)**
- M. Gunnar LAGERGREN (ancien président de la Cour d'appel de Suède occidentale et ancien Maréchal du Royaume)**

⁽¹⁾Un siège se trouve vacant depuis le décès, le 29 mai 1984, de M. Mehmed ZEKIA, ancien président de la Cour suprême de Chypre.

- M. Léon LIESCH (ancien procureur général près la Cour supérieure de Justice du Luxembourg)
- M. Feyyaz GÖLCÜKLÜ (professeur à la Faculté des sciences politiques d'Ankara)
- M. Franz MATSCHER (professeur à la Faculté de droit de Salzbourg)
- M. João de Deus PINHEIRO FARINHA (conseiller à la Cour suprême de Justice et président de la Cour des comptes du Portugal)
- M. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (professeur à la Faculté de droit de Madrid)
- M. Louis-Edmond PETTITI (avocat à la Cour d'appel de Paris, ancien bâtonnier)
- M. Brian WALSH (conseiller à la Cour suprême d'Irlande)
- Sir Vincent EVANS (G.C.M.C., M.B.G., M.B.E., Q.C.)
- M. Ronald MACDONALD (professeur à la Faculté de droit de l'Université Dalhousie, Canada)
- M. Carlo RUSSO (avocat à la Cour de cassation d'Italie, ancien ministre)
- M. Rudolf BERNHARDT (professeur à l'Université de Heidelberg)
- M. Jorgen GERSING (conseiller à la Cour suprême de Danemark)

ANNEXE II

Liste des arrêts rendus par la Cour (1959 — 31 août 1984)

	Numéro dans la série A des publications de la Cour
1. Lawless c. Irlande, 14.11.1960 (exceptions préliminaires et questions de procédure)	1
2. Lawless c. Irlande, 7.4.1961 (questions de procédure)	2
3. Lawless c. Irlande, 1.7.1961 (fond)	3
4. De Becker c. Belgique, 27.3.1962	4
5. Affaire "linguistique belge", 9.2.1967 (exception préliminaire)	5
6. Wemhoff c. République Fédérale d'Allemagne, 27.6.1968	7
7. Neumeister c. Autriche, 27.6.1968 (au principal)	8
8. Affaire "linguistique belge", 23.7.1968 (fond)	6
9. Stögmüller c. Autriche, 10.11.1969	9
10. Matznetter c. Autriche, 10.11.1969	10
11. Delcourt c. Belgique, 17.1.1970	11
12. De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18.11.1970 (question de procédure)	12
13. De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18.6.1971 (au principal)	12
14. Ringeisen c. Autriche, 16.7.1971 (au principal)	13
15. De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 10.3.1972 (article 50)	14
16. Ringeisen c. Autriche, 22.6.1972 (article 50)	15
17. Ringeisen c. Autriche, 23.6.1973 (interprétation du précédent)	16

18. Neumeister c. Autriche, 7.5.1974 (article 50)	17
19. Golder c. Royaume-Uni, 21.2.1975	18
20. Syndicat national de la police belge c. Belgique, 27.10.1975	19
21. Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède, 6.2.1976	20
22. Schmidt et Dahlström c. Suède, 6.2.1976	21
23. Engel et autres c. Pays-Bas, 8.6.1976 (au principal)	22
24. Engel et autres c. Pays-Bas, 23.11.1976 (article 50)	22
25. Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7.12.1976	23
26. Handyside c. Royaume-Uni, 7.12.1976	24
27. Irlande c. Royaume-Uni, 18.1.1978	25
28. Tyrer c. Royaume-Uni, 25.4.1978	26
29. König c. République Fédérale d'Allemagne, 28.6.1978 (au principal)	27
30. Klass et autres c. République Fédérale d'Allemagne, 6.9.1978	28
31. Luedicke, Belkacem et Koç c. République Fédérale d'Allemagne, 28.11.1978 (au principal)	29
32. <i>Sunday Times</i> c. Royaume-Uni, 26.4.1979 (au principal)	30
33. Marckx c. Belgique, 13.6.1979	31
34. Airey c. Irlande, 9.10.1979 (au principal)	32
35. Winterwerp c. Pays-Bas, 24.10.1979 (au principal)	33
36. Schiesser c. Suisse, 4.12.1979	34
37. Deweer c. Belgique, 27.2.1980	35
38. Luedicke, Belkacem et Koç c. République Fédérale d'Allemagne, 10.3.1980 (article 50)	36
39. König c. République Fédérale d'Allemagne, 10.3.1980 (article 50)	36

