

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

DIREITO COMUNITÁRIO

M. Pierre PESCATORE

*Ancien Juge à La Cour de Justice des
Communautés Européennes*

**OBSERVATIONS CRITIQUES
SUR L'«ACTE UNIQUE EUROPEEN» (*)**

(*) Texto de contribuição à «Journée d'études de Bruxelles sur l'Acte Unique Européen (10 mars 1986)

OBSERVATIONS CRITIQUES SUR L'ACTE UNIQUE EUROPEEN»

Ce n'est qu'à la suite de la signature de l'acte unique européen, le 17 février 1986 à Luxembourg, que les non initiés ont pu prendre connaissance du résultat de la négociation qui s'intercale entre le «sommet» de Milan et celui de Luxembourg et de mesure ainsi de manière exacte l'impact que cet acte est destiné à avoir sur les traités instituant les Communautés européennes et, plus particulièrement, sur le traité CEE. Le bilan de l'opération est extrêmement lourd: l'obtention de certains progrès — réels ou fictifs — a été obtenu au prix d'une remise en cause de l'acquis communautaire en matière, surtout, de libre circulation des marchandises. L'examen critique de l'acte du 17 février 1986 montre que le public européen, y compris le public juridique, a été victime d'une vaste opération de désinformation politique puisqu'il n'a jamais été question, dans les déclarations politiques qui ont accompagné cette négociation, des concessions qui ont été exigées en contrepartie de l'extension du système communautaire à certains objets nouveaux.

L'acte unique comporte, d'une part, un ensemble de dispositions autonomes (le titre I, sur l'Union européenne et le Conseil européen, et le titre III, sur la coopération européenne en matière de politique étrangère), d'autre part, une série de dispositions destinées à être intégrées dans les traités instituant les Communautés et plus particulièrement le traité CEE (Titre II); ces dernières constituent une sorte de chassé-croisé entre l'ordonnance plutôt décousue de l'acte unique et la systématique du traité CEE. Ce n'est qu'à la lumière d'un rapprochement minutieux entre les dispositions anciennes et les disposi-

tions nouvelles que se révèle la véritable physionomie de ce qui a été convenu à Luxembourg. A l'acte unique se trouve joint un «acte final» composé de vingt déclarations, en partie communes, en partie unilatérales, de nature très diverse: on y trouve pêle-mêle des déclarations interprétatives, des déclarations d'intention, des déclarations additionnelles et des réserves.

Il n'est pas possible de commenter tous les détails de ce document hybride. On voudrait se borner ici au commentaire de quelques complexes essentiels. (1) Mais ces observations suffisent à fonder un jugement assez précis sur l'ensemble.

UN «MARCHÉ SANS FRONTIÈRES» POUR 1993?

L'élément central de l'acte consiste dans une série d'articles nouveaux, étroitement liés entre eux et qui vont prendre place dans le traité CEE aux numéros 8A, 8B, 8C, 100A et 100B, c'est-à-dire dans le contexte de la période de transition et dans celui de l'harmonisation des législations.

1. L'article 8A promet la réalisation d'un marché intérieur «sans frontières» pour le 31 décembre 1992. On se demande ce que signifie cette disposition en présence des dispositions du traité CEE qui avait déjà prévu la réalisation d'un «marché commun» pour le 1^{er} janvier 1970, d'autant plus que ce marché commun est déjà à l'heure actuelle dans une large mesure réalisé. (2)

(1) La Cour, depuis quelques temps désireuse de trouver une décharge, a obtenu un accord de principe sur la création d'une juridiction de première instance. C'est probablement pour faciliter cette innovation, et peut-être d'autres encore, qu'il est prévu que le Conseil peut, à la demande de la Cour, modifier le titre III du statut de la Cour qui, ainsi que l'on sait, fait partie intégrante des traités. Cette partie du statut est donc privée désormais de la garantie de relative intangibilité que lui garantissait son intégration aux traités. La création de cette «facilité» nous paraît fort imprudente puisqu'elle livre aux majorités changeantes de la Cour et au bon vouloir du Conseil des clauses aussi importantes que la représentation des parties et les prérogatives des barreaux (art. 17), le secret du délibéré (art. 32), l'obligation de motiver les arrêts (art. 33), la publicité des arrêts (art. 34), les prérogatives du président en matière de référé (art. 36).

(2) Déjà dans son arrêt du 13 juillet 1966, *Italie c/Conseil et Commission* (Rec. p. 563), la Cour définit le marché commun par trois caractéristiques: élimination des barrières aux échanges, loyauté de la concurrence, unité de marché. Déjà la *première directive en matière de TVA*, 67/227 du 11 avril 1967 (JO p. 1301) dit, dans le premier alinéa de son préambule «que l'objec-

Confrontées à ce qui existe déjà, les dispositions introduites par l'acte européen reviennent en réalité à ouvrir une nouvelle période de transition qui, à la différence de la précédente et de celles prévues par les divers actes d'adhésion, sera de durée indéterminée. En effet, aux termes de l'acte final, la date du 31 décembre 1992 n'aura rien d'«automatique». ⁽³⁾

2. Par quoi cette nouvelle période sera-t-elle caractérisée? Pour autant qu'il est possible de décrypter le langage obscur de l'article 100A, qui est la disposition centrale de l'ensemble, on peut retenir ce qui suit.

a) Les Etats membres réaffirment leur droit d'instituer *unilatéralement* des interdictions ou restrictions d'importation ou d'exportation pour les motifs énoncés à l'article 36 (ordre public, sécurité publique, santé publique). Ce catalogue est élargi par l'introduction de quatre motifs de protection nouveaux: «environnement», «milieu de travail», «consommateurs» et, encore une fois, la «sécurité». On reviendra ci-après sur ce dernier point. Le caractère unilatéral des mesures en question est spécialement souligné par une déclaration du gouvernement danois, reprise à l'acte final.

b) La réalisation de la libre circulation des marchandises paraît subordonnée à l'harmonisation *préalable* des législations nationales ayant «pour objet» (sic) l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. C'est ce qui semble résulter de l'article 100A, par. 1, et du renvoi qu'il contient à l'article 8A.

c) Même la mise en place de mesures d'harmonisation n'empêche pas les Etats membres de prendre recours, «s'ils l'estiment nécessaire», à des mesures *unilatérales* de protection. Sauf en cas d'abus, la Commission a l'obligation

tif essentiel du traité est d'établir, dans le cadre d'une union économique, un marché commun comportant une saine concurrence et ayant des caractéristiques analogues à celles d'un marché intérieur». Faire en 1986 comme si tout cela n'existait pas et promettre la même chose, sans engagement, pour 1993, relève de l'inconscience, pour ne pas dire plus.

⁽³⁾ Par cette disposition, les Etats membres semblent s'être prémunis contre le retour de raisonnements du genre de ceux qui inspirent l'arrêt *Charmasson*, du 10 décembre 1974 (Rec. p. 1383), et l'arrêt «pommes de terre», *Commission c/ Royaume-Uni*, du 29 mars 1979 (Rec. p. 1447), le premier relatif à l'échéance de la période transitoire du traité CEE, le second relatif aux délais transitoires des actes d'adhésion.

d'approuver ces mesures (article 100A, par. 4). De toute manière, les mesures d'harmonisation doivent contenir «dans les cas appropriés» des mesures de *sauvegarde* en faveur de certains Etats (par. 5).

d) Le progrès vers l'établissement du marché intérieur doit être «*équilibré dans l'ensemble des secteurs*» (article 8B), ce qui semble destiné à perpétuer la méthode du «quid pro quo», des «paquets» du «junctim», c'est-à-dire les méthodes les plus exécrables du marchandage diplomatique que les traités, dans leur conception originaires, avaient tenté de remplacer par des méthodes plus objectives. En même temps, le progrès devra être désormais *différencié*, de manière à tenir compte des décalages de développement à l'intérieur de la Communauté (article 8C). L'Europe «à deux vitesses» est donc arrivée. Cette disposition nouvelle ajoute a posteriori une clause générale de sauvegarde en faveur des Etats membres moins développés, pour tout le domaine envisagé par l'article 8A, c'est-à-dire la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.

e) L'article 100B apporte une innovation intéressante, en ce sens qu'à défaut d'harmonisation, le Conseil peut déclarer les dispositions en vigueur dans un Etat membre comme «*équivalentes*» à celles appliquées par un autre Etat membre. Toutefois, cette disposition ne semble pouvoir jouer comme «ultima ratio» qu'à partir de la fin 1992.

3. Cette tentative d'analyse faite, il faut attirer l'attention sur *l'ambiguïté extrême* des dispositions commentées: tout est en effet ambigu, le texte et son enchaînement.

Ainsi, L'article 100A est introduit comme visant à l'introduction de la majorité qualifiée, par dérogation à l'article 100 relatif au rapprochement des législations qui, ainsi que l'on sait, exige toujours l'unanimité. Cette entrée en matière n'est cependant qu'un prétexte, car en réalité la disposition nouvelle vise à ouvrir aux Etats membres des possibilités renforcées de protection dans le domaine de l'échange de marchandises et de services, ce qui résulte du renvoi à l'article 8A, compte tenu des limitations indiquées à l'article 100A, par. 2 (qui exclut trois domaines: les dispositions fiscales, la libre circulation des personnes, les travailleurs salariés).

L'article 100A introduit, en dehors de l'article 36, des notions dont il est impossible de cerner le contenu exact et qui, de ce fait, ouvrent un champ de protection indéfini aux Etats membres. Ainsi, on se demande pourquoi on aurait introduit une nouvelle fois la notion de «sécurité», si ce n'est pour l'élargir au-delà du cadre de la sécurité publique de l'article 36; il est caractéristique qu'ici la version anglaise parle de «safety» et non de «security». On peut supposer qu'on vise par là des choses comme la sécurité économique, la sécurité des approvisionnements, les normes de sécurité technique qui, ainsi que l'on sait, constituent l'un des instruments privilégiés du protectionnisme économique. Plus insaisissable encore est la notion de «protection du milieu de travail» qui semble permettre aux Etats membres de protéger, par des restrictions aux échanges, toutes productions nationales qui se trouvent aux prises avec des problèmes d'emploi. Ces dispositions nouvelles, dont les conditions d'application restent dans un vague total ouvrent donc des possibilités nouvelles et incommensurables au protectionnisme national. Elles donnent aux Etats membres la possibilité de bloquer la libre circulation des marchandises et des services dans tous les secteurs sensibles où, par hypothèse, se poseront des problèmes de sécurité (manière nouvelle) ou d'emploi. (4) On risque donc de voir apparaître, dans les échanges intracommunautaires, un protectionnisme du genre de celui qui s'infiltré actuellement dans les relations extérieures à travers la «passoire» de l'article 115.

4. Lorsqu'on prend la peine de faire un rapprochement entre ces dispositions nouvelles et la jurisprudence de la Cour, on constate qu'elles visent à *annuler l'acquis jurisprudentiel* sur plusieurs points sensibles:

- le refus, par la Cour, d'admettre que l'harmonisation préalable des législations puisse être érigée en condition de la libre circulation des marchandises; (5)

(4) Pour voir à quelles aberrations peut conduire le protectionnisme national, on consultera l'arrêt du 11 juin 1985, *Commission c/ Irlande*, où l'Irlande justifie la défense de son marché de la pomme de terre en invoquant l'exception d'ordre public (points 10, et 28 de la motivation). L'article 100A donnera une nouvelle impulsion à de telles tendances.

(5) Voir à ce sujet l'arrêt *GEMA*, du 20 janvier 1981 (Rec. p. 147), au point 26 des motifs.

- l'interprétation restrictive des catégories de l'article 36 et l'exclusion de cet article une foi que l'harmonisation est réalisée; (6)
- la protection des droits des particuliers en cas d'inexécution des obligations des Etats membres dans les délais fixés. (7)

Il reste à voir quel va être l'impact des dispositions nouvelles sur la jurisprudence «Cassis de Dijon» et sur celle, encore discrète, qui repose sur l'idée d'une équivalence de mesures de contrôle ou de protection analogues dans les législations des Etats membres, en matière de libre circulation de services. (8) Cette idée féconde est désormais accaparée par le Conseil et renvoyée à l'horizon 1992.

L'introduction de la possibilité d'un recours judiciaire rapide en cas d'abus, réservé aux Etats membres et à la Commission, par l'article 100A, par. 4, al. 3, n'est qu'un palliatif face au blocage de la jurisprudence de la Cour visant à réaliser, dans l'immédiat, «un marché commun pour tous». (9)

(6) La Cour n'a cessé de souligner, dans les contextes les plus divers, l'interprétation restrictive des exceptions de l'article 36; elle a toujours résisté aux tentatives d'élargir le catalogue des dérogations de l'article 36 par voie d'analogie. Peut-être est-ce l'arrêt *Campus Oil*, du 10 juillet 1984 (Rec. p. 2727), qui a inspiré les extrapolations qu'on trouve dans l'acte européen sur le thème de la «sécurité»?

(7) Voir l'arrêt *Reyners*, du 21 juin 1974 (Rec. p. 631). Au point 26 de la motivation, la Cour parle, à propos de la liberté d'établissement, d'une «obligation de résultat précise, dont l'exécution devrait être facilitée, mais non conditionnée, par la mise en oeuvre d'un programme de mesures progressives». Elle ajoute au point 27 «que le fait que cette progressivité n'ait pas été respectée laisse entière l'obligation elle-même au delà du terme prévu pour son exécution» et rappelle, au point 28, la prescription de l'article 8, paragraphe 7, du traité. Cette citation permet de mesurer l'ampleur du mouvement de régression introduit par l'acte du 17 février 1986.

(8) Déjà esquissé dans l'arrêt *Thieffry*, du 28 avril 1977 (Rec. p. 765), le critère de l'équivalence des règles nationales est clairement exprimé dans l'arrêt *Van Wesemael*, du 18 janvier 1979 (Rec. p. 35). La même idée sous-tend la jurisprudence «Cassis de Dijon», en ce que celle-ci affirme qu'il n'y a «aucun motif valable» d'empêcher la commercialisation, dans un Etat membre, d'une marchandise «légalement produite et commercialisée» dans un autre Etat membre (arrêt *Rewe* du 20 février 1979, Rec. p. 649, points 14/15).

(9) Cette expression est tirée de l'arrêt *Schul*, du 5 mai 1982 (Rec. p. 1409). Au point 33 de cet arrêt, il est dit que la notion de «marché commun», dérivée des articles 2 et 3 du traité, telle que la Cour l'a dégagée dans une jurisprudence constante, «vise à l'élimination de toutes les

5. Enfin, il convient de remarquer que ces dispositions nouvelles soulèvent des problèmes qui dépassent le cadre des échanges internes de la Communauté. Les négociateurs avaient-ils conscience de ce qu'elles affecteront fatalement aussi la *position de la Communauté dans le GATT* et qu'elles auront un effet destructeur sur le *système de libre-échange européen*? En effet, les exceptions de l'article 36 sont dérivées de l'article XX du GATT et elles ont leur réplique exacte dans tout les accords de libre-échange conclus par la Communauté. Elargir à ce stade les exceptions de l'article 36 en y ajoutant de nouvelles dérogations créera dès lors inéluctablement des conflits au sein du GATT; à l'intérieur du système de libre échange européen, ce retour offensif du protectionnisme aura le même effet désintégrateur qu'à l'intérieur du marché commun.

Il en résultera donc une déstabilisation interne et externe de la Communauté. En particulier, on voudrait attirer l'attention sur le fait que l'admission de restrictions à la libre circulation des marchandises pour cause de «protection de l'espace de travail» va à l'encontre de l'idée fondamentale de la libéralisation du commerce international qui vise précisément à une répartition rationnelle du travail entre Etats.