40. Artico c. Italie, 13.5.1980	37
41. <i>Sunday Times</i> c. Royaume-Uni, 6.11.1980 (article 50)	38
42. Guzzardi c. Italie, 6.11.1980	39
43. Van Oosterwijck c. Belgique, 6.11.1980	40
44. Airey c. Irlande, 6.2.1981 (article 50)	41
45. Buchholz c. République Fédérale d'Allemagne, 6.5.1981	42
46. Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23.6.1981 (au principal)	43
47. Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13.8.1981 (au principal)	44
48. Dudgeon c. Royaume-Uni, 22.10.1981 (au principal)	45
49. X c. Royaume-Uni, 5.11.1981 (au principal)	46
50. Winterwerp c. Pays-Bas, 27.11.1981 (article 50)	47
51. Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25.2.1982 (au principal)	48
52. Adolf c. Autriche, 26.3.1982	49
53. Van Droogenbroeck c. Belgique, 24.6.1982 (au principal)	50
54. Eckle c. République Fédérale d'Allemagne, 15.7.1982 (au principal)	51
55. Sporrang et Lönnroth c. Suède, 23.9.1982 (au principal)	52
56. Piersack c. Belgique, 1.10.1982 (au principal)	53
57. Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 18.10.1982 (article 50)	54
58. Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 18.10.1982 (article 50)	55
59. X c. Royaume-Uni, 18.10.1982 (article 50)	55
60. Foti et autres c. Italie, 10.12.1982 (au principal)	56
61. Corigliano c. Italie, 10.12.1982	57
62. Albert et Le Compte c. Belgique, 10.2.1983 (au principal)	58

63. Dudgeon c. Royaume-Uni, 24.2.1983 (article 50)	59
64. Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 22.3.1983 (article 50)	60
65. Silver et autres c. Royaume-Uni, 25.3.1983 (au principal)	61
66. Minelli c. Suisse, 25.3.1983	62
67. Van Droogenbroeck c. Belgique, 25.4.1983 (article 50)	63
68. Pakelli c. République Fédérale d'Allemagne, 25.4.1983	64
69. Eckle c. République Fédérale d'Allemagne, 21.6.1983 (article 50)	65
70. Zimmermann et Steiner c. Suisse 13.7.1983	66
71. Silver et autres c. Royaume-Uni, 24.10.1983 (article 50)	67
72. Albert et Le Compte c. Belgique, 24.10.1983 (article 50)	68
73. Foti et autres c. Italie, 21.11.1983 (article 50)	69
74. Van der Mussele c. Belgique, 23.11.1983	70
75. Pretto et autres c. Italie, 8.12.1983	71
76. Axen c. République Fédérale d'Allemagne, 8.12.1983	72
77. Öztürk c. République Fédérale d'Allemagne, 21.2.1984 (au principal)	73
78. Sutter c. Suisse, 22.2.1984	74
79. Luberti c. Italie, 23.2.1984	75
80. Goddi c. Italie, 9.4.1984	76
81. De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, 22.5.1984	77
82. Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c. Pays-Bas, 22.5.1984	78
83. Duinhof et Duijfc. Pays-Bas, 22.5.1984	79
84. Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28.6.1984	80
85. Guincho c. Portugal, 10.7.1984	81
86. Malone c. Royaume-Uni, 2.8.1984 (au principal)	82

ANNEXE III

PRINCIPAUX CAS OU LA COMMISSION ET LA COUR ONT ABOUTI A DES CONCLUSIONS OPPOSÉES SUR LE BIEN-FONDÉ DE GRIEFS

(liste indicative)

I. Violations non constatées par la Cour là où la Commission en apercevait⁽¹⁾

1. De Becker 27.3.1962: article 10 de la Convention (affaire rayée du rôle par la Cour à la suite d'une réforme de la législation litigieuse)
2. Wemhoff 27.6.1968, série A n.º 7, pp. 13 (par. 20), 21-26 (par. 4-17) et 27, premier point du dispositif: article 5 par. 3
3. Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, pp. 22 *in fine*, 41-43 (par. 16-21) et 44, deuxième point du dispositif: "délai raisonnable" de l'article 6 par. 1
4. Affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, pp. 48-51 (par. 12-13), 66-69 (par. 31-32) et 80-87 (par. 41-42 et point 2 du dispositif): articles 2 du Protocole n.º 1 et article 14 de la Convention, combinés (deuxième, cinquième — en partie — et dernière des six questions tranchées par la Cour)
5. Matznetter 10.11.1969, série A n.º 10, pp. 23 (par. 23), 31-35 (par. 2-12) et 36 (premier point du dispositif): article 5 par. 3 de la Convention

(1) Sauf indication en sens contraire, la Cour a relevé l'absence de violation.

6. De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 42 et 88-93 des motifs, points 8 et 9 du dispositif: articles 4 et 8
7. Engel et autres 8.6.1976, par. 53, 68 et 76-77 des motifs, points 3 et 7 du dispositif: articles 5 par. 1 (en ce qui concerne MM. De Wit, Dona et Schul) et 5 par. 4⁽²⁾
8. Van Oosterwijck 6.11.1980: articles 8 et 12 (la Cour a conclu au non-épuisement des voies de recours internes)
9. Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 36 et 58 des motifs, point 3 du dispositif: article 6 par. 1, "tribunal impartial"
10. X c. Royaume-Uni 5.11.1981, par. 33 et 63-66 des motifs, point 3 du dispositif: article 5 par. 2 (question non tranchée par la Cour)
11. Adolf 26.3.1982, par. 26 et 35-41 des motifs, point 2 du dispositif: article 6 par. 2
12. Sporrong et Lönnroth 23.9.1982, par. 55 et 88 des motifs, point 5 du dispositif: article 13 (question non tranchée par la Cour)
13. Silver et autres 25.3.1983, par. 101 et 119 des motifs, points 2 et 5 du dispositif: articles 8 et 13 (dans une certaine mesure seulement)
14. Campbell et Fell 28.6.1984, par. 54, 77-82 et 86-88 des motifs, points 4 et 7 du dispositif: article 6 par. 1 (indépendance du comité des visiteurs et absence de débats publics devant lui)
15. Malone 2.8.1984, par. 60 et 90-91 des motifs, point 2 du dispositif: article 13 (question non tranchée par la Cour)

II. Violations constatées par la Cour là où la Commission n'en apercevait aucune ou ne se prononçait pas⁽¹⁾

1. Engel et autres 8.6.1976, par. 79 et 89 des motifs, point 11 du dispositif: article 6 de la Convention dans le cas de MM. De Wit, Dona et Schul
2. Marckx 13.6.1979, par. 35-36, 44, 47, 49, 54-59 et 62 des motifs, points 2, 6 (en ce qui concerne Paula Marckx), 10 et 12 du dispositif: article

⁽²⁾ Non-violation dans le cas de MM. De Wit, Dona et Schul, non-lieu à statuer dans celui de M. Engel.

8, considéré isolément ou combiné avec l'article 14 selon le cas (il s'agit de points sur lesquels la Commission ne se prononçait apparemment pas)

3. Airey 9.10.1979, par. 31-33 des motifs et point 6 du dispositif: article 8 (la Commission ne se prononçait pas)
4. Winterwerp 24.10.1979, par. 69-76 des motifs, points 3 et 4 du dispositif: article 6 par. 1 (la Commission ne se prononçait pas)
5. Campbell et Cosans 25.2.1982, par. 39-41 des motifs et point 3 du dispositif: article 2, première phrase, du Protocole n.º 1
6. Sporrang et Lönnroth 23.9.1982, par. 55, 74 et 87 des motifs, points 1 et 4 du dispositif: articles 1 du Protocole n.º 1 et 6 par. 1 de la Convention
7. Malone 2.8.1984, par. 60 et 83-89 des motifs, point 1 du dispositif: "comptage" du téléphone du requérant (la Commission ne se prononçait pas)

(¹) Sauf indication en sens contraire, la Commission n'apercevait pas de violation.

ANNEXE IV

Limitation au cas d'espèce (liste indicative)

1. Lawless 14.11.1960, série A n.º 1, pp. 11-12
2. De Becker 27.3.1962, série A n.º 4, p. 26
3. Affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, pp. 60-61 (par. 25) et 87 (par. 42 *in fine*)
4. De Wilde, Ooms et Versyp 10.3.1972, par. 22
5. Golder 21.2.1975, par. 39
6. Engel et autres 8.6.1976, par. 106
7. Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen 7.12.1976, par. 54 (antépénultième alinéa)
8. Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 149 et 240
9. Klass et autres 6.9.1978, par. 33 et 40 *in fine*
10. Marckx 13.6.1979, par. 27, 42 et 58
11. Schiesser 4.12.1979, par. 31 *in fine*, 32 *in fine* et 34
12. Deweer 27.2.1980, par. 40, 49, 53, 56 et 58
13. Guzzardi 6.11.1980, par. 88
14. Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 53 et 61 *in fine*
15. Dudgeon 22.10.1981, par. 40
16. Campbell et Cosans 25.2.1982, par. 25