NOUVEAUX DOMAINES D'ACTION

Les dispositions que l'on vient de commenter ont été passées sous silence dans l'information du public au fil de la négociation qui a abouti à la signature de l'acte européen. On a d'autant mieux mis en valeur le fait que cet acte

entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur». Depuis 1966 (voir note 2), cette formule est une constante de la jurisprudence; la Cour considère tout ceci comme une réalité normative actuelle, alors que l'acte européen promet à peu près la même chose, mais sans obligation, pour le 31 décembre 1992. On mesure, encore une fois, la distance entre deux mondes de pensée.

doit ouvrir à la Communauté de nouveaux champs de compétences. Qu'en est-il en réalité? On prendra ces dispositions dans l'ordre où elles apparaissent dans l'acte unique.

Le traité CEE sera enrichi d'un chapitre consacré à la coopération en matière de politique économique et monétaire avec l'addition «*union économique et monétaire*». Cet intitulé ambitieux ne couvre en réalité qu'un seul article, à savoir l'article 102A, composé à son tour de deux paragraphes. Le premier renvoie à l'article 104 du traité CEE en ajoutant qu'en vue d'assurer la convergence des politiques économiques et monétaires, les Etats membres «tiennent compte» des expériences acquises grâce à la coopération dans le cadre du système monétaire européen. C'est tout. Au paragraphe 2 il est ajouté que dans la mesure où le développement ultérieur sur le plan de la politique économique et monétaire «exige des modifications institutionnelles», les dispositions de l'article 236 — c'est-à-dire celles relatives à la révision du traité — seront appliquées. Cette disposition, loin donc de favoriser la coopération monétaire, semble avoir pour objectif primordial de bloquer tout développement significatif du système. Ceci a tel point que la «présidence» et la Commission ont cru nécessaire d'insérer une contre-déclaration à l'acte final.

Le chapitre de *politique sociale* s'enrichit d'un article 118A qui n'ajoute rien au plan des objectifs, mais introduit un pouvoir de directive du Conseil, instantanément limité par une série de clauses restrictives. L'article 118B demande à la Commission de développer le dialogue entre partenaires sociaux, un objectif qui, lui aussi, était déjà contenu dans l'article 118 ancien.

Sous le titre prometteur «*cohésion économique et sociale*» l'acte européen introduit dans le traité CEE une série d'articles (130A à 130E) dont l'objet est de «réduire l'écart entre les diverses régions et le retard des régions les moins favorisées». A cet effet, on prévoit la création d'un fonds européen de développement régional et une coordination des autres fonds structurels de la Communauté. Ces dispositions, ensemble avec celles de la réalisation différenciée du marché intérieur selon l'article 8C, viennent améliorer a posteriori les conditions d'adhésion des Etats membres du «sud» de la Communauté qui pourront en retirer des avantages financiers substantiels. ⁽¹⁰⁾

⁽¹⁰⁾ Les Etats membres dont les «économies présentent des différences de développement» sont les grands gagnants de cette négociation, et on s'en félicite. Ils auront une première «donne»

L'ensemble nouveau le plus important est constitué par la série des articles 130F à 130Q, réunis sous le titre «*recherche et développement technologique*». Ces articles prévoient l'élaboration d'un programme cadre pluriannuel, dont la mise en oeuvre pourra donner lieu à des réalisations auxquelles seront associés, dans des constellations variables, les Etats membres, les entreprises, les institutions de recherche scientifique, avec possibilité d'établir des coopérations avec des Etats tiers et des organisations internationales.

Enfin, les articles 130R à 130T sont consacrés à *l'environnement*. Ces dispositions prévoient une action de la Communauté, mais celle-ci, par l'effet de toute une série de restrictions et de réserves, sera essentiellement subsidiaire par rapport à l'action des Etats. Assez étrangement, ces dispositions ne font aucune mention des problèmes de concurrence soulevés par les servitudes inhérentes à la protection de l'environnement, qui constituent l'ouverture par laquelle on a pu introduire d'ores et déjà les problèmes d'environnement dans le cadre du droit communautaire.

Si on essaie de faire la somme de ces dispositions nouvelles, on constate que seules les dispositions relatives à la recherche et à la technologie présentent une réelle originalité. Tous les autres chapitres nouveaux sont, en réalité, des variations sur des thèmes déjà bien connus dans la pratique communautaire.

MODIFICATIONS DU PROCESSUS DECISIONNEL

L'acte européen vise à une amélioration du processus décisionnel grâce à deux mesures combinées: l'extension du catalogue des mesures à prendre à la majorité qualifiée et l'introduction d'une nouvelle procédure de «coopération» destinée à associer plus étroitement le Parlement européen à la prise de décision par le Conseil. C'est tout ce qui reste du projet ambitieux d'union européenne lancé par le Parlement. Qu'en est-il en réalité?

à l'article 8C, une seconde à l'article 100A, une troisième à l'article 130C et ils se sont encore attribué quelques «extras» dans leurs réserves. Mais on se demande ce que deviennent, en présence de cette accumulation, l'égalité entre Etats membres et les règles de concurrence.

On constatera en premier lieu que les principales *clauses d'unanimité* inscrites au traité restent intactes et même que certaines se trouvent renforcées: sécurité sociale, harmonisation fiscale, politique de conjoncture, système monétaire. Dans les nouveaux domaines d'action qu'on vient de mentionner les décisions de base devront être prises, elles aussi, à l'unanimité. Il n'est pas question, non plus, de revenir sur les fameux «accords de Luxembourg» de 1966; aucune garantie n'est donnée que ces «accords» ne s'appliqueront pas aussi jusqu'aux nouveaux cas de majorité qualifiée introduits par l'acte européen. (11) On notera enfin une disposition bien significative de l'état d'esprit dans lequel a été entreprise cette révision: il y avait, dans le traité CEE, une disposition importante qui permettait des décisions à la majorité simple: il s'agit de l'article 49 relatif à la libre circulation des travailleurs. Ici, la majorité

(11) Les soi-disant «accords de Luxembourg» ne sont pas une part légitime du droit communautaire, ni même du droit international. Les résolutions prises à l'occasion de la session extraordinaire du Conseil à Luxembourg, le 29 janvier 1966, sont le résultat d'un «chantage» à la rupture, ainsi que le fait remarquer avec raison Alfred Grosser dans son récent ouvrage «Affaires Extérieures», (Paris, 1984, p. 193). Du point de vue formel, il ne s'agit pas d'un accord, puisque manque tout instrument authentique, destiné à manifester un engagement juridique des Etats membres. Il s'agit en fait d'un simple communiqué de presse, que le Président du Conseil de l'époque a présenté comme une «déclaration d'intentions d'ordre politique». Les documents relatifs à cet incident de la vie communautaire ont été publiés au *Bulletin CEE* de mars 1966, n° 3, p. 5-11, seul reflet tant soit peu authentique de cet événement. Du point de vue matériel, la partie de ce communiqué intitulée «procédure de vote à la majorité» se trouve en contradiction ouverte avec les règles des traités relatives à la formation de la volonté au sein du Conseil. Elle constitue en même temps une tentative de contourner la procédure de révision de l'article 236, en déjouant les garanties de caractère constitutionnel et démocratique que cette procédure implique. Quelles qu'aient été à ce sujet les représentations des nouveaux adhérents, l'article 3 des actes d'adhésion n'a pas pu donner une existence juridique à une résolution qui a été viciée ab initio. — On notera que la Cour de justice a déjà condamné à plusieurs reprises des procédés du même genre: dans l'arrêt *Manghera*, du 3 février 1976, à propos d'une disposition du Conseil relative aux monopoles nationaux du tabac en France et en Italie (Rec. p. 91, aux points 20 à 22 de la motivation); dans l'arrêt *Defrenne*, du 8 avril 1976, à propos d'une tentative de reculer le délai du 1^{er} janvier 1962, prévu par l'article 119 du traité CEE pour la réalisation de l'égalité de traitement des travailleurs des deux sexes (Rec. p. 455, aux points 56 à 58); dans l'arrêt du 20 avril 1978, *Commissionnaires Réunis et Ramel*, à propos de la réintroduction de mesures de protection fiscales et commerciales par un règlement agricole (Rec. p. 927, points 22 à 38). C'est dans ce dernier arrêt qu'on trouve une phrase qu'on voudrait rappeler aux auteurs de l'acte européen: «que toute atteinte à l'acquis communautaire en matière d'unité de marché risquerait ... de déclencher des mécanismes de désintégration, en violation des objectifs de rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, exprimés à l'article 2 du traité» (point 36).

simple est désormais remplacée par la majorité qualifiée; cette modification, loin de faciliter la prise de décision, a pour seul effet de renforcer la position relative des grands Etats membres.

Le passage de l'unanimité à la *majorité qualifiée* est prévu pour trois ou quatre types particuliers de décisions: les modifications autonomes du tarif douanier (article 28); la reconnaissance de certains diplômes (article 57, par. 2, phrase 2); les prestations de services et les transferts de capitaux dans les rapports avec les Etats tiers (articles 59, par. 2, et 70). A l'article 84, relatif à l'extension du domaine d'application du traité à la navigation maritime et aérienne, on introduit la règle de la majorité qualifiée, mais cette disposition est aussitôt amortie par un renvoi à l'article 75, par. 3, qui exige l'unanimité pour les questions de «principe». Quant à l'introduction de la majorité qualifiée dans le processus d'harmonisation des législations par l'article 100A, le progrès est plus que compensé par l'introduction de nouvelles possibilités de dérogation et de sauvegarde, ainsi qu'il est expliqué ci-dessus.

L'article 149 nouveau organise, en connexion avec les votes à la majorité qualifiée, une procédure dite de «*coopération*». Cette procédure s'applique à l'intérieur du triangle Commission-Conseil-Parlement, sous forme d'au moins six «navettes», dans le cadre d'un dispositif si compliqué que sa présentation défie toute description. La lecture de l'article 149 nouveau permet à tout le moins de faire trois constatations: premièrement, cette procédure de «coopération» n'apporte aucun accroissement de pouvoirs au Parlement, de manière qu'on ne peut pas parler d'une démocratisation du processus décisionnel; deuxièmement, il est à prévoir que l'application de cette procédure, avec ses multiples incidents et délais, ralentira considérablement le processus décisionnel déjà difficile et excessivement long; troisièmement, il est clair qu'en cas de divergence entre les différents acteurs qui participent à cette procédure, celle-ci débouche sur une non-décision, c'est-à-dire sur le blocage du système. Ceci ressort à l'évidence de l'article 149, par. 2, f).

Enfin, on remarquera l'introduction d'un complément à l'article 145 relatif aux pouvoirs du Conseil. La disposition nouvelle doit régler les *délégations de pouvoir du Conseil à la Commission*. Cette disposition laisse tout d'abord perplexe l'observateur puisqu'elle fait double emploi avec le dernier tiret de l'article 155. A la différence de cette disposition très simple, l'article 145 introduit toute une série de spécifications dont il est difficile de dire si elles doivent

servir à étendre les pouvoirs de la Commission ou, plutôt, à remettre en cause le *modus vivendi* qui s'est développé sur base de l'article 155. Si les choses étaient claires, on n'aurait pas eu besoin d'insérer dans l'acte final une déclaration qui montre combien la perspective ouverte par l'article 145 nouveau est encore incertaine, puisqu'on exige que les «règles et principes» soient fixés avant l'entrée en vigueur de l'acte européen, ce qui semble être un préalable à la ratification. Les parlements nationaux seront bien inspirés d'exiger la communication de ces «règles et principes» avant de se prononcer.

COOPERATION EN MATIERE DE POLITIQUE ETRANGERE

La troisième partie de l'acte européen, constituée par un seul article en douze paragraphes, vise à donner forme à la coopération en matière de politique étrangère, qui fonctionne en pratique depuis un certain nombre d'années. Cependant, la consécration de ce système dans la forme d'un traité international n'a pas pour objet de créer une obligation quelconque à charge de ceux qu'on appelle ici «Hautes Parties Contractantes». Le texte de l'article 30 ne dépasse en effet en aucun de ses points le niveau de déclarations d'intention qui culminent dans des formules disant, par exemple, que «la détermination de positions communes constitue un *point de référence* pour les politiques des HPC» (par. 2, c), que les HPC «s'abstiennent, *dans la mesure du possible*, de faire obstacle à la formation d'un consensus et à l'action conjointe qui *pourrait* en résulter» (par. 3, c) ou encore dans l'expression du vœu que les politiques suivies par la Communauté et par les HPC devraient être «cohérentes» (par. 5). Il est à noter toutefois que, pour la première fois, on parle dans un tel contexte de la «sécurité européenne», sans esquisser cependant le moindre engagement. L'accumulation de formules velléitaires de ce genre ne sert hélas qu'à mettre en évidence l'incohérence politique de l'Europe occidentale. Fallait-il, pour un tel résultat, conclure un traité solennel?

L'acte européen fixe le cadre institutionnel de la coopération en matière de politique étrangère: la présidence coïncide avec la présidence du Conseil communautaire; la Commission est associée aux travaux des HPC; il est créé une réunion des directeurs politiques sous le nom de «comité politique», un

«groupe des correspondants européens» et un secrétariat, établi à Bruxelles. Il est précisé — seule disposition juridique en la matière — que les membres de ce secrétariat jouissent des privilèges et immunités diplomatiques, ce qui les distinguera du commun des fonctionnaires de la Communauté. Sans doute cette disposition constituera-t-elle la garantie la plus sûre de l'autonomie durable de ce secrétariat.

DECLARATIONS ET RESERVES

L'acte final de la conférence intergouvernementale réunit vingt déclarations, en partie communes, en partie unilatérales, qui ont pour objet soit de compléter les dispositions de l'acte européen, soit de les interpréter, soit d'y déroger. Ces déclarations, formulées en dehors de l'acte européen proprement dit, ne sont pas sujettes à ratification.

Comme cet acte final empiète en plusieurs points sur les dispositions de l'acte européen proprement dit, et même sur le traité CEE, on peut facilement imaginer les problèmes juridiques qu'il va soulever le jour où les dispositions signées le 17 février 1986 vont être mises en oeuvre.

Cette observation concerne surtout les réserves unilatérales, qui viennent remettre en cause a posteriori certaines dispositions d'un traité déjà ratifié. En effet, certaines parmi les parties contractantes déclarent diverses matières du traité CEE comme étant des matières «particulièrement sensibles» du point de vue national et se réservent d'exiger à cet égard un traitement particulier:

- la *Grèce* pour les questions de transferts de capitaux, la navigation maritime et la navigation aérienne;
- l'*Irlande* pour la question des assurances (on notera qu'un recours est actuellement pendant contre l'Irlande en la matière);
- Le *Portugal* pour la question des prestations de services, la navigation maritime et la navigation aérienne.

Particulièrement caractéristique de l'atmosphère générale est une réserve du *Danemark* qui souligne que tant l'article 36 du traité CEE que le nouvel article 100A permettent aux Etats membres de prendre des mesures *unilatérales* pour la protection de leur intérêt national.

QUESTIONS REDACTIONNELLES

La rédaction de l'acte européen fait contraste avec le texte en général sobre, clair et positif des traités instituant les Communautés. Le style de cet acte est en effet caractérisé par deux qualités qu'on pourrait appeler: grandiloquence et ambiguïté. Il s'agit manifestement du résultat d'une négociation heurtée, dans laquelle les participants ont recherché des objectifs diamétralement opposés et dont le résultat a été bâclé vaille que vaille, pour ne pas donner l'impression d'un échec.