17. Adolf 26.3.1982, par. 36
18. Van Droogenbroeck 24.6.1982, par. 34 *in fine*
19. Albert et Le Compte 10.2.1983, par. 28 *in fine*
20. Silver et autres 25.3.1983, par. 79 et 112
21. Minelli 25.3.1983, par. 35
22. Van der Mussele 23.11.1983, par. 27
23. Axen 8.12.1983, par. 24
24. Luberti 23.2.1984, par. 25
25. Guincho 10.7.1984, par. 39

ANNEXE V

Questions délibérément non tranchées par la Cour alors pourtant qu'elles se posaient en l'espèce (liste indicative)

1. Affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, pp. 70-71 (article 8, considéré isolément ou combiné avec l'article 14) ⁽¹⁾
2. De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1981, par. 95 (article 13)
3. Ringeisen 16.7.1971, par. 109 (point final du "délai" de l'article 5 par. 3)
4. Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, 6.2.1976, par. 37 *in fine* (applicabilité de la Convention entre simples particuliers) et 50 *in fine* (article 13)
5. Schmidt et Dahlström 6.2.1976, par. 33 *in fine* (applicabilité de la Convention entre simples particuliers)
6. Engel et autres 8.6.1976, par. 87 (applicabilité de l'article 6 par. 1 au titre des mots "droits et obligations de caractère civil") et 94 (articles 6 et 18 combinés)
7. Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen 7.12.1976, par. 7 (fondement juridique de la compétence de la Cour)
8. Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 175 *in fine* (cas de T1 et T4), 179 (cas de T3) et 235 (applicabilité de l'article 6)

(1) Et article 2 du Protocole n.º 1, considéré isolément.

9. Tyrer 25.4.1978, par. 23 (fondement juridique de la compétence de la Cour), 40 (statut de l'île de Man par rapport au Royaume-Uni) et 43 (article 14)
10. König 28.6.1978, par. 95 (question de savoir si la notion de "droit de caractère civil" est plus large que celle de "droits de caractère privé") et 96 (applicabilité de l'article 6 au titre des mots "accusation en matière pénale")
11. Klass et autres 6.9.1978, par. 38 *in fine* (existence d'un droit à être informé de toute mesure d'ingérence dans les droits et libertés que vous reconnaît la Convention), 46 (motifs supplémentaires de justification avancés par le Gouvernement) et 75 *in fine* (applicabilité de l'article 6)
12. Luedicke, Belkacem et Koç 28.11.1978, par. 53 (article 14)
13. *Sunday Times* 26.4.1979, par. 75 (article 18)
14. Airey 9.10.1979, par. 30 (article 14) et 35 (article 13)
15. Winterwerp 24.10.1979, par. 68 (étendue du contrôle exigé par l'article 5 par. 4)
16. Deweer 27.2.1980, par. 47 (applicabilité de l'article 6 par. 1 au titre des mots "droits et obligations de caractère civil"), 56 (article 6 par. 2 et 3) et 58 (article 1 du Protocole n.º 1)
17. Artico 13.5.1980, par. 36 (article 6 par. 3 b) de la Convention)
18. Guzzardi 6.11.1980, par. 108 ("caractère civil" du droit à la liberté)
19. Buchholz 6.5.1981, par. 48 (applicabilité éventuelle de l'article 6 par. 1 à la Cour constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne)
20. Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 48 (question de savoir si la notion de "droits de caractère civil" est plus large que celle de "droits de caractère privé"), 51 a) (conseil provincial), 53 (applicabilité de l'article 6 au titre des mots "accusation en matière pénale"), 59 (applicabilité des exceptions de la seconde phrase de l'article 6 par. 1 au prononcé du jugement) et 66 (article 11 et liberté de ne pas s'associer)
21. Young, James et Webster 13.8.1981, par. 49 (relations entre l'Etat et *British Rail*), 52 (article 11 et liberté de ne pas s'associer), 60 (contrôle