Or, ces défauts de rédaction recèlent d'immenses dangers pour la solidité de la construction communautaire. Chaque ambiguïté constitue en effet une ouverture au protectionnisme national. Le comportement des Etats membres devant la Cour de justice l'a amplement prouvé: toute incertitude des textes est exploitée à des fins de protection nationale. Il n'est pas possible dans le cadre de ce document de commenter toutes les incongruités que l'oeil du lecteur critique ne manque pas de relever.

Ainsi, comment peut-on parler sérieusement d'un «espace sans frontières intérieures» dans un texte qui sert précisément à cimenter les frontières fiscales et les frontières monétaires entre les Etats membres? Cette expression ne sert qu'à masquer la thématique réelle du marché commun qui consiste précisément à créer un espace économique en dépit de frontières politiques que personne ne songe à effacer. Les frontières subsistent après 200 ans à l'intérieur de l'union américaine, la frontière subsiste après 80 ans d'union entre la Belgique et le Luxembourg, après 35 ans d'union entre la Belgique et les Pays-Bas. En réalité, le slogan du marché «sans frontières» ne sert qu'à masquer le fait que les Etats membres renvoient à l'horizon 1993, sans aucun engagement, ce qui devait être réalisé en substance pour le 1^{er} janvier 1970.

Que signifient, on l'a déjà dit, les notions fuyantes de «sécurité» et de «milieu de travail» comme motifs de protection?

Qui donc a inventé l'expression de «coopération» pour couvrir un processus décisionnel destiné avant tout à frustrer la représentation populaire de ses prérogatives?

Comment peut-on employer le grand mot d'«union économique et monétaire» pour masquer une clause dont l'effet le plus sûr sera de freiner le progrès du système monétaire européen?

Comment sera-t-il possible de combler le fossé qui sépare le vague des objectifs énoncés en matière de protection de l'environnement et une action concrète de la Communauté?

Quelle est la logique juridique de l'article 100A nouveau? Cette disposition permet-elle d'intervenir directement sur la libre circulation des marchandises ou seulement au niveau des mesures d'harmonisation?

En vertu de quelle perversion a-t-on pu parler, dans le même article, de dispositions législatives nationales ayant «pour objet» l'établissement et le fonctionnement du fameux «marché intérieur» qui, après tout, est celui de la Communauté?

PROGRES OU REGRESSION DE LA COMMUNAUTE?

Lorsqu'on essaie de faire ainsi le bilan des progrès apportés par l'acte européen et des dangers de désintégration qu'il recèle, on mesure l'énormité de l'imprudenc e commise par tous, gouvernements et Parlement européen, qui ont lancé cette oeuvre de réforme à une époque où manifestement plusieurs Etats membres n'ont qu'un objectif, qui est de remettre en cause les engagements contractés par leur adhésion à la Communauté européenne et de marquer en même temps un coup d'arrêt à l'égard de la jurisprudence de la Cour de justice, trop favorable, aux yeux de certains, au progrès du processus d'intégration. Dans ces conditions, les travaux de la conférence intergouvernementale ont dû fatalement aboutir à un résultat à l'intérieur duquel les éléments de progrès sont tenus en échec par les éléments de régression.

Ou plutôt, ne faut-il pas dire que la remise en cause des acquis en matière de marché commun, du fait qu'elle concerne le coeur même des réalisations obtenues jusqu'ici et qu'elle ouvre sur une nouvelle ère de protectionnisme national, pèse plus lourd que les progrès promis par l'acte européen en matière de développement scientifique et technologique et un réaménagement problématique du processus décisionnel? Tout compte fait, on arrive à la conclusion que le moindre mal pour l'Europe serait l'échec de cet acte, en somme, rétrograde.

Déjà le Parlement européen a pris ses distances dans sa résolution du 16 janvier 1986 et on ne connaît encore rien des réactions des parlements nationaux, sauf celui du Danemark. Si ces parlements prennent au sérieux l'exercice de leurs pouvoirs de contrôle, ils ne pourront pas éviter d'appliquer leur jugement critique aux incohérences de cet acte dont les promesses restent incertaines, alors que son effet destructeur n'est que trop visible et trop certain. L'acte unique» n'a été, dans un premier stade, signé que par neuf Etats membres sur douze. (12) Personne ne peut dire à l'heure actuelle s'il passera l'écueil des ratifications. S'il devait en fin de compte échouer, ce ne serait pas une catastrophe. Le chemin de l'Europe est, hélas, jalonné d'épaves de ce genre, depuis le projet de communauté politique imaginé par l'assemblée ad hoc, par le CED, jusqu'au projet d'union politique qui est à l'origine de cette négociation désastreuse. L'impératif de l'heure est de conserver intact, à tout prix, l'instrument incomparable que sont les Communautés européennes. Leurs pouvoirs sont suffisamment souples et suffisamment étendus pour accommoder même les développements nouveaux du genre de ceux que promet l'acte du 17 février 1986: il n'est pas trop tard pour en faire usage dans un esprit de bonne volonté sans prendre recours au procédé aléatoire d'une révision des traités.

(12) Entre temps, le référendum lancé au Danemark a donné une majorité et l'acte a été signé par les trois Etats membres qui s'étaient encore abstenus. On ne peut que se réjouir de l'issue de cette consultation populaire, pour l'intention majoritaire qu'elle exprime. Mais le fait est que le corps électoral danois s'est prononcé sur un acte qu'il ne pouvait pas connaître, puisqu'il n'existait pas encore au moment où le référendum a été mis en route. Si le public danois avait été correctement informé, les adversaires du marché commun auraient dû approuver l'acte européen, parce qu'il est le moyen le plus sûr de saper les bases de la Communauté. L'issue du référendum les aura comblés malgré eux.

ACTO ÚNICO EUROPEU (*)

(*) Texto publicado no Boletim das Comunidades Europeias, Suplemento 2/86.

Sua Majestade o Rei dos Belgas,

Sua Majestade a Rainha da Dinamarca,

O Presidente da República Federal da Alemanha,

O Presidente da República Helénica,

Sua Majestade o Rei de Espanha,

O Presidente da República Francesa,

O Presidente da Irlanda,

O Presidente da República Italiana,

Sua Alteza Real o Grão-Duque do Luxemburgo,

Sua Majestade a Rainha dos Países Baixos,

O Presidente da República Portuguesa,

Sua Majestade a Rainha do

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte,

Animados da vontade de prosseguir a obra empreendida com base nos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e de transformar o conjunto das relações entre os seus Estados numa União Europeia, em conformidade com a Declaração Solene de Estugarda, de 19 de Junho de 1983.

Resolvidos a pôr em prática essa União Europeia com base, por um lado, nas Comunidades, funcionando segundo as suas regras próprias e, por outro

lado, na cooperação europeia entre os Estados signatários em matéria de política externa e a dotar essa União dos meios de acção necessários,

Decididos a promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social,

Convencidos de que a ideia europeia, os resultados adquiridos nos domínios da integração económica e da cooperação política, bem como a necessidade de novos desenvolvimentos correspondem aos anseios dos povos democráticos europeus, para quem o Parlamento Europeu, eleito por sufrágio universal, é um meio de expressão indispensável,

Conscientes da responsabilidade que cabe à Europa de procurar falar cada vez mais em uníssono e agir com coesão e solidariedade, para defender com maior eficácia os seus interesses comuns e a sua independência e fazer valer muito especialmente os princípios da democracia e do respeito pelo Direito e pelos Direitos do Homem, aos quais aderem, para dar em conjunto o seu próprio contributo à manutenção da paz e da segurança internacionais, de acordo com o compromisso que assumiram no âmbito da Carta das Nações Unidas,

Determinados a melhorar a situação económica e social, pelo aprofundamento das políticas comuns e pela prossecução de novos objectivos, e a garantir um melhor funcionamento das Comunidades, dando às Instituições a possibilidade de exercerem os seus poderes nas condições mais conformes ao interesse comunitário,

Considerando que, aquando a sua Conferência de Paris de 19 a 21 de Outubro de 1972, os chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros aprovaram o objectivo de realização progressiva da União Económica e Monetária,

Considerando o anexo às conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Bremen de 6 e 7 de Julho de 1978, bem como a Resolução do Conselho Europeu de Bruxelas de 5 de Dezembro de 1978 relativa à instauração do Sistema Monetário Europeu (SME) e questões conexas e sublinhando que, nos termos dessa resolução, a Comunidade e os Bancos Centrais dos Estados-membros tomaram um certo número de medidas destinadas a pôr em prática a cooperação monetária.

Decidiram estabelecer o presente Acto e designaram para o efeito como plenipotenciários:

*Sua Majestade o Rei dos Belgas,
O Senhor Leo Tindemans,
Ministro das Relações Externas;*

*Sua Majestade a Rainha da Dinamarca,
O Senhor Uffe Ellemann-Jensen,
Ministro dos Negócios Estrangeiros;*

*O Presidente da República Federal da Alemanha,
O Senhor Hans-Dietrich Genscher,
Ministro Federal dos Negócios Estrangeiros;*

*O Presidente da República Helénica,
O Senhor Karolos Papoulias,
Ministro dos Negócios Estrangeiros;*

*Sua Majestade o Rei de Espanha,
O Senhor Francisco Fernandez Ordoñez,
Ministro dos Negócios Estrangeiros;*

*O Presidente da República Francesa,
O Senhor Roland Dumas,
Ministros das Relações Externas;*

*O Presidente da Irlanda,
O Senhor Peter Barry, TD,
Ministro dos Negócios Estrangeiros;*

*O Presidente da República Italiana,
O Senhor Giulio Andreotti,
Ministro dos Negócios Estrangeiros;*

*Sua Alteza o Grão-Duque do Luxemburgo,
O Senhor Robert Goebbels,
Secretário de Estado do Ministério
dos Negócios Estrangeiros;*

*Sua Majestade a Rainha dos Países Baixos,
O Senhor Hans van den Broek,
Ministro dos Negócios Estrangeiros;*

*O Presidente da República Portuguesa,
O Senhor Pedro Pires de Miranda,
Ministro dos Negócios Estrangeiros;*

*Sua Majestade a Rainha do
Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte,
A Senhora Lynda Chalker,
Ministro adjunto dos Negócios Estrangeiros
e do Commonwealth.*

Os quais, depois de terem trocado os seus plenos poderes reconhecidos em boa e devida forma, acordaram no seguinte:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES COMUNS

Artigo 1.º

As Comunidades Europeias e a cooperação política europeia têm por objectivo contribuir em conjunto para fazer progredir concretamente a União Europeia.

As Comunidades europeias baseiam-se nos Tratados que instituem a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a Comunidade Económica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atómica, bem como nos Tratados e actos subsequentes que os alteraram ou completaram.

A cooperação política é regida pelo Título III. As disposições deste Título confirmam e completam os procedimentos acordados nos relatórios do Luxemburgo (1970), Copenhaga (1973) e Londres (1981) bem como na Declaração Solene sobre a União Europeia (1983), e as práticas progressivamente estabelecidas entre os Estados-membros.

Artigo 2.º

O Conselho Europeu reúne os chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros e o presidente da Comissão das Comunidades Europeias, que são assistidos pelos ministros dos Negócios Estrangeiros e por um membro da Comissão.

O Conselho Europeu reúne-se pelo menos duas vezes por ano.

Artigo 3.º

As instituições das Comunidades Europeias, a partir de agora designadas como a seguir, exercem os respectivos poderes e competências nas condições e para os fins previstos pelos Tratados que instituem as Comunidades e pelos Tratados e actos subsequentes que os alteraram ou completaram, bem como pelas disposições do Título II.

As instituições e órgãos competentes em matéria de cooperação política europeia exercem os respectivos poderes e competências nas condições e para os fins estabelecidos no Título III e nos documentos mencionados no terceiro parágrafo do artigo 1.º.

TÍTULO II

DISPOSIÇÕES QUE ALTERAM OS TRATADOS QUE INSTITUEM AS COMUNIDADES EUROPEIAS

CAPÍTULO I

Disposições que alteram o Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

Artigo 4.º

Ao Tratado CECA são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 32.º D

1. *A pedido do Tribunal de Justiça e após consulta da Comissão e do Parlamento Europeu, o Conselho, deliberando por unanimidade, pode associar ao Tribunal de Justiça uma jurisdição encarregada de conhecer em primeira instância, sem prejuízo de recurso para o Tribunal de Justiça limitado às questões de direito e nas condições fixadas pelo Estatuto, de certas categorias de acções propostas por pessoas singulares ou colectivas. Essa jurisdição não terá competência para conhecer de processos apresentados por Estados-membros ou por Instituições comunitárias, nem de questões prejudiciais submetidas nos termos do artigo 41.º.*

2. *O Conselho, de acordo com o procedimento previsto no n.º 1, fixará a composição dessa jurisdição e adoptará as adaptações e as disposições complementares necessárias ao Estatuto do Tribunal de Justiça. Salvo decisão em contrário do Conselho, são aplicáveis a essa jurisdição as disposições do presente Tratado relativas ao Tribunal de Justiça e, nomeadamente, as disposições do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça.*

3. *Os membros dessa jurisdição serão escolhidos entre pessoas que ofereçam todas as garantias de independência e que possuam a capacidade requerida para o exercício de funções jurisdicionais; serão nomeados de comum acordo por seis anos pelos Governos dos Estados-membros. De três em três anos proceder-se-á a uma substituição parcial. Os membros cessantes podem ser nomeados de novo.*

4. *Essa jurisdição estabelecerá o respectivo regulamento processual de acordo com o Tribunal de Justiça. Esse regulamento será submetido à aprovação unânime do Conselho».*

Artigo 5.º

Ao artigo 45.º do Tratado CECA é aditado o parágrafo seguinte:

«O Conselho, deliberando por unanimidade, a pedido do Tribunal de

Justiça e após consulta da Comissão e do Parlamento Europeu, pode alterar as disposições do Título III do Estatuto».

CAPÍTULO II

DISPOSIÇÕES QUE ALTERAM O TRATADO QUE INSTITUI A COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPEIA

SECÇÃO I

DISPOSIÇÕES INSTITUCIONAIS

Artigo 6.º

1. É instituído um procedimento de cooperação aplicável aos actos que têm por base os artigos 7.º, 49.º, o n.º 2 do artigo 54.º, o n.º 2, segunda frase do artigo 56.º, o artigo 57.º, com excepção da segunda frase do n.º 2, os artigos 100.º A, 100.º B, 118.º A, 130.º E, e o n.º 2 do artigo 130.º Q do Tratado CEE.

2. No segundo parágrafo do artigo 7.º do Tratado CEE, a expressão «após consulta da Assembleia» é substituída pela expressão «em cooperação com o Parlamento Europeu».

3. No artigo 49.º do Tratado CEE, a expressão «o Conselho, sob proposta da Comissão, e após consulta do Comité Económico e Social, tomará» é substituída pela expressão «o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, em cooperação com o Parlamento Europeu e após consulta do Comité Económico e Social, tomará».

4. No n.º 2 do artigo 54.º do Tratado CEE, a expressão «o Conselho, sob proposta da Comissão, e após consulta do Comité Económico e Social e da Assembleia, adoptará» é substituída pela expressão «*o Conselho, sob proposta da Comissão, em cooperação com o Parlamento Europeu, e após consulta do Comité Económico e Social, adoptará*».

5. A última frase do n.º 2 do artigo 56.º do Tratado CEE passa a ter a seguinte redacção:

«Todavia, após o final da segunda fase, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão e em cooperação com o Parlamento Europeu, adoptará directivas destinadas a coordenar as disposições regulamentares ou administrativas dos Estados-membros».