- de la réunion de deux des trois conditions requises par l'article 11 par. 2), 66 (articles 9 et 10) et 67 (article 13)
22. Dudgeon 22.10.1981, par. 2 (prohibition des rapports homosexuels avec des jeunes de moins de vingt et un ans) et 67-70 (article 14)
 23. X c. Royaume-Uni 5.11.1981, par. 39 (applicabilité de l'article 5 par. 1 a) à la seconde phase de l'internement litigieux) et 66 (article 5 par. 2)
 24. Campbell et Cosans 25.2.1982, par. 31 (question de savoir si les requérants avaient qualité pour prétendre que leurs enfants avaient subi une violation de l'article 3)
 25. Van Droogenbroeck 24.6.1982, par. 59 (question de fait se posant dans le contexte de l'article 4 de la Convention)
 26. Sporrang et Lönnroth 23.9.1982, par. 75 (compatibilité des interdictions de construire litigieuses, envisagées en soi, avec l'article 1 du Protocole n.º 1), 76 (articles 17 et 18 de la Convention), 82 (question de détail relevant de l'article 6) et 88 (article 13)
 27. Piersack 1.10.1982, par. 33 (observation de l'une des exigences de l'article 6 par. 1: "tribunal établi par la loi")
 28. Albert et Le Compte 10.2.1983, par. 29 (conseil provincial) et 30 (applicabilité de l'article 6 au titre des mots "accusation en matière pénale")
 29. Silver et autres 25.3.1983, par. 107 (article 10) et 110 (article 13)
 30. Pakelli 25.4.1983, par. 42 (article 6 par. 1)
 31. Van der Musselle 23.11.1983, par. 41 (article 4 par. 3 d))
 32. Öztürk 21.2.1984, par. 54 (gravité de la peine)
 33. De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 35 et 37 (conséquences juridiques de l'inobservation de l'article 47 par. 1 du règlement de la Cour), 53 (procédure postérieure au renvoi en jugement), 60 (article 13), 62 (applicabilité de l'article 14) et 63 (article 18)
 34. Duinhof et Djuif 22.5.1984, par. 30 (forclusion et conséquences juridiques de l'inobservation de l'article 47 par. 1 du règlement de la Cour), 36 et 42 (indépendance du conseil de guerre)
 35. Campbell et Fell 28.6.1984, par. 77 (applicabilité de l'article 6 par. 1 au titre des mots "droits et obligations de caractère civil"), 115 et 124

(article 8, combiné ou non avec l'article 13, en ce qui concerne la possibilité de consulter un *solicitor* hors de portée de voix d'un gardien), 117 (possibilité de consulter des médecins indépendants) et 123 (article 13 combiné avec l'article 6)

36. Malone 2.8.1984, par. 64 *in fine* (affirmations du requérant selon lesquelles son courrier et ses entretiens téléphoniques avaient été interceptés pendant des années), 82 ("nécessité" des mesures litigieuses, article 8 par. 2), 88 (*idem*) et 91 (article 13)

ANNEXE VI

“Autonomie” de diverses notions utilisées dans la Convention (liste indicative) (1)

1. “*Accusation en matière pénale*” (article 6 par. 1 de la Convention)

Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, p. 51, par. 12; Wemhoff 27.6.1968, série A n.º 7, pp. 26-27, par. 19; Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, p. 41, par. 18; Delcourt 17.1.1970, par. 24-25; Engel et autres 8.6.1976, par. 80-82; Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 235; König 28.6.1978, par. 88 et 96; Winterwerp 24.10.1979, par. 73; Deweer 27.2.1980, par. 41-46; Guzzardi 6.11.1980, par. 108; Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 42; Adolf 26.3.1982, par. 30; Eckle 15.7.1982, par. 73; Foti et autres 10.12.1982, par. 52; Corigliano 10.12.1982, par. 34; Albert et Le Compte 10.2.1983, par. 25 et 30; Minelli 25.3.1983, par. 27-28; Öztürk 21.2.1984, par. 47-50 et 55

2. “*Aliéné*” (paragraphe 1 e) de l'article 5)

Winterwerp 24.10.1979, par. 37-38; X c. Royaume-Uni 5.11.1981, par. 41

3. “*Autorité et impartialité du pouvoir judiciaire*” (article 10 par. 2)

Sunday Times 26.4.1979, par. 55

(1) Tantôt les arrêts affirment en termes exprès l’“autonomie” des notions dont il s’agit, tantôt elle en ressort de manière implicite mais — selon nous — suffisamment nette.

4. “*Condamnation*” (articles 5 par. 1 a) et 7)
Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, p. 54, par. 19; De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 87; Engel et autres 8.6.1976, par. 68 et 77; Guzzardi 6.11.1980, par. 100; X c. Royaume-Uni 5.11.1981, par. 39; Van Droogenbroeck 24.6.1982, par. 35
5. “*Contestation*” (article 6 par. 1)
Golder 21.2.1975, par. 32; Buchholz 6.5.1981, par. 48; Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 45; Sporrong et Lönnroth 23.9.1982, par. 80; Albert et Le Compte 10.2.1983, par. 27
6. “*Détention*” et “*privation de liberté*” (article 5)
Engel et autres 8.6.1976, par. 59; Guzzardi 6.11.1980, par. 90-93; Van Droogenbroeck 24.6.1982, par. 34, etc.
7. “*Droits et obligations de caractère civil*” (article 6 par. 1)
Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, p. 43, par. 23; Ringeisen 16.7.1971, par. 94; Golder 21.2.1975, par. 27 et 33; Engel et autres 8.6.1976, par. 87; Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 235; König 28.6.1978, par. 88-90; Airey 9.10.1979, par. 21; Guzzardi 6.11.1980, par. 108; Buchholz 6.5.1981, par. 40; Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 42-44 et 46; Sporrong et Lönnroth 23.9.1982, par. 79; Albert et Le Compte 10.2.1983, par. 25 et 28
8. “*Loi*” (article 8 par. 2, 10 par. 2 et 11 par. 2 de la Convention, article 1 du Protocole n.º 1)
De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 93; Golder 21.2.1975, par. 45; Engel et autres 8.6.1976, par. 96; Handyside 7.12.1976, par. 44 et 62; Klass 6.9.1978, par. 43; *Sunday Times* 26.4.1979, par. 47-49; Young, James et Webster 13.8.1981, par. 60; Dudgeon 22.10.1981, par. 44; Silver et autres 25.3.1983, par. 85-90; Malone 2.8.1984, par. 66
9. “*Magistrat*” (article 5 par. 3 de la Convention)
Schuesser 4.12.1979, par. 25-31; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 47; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe 22.5.1984, par. 41; Duinhof et Duijf 22.5.1984, par. 32
10. “*Partie lésée*” (article 50) et “*victime*” (article 25 § 1)
De Wilde, Ooms et Versyp 10.3.1972, par. 23-24; Engel et autres 23.11.1976, par. 11; Klass 6.9.1978, par. 34; Marckx 13.6.1979, par. 27; Artico 13.5.1980, par. 35; *Sunday Times* 6.11.1980, par. 13; Airey

6.2.1981, par. 9; Adolf 26.3.1982, par. 37; Eckle 15.7.1982, par. 66; Sporrong et Lönnroth 23.9.1982, par. 73; Le Compte, Van Leuven et De Meyere 18.10.1982, par. 12; Corigliano 10.12.1982, par. 31; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 41; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe 22.5.1984, par. 37

11. "*Tribunal*" (articles 5 et 6)

Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, p. 44, par. 24; De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 75-78; Ringeisen 16.7.1971, par. 95; Golder 21.2.1975, par. 32 et 33; Engel et autres 8.6.1976, par. 68, 77 et 89; Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 200; Winterwerp 24.10.1979, par. 56-57; Schiesser 4.12.1979, par. 29; Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 55; X c. Royaume-Uni 5.11.1981, par. 53 et 61; Van Droogenbroeck 24.6.1982, par. 50, 51, 52 et 54; Albert et Le Compte 10.2.1983, par. 31; De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 58; Campbell et Fell 28.6.1984, par. 76

12. "*Vagabond*" (paragraphe 1 e) de l'article 5)

De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 68; Guzzardi 6.11.1980, par. 98

ANNEXE VII

Les travaux préparatoires de la Convention dans la jurisprudence de la Cour

1. Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, pp. 52-53, par. 14: article 5 par. 1 c) et 3 — interprétation dégagée du texte, du contexte ainsi que du but et de l'objet de la Convention, d'où non-lieu à recourir aux travaux préparatoires
2. Affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, pp. 31 et 32, par. 3 et 6: article 2, première et seconde phrases, du Protocole n.º 1 — interprétation confirmée par les travaux préparatoires.
3. Golder 21.2.1975:
 - a) par. 35: confirmation, par les travaux préparatoires, de la possibilité de se fonder sur des principes généraux de droit pour interpréter la Convention;
 - b) par. 36: article 6 par. 1 de la Convention — interprétation dégagée du texte, du contexte, du but et de l'objet de la Convention ainsi que de principes généraux de droit, d'où non-lieu à recourir à des moyens complémentaires tels que les travaux préparatoires
4. Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen 7.12.1976, par. 50: article 2, seconde phrase, du Protocole n.º 1 — interprétation confirmée par les travaux préparatoires