6. No n.º 1 do artigo 57.º do Tratado CEE, a expressão «e após consulta da Assembleia» é substituída pela expressão «*e em cooperação com o Parlamento Europeu*».

7. No n.º 2 do artigo 57.º do Tratado CEE, a terceira frase passa a ter a seguinte redacção:

«Nos outros casos, o Conselho delibera por maioria qualificada, em cooperação com o Parlamento Europeu».

Artigo 7.º

O artigo 149.º do Tratado CEE passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 149.º

1. Sempre que, por força do presente Tratado, um acto do Conselho seja adoptado sob proposta da Comissão, o Conselho só pode adoptar um acto que constitua alteração dessa proposta deliberando por unanimidade.

2. Sempre que, por força do presente Tratado, um acto do Conselho seja adoptado em cooperação com o Parlamento Europeu, é aplicável o procedimento seguinte:

a) O Conselho, deliberando por maioria qualificada, nos termos do n.º 1, sob proposta da Comissão e após parecer do Parlamento Europeu, adopta uma posição comum.

b) A posição do Conselho é transmitida ao Parlamento Europeu. O Conselho e a Comissão informam plenamente o Parlamento Europeu das razões que conduziram o Conselho a adoptar a sua posição comum, bem como da posição da Comissão.

Se no prazo de três meses após essa comunicação, o Parlamento Europeu aprovar essa posição comum ou se não se tiver pronunciado nesse prazo, o Conselho adoptará definitivamente o acto em causa em conformidade com a posição comum.

c) O Parlamento Europeu pode, no prazo de três meses referido na alínea b), por maioria absoluta dos membros que o compõem, propôr alterações à posição comum do Conselho. O Parlamento Europeu pode igualmente, pela mesma maioria, rejeitar a posição comum do Conselho. O resultado das deliberações será transmitido ao Conselho e à Comissão.

Se o Parlamento Europeu tiver rejeitado a posição comum do Conselho, este só pode deliberar em segunda leitura por unanimidade.

d) A Comissão reexamina no prazo de um mês a proposta em que o Conselho se baseou ao adoptar a posição comum a partir das alterações propostas pelo Parlamento Europeu.

A Comissão transmite ao Conselho, simultaneamente com a sua proposta reexaminada, as alterações do Parlamento Europeu que não tenham recebido o seu acordo, acompanhadas de um parecer sobre as mesmas. O Conselho pode adoptar essas alterações por unanimidade.

e) O Conselho, deliberando por maioria qualificada, adopta a proposta reexaminada da Comissão.

O Conselho só pode alterar a proposta reexaminada da Comissão por unanimidade.

f) Nos casos referidos nas alíneas c), d) e e), o Conselho deve deliberar no prazo de três meses. Se não houver decisão nesse prazo, considera-se que a proposta da Comissão não foi adoptada.

g) Os prazos referidos nas alíneas b) e f) podem ser prorrogados por comum acordo entre o Conselho e o Parlamento Europeu, por um mês, no máximo.

3. Até deliberação do Conselho, a Comissão pode alterar a sua proposta ao longo dos procedimentos referidos nos n.ºs 1 e 2».

Artigo 8.º

O primeiro parágrafo do artigo 237.º do Tratado CEE passa a ter a seguinte redacção:

«Qualquer Estado europeu pode pedir para se tornar membro da Comunidade. Para tal dirigirá o seu pedido ao Conselho, o qual se pronunciará por unanimidade, depois de ter consultado a Comissão e após parecer conforme do Parlamento Europeu que se pronunciará por maioria absoluta dos membros que o compõem».

Artigo 9.º

O segundo parágrafo do artigo 238.º do Tratado CEE passa a ter a seguinte redacção:

«Tais acordos são concluídos pelo Conselho, deliberando por unanimidade, e após parecer conforme do Parlamento Europeu que se pronunciará por maioria absoluta dos membros que o compõem».

Artigo 10.º

Ao artigo 145.º do Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«— atribui à Comissão, nos actos que adopta, a competência de execução

das normas que estabelece. O Conselho pode submeter o exercício dessa competência a certas regras. O Conselho pode igualmente reservar-se, em casos específicos, o direito de exercer directamente competências de execução. As modalidades acima referidas devem corresponder aos princípios e normas que o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após parecer do Parlamento Europeu, tenha estabelecido previamente.»

Artigo 11.º

Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 168.º A

1. A pedido do Tribunal de Justiça e após consulta da Comissão e do Parlamento Europeu, o Conselho, deliberando por unanimidade, pode associar ao Tribunal de Justiça uma jurisdição encarregada de conhecer em primeira instância, sem prejuízo de recurso para o Tribunal de Justiça limitado às questões de direito e nas condições fixadas pelo Estatuto, de certas categorias de acções propostas por pessoas singulares ou colectivas. Essa jurisdição não terá competência para conhecer de processos apresentados por Estados-membros ou por Instituições comunitárias, nem de questões prejudiciais submetidas nos termos do artigo 177.º.

2. O Conselho, de acordo com o procedimento previsto no n.º 1, fixará a composição dessa jurisdição e adoptará as adaptações e as disposições complementares necessárias ao Estatuto do Tribunal de Justiça. Salvo decisão em contrário do Conselho, são aplicáveis a essa jurisdição as disposições do presente Tratado relativas ao Tribunal de Justiça nomeadamente, as disposições do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça.

3. Os membros dessa jurisdição serão escolhidos entre pessoas que ofereçam todas as garantias de independência e que possuam a capacidade requerida para o exercício de funções jurisdicionais; serão nomeados de comum

acordo por seis anos pelos Governos dos Estados-membros. De três em três anos proceder-se-á a uma substituição parcial. Os membros cessantes podem ser nomeados de novo.

4. Essa jurisdição estabelecerá o respectivo regulamento processual de acordo com o Tribunal de Justiça. Esse regulamento será submetido à aprovação unânime do Conselho».

Artigo 12.º

Ao artigo 188.º do Tratado CEE é aditado o seguinte segundo parágrafo:

«O Conselho, deliberando por unanimidade, a pedido do Tribunal de Justiça e após consulta da Comissão e do Parlamento Europeu, pode alterar as disposições do Título III do Estatuto».

SECÇÃO II

DISPOSIÇÕES RELATIVAS AOS FUNDAMENTOS E À POLÍTICA DA COMUNIDADE

Subsecção I — O MERCADO INTERNO

Artigo 13.º

Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 8.º A

A Comunidade adoptará as medidas destinadas a estabelecer progressivamente o mercado interno durante um período que termina em 31 de Dezembro de 1992, nos termos do disposto no presente artigo e nos artigos 8.º B, 8.º C e 28.º, no n.º 2 do artigo 57.º, no artigo 59.º, n.º 1 do artigo 70.º, e os artigos 84.º, 99.º, 100.º A e 100.º B, e sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurado de acordo com as disposições do presente Tratado.

Artigo 14.º

Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 8.º B

A Comissão apresentará um relatório ao Conselho, antes de 31 de Dezembro de 1988 e antes de 31 de Dezembro de 1990, sobre o estado de adiantamento dos trabalhos destinados à realização do mercado interno, no prazo fixado no artigo 8.º A.

O Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, definirá as orientações e condições necessárias para assegurar um progresso equilibrado no conjunto dos sectores abrangidos».

Artigo 15.º

Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 8.º C

Aquando da formulação das suas propostas destinadas a realizar os objectivos enunciados no artigo 8.º A, a Comissão terá em conta a amplitude do esforço que certas economias que apresentam diferenças de desenvolvimento devem suportar durante o período de estabelecimento do mercado interno e pode propôr as disposições adequadas.

Se estas disposições tomarem a forma de derrogações, devem ter carácter temporário e implicar o mínimo possível de perturbações no funcionamento do mercado comum».

Artigo 16.º

1. O artigo 28.º do Tratado CEE passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 28.º

O Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, decidirá quaisquer modificações ou suspensões autónomas dos direitos da pauta aduaneira comum».

2. No n.º 2 do artigo 57.º do Tratado CEE, a segunda frase passa a ter a seguinte redacção:

«Exige-se unanimidade para directivas cuja execução num Estado-membro, pelo menos, implique uma modificação dos princípios legislativos em vigor do regime das profissões no que respeita à formação e às condições de acesso de pessoas singulares».

3. No segundo parágrafo do artigo 59.º do Tratado CEE, a expressão «por unanimidade» é substituída pela expressão «*por maioria qualificada*».

4. No n.º 1 do artigo 70.º do Tratado CEE as duas últimas frases são substituídas pelas disposições seguintes:

«Para o efeito, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, adoptará directivas, esforçando-se por atingir o mais alto grau possível de liberalização. A unanimidade é necessária para as medidas que constituam um recuo quanto à liberalização dos movimentos de capitais».

5. No n.º 2 do artigo 84.º do Tratado CEE, o termo «por unanimidade» é substituído pela expressão «*por maioria qualificada*».

6. Ao n.º 2 do artigo 84.º do Tratado CEE é aditado o parágrafo seguinte:
«São aplicáveis as disposições processuais dos n.º 1 e 3 do artigo 75.º».

Artigo 17.º

O artigo 99.º do Tratado CEE passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 99.º

O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu, adoptará as disposições relacionadas com a harmonização das legislações relativas aos impostos sobre o volume de negócios, aos impostos sobre consumos específicos e a outros impostos indirectos, na medida em que essa harmonização seja necessária para assegurar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno no prazo previsto no artigo 8.º A».

Artigo 18.º

Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 100.º A

1. Em derrogação do artigo 100.º e salvo disposições contrárias do presente Tratado, aplicam-se as disposições seguintes para a realização dos objectivos enunciados no artigo 8.º A. O Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, em cooperação com o Parlamento Europeu e após consulta do Comité Económico e Social, adoptará as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, que têm por objecto estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

2. O n.º 1 não se aplica às disposições fiscais, às relativas à livre circulação das pessoas e às relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados.

3. *A Comissão, nas suas propostas previstas no n.º 1 em matéria de saúde, de segurança, de protecção do ambiente e de protecção dos consumidores, basear-se-á num nível de protecção elevado.*

4. *Se após adopção de uma medida de harmonização pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, um Estado-membro considerar necessário aplicar disposições nacionais justificadas por exigências importantes referidas no artigo 36.º ou relativas à protecção do meio de trabalho ou do ambiente, notificará-las-á à Comissão.*

A Comissão confirmará as disposições em causa, depois de ter verificado que não constituem um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição disimulada no comércio entre Estados-membros.

Em derrogação do procedimento dos artigos 169.º e 170.º, a Comissão ou qualquer Estado-membro pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça se considerar que um outro Estado-membro utiliza de forma abusiva os poderes previstos neste artigo.

5. *As medidas de harmonização acima referidas compreendem, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda que autoriza os Estados-membros a tomar por uma ou várias das razões não económicas referidas no artigo 36.º do Tratado, medidas provisórias sujeitas a um procedimento comunitário de controlo».*

Artigo 19.º

Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 100.º B

1. *Durante o ano de 1992, a Comissão procederá em conjunto com cada Estado-membro, a um recenseamento das disposições legislativas, regulamentares e administrativas abrangidas pelo artigo 100.º A que não foram objecto de uma harmonização com fundamento neste último artigo.*

O Conselho, deliberando nos termos do disposto no artigo 100.º A, pode decidir que certas disposições em vigor num Estado-membro devam ser reconhecidas como equivalentes às aplicadas por outro Estado-membro.

2. São aplicáveis por analogia as disposições do n.º 4 do artigo 100.º A.

3. A Comissão procederá ao recenseamento referido no primeiro parágrafo e apresentará as propostas adequadas em tempo útil para permitir ao Conselho deliberar antes do final de 1992».

Subsecção II — A capacidade monetária

Artigo 20.º

1. No Tratado CEE é inserido no Título II da Parte III um novo capítulo com a seguinte redacção:

«Capítulo I

*A cooperação no domínio da política económica
e monetária
(União Económica e Monetária)*

Artigo 102.º A

1. *A fim de garantir a convergência das políticas económica e monetária necessária ao desenvolvimento posterior da Comunidade, os Estados-membros cooperam nos termos dos objectivos do artigo 104.º. Nesses termos, os Estados-membros têm em conta a experiência adquirida graças à cooperação no âmbito do Sistema Monetário Europeu (SME) e graças à evolução do ECU, no respeito das competências existentes.*

2. *Na medida em que o desenvolvimento posterior no plano da política económica e monetária exigir modificações institucionais, será aplicável o*

disposto no artigo 236.º. No caso de modificações institucionais no domínio monetário, serão igualmente consultados o Comité Monetário e o Comité dos Governadores dos Bancos Centrais».

2. Os Capítulos 1, 2 e 3 passam a ser os Capítulos 2, 3 e 4 respectivamente.

Subsecção III — A política social

Artigo 21.º

Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 118.º A

1. Os Estados-membros empenham-se em promover a melhoria, nomeadamente, das condições de trabalho, para protegerem a segurança e a saúde dos trabalhadores, e estabelecerem como objectivo a harmonização no progresso das condições existentes nesse domínio.

2. Para contribuir para a realização do objectivo previsto no n.º 1, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, em cooperação com o Parlamento Europeu e após consulta do Comité Económico e Social, adoptará por meio de directiva as prescrições mínimas progressivamente aplicáveis, tendo em conta as condições e regulamentações técnicas existentes em cada Estado-membro.

Essas directivas devem evitar impor disciplinas administrativas, financeiras e jurídicas tais que sejam contrárias à criação e desenvolvimento de pequenas e médias empresas.

3. As disposições adoptadas nos termos do presente artigo não obstam à manutenção e ao estabelecimento, por cada Estado-membro, de medidas de

protecção reforçada das condições de trabalho, compatíveis com o presente Tratado».

Artigo 22.º

Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 118.º B

A Comissão esforça-se por desenvolver o diálogo entre parceiros sociais a nível europeu, que pode conduzir, se estes últimos o entenderem desejável, a relações convencionais».

Subsecção IV — A coesão económica e social

Artigo 23.º

À Parte III do Tratado CEE é aditado um Título V com a seguinte redacção:

TÍTULO V

A coesão económica e social

Artigo 130.º A

A fim de promover um desenvolvimento harmonioso do conjunto da Comunidade, esta desenvolve e prossegue a sua acção tendente ao reforço da sua coesão económica e social.

Em especial, a Comunidade procura reduzir a diferença entre as diversas regiões e o atraso das regiões menos favorecidas.

Artigo 130.º B

Os Estados-membros conduzem a sua política económica e coordenam-na tendo em vista igualmente atingir os objectivos enunciados no artigo 130.º A. A execução das políticas comuns e do mercado interno tem em conta os objectivos enunciados no artigo 130.º A e do artigo 130.º C e contribui para a respectiva realização. A Comunidade apoia essa realização pela acção que desenvolve através dos Fundos com finalidade estrutural (Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola, Secção Orientação, Fundo Social Europeu, Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional), do Banco Europeu de Investimento e dos outros instrumentos financeiros existentes.

Artigo 130.º C

O Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional tem como objectivo contribuir para a correcção dos principais desequilíbrios regionais na Comunidade através de uma participação no desenvolvimento e no ajustamento estrutural das regiões menos desenvolvidas e na reconversão das regiões industriais em declínio.