5. Handyside 7.12.1976, par. 62: article 1, premier alinéa, seconde phrase, du Protocole n.º 1 — recours aux travaux préparatoires pour dissiper une ambiguïté.
6. Irlande c. Royaume-Uni 18.1.1978, par. 239 et 240: articles 1 et 24 de la Convention — interprétation confirmée par les travaux préparatoires
7. Marckx 13.6.1979, par. 63: article 1 du Protocole n.º 1 — interprétation confirmée par les travaux préparatoires
8. Le Compte, Van Leuven et De Meyere 23.6.1981, par. 65: article 11 de la Convention — interprétation confirmée par les travaux préparatoires
9. Young, James et Webster 13.8.1981, par. 51-52: article 11 — travaux préparatoires non décisifs sur le point considéré
10. Campbell et Cosans 25.2.1982, par. 36 et 37 a): article 2, seconde phrase, du Protocole n.º 1 — absence, dans les travaux préparatoires, d'indications précises sur l'un des points considérés, confirmation par eux de l'interprétation retenue sur un autre
11. Sporrang et Lönnroth 23.9.1982, par. 57: article 1 du Protocole n.º 1 — interprétation confirmée par les travaux préparatoires
12. Pakelli 25.4.1983, par. 31: article 6 par. 3 c) de la Convention — absence, dans les travaux préparatoires, d'indications précises sur le point considéré
13. Van der Mussele 23.11.1983, par. 32: article 4, par. 2 et 3, de la Convention — absence, dans les travaux préparatoires, d'indications précises sur le point considéré
14. Pretto et autres 8.12.1983, par. 26: article 6 par. 1 de la Convention — absence, dans les travaux préparatoires, d'indications précises sur le point considéré
15. Axen 8.12.1983, par. 31: idem
16. Sutter 22.2.1984, par. 33: idem

ANNEXE VIII

L'objet et le but de la Convention dans la jurisprudence de la Cour (liste indicative)

1. Lawless 1.7.1961, série A n.º 3, pp. 52-53, par. 14: article 5 par. 1 c) et 3 de la Convention — confirmation, par le but et l'objet de la Convention, du rejet d'une interprétation déjà écartée pour d'autres raisons
2. Wemhoff 27.6.1968, série A n.º 7, pp. 23 (par. 8) et 26 (par. 18): article 5 par. 3 — nécessité de rechercher le but et l'objet de la Convention, plutôt que l'interprétation la plus favorable à l'Etat défendeur, pour surmonter une discordance entre les textes français et anglais officiels; article 6 par. 1 — recours à son objet pour déterminer son champ d'application
3. Neumeister 27.6.1968, série A n.º 8, p. 40, par. 14: article 5 par. 3 *in fine* — interprétation à la lumière de son objet
4. Affaire "linguistique belge" 23.7.1968, série A n.º 6, pp. 31 (par. 3), 32 (par. 6) et 35 (par. 11): articles 2 du Protocole n.º 1 et 14 de la Convention — interprétation à la lumière de leur objet
5. Delcourt 17.1.1970, par. 25 *in fine*: incompatibilité d'une interprétation restrictive de l'article 6 par. 1 de la Convention avec le but et l'objet de cette disposition
6. De Wilde, Ooms et Versyp 18.6.1971, par. 7: paragraphe 4 de l'article 5 — interprétation à la lumière de son but ainsi que de celui de l'ensemble de l'article
7. De Wilde, Ooms et Versyp 10.3.1972, par. 16: articles 50 et 26 — confirmation, par le but et l'objet de la Convention, du rejet d'une interprétation déjà écartée pour d'autres raisons

8. Ringeisen 22.6.1972, par. 16-17: but et objet des articles 50 et 52
9. Ringeisen 23.6.1973, par. 13: but de l'article 52
10. Neumeister 7.5.1974, par. 30: articles 5 par. 5 et 50 — confirmation, par le but et l'objet de la Convention, du rejet d'une interprétation déjà écartée pour d'autres raisons
11. Golder 21.2.1975, par. 34 et 36: article 6 par. 1 — interprétation à la lumière du but et de l'objet de la Convention
12. Engel et autres 8.6.1976, par. 58, 69 et 81: but de l'article 5 en général; article 5 par. 1 b) — rejet d'une interprétation incompatible avec le but et l'objet de la Convention; article 6 — idem (quant à la notion d'"accusation en matière pénale")
13. König 28.6.1978, par. 88-89: article 6 — l'"autonomie" de la notion de "droits et obligations de caractère civil", seule compatible avec le but et l'objet de la Convention
14. Klass et autres 6.9.1978, par. 34: article 25 par. 1 — interprétation à la lumière du but de la Convention
15. Luedicke, Belkacem et Koç 28.11.1978, par. 39, 42 et 46: paragraphe 3 e) de l'article 6 — interprétation à la lumière du but et de l'objet de l'ensemble de l'article
16. Sunday Times 26.4.1979, par. 48: article 10 par. 2 — recours au but et à l'objet de la Convention pour surmonter une discordance entre les textes français et anglais
17. Winterwerp 24.10.1979, par. 37, 39 et 55: paragraphes 1 e) et 4 de l'article 5 — interprétation à la lumière du but et de l'objet de l'ensemble de l'article
18. Schiesser 4.12.1979, par. 30: paragraphe 3 de l'article 5 — interprétation à la lumière du but et de l'objet de l'ensemble de l'article
19. Deweer 27.2.1980, par. 49 *in fine*: article 6 par. 1 — interprétation à la lumière du but et de l'objet de la Convention
20. Artico 13.5.1980, par. 32-33: paragraphe 3 c) de l'article 6 — interprétation à la lumière du but et de l'objet tant de l'ensemble de l'article que de la Convention tout entière
21. Guzzardi 6.11.1980, par. 61, 92 et 102: article 25 — interprétation à la

lumière du but et de l'objet de la Convention; paragraphe 1 de l'article 5 — interprétation à la lumière de ceux de l'ensemble de l'article

22. X c. Royaume-Uni 5.11.1981, par. 43: article 5 par. 1 — interprétation à la lumière de son but
23. Adolf 26.3.1982, par. 30: article 6 — interprétation à la lumière de son but et de son objet
24. Minelli 25.3.1983, par. 28: article 6 — interprétation à la lumière de son but
25. Pakelli 25.4.1983, par. 31: article 6 par. 3 c) — interprétation à la lumière de son but et de son objet
26. Van der Mussele 23.11.1983, par. 49: article 1 du Protocole n.º 1 — interprétation à la lumière de son but et de son objet
27. Pretto et autres 8.12.1983, par. 21 et 26: article 6 par. 1 de la Convention — interprétation à la lumière de son but et de son objet
28. Axen 8.12.1983, par. 25 et 31: idem
29. Öztürk 21.2.1984, par. 49, 50 et 53: article 6 par. 1 — rejet d'une interprétation incompatible avec l'objet et le but de la Convention en général et de l'article 6 en particulier (quant à la notion d'"accusation en matière pénale")
30. Sutter 22.2.1984, par. 26 et 33: article 6 par. 1 de la Convention — interprétation à la lumière de son but et de son objet
31. De Jong, Baljet et Van den Brink 22.5.1984, par. 44, 47 et 51: objet et but de l'article 5, en particulier de son paragraphe 3
32. Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe 22.5.1984, par. 41 et 46: objet et but de l'article 5 par. 3
33. Duinhof et Duijf 22.5.1984, par. 32, 36 et 38: idem
34. Campbell et Fell 28.6.1984, par. 72 e 91: article 6 par. 1 — interprétation à la lumière de l'objet et du but de la Convention en général (quant à la notion d'"accusation en matière pénale") et de l'article 6 en particulier (en ce qui concerne la manière de rendre le jugement "publiquement")
35. Malone 2.8.1984, par. 67: article 8 — interprétation à la lumière de son objet et de son but

ÍNDICE

IX CONGRESSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

RELAÇÃO DA CRIMINOLOGIA COM AS POLÍTICAS E PRÁTICAS SOCIAIS

APRESENTAÇÃO	9
REMARQUES INTRODUCTIVES	
Professeur Denis Szabo	13
SOBRE O ESTATUTO E FUNÇÃO DA CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA	
Costa Andrade	23
LA RÉFORME PÉNALE PORTUGAISE ET SA RÉCEPTION PAR LA SOCIÉTÉ	
Manuel António Lopes Rocha	65
A CRIAÇÃO DAS LEIS E A SUA RECEPÇÃO PELA SOCIEDADE	
Mireille Delmas-Marty	99

**MÚTUA INTERACÇÃO ENTRE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E CRIMINOLÓGICAS,
OPINIÃO PÚBLICA E DIREITO POSITIVO
FACE À EXECUÇÃO DAS PENAS DE PRISÃO**

Miguel Bajo Fernandez

127

**SOBRE A CRIMINOLOGIA CRÍTICA
E SUA FUNÇÃO POLÍTICA CRIMINAL**

Alessandro Baratta

143

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

**APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM – Pinheiro Farinha**

**SUMÁRIOS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL
EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (N.ºs 50 a 55)**

169

**SUMÁRIO E TEXTO DA DECISÃO DA COMISSÃO
EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM NA
QUEIXA DE JOHN C. REID CONTRA O
REINO UNIDO**

181

SUMÁRIO E TEXTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM NO CASO ÖZTURK CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA	191
SUMÁRIO E TEXTO DA DECISÃO DO COMITÉ DE MINISTRO NO CASO STANLEY HAMER CONTRA O REINO UNIDO	239
CONVENÇÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS DO HOMEM — Pacto de S. José da Costa Rica	
CONSULTA OC 1/82 DO TRIBUNAL INTERAMERICANO DOS DIREITOS DO HOMEM	245
ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM	
LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME — Marc-André Eissen	271

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
LISBOA