130.º D

A partir da entrada em vigor do Acto Único Europeu, a Comissão submeterá ao Conselho uma proposta de conjunto tendo em vista introduzir na estrutura e nas regras de funcionamento dos Fundos existentes com finalidade estrutural (Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola, Secção Orientação, Fundo Social Europeu, Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional), as modificações que se revelem necessárias para precisar e racionalizar as respectivas missões a fim de contribuírem para a realização dos objectivos enunciados nos artigos 130.º A e 130.º C, bem como para reforçar a respectiva eficácia e coordenar as suas intervenções entre elas e com as dos instrumentos financeiros existentes. O Conselho deliberará por unanimidade sobre esta proposta no prazo de um ano, após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social.

Artigo 130.º E

Após adopção da decisão referida no artigo 130.º D, as decisões de aplicação relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional serão tomadas pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão e em cooperação com o Parlamento Europeu.

No respeitante ao Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola, Secção Orientação, e ao Fundo Social Europeu, permanecem respectivamente aplicáveis os artigos 43.º, 126.º e 127.º».

Subsecção V — A investigação e o desenvolvimento tecnológico

Artigo 24.º

À Parte III do Tratado CEE é aditado um Título VI com a seguinte redacção:

«TÍTULO VI

A investigação e o desenvolvimento tecnológico

Artigo 130.º F

1. A Comunidade assume o objectivo de reforçar as bases científicas e tecnológicas da indústria europeia e de favorecer o desenvolvimento da sua competitividade internacional.

2. Para esse efeito, incentivará as empresas, incluindo as Pequenas e Médias Empresas, os centros de investigação e as universidades nos seus esforços de investigação e de desenvolvimento tecnológico; apoiará os seus esforços de cooperação, tendo especialmente por objectivo dar ás empresas a possibili-

dade de explorarem plenamente as potencialidades do mercado interno da Comunidade por meio, nomeadamente, da abertura dos mercados públicos nacionais, da definição de normas comuns e da eliminação dos obstáculos jurídicos e fiscais a esta cooperação.

3. Na realização desses objectivos, será especialmente tida em conta a relação entre o esforço comum empreendido em matéria de investigação e de desenvolvimento tecnológico, o estabelecimento do mercado interno e a execução de políticas comuns, nomeadamente, em matéria de concorrência e de trocas:

Artigo 130.º G

Para a prossecução destes objectivos, a Comunidade desenvolverá as acções seguintes, que completam as acções empreendidas nos Estados-membros:

a) Execução de programas de investigação, de desenvolvimento tecnológico, e de demonstração, promovendo a cooperação com as empresas, os centros de investigação e as universidades;

b) Promoção da cooperação em matéria de investigação, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração comunitários com países terceiros e com organizações internacionais;

c) Difusão e valorização dos resultados das actividades em matéria de investigação, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração comunitários;

d) Incentivo à formação e à mobilidade dos investigadores da Comunidade.

Artigo 130.º H

Os Estados-membros coordenarão entre si, em ligação com a Comissão, as políticas e programas conduzidos a nível nacional. A Comissão pode tomar, em contacto estreito com os Estados-membros, todas as iniciativas úteis para promover essa coordenação.

Artigo 130.º I

1. A Comunidade adoptará um programa-quadro plurianual no qual será enumerado o conjunto das suas acções. O programa-quadro fixará os objectivos científicos e técnicos, definirá as respectivas prioridades, indicará as linhas gerais das acções previstas, fixará o montante considerado necessário e as modalidades da participação financeira da Comunidade no conjunto do programa, bem como a repartição deste montante entre as diferentes acções previstas.

2. O programa-quadro pode ser adaptado ou completado em função da evolução das situações.

Artigo 130.º K

A execução do programa-quadro será feita por meio de programas específicos desenvolvidos no âmbito de cada acção. Cada programa específico definirá as modalidades da respectiva realização, fixará a sua duração e preverá os meios considerados necessários.

O Conselho definirá as modalidades de difusão dos conhecimentos resultantes dos programas específicos.

Artigo 130.º L

Na execução do programa-quadro plurianual podem ser decididos programas complementares nos quais apenas participarão certos Estados-membros que assegurem o seu financiamento, sob reserva de uma eventual participação da Comunidade.

O Conselho adoptará as regras aplicáveis aos programas complementares, nomeadamente em matéria de difusão dos conhecimentos e de acesso de outros Estados-membros.

Artigo 130.º M

Na execução do programa-quadro plurianual, a Comunidade pode prever, de acordo com os Estados-membros interessados, uma participação em programas de investigação e de desenvolvimento empreendidos por vários

Estados-membros, incluindo a participação nas estruturas criadas para a execução desses programas.

Artigo 130.º N

Na execução do programa-quadro plurianual, a Comunidade pode prever uma cooperação em matéria de investigação, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração comunitários com países terceiros ou organizações internacionais.

As modalidades desta cooperação podem ser objecto de acordos internacionais entre a Comunidade e as partes terceiras interessadas, que serão negociados e concluídos nos termos do artigo 228.º.

Artigo 130.º O

A Comunidade pode criar empresas comuns ou qualquer outra estrutura necessária à boa execução dos programas de investigação, de desenvolvimento tecnológico e de demonstração comunitários.

Artigo 130.º P

1. As modalidades de financiamento de cada programa, incluindo uma eventual participação da Comunidade, serão fixadas aquando da adopção do programa.

2. O montante da contribuição anual da Comunidade será adoptado no âmbito do procedimento orçamental, sem prejuízo dos outros modos de intervenção eventual da Comunidade. A soma dos custos estimados dos programas específicos não deve ultrapassar o financiamento previsto pelo programa-quadro.

Artigo 130.º Q

1. O Conselho adoptará por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, as disposições referidas nos artigos 130.º I e 130.º O.

2. O Conselho adoptará por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, após consulta do Comité Económico e Social e em cooperação com o Parlamento Europeu, as disposições referidas nos artigos 130.º K, 130.º L, 130.º M e 130.º N e no n. 1 do artigo 130.º P. A adopção dos programas complementares requer, além disso, o acordo dos Estados-membros interessados».

Subsecção VI — O ambiente

Artigo 25.º

À parte III do Tratado CEE é aditado um Título VII, com a seguinte redacção:

«TÍTULO VII

O ambiente

Artigo 130.º R

1. A acção da Comunidade em matéria de ambiente tem por objectivo:

- preservar, proteger e melhorar a qualidade do ambiente,*
- contribuir para a protecção da saúde das pessoas,*
- assegurar uma utilização prudente e racional dos recursos naturais.*

2. A acção da Comunidade em matéria de ambiente fundamenta-se nos princípios da acção preventiva, da reparação dos danos ao ambiente, prioritariamente na fonte, e no princípio do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente são uma componente das outras políticas da Comunidade.

3. Na elaboração da sua acção em matéria de ambiente, a Comunidade terá em conta:

- os dados científicos e técnicos disponíveis,
- as condições do ambiente nas diversas regiões da Comunidade,
- as vantagens e os encargos que podem resultar da acção ou da ausência de acção,
- o desenvolvimento económico e social da Comunidade no seu conjunto e o desenvolvimento equilibrado das suas regiões.

4. A Comunidade intervirá em matéria de ambiente, na medida em que os objectivos referidos no n.º 1 possam ser melhor realizados a nível comunitário do que a nível dos Estados-membros considerados isoladamente. Sem prejuízo de certas medidas de carácter comunitário, os Estados-membros assegurarão o financiamento e a execução das outras medidas.

5. A Comunidade e os Estados-membros cooperarão, no âmbito das suas respectivas competências, com os países terceiros e as organizações internacionais competentes. As modalidades da cooperação da Comunidade podem ser objecto de acordos entre esta e as partes terceiras interessadas, que serão negociados e concluídos nos termos do artigo 228.º.

O parágrafo anterior não prejudica a competência dos Estados-membros para negociarem nas instâncias internacionais e para concluírem acordos internacionais.

Artigo 130.º S

O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, decidirá a acção a emprender pela Comunidade.

O Conselho definirá, nas condições previstas no parágrafo anterior, as matérias que devem ser objecto de decisões a adoptar por maioria qualificada.

Artigo 130.º T

As medidas de protecção adoptadas em comum nos termos do artigo 130.º S não constituem obstáculo à manutenção e ao estabelecimento por cada Estado-membro de medidas de protecção reforçadas compatíveis com o presente Tratado».

CAPÍTULO III

**Disposições que alteram o Tratado que institui
a Comunidade Europeia da Energia Atómica**

Artigo 26.º

Ao Tratado CEEA são aditadas as disposições seguintes:

«Artigo 140.º A

1. A pedido ao Tribunal de Justiça e após consulta da Comissão e ao Parlamento Europeu, o Conselho, deliberando por unanimidade, pode associar ao Tribunal de Justiça uma jurisdição encarregada de conhecer em primeira instância, sem prejuízo de recurso para o Tribunal de Justiça limitado às questões de direito e nas condições fixadas pelo Estatuto, de certas categorias de acções propostas por pessoas singulares ou colectivas. Essa jurisdição não terá competência para conhecer de processos apresentados por Estados-membros ou por Instituições comunitárias, nem de questões prejudiciais submetidas nos termos do artigo 150.º.

2. O Conselho, de acordo com o procedimento previsto no n.º 1, fixará a composição dessa jurisdição e adoptará as adaptações e as disposições com-

plementares necessárias ao Estatuto do Tribunal de Justiça. Salvo decisão em contrário do Conselho, são aplicáveis a essa jurisdição as disposições do presente Tratado relativas ao Tribunal de Justiça, nomeadamente, as disposições do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça.

3. Os membros dessa jurisdição serão escolhidos entre pessoas que ofereçam todas as garantias de independência e que possuam a capacidade requerida para o exercício de funções jurisdicionais; serão nomeados de comum acordo por seis anos pelos Governos dos Estados-membros. De três em três anos proceder-se-á a uma substituição parcial. Os membros cessantes podem ser nomeados de novo.

4. Essa jurisdição estabelecerá o respectivo regulamento processual de acordo com o Tribunal de Justiça. Esse regulamento será submetido à aprovação unânime do Conselho».

Artigo 27.º

No artigo 160.º CEEA é aditado o parágrafo seguinte:

«O Conselho, deliberando por unanimidade, a pedido do Tribunal de Justiça e após consulta da Comissão e do Parlamento Europeu, pode alterar as disposições do Título III do Estatuto».

CAPÍTULO IV

Disposições gerais

Artigo 28.º

As disposições do presente Acto não prejudicam as disposições dos instrumentos de Adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa às Comunidades Europeias.

Artigo 29.º

No n.º 2 do artigo 4.º da Decisão 85/257/CEE, Euratom, do Conselho de 7 de Maio de 1985, relativa ao sistema de recursos próprios das Comunidades a expressão «cujo montante e chave de repartição são fixados nos termos de uma decisão do Conselho, deliberando por unanimidade» é substituída pela expressão «*cujo montante e chave de repartição são fixados nos termos de uma decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada após ter obtido o acordo dos Estados-membros em causa*».

A presente alteração não afecta a natureza jurídica da decisão acima referida.

TÍTULO III

DISPOSIÇÕES SOBRE A COOPERAÇÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE POLÍTICA ESTRANGEIRA

Artigo 30.º

A Cooperação Europeia em matéria de política estrangeira rege-se pelas disposições seguintes:

1. As Altas Partes Contratantes, membros das Comunidades Europeias, esforçam-se por formular e aplicar em comum uma política externa europeia.

2. a) As Altas Partes Contratantes comprometem-se a informar-se mutuamente e a consultar-se sobre qualquer questão de política estrangeira de interesse geral, afim de garantir que a sua influência combinada se exerça da forma mais eficaz, através da concertação, da convergência de posições e da realização de acções comuns.

b) As consultas efectuar-se-ão antes de as Altas Partes Contratantes fixarem a sua posição definitiva.

c) Cada Alta Parte Contratante, nas suas tomadas de posição e nas suas acções nacionais, terá plenamente em conta as posições dos outros parceiros e tomará em devida consideração o interesse que representam a adopção e a concretização de posições europeias comuns.

A fim de aumentar a sua capacidade de acção conjunta no domínio da política estrangeira, as Altas Partes Contratantes assegurarão o desenvolvimento progressivo e a definição de princípios e objectivos comuns.

A determinação de posições comuns constituirá um ponto de referência para as políticas das Altas Partes Contratantes.

d) As Altas Partes Contratantes esforçam-se por evitar qualquer acção ou tomada de posição prejudiciais à sua eficácia, enquanto força coerente, nas relações internacionais ou no seio das organizações internacionais.

3. *a)* Os ministros dos Negócios Estrangeiros e um membro da Comissão reunir-se-ão, no âmbito da Cooperação Política Europeia, pelo menos quatro vezes por ano. Podem igualmente tratar de questões de política estrangeira, no âmbito da Cooperação Política, por ocasião das reuniões do Conselho das Comunidades Europeias.

b) A Comissão associar-se-á plenamente aos trabalhos da cooperação política.

c) A fim de permitir a adopção rápida de posições comuns e a realização de acções comuns, as Altas Partes Contratantes abster-se-ão, na medida do possível, de dificultar a formação de um consenso e a acção conjunta que daí possa resultar.

4. As Altas Partes Contratantes asseguram a associação estreita do Parlamento Europeu à Cooperação Política Europeia. Com esse objectivo a Presidência informa regularmente o Parlamento Europeu sobre os temas de política estrangeira examinados no âmbito dos trabalhos da Cooperação Política Europeia e zela por que, nesses mesmos trabalhos, os pontos de vista do Parlamento Europeu sejam devidamente tomados em consideração.

5. As políticas externas da Comunidade Europeia e as políticas acordadas no seio da Cooperação Política Europeia devem ser coerentes.

A Presidência e a Comissão, de acordo com as respectivas competências, têm a responsabilidade especial de zelar pela busca e pela manutenção dessa coerência.

6. a) As Altas Partes Contratantes consideram que uma cooperação mais estreita sobre as questões de segurança europeia pode contribuir de forma essencial para o desenvolvimento de uma identidade da Europa em matéria de política externa e estão dispostas a coordenar melhor as suas posições sobre os aspectos políticos e económicos da segurança.

b) As Altas Partes Contratantes estão resolvidas a preservar as condições tecnológicas e industriais necessárias à sua segurança. Para tal, desenvolverão os seus esforços tanto a nível nacional como, sempre que oportuno, no âmbito de instituições e organismos competentes.

c) As disposições do presente Título não impedem a existência de uma cooperação mais estreita no domínio da segurança entre certas Altas Partes Contratantes no âmbito da União da Europa Ocidental e da Aliança Atlântica.

7. a) Nas instituições internacionais e durante as conferências internacionais em que participam, as Altas Partes Contratantes esforçam-se por adoptar posições comuns sobre os temas abrangidos pelo presente Título.

b) Nas instituições internacionais e durante as conferências internacionais em que não participam todas as Altas Partes Contratantes, as que participam terão plenamente em conta as posições já acordadas no âmbito da Cooperação Política Europeia.

8. As Altas Partes Contratantes estabelecerão, sempre que o julgarem necessário, um diálogo político com países terceiros e agrupamentos regionais.

9. As Altas Partes Contratantes e a Comissão, mediante assistência e informação mútuas, intensificarão a cooperação entre as suas representações acreditadas em países terceiros e junto de organizações internacionais.

10. a) A Presidência da Cooperação Política Europeia é exercida pela Alta Parte Contratante que exerce a presidência do Conselho das Comunidades Europeias.

b) A Presidência é responsável pelas actividades abrangidas pela Cooperação Política Europeia em matéria de iniciativa, de coordenação e de representação dos Estados-membros perante países terceiros. A Presidência é igualmente responsável pela gestão da Cooperação Política e em especial pela fixação do calendário das reuniões e respectiva convocação e organização.

c) Os directores políticos reunir-se-ão regularmente no seio do Comité Político, a fim de promoverem a dinamização necessária, de assegurarem a continuidade da Cooperação Política Europeia e de prepararem as discussões dos ministros.

d) O Comité Político ou, em caso de necessidade, uma reunião ministerial serão convocados no prazo de 48 horas a pedido de, pelo menos, três Estados-membros.

e) O Grupo dos Correspondentes Europeus terá como tarefa acompanhar, de acordo com as directivas do Comité Político, a execução da Cooperação Política Europeia e estudar os problemas de organização em geral.

f) Reunir-se-ão Grupos de Trabalho segundo directivas do Comité Político.

g) Um Secretariado esabelecido em Bruxelas assistirá a Presidência na preparação e concretização das actividades da Cooperação Política Europeia, bem como nas questões administrativas. Este Secretariado exercerá as suas funções sob a autoridade da Presidência.

11. Em matéria de privilégios e de imunidades, os membros do Secretariado da Cooperação Política Europeia serão equiparados aos membros das missões diplomáticas das Altas Partes Contratantes situadas no local do estabelecimento do Secretariado.

12. Cinco anos após a entrada em vigor do presente Acto as Altas Partes Contratantes decidirão da necessidade de submeter o Título III a revisão.

TÍTULO IV

DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Artigo 31.º

As disposições do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica que dizem respeito à competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e ao exercício dessa competência são aplicáveis apenas às disposições do Título II e ao artigo 32.º; aplicam-se a estas disposições nas mesmas condições que às disposições dos referidos Tratados.

Artigo 32.º

Sem prejuízo do n.º 1 do artigo 3.º, do Título II e do artigo 31.º, nenhuma disposição do presente Acto afecta os Tratados que instituem as Comunidades Europeias nem os Tratados e Actos que os alteraram ou completaram.

Artigo 33.º

1. O presente Acto será ratificado pelas Altas Partes Contratantes, em conformidade com as respectivas normas constitucionais. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto do Governo da República Italiana.

2. O presente Acto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao do depósito do instrumento de ratificação do Estado signatário que tenha procedido em último lugar a essa formalidade.

Artigo 34.º

O presente Acto, redigido num único exemplar, em língua alemã, dinamarquesa, espanhola, francesa, grega, inglesa, irlandesa, italiana, neerlandesa e portuguesa, fazendo fé qualquer dos textos, será depositado nos arquivos do Governo da República Italiana, o qual remeterá uma cópia autenticada a cada um dos Governos dos outros Estados signatários.

Em fé do que, os plenipotenciários abaixo-assinados apuseram as suas assinaturas no final do presente Acto.

Feito no Luxemburgo em 17 de Fevereiro de 1986 e em Haia em 28 de Fevereiro de 1986.

ACTO FINAL

A Conferência dos representantes dos Governos dos Estados-membros convocada no Luxemburgo em 9 de Setembro de 1985, que prosseguiu os seus trabalhos no Luxemburgo e em Bruxelas e que reuniu no termo destes no Luxemburgo em 17 de Fevereiro de 1986 e em Haia em 28 de Fevereiro de 1986, adoptou o texto seguinte:

I

ACTO ÚNICO EUROPEU

II

No momento de assinar este texto, a Conferência adoptou as declarações a seguir enumeradas e anexas ao presente Acto Final:

- 1) Declaração relativa às competências de execução da Comissão,
- 2) Declaração relativa ao Tribunal de Justiça,
- 3) Declaração relativa ao artigo 8º A do Tratado CEE,
- 4) Declaração relativa ao artigo 100º A do Tratado CEE,
- 5) Declaração relativa ao artigo 100º B do Tratado CEE,
- 6) Declaração geral relativa aos artigos 13º a 19º do Acto Único Europeu,
- 7) Declaração relativa ao artigo 118º A do Tratado CEE,
- 8) Declaração relativa ao artigo 130º D do Tratado CEE,
- 9) Declaração relativa ao artigo 130º R do Tratado CEE,
- 10) Declaração das Altas Partes Contratantes relativa ao Título III do Acto Único Europeu,

11) Declaração relativa ao n.º 10, alínea g), do artigo 30.º do Acto Único Europeu.

A Conferência tomou também nota das declarações a seguir enumeradas e anexas ao presente Acto Final:

- 1) Declaração da Presidência relativa ao prazo em que o Conselho se pronuncia em primeira leitura (n.º 2 do artigo 149.º do Tratado CEE),
- 2) Declaração política dos Governos dos Estados-membros relativa à livre circulação de pessoas,
- 3) Declaração do Governo de República Helénica relativa ao artigo 8.º A do Tratado CEE,
- 4) Declaração da Comissão relativa ao artigo 28.º do Tratado CEE,
- 5) Declaração do Governo da Irlanda relativa ao n.º 2 do artigo 57.º do Tratado CEE,
- 6) Declaração do Governo da República Portuguesa relativa ao segundo parágrafo do artigo 59.º, e ao artigo 84.º do Tratado CEE,
- 7) Declaração do Governo do Reino da Dinamarca relativa ao artigo 100.º A do Tratado CEE,
- 8) Declaração da Presidência e da Comissão relativa à capacidade monetária da Comunidade,
- 9) Declaração do Governo do Reino da Dinamarca relativa à Cooperação Política Europeia.

DECLARAÇÃO RELATIVA ÀS COMPETÊNCIAS DE EXECUÇÃO DA COMISSÃO

A Conferência solicita às instâncias comunitárias que adoptem, antes da entrada em vigor do Acto, os princípios e as regras com base nos quais serão definidas, caso a caso, as competências de execução da Comissão.

Neste contexto, a Conferência convida o Conselho a reservar, nomeadamente, ao procedimento do Comité Consultivo, um lugar preponderante, em função da rapidez e da eficácia do processo de decisão, para o exercício das competências de execução confiadas à Comissão, no âmbito do artigo 100.º A do Tratado CEE.

DECLARAÇÃO RELATIVA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Conferência acorda em que as disposições do n.º 1 do artigo 32.º D do Tratado CECA, do n.º 1 do artigo 168.º A do Tratado CEE e do n.º 1 do artigo 140.º A do Tratado CEEA não prejudicam eventuais atribuições de competências jurisdicionais susceptíveis de serem previstas no âmbito de convenções celebradas entre os Estados-membros.

DECLARAÇÃO RELATIVA AO ARTIGO 8.º A DO TRATADO CEE

Através do disposto no artigo 8.º A, a Conferência pretende exprimir a firme vontade política de tomar, antes de 1 de Janeiro de 1993, as decisões necessárias à realização do mercado interno, definido nessa disposição, e mais especialmente as decisões necessárias à concretização do programa da Comissão, tal como consta do Livro Branco sobre o mercado interno.

A fixação da data de 31 de Dezembro de 1992 não cria efeitos jurídicos automáticos.

DECLARAÇÃO RELATIVA AO ARTIGO 100.º A DO TRATADO CEE

A Comissão privilegiará nas suas propostas, ao abrigo do n.º 1 do artigo 100.º A, o recurso ao instrumento da directiva, se a harmonização implicar, num ou vários Estados-membros, uma alteração de disposições legislativas.

DECLARAÇÃO RELATIVA AO ARTIGO 100.º B DO TRATADO CEE

A Conferência considera que, dado que o artigo 8.º C do Tratado CEE possui âmbito geral, é igualmente aplicável às propostas que a Comissão é chamada a fazer nos termos do artigo 100.º B do mesmo Tratado.

DECLARAÇÃO GERAL RELATIVA AOS ARTIGOS 13.º A 19.º DO ACTO ÚNICO EUROPEU

Nada nestas disposições afecta o direito dos Estados-membros de tomarem medidas que considerem necessárias em matéria de controlo da imigração de países terceiros e de combate ao terrorismo, à criminalidade, ao tráfico de drogas e ao tráfico de obras de arte e de antiguidades.

**ESCLARECIMENTO SOBRE O N.º 2
DO ARTIGO 118.º A DO TRATADO CEE**

A Conferência verifica que, aquando da deliberação relativa ao n.º 2 do artigo 118.º A do Tratado CEE, se acordou em que a Comunidade não tem em vista, no momento da fixação de prescrições mínimas destinadas a proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores, desfavorecer os trabalhadores das pequenas e médias empresas de modo que não tenha justificação objectiva.

DECLARAÇÃO RELATIVA AO ARTIGO 130.º D DO TRATADO CEE

A Conferência recorda, a este respeito, as conclusões do Conselho Europeu de Bruxelas de Março de 1984, a saber:

«Os meios financeiros afectos às intervenções dos Fundos tendo em conta os PIM serão aumentados significativamente em termos reais no âmbito das possibilidades de financiamento».

DECLARAÇÃO RELATIVA AO ARTIGO 130.º R DO TRATADO CEE

Ad n.º 1, terceiro travessão

A Conferência confirma que a acção da Comunidade no domínio do ambiente não deve interferir na política nacional de exploração dos recursos energéticos.

Ad n.º 5, segundo parágrafo

A Conferência considera que o disposto no n.º 5, segundo parágrafo, do artigo 130.º R não afecta os princípios resultantes do acórdão do Tribunal de Justiça no processo AETR.

**DECLARAÇÃO DAS ALTAS PARTES CONTRATANTES RELATIVA AO
TÍTULO III
DO ACTO ÚNICO EUROPEU**

As Altas Partes Contratantes do Título III sobre a Cooperação Política Europeia reafirmam a sua posição de abertura em relação a outras nações

européias que partilham os mesmos ideais e mesmos objectivos. Em especial, acordam em reforçar os seus laços com os Estados-membros do Conselho da Europa e com outros países europeus democráticos, com os quais mantêm relações amistosas e de estreita cooperação.

DECLARAÇÃO RELATIVA AO N.º 10, ALÍNEA G), DO ARTIGO 30.º DO ACTO ÚNICO EUROPEU

A Conferência considera que o disposto no n.º 10, alínea g), do artigo 30.º não afecta as disposições dos Representantes dos Governos dos Estados-membros de 8 de Abril de 1965 relativa à instalação provisória de certas Instituições e de certos serviços das Comunidades.

DECLARAÇÃO DA PRESIDÊNCIA RELATIVA AO PRAZO EM QUE O CONSELHO SE PRONUNCIA EM PRIMEIRA LEITURA (N.º 2 DO ARTIGO 149.º DO TRATADO CEE)

No que respeita à declaração do Conselho Europeu de Milão, segundo a qual o Conselho deve procurar formas de melhorar os seus processos de decisão, a Presidência exprimiu a intenção de levar a cabo os trabalhos em causa o mais rapidamente possível.

DECLARAÇÃO POLÍTICA DOS GOVERNOS DOS ESTADOS-MEMBROS RELATIVA À LIVRE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS

Tendo em vista promover a livre circulação de pessoas, os Estados-membros cooperam, sem prejuízo das competências da Comunidade, nomeadamente no que respeita à entrada, à circulação e à estadia de cidadãos de países terceiros. Cooperam igualmente no que respeita ao combate ao terrorismo, à criminalidade, droga e ao tráfico de obras de arte e de antiguidades.

DECLARAÇÃO DO GOVERNO DA REPÚBLICA HELÉNICA RELATIVA AO ARTIGO 8.º A DO TRATADO CEE

A Grécia considera que o desenvolvimento de políticas e acções comunitárias e a adopção de medidas ao abrigo do n.º 1 do artigo 70.º e do artigo 84.º se devem fazer de tal forma que não possam prejudicar os sectores sensíveis das economias dos Estados-membros.

DECLARAÇÃO DA COMISSÃO RELATIVA AO ARTIGO 28.º DO TRATADO CEE

No que respeita aos seus próprios procedimentos internos, a Comissão pretende assegurar-se de que as alterações que decorrem da modificação do artigo 28.º do Tratado CEE não atrasarão a sua resposta a pedidos urgentes de modificação ou de suspensão de direitos da pauta aduaneira comum.

DECLARAÇÃO DO GOVERNO DA IRLANDA RELATIVA AO N.º 2 DO ARTIGO 57.º DO TRATADO CEE

A Irlanda, confirmando o seu acordo ao voto por maioria qualificada previsto no n.º 2 do artigo 57.º, deseja recordar que o sector dos seguros na Irlanda é um sector particularmente sensível e que tiveram de ser adoptadas disposições especiais para a protecção dos assegurados e de terceiros. Em relação com a harmonização das legislações sobre seguros, o Governo irlandês parte do princípio de que poderá beneficiar de uma atitude compreensiva por parte da Comissão e dos outros Estados-membros da Comunidade, caso a Irlanda se venha a encontrar posteriormente numa situação em que o Governo irlandês considere necessário prever disposições especiais para a situação desse sector na Irlanda.

DECLARAÇÃO DO GOVERNO DA REPÚBLICA PORTUGUESA RELATIVA AO SEGUNDO PARÁGRAFO DO ARTIGO 59.º E AO ARTIGO 84.º DO TRATADO CEE

Portugal considera que a passagem do voto por unanimidade para maioria qualificada no segundo parágrafo do artigo 59.º e no artigo 84.º, não tendo sido contemplada nas negociações de adesão de Portugal à Comunidade e alterando substancialmente o acervo comunitário, não deve lesar sectores sensíveis e vitais da economia portuguesa, devendo ser estabelecidas, sempre que necessário, as medidas específicas transitórias adequadas para prevenir as consequências negativas que possam advir para esses sectores.

**DECLARAÇÃO DO GOVERNO DINAMARQUÊS
RELATIVA AO ARTIGO 100.º A DO TRATADO CEE**

O Governo dinamarquês faz notar que, no caso de um Estado-membro considerar que uma medida de harmonização adoptada com base no artigo 100.º A não salvaguarda exigências superiores respeitantes ao meio de trabalho, à protecção do ambiente, ou outras exigências referidas no artigo 36.º, o n.º 4 do artigo 100.º A garante que o Estado-membro em causa pode aplicar medidas nacionais. As medidas nacionais serão tomadas com o objectivo de dar satisfação às exigências acima referidas e não devem constituir um proteccionismo disfarçado.

**DECLARAÇÃO DA PRESIDÊNCIA E DA COMISSÃO
RELATIVA À CAPACIDADE MONETÁRIA DA COMUNIDADE**

A Presidência e a Comissão declaram que as disposições introduzidas no Tratado CEE relativas à capacidade monetária da Comunidade não prejudicam a possibilidade de um desenvolvimento posterior no âmbito das competências existentes.

**DECLARAÇÃO DO GOVERNO DO REINO DA DINAMARCA
RELATIVA À COOPERAÇÃO POLÍTICA EUROPEIA**

O Governo dinamarquês faz notar que a conclusão do Título III sobre a Cooperação Política Europeia não afecta a participação da Dinamarca na cooperação nórdica no domínio da política estrangeira.

PROTECÇÃO DO DIREITO DO HOMEM

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

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

91.º

DE CUBBER CONTRA A BÉLGICA (1)

- I. A imparcialidade pessoal do Magistrado presume-se até prova em contrário.
- II. Deve, contudo, o Magistrado declara-se impedido sempre que possa com alguma razão ser posta em dúvida a sua imparcialidade, daí que
- III. O Juiz instrutor se deva declarar impedido de intervir na fase de julgamento.
- IV. O § 1.º do art.º 6.º da Convenção não postula a existência de jurisdições superiores. Quando existam, a imparcialidade deverá verificar-se na 1.ª instância e tribunais superiores.
- V. A jurisdição superior pode remediar a violação inicial da Convenção: essa a razão da regra do esgotamento das vias de recurso internas.

(1) In Cour Européenne des Droits de l'Homme, série A, n.º 86.

DATA DA DECISÃO: 26 de Outubro de 1984.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente); W. Ganshof Van Der Meersch, belga; D. Bindschedler-Robert, suíça; F. Gölcüklü, turco; F. Matscher, austríaco; Vincent Evans, britânico; R. Bernhardt, alemão.

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.

DECISÃO:

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

92.º

RASMUSSEN CONTRA A DINAMARCA (2)

- I. O art.º 14.º da Convenção completa as outras cláusulas normativas da Convenção e seus Protocolos Adicionais.
- II. A impugnação de paternidade reveste a natureza civil e procura pôr fim a relações de família, daí que caiba no âmbito de aplicação dos art.ºs 6.º e 8.º da Convenção (3).
- III. Não viola o art.º 14.º combinado com os art.ºs 6.º e 8.º da Convenção a legislação que estabelece um prazo de caducidade para o pai impugnar a sua paternidade, enquanto a mãe a pode vir a impugnar a todo o tempo.

DATA DA DECISÃO: 28 de Novembro de 1984.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente); W. Ganshof Van Der Meersch, belga; D. Bindstedler-Robert, suíça; F. Matscher, austríaco; R. Macdonald, canadiano (candidato pelo Lieschtenstein); C. Russo, italiano; J. Gersing, dinamarquês.

PARECER DA COMISSÃO (4):

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer (por 8 votos contra 5) no sentido da violação do art.º 14.º combinado com os art.ºs 6.º e 8.º, todos da Convenção.

(2) In *Cour Européenne des Droits de l'Homme*, série A, n.º 87.

(3) O Juiz Gersing discorda no que se refere ao art.º 8.º da Convenção.

(4) Com intervenção do Membro português, Dr. Jorge Sampaio.

DECISÃO:

O Tribunal decidiu, por unanimidade, não haver violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

93.º

SPÖRRONG E LÖNNROTH — Art.º 50.º (5)

- I. Para decidir sobre a existência ou não de prejuízo, o Tribunal deve debruçar-se sobre os períodos em que se verificou a violação antes declarada (6) e sobre as componentes dos danos.
- II. É normal que uma municipalidade careça de algum tempo, após a autorização de expropriação, para conclusão dos estudos necessários em ordem à projectada expropriação.
- III. Não se pode considerar desnecessária a consulta de peritos para cifrar o montante a reclamar como reparação razoável nos casos de uma continuada violação do art.º 1.º do Protocolo n.º 1.

(5) In Cour Européenne des Droits de l'Homme, série A, n.º 88.

(6) No caso concreto, decisão de 23 de Setembro de 1982, publicada em Documentação e Direito Comparado, 10, 105.

DATA DA DECISÃO: 18 de Dezembro de 1984.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente); J. Cremona, maltês; Thor Vilhjálmsson, islandês; W. Ganshof Van Der Meersch, belga; D. Bindschedler-Robert, suíça; G. Lagergren, sueco; F. Gölcüklü, turco; F. Matscher, austríaco; J. Pinheiro Farinha, português; E. Garcia de Enterría, espanhol; L. E. Pettiti, francês; B. Walsh, irlandês; Vincent Evans, britânico; R. Macdonald, canadiano; C. Russo, italiano; R. Bernhardt, alemão; J. Gersing, dinamarquês.

PARECER DO DELEGADO DA COMISSÃO:

O Delegado da Comissão Europeia dos Direitos do Homem pronunciou-se pela inexistência de prejuízos materiais susceptíveis de reparação ao abrigo do art.º 50.º da Convenção, mas pela atribuição de reparação pelo dano moral resultante da incerteza completa quanto ao destino dos seus bens por longo período; ainda entendeu exagerado o montante pedido por despesas e encargos nos órgãos da Convenção.

DECISÃO:

O Tribunal decidiu:

- Que a Suécia entregasse, por reparação de danos, 800 000 coroas suecas à sucessão Sporrang e 200 000 coroas suecas à requerente Lonroth [12 votos (7) contra 5 (8)];

(7) Dos Juizes Wiarda, Cremona, Ganshof Van Der Meersch, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, García de Enterría, L. E. Pettiti, Macdonald, Russo, Bernhardt.

(8) Dos Juizes Vilhjálmsson, Lagergren, Walsh, Vincent Evans e Gersing.

— Que a Suécia deverá reembolsar, por despesas e encargos, conjuntamente a ambos os requerentes, 723 865 coroas suecas, diminuídos de 24 103 francos franceses recebidos pela assistência judiciária [13 votos ⁽⁹⁾ contra 4 ⁽¹⁰⁾].

94.º

COLOZZA CONTRA A ITÁLIA ⁽¹¹⁾

- I. As garantias do § 3.º do art.º 6.º da Convenção integram uma das exigências do «processo equitativo».
- II. Decorre do § 1.º do art.º 6.º da Convenção, do seu fim, o direito de o acusado tomar parte na audiência.
- III. A legislação nacional, onde o processo pode correr seus termos com a ausência do acusado, deve possibilitar que este, ao conhecer do processo, seja novamente julgado depois de ouvido.
- IV. Morto o requerente, a sua viúva pode ser considerada «parte lesada» para os efeitos do art.º 50.º da Convenção.

⁽⁹⁾ Dos Juízes Wiarda, Cremona, Ganshof Van Der Meersch, Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher, Pinheiro Farinha, García de Enterría, L. E. Pettiti, Walsh, Macdonald, Russo, Bernhardt.

⁽¹⁰⁾ Dos Juízes Vilhjálmsón, Lagergren, Vincent Evans, Gersing.

⁽¹¹⁾ In Cour Européenne des Droits de l'Homme, série A, n.º 89.

DATA DA DECISÃO: 12 de Fevereiro de 1985.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente); J. Cremona, maltês; Thor Vilhjálmsson, islandês; E. García de Enterría, espanhol; L. E. Pettiti, francês; C. Russo, italiano; J. Gersing, dinamarquês.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitiu parecer, tirado por unanimidade, no sentido da violação do § 1.º do art.º 6.º.

DECISÃO:

O Tribunal decidiu, por unanimidade:

- Ter sido violado o § 1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
- Dever a Itália entregar à requerente, a título de reparação, 6 000 000 de liras.

RUBINAT CONTRA A ITÁLIA (12)

- I. Se o requerente, condenado à revelia na pena de 21 anos de prisão, é indultado cumpridos apenas 6, e a partir de então não mais contacta o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nem a Comissão, ignorando-se o seu paradeiro, há razão para se enquadrar a situação como «facto solucionando o litígio».
- II. Não há razão para se continuar na apreciação do «caso» se o Tribunal acaba de se ocupar da mesma matéria.

DATA DA DECISÃO: 12 de Fevereiro de 1985.

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês (presidente); J. Cremona, maltês; Thor Vilhjálmsson, islandês; E. García de Enterría, espanhol; L. E. Pettiti, francês; C. Russo, italiano; J. Gersing, dinamarquês.

DECISÃO:

O Tribunal decidiu, por unanimidade, arquivar o processo, sem prejuízo de circunstâncias novas poderem implicar a sua renovação.

PINHEIRO FARINHA

(12) In Cour Européenne des Droits des l'Homme, série A, n.º 89.

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

LORENZO BOZANO CONTRA A ITÁLIA

- I. A condenação, quando definitiva e executória, afecta de imediato o réu, daí que o prazo de 6 meses do art.º 26.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem se inicie com a pronúncia da condenação.
- II. No caso de condenação à revelia, o prazo para a queixa à Comissão começa a correr com o conhecimento da condenação pelo réu.
- III. O art.º 18.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não tem aplicação independente, mas apenas conjuntamente com qualquer outro artigo da Convenção ou dos seus Protocolos Adicionais.

P.F.

DECISÃO:

La Commission européenne des Droits de l'Homme, siégeant en chambre du conseil le 12 juillet 1984 en présence de

MM. C. A. Nørgaard, *président*

G. Sperduti

G. Jörundsson

G. Tenekides

S. Trechsel

B. Kiernan

A. S. Gozubuyuk

A. Weitzel

J. C. Soyer

H. G. Schermers

H. Danelius

G. Batliner

A. E. Anton

J. Campinos

Mme G. H. Thune

M. J. Raymond, *secrétaire adjoint* de la Commission;

Vu l'article 25 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales;

Vu la requête introduite le 9 décembre 1980 par Lorenzo BOZANO contre l'Italie et enregistrée le 20 juillet 1982 sous le n.º de dossier 9991/82;

Vu la décision de la Commission du 13 décembre 1982 de porter la requête à la connaissance du Gouvernement italien et de l'inviter à présenter ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête;

Vu les observations produites par le Gouvernement italien le 16 mars 1983 et la réponse du requérant du 24 mai 1983;

Après avoir délibéré,

Rend la décision suivante:

EN FAIT

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par le requérant peuvent se résumer comme suit:

Le requérant est un ressortissant italien né en 1945 et actuellement détenu à la prison de Porto Azzurro (Ile d'Elbe, Italie). Il est représenté dans la procédure devant la Commission par Maîtres Dominique Poncet et Philippe Neyroud, avocats au barreau de Genève, et Maître Dany Cohen, avocat au barreau de Paris.

Le requérant fut accusé de l'enlèvement et de l'homicide d'une adolescente de 13 ans, S., intervenus à Gênes (Italie) le 6 mai 1971. Il fut également prévenu d'avoir transporté et dissimulé le cadavre de la victime ainsi que d'avoir tenté d'extorquer 50 millions de lires au père de celle-ci.

Statuant en première instance par jugement du 15 juin 1973, la cour d'assises de Gênes acquitta le requérant des chefs d'accusation relatifs à ces faits mais le condamna à une peine de deux ans et 15 jours d'emprisonnement pour attentat à la pudeur avec violence sur la personne d'une autre femme.

Ce jugement fut attaqué devant la cour d'assises d'appel qui siégea du 18 avril au 22 mai 1975. Le 18 avril 1975 le requérant demanda le renvoi de l'affaire au motif qu'il était hospitalisé. La cour rejeta sa demande et ordonna que la procédure se poursuive par contumace. Le requérant ne comparut pas aux débats, et ce, même après son hospitalisation, mais fut représenté par un avocat. Il demanda à la cour la révocation de la décision ordonnant la poursuite de la procédure par contumace, ainsi qu'un nouveau renvoi de l'audience. La cour rejeta ces requêtes.

Le 22 mai 1975 la cour d'assises d'appel condamna le requérant à la réclusion à vie pour séquestration de personne en vue d'extorsion, homicide aggravé et suppression de cadavre en ce qui concernait la mineure S., ainsi que pour actes obscènes et attentats à la pudeur avec violence sur la personne de plusieurs autres femmes.

Le 25 mars 1976 la Cour suprême de cassation rejeta le pourvoi formé par le requérant contre ce jugement. Entretemps le requérant prit la fuite et s'installa à l'étranger.

Le 30 mars 1976 la Procureur général près la cour d'appel de Gênes ordonna l'arrestation du requérant en vue de l'exécution du jugement.

Le 5 avril 1976, sur demande des autorités italiennes dans le cadre d'Interpol, le nom du requérant fut inscrit au «Moniteur suisse de police» du 5 avril 1976 sous mandat d'arrêt extraditionnel.

Le 16 janvier 1979 le requérant fut arrêté en France où il vivait avec de fausses pièces d'identité. Appelée à se prononcer sur une demande d'extradi-

tion du 31 janvier 1979 présentée par les autorités italiennes, la Chambre d'accusation de la cour d'appel de Limoges émit, par arrêt du 15 mai 1979, un avis défavorable.

Le 25 octobre 1979 un non-lieu fut ordonné quant à l'inculpation d'escroquerie, mais le requérant fut renvoyé en jugement quant à l'accusation de faux.

Le 26 octobre 1979 alors qu'il se trouvait en liberté provisoire en attendant de comparaître en justice sous cette accusation, le requérant fut arrêté à Limoges par la police française. Celle-ci lui notifia un arrêté d'expulsion du territoire français et le conduisit en voiture jusqu'à la frontière suisse. Le 27 octobre 1979 le requérant fut remis aux autorités de police du Canton de Genève qui l'appréhendèrent immédiatement au motif qu'il était recherché par les autorités italiennes.

Le même jour en effet, celles-ci avaient été requises par l'Office fédéral de la Police (Berne), section de l'extradition, de procéder immédiatement à la détention provisoire du requérant en vue de l'extradition. Elles étaient, en outre, informées que l'extradition allait être demandée par voie diplomatique.

Entre-temps, par télex du 14 septembre 1979, les autorités italiennes avaient demandé aux Etats limitrophes de la France d'intensifier leurs recherches au sujet du requérant. Par nouveau télex du 24 octobre 1979, elles demandèrent à différents Etats européens, dont la Suisse, d'intensifier encore leurs recherches au sujet du requérant, car il était à prévoir qu'il serait expulsé (éventuellement le jour même).

Le 29 octobre 1979, l'Office fédéral de la police décerna un mandat d'arrêt à l'encontre du requérant, sur la base duquel il fut maintenu en détention en vue d'extradition.

Le 30 octobre 1979 l'Ambassade d'Italie à Berne demanda par lettre adressée à l'Office fédéral de la Police l'extradition du requérant (les documents à l'appui de la demande portent la date du 28 octobre 1979).

Devant les autorités de police du canton de Genève, le requérant déclara s'opposer à son extradition le 14 novembre 1979. Après une procédure qui s'est déroulée devant la chambre d'accusation du canton de Genève et devant le Tribunal fédéral, ce dernier autorisa le 13 juin 1980 l'extradition du requérant à l'Italie. Celle-ci eut lieu le 18 juin 1980. Le requérant fut incarcéré en Italie pour y purger sa peine.

GRIEFS

Devant la Commission le requérant reproche aux autorités italiennes de s'être concertées avec les autorités françaises (qui ont expulsé le requérant en Suisse) et les autorités suisses (qui l'ont extradé) quant à la remise du requérant à l'Italie.

Il soutient que certains éléments du dossier seraient de nature à prouver une telle concertation. Ainsi, et en premier lieu, il ne serait pas vraisemblable que le Gouvernement français ait remis illégalement le requérant aux autorités suisses sans en avoir informé les autorités italiennes. En outre, la célérité avec laquelle la demande d'extradition fut présentée par les autorités italiennes au Gouvernement suisse — pendant le week-end — démontre qu'il y a eu un accord préalable sur la date de l'opération (ceci serait par ailleurs démontré par le télex du 24 novembre 1979 demandant aux autorités policières l'intensification des recherches concernant le requérant). Enfin, il allègue que le Consul d'Italie à Paris avait reçu des instructions de son Gouvernement en vue de lui refuser la délivrance de papiers d'identité qui lui auraient permis de quitter le territoire français pour un pays de son choix.

Le requérant se plaint également d'une violation de l'article 6 de la Convention et affirme que la procédure en contumace ayant abouti à sa condamnation n'était pas équitable et aurait porté une atteinte grave aux droits de la défense. Il estime qu'en l'espèce le délai de six mois prévu par l'article 26 de la Convention n'a pu commencer à courir contre lui. En effet, il s'est trouvé dans l'impossibilité matérielle d'agir jusqu'à son extradition.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

Par décision du 13 décembre 1982, la Commission a porté la requête à la connaissance du Gouvernement italien et l'a invité à présenter ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire, conformément à l'article 42, par. 2 (b) de son Règlement intérieur.

Le Gouvernement défendeur a en particulier été invité à se prononcer sur les questions suivantes:

- a) Le Gouvernement considère-t-il que le fait que le requérant ait été jugé en deuxième instance par contumace selon la législation italienne est conforme à l'article 6, par. 1 et par. 3 (c) de la Convention? Le Gouvernement peut-il préciser à cet égard de quelle manière le requérant a pu se défendre?
- b) Au moment où le requérant fut extradé à l'Italie, le Gouvernement était-il au courant de la manière suivant laquelle il avait été remis par les autorités de police françaises aux autorités de police suisses? Le cas échéant, estime-t-il que son arrestation en Italie, à la suite de cette extradition est conforme à l'article 5, par. 1, compte tenu notamment de l'article 18 de la Convention et du fait que l'extradition directe du requérant avait été refusée par les autorités françaises?
- c) Le Gouvernement estime-t-il que, dans les circonstances de l'affaire, le délai de 6 mois, prévu à l'article 26 de la Convention, a été respecté, les premiers griefs du requérant ayant été communiqués à la Commission le 9 décembre 1980?

Les observations du Gouvernement italien ont été transmises à la Commission par lettre du 16 mars 1983.

Les observations en réponse du requérant lui ont été adressées par lettre du 24 mai 1983.

ARGUMENTATION DES PARTIES

A. Le Gouvernement

1. Quant au grief tiré d'une violation de l'article 6 de la Convention.

Le Gouvernement soutient tout d'abord que la requête est tardive et que les arguments avancés par le requérant pour faire échec à cette constatation ne sont pas fondés.

Ainsi, il est inexact d'affirmer que le délai de six mois prévu à l'article 26 de la Convention ne serait pas un délai prédéterminé et qu'il ne saurait courir contre ceux qui se trouvent dans l'impossibilité matérielle d'agir. Une telle interprétation se heurte à la lettre de l'article 26 de la Convention et à l'interprétation qui en a été donnée par les instances de la Convention.

Il faut noter de surcroît que les arguments relatifs à une prétendue impossibilité matérielle d'agir sont également à rejeter.

Ainsi, aucun obstacle ne peut avoir empêché le requérant au cours du long séjour passé en France, alors qu'il s'y trouvait en liberté, de s'adresser à la Commission.

On comprend mal par ailleurs, l'affirmation du requérant selon laquelle il n'aurait eu aucun intérêt à agir avant son extradition à la Suisse. En effet l'intérêt à agir est lié de manière intrinsèque à la violation prétendument subie, en l'espèce la condamnation en contumace, et surgit avec elle.

Quant à l'application concrète du délai de six mois au cas d'espèce, il importe par ailleurs de préciser exactement la date à laquelle l'intéressé a eu connaissance de la décision interne définitive qui est l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1976.

Considérant tout d'abord qu'au cours de la procédure le requérant a été défendu par des avocats de son choix, on peut présumer qu'il a toujours été en contact avec eux et a été informé en temps voulu par ces derniers de l'issue de la procédure. D'ailleurs le requérant n'a jamais prétendu l'avoir ignoré ou en avoir eu connaissance tardivement.

Le délai de six mois doit donc courir à partir du 25 mars 1976.

D'autre part, il faut noter que le requérant a été arrêté le 26 janvier 1979 en France et une procédure d'extradition a été engagée contre lui. Cette procédure s'est terminée le 15 mai 1979. Au cours de celle-ci le requérant a reçu notification du titre auquel avait été demandée l'extradition, ainsi que le prescrivent les articles 12 et 13 de la loi du 10 mars 1927. Par ailleurs, toute la procédure d'extradition qui a eu lieu devant le tribunal de Limoges a eu pour objet la question de la contumace. Il n'est donc pas contestable que le requérant a eu connaissance de l'arrêt rendu le 25 mars 1976 au cours de la procédure d'extradition qui s'est terminée le 15 mai 1979.

Il s'ensuit que même si l'on prenait en considération cette date comme étant celle marquant le début du délai de six mois, ce délai est largement dépassé, la requête ayant été introduite le 9 décembre 1980.

La notification de l'ordre d'écrou faite au requérant à son arrivée en Italie, le 18 juin 1980, est sans pertinence à l'égard de la question du délai de six mois.

Il s'ensuit que la requête doit être déclarée irrecevable pour non-respect du délai de six mois.

B. Le requérant

1. Le requérant relève tout d'abord que dans ses observations le Gouvernement italien se limite à traiter la question de savoir si la requête a été présentée dans le délai de six mois prescrit par l'article 26 de la Convention.

A cet égard le requérant soutient que l'argumentation du Gouvernement doit être rejetée car, en l'espèce, le délai de six mois n'a jamais commencé à courir.

En effet, la violation dont se plaint le requérant consiste en une situation continue contre laquelle il n'existe pas de voies de recours internes. Dans un tel cas, suivant la jurisprudence de la Cour dans l'affaire De Becker (arrêt du 9 juin 1958) «le délai de six mois prévu à l'article 26 court à partir du moment où cette situation continue a pris fin».

Une telle jurisprudence a été appliquée dans diverses hypothèses, notamment dans celle où c'est la conformité à la Convention de la disposition légale qui lui est appliquée que conteste le requérant (voir décision X. c/ Belgique, D. R. 18, p. 250-252).

En l'espèce, c'est la loi elle-même qui prévoit que le prononcé puisse avoir lieu hors de la présence de l'accusé et sans qu'il ait été entendu ou que cette décision soit susceptible de purge.

Il s'ensuit que «la double violation» dont il se plaint — conditions de sa condamnation et conditions de «récupération» — donne lieu à sa détention à l'Ile d'Elbe, c'est-à-dire à une situation continue.

2. Sur la violation alléguée de l'article 6, par. 1, de la Convention.

Le requérant allègue que dans la plupart des Etats parties à la Convention, notamment l'Autriche, la République Fédérale d'Allemagne, la France, le

Royaume-Uni, les procédures en contumace sont régies par des normes telles qu'en aucun cas l'accusé ne pourrait se trouver dans la situation du requérant «contraint en raison d'une condamnation prononcée en son absence et sans qu'il ait été entendu, d'exécuter la peine la plus grave prévue par la législation pénale du pays, et ce, sans aucune possibilité d'être rejugé en sa présence».

3. Le rapatriement concerté de Lorenzo Bozano en Italie.

Le requérant affirme que son appréhension par les autorités italiennes a été le fruit d'une collusion entre les autorités des trois Etats en cause visant à faire échec à l'interdiction d'extradition formulée par l'autorité judiciaire française.

Les dispositions de la Convention dont la méconnaissance est dénoncée dans la requête N.º 9990/82 qu'il a introduite contre la France à raison des mêmes faits, ont donc été l'objet d'une violation conjointe par les trois Etats.

Deux indices dénotent à cet égard la participation du Gouvernement italien:

- le télex émis le 24 octobre 1979, soit 48 heures avant le début de l'opération, par Interpol Rome annonçant l'expulsion matérielle imminente du requérant;
- le refus en date du 13 juillet 1979 du Consulat d'Italie à Paris de délivrer des papiers d'identité au requérant.

Sur le plan pratique, ce refus empêcha le requérant de solliciter un visa pour un pays tiers.

EN DROIT

1. Le requérant se plaint d'une violation de l'article 6, par. 1, de la Convention qui résulterait de sa condamnation par les tribunaux italiens à la suite d'une procédure qui méconnaîtrait diverses dispositions de l'article 6 de la

Convention, notamment en ce qu'il garantit à toute personne le droit à un procès équitable.

A cet égard, la Commission relève toutefois que la procédure dont se plaint le requérant a pris fin par un arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1976 rejetant le pourvoi formé par l'avocat du requérant contre la condamnation prononcée le 22 mai 1975 par la cour d'assises d'appel de Gênes. Aucun autre recours n'était ouvert au requérant contre sa condamnation.

La Commission rappelle qu'aux termes de l'article 26 de la Convention elle ne peut être saisie que dans le délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive.

Le requérant a allégué, il est vrai, que le délai de six mois ne pouvait commencer à courir aussi longtemps qu'il était dans l'impossibilité matérielle d'agir, du fait qu'il se trouvait dans la clandestinité.

La Commission relève que «la clandestinité» dans laquelle le requérant allègue s'être trouvé a pris fin au plus tard lors de son arrestation par les autorités françaises, le 26 janvier 1979.

D'autre part, l'arrêt du 15 mai 1979 de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Limoges refusant l'extradition du requérant à la France établit clairement qu'à cette date au plus tard, le requérant avait pris connaissance du fait que sa condamnation par les tribunaux italiens était définitive.

Le requérant a également soutenu que jusqu'à son expulsion vers la Suisse il n'aurait pas eu d'intérêt à agir, puisque son extradition à l'Italie avait été refusée et qu'il pouvait espérer ne pas avoir à exécuter sa condamnation.

La Commission ne saurait partager cette opinion. Elle est d'avis qu'une telle condamnation affectait directement la situation du requérant, dès le moment où elle avait été prononcée, puisqu'elle était exécutoire. Il s'agissait dès lors d'un fait dont le requérant pouvait dès ce moment-là se prétendre victime devant les organes de la Convention (voir *mutatis mutandis*, requête N° 6959/75, c/République fédérale d'Allemagne, D.R. 15, p. 103 et *Affaire Klass*, Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt du 6 septembre 1978, série A., Vol. 28, En Droit, par. 33, pp. 17, 18⁽¹⁾; *Affaire Dudgeon*, série A., Vol. 45, En Droit, par. 41, pp. 18, 19)⁽²⁾. Par ailleurs, même si l'on admettait la thèse

(1) Sumariado sob n.º 29, in *Documentação e Direito Comparado*, 8, 119

(2) Sumariado sob n.º 47, in *Documentação e Direito Comparado*, 12, 81

du requérant selon laquelle son intérêt à agir n'aurait existé qu'à partir de sa présence en Suisse et de la notification par les autorités suisses de la demande d'extradition formulée à son encontre, il n'en demeurerait pas moins que cette notification est intervenue le 30 octobre 1979 et la requête est réputée avoir été introduite le 9 décembre 1980, soit plus de six mois plus tard.

Enfin, le requérant a allégué que la violation dont il se plaint, qui découle de la législation interne applicable, consiste en une situation continue contre laquelle il n'existe pas de voies de recours.

La Commission relève pour sa part que la situation continue dont se plaint le requérant est sa privation de liberté. Par contre, la violation de l'article 6, concerne la procédure à laquelle il a été soumis. Or, cette procédure s'est déroulée dans un espace de temps limité et a pris fin à une date bien précise.

Les violations de la Convention qui auraient pu être commises à l'occasion de cette procédure, quand bien même elles résulteraient de l'application qui était faite de la législation interne, auraient donc dû faire l'objet d'une requête à la Commission dans le délai de six mois fixé par l'article 26 de la Convention, à compter de la date à laquelle cette procédure a pris fin ou, au plus tard, à compter de la date à laquelle il a eu une connaissance effective de la fin de cette procédure.

2. Le requérant se plaint par ailleurs que les autorités italiennes se soient concertées avec les autorités françaises et les autorités suisses pour obtenir qu'il leur soit remis.

Il invoque à cet égard les dispositions de l'article 18 de la Convention. Cet article dispose que:

«Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues».

A cet égard, la Commission rappelle que l'article 18 de la Convention n'a pas un rôle indépendant et qu'il ne peut être appliqué que conjointement avec d'autres articles de la Convention.

Il découle en outre des termes de l'article 18 qu'il ne saurait y avoir de violation que si le droit ou la liberté en question est soumis «aux restrictions qui aux termes de la présente Convention» y sont apportées.

La Commission constate qu'en l'espèce le seul droit garanti par la Convention et soumis à une restriction dont le requérant pourrait se plaindre aujourd'hui contre l'Italie est le droit à la liberté garanti par l'article 5 de la Convention.

La Commission relève toutefois que le requérant a été privé de sa liberté pour purger la peine résultant d'un jugement passé en force de chose jugée, rendu par les autorités judiciaires italiennes compétentes. Le fait pour un Etat partie à la Convention de veiller à l'exécution des condamnations prononcées par les autorités judiciaires constitue un but légitime, reconnu par la Convention.

Dans ces circonstances, la privation de liberté subie par le requérant ne saurait être contraire à l'article 18 de la Convention.

Ce grief est donc manifestement mal fondé et doit être rejeté conformément à l'article 27, par. 2, de la Convention.

Par ces motifs, la Commission

DECLARE LA REQUETE IRRECEVABLE

*Le Secrétaire adjoint
de la Commission*

(J. RAIMOND)

*Le Président
de la Commission*

(C.A. NØRGAARD)

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO LITHGOW E OUTROS CONTRA O REINO UNIDO

- I. A obrigação de indemnizar decorre do art.º 1.º do 1.º Protocolo sem que importe a «utilidade pública».
- II. Não são invocáveis os princípios gerais do direito internacional na expropriação feita pelo Estado de bens dos seus nacionais.
- III. Quando o Estado visa uma reforma social ou reestruturação económica pode usar de critérios diferentes nas indemnizações aos nacionais e estrangeiros.
- IV. O art.º 1.º do 1.º Protocolo postula, regra geral, uma indemnização proporcional ao valor dos bens. No entanto,
- V. Objectivos legítimos de utilidade pública (v.g. nacionalizações) podem justificar uma indemnização inferior ao valor dos bens.
- VI. Não integram discriminação, prevista no art.º 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, as diferenças de tratamento com justificação objectiva e razoável.

- VII. O art.º 14.º não é aplicável se a lei vigente dá um tratamento diferente do contemplado em leis anteriores.
- VIII. O art.º 6.º da Convenção apenas visa, de uma maneira geral, os direitos e obrigações de natureza civil reconhecidos pelo direito interno.
- XI. Não viola o art.º 6.º a existência de um tribunal com competência para julgar apenas um número restricto de litígios determinados.

P.F.

En l'affaire Lithgow et autres.

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

MM. R. Ryssdal, *président*,
W. Ganshof van der Meersch,
J. Cremona,
G. Wiarda,
Thór Vilhjálmsson
Mme D. Bindschedler-Robert,
MM. G. Lagergren,
F. Gölcüklü,
F. Matscher,
J. Pinheiro Farinha,
L.-E. Pettiti,
B. Walsh,
Sir Vincent Evans,
MM. R. Macdonald,
C. Russo,
R. Bernhardt,
J. Gersing,
A. Spielmann,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 28 juin, 24, 25, 26 et 28 septembre, 23 et 25 octobre 1985, puis du 27 au 30 mai et le 24 juin 1986,

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

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 18 mai 1984, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 par. 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»). A son origine se trouvent sept requêtes dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et introduites devant la Commission, en vertu de l'article 25, entre 1977 et 1981; elles émanaient des personnes suivantes:

- n.º 9006/80 : Sir William Lithgow;
- n.º 9262/81 : *Vosper Ltd* (actuellement *Vosper PLC* — «*Vosper*»);
- n.º 9263/81 : *The English Electric Company, Ltd* («*English Electric*») et *Vickers Ltd* (actuellement *Vickers PLC* — «*Vickers*»);
- n.º 9265/81 : *Banstonian Company* («*Banstonian*») et *Northern Shipbuilding & Industrial Holdings Ltd* («*Northern Shipbuilding*»);
- n.º 9266/81 : *Yarrow PLC* (anciennement *Yarrow and Company Ltd* — «*Yarrow*»), Sir Eric Yarrow, *M. & G. Securities Ltd* et Mme Monique Augustin-Normand;
- n.º 9313/81 : *Vickers*;
- n.º 9405/81 : *Dowsett Securities Ltd* («*Dowsett*»), *FFI (UK Finance) PLC* (actuellement *Investors in Industry PLC* — «*Investors*») et *The Prudential Assurance Company Ltd* («*Prudential*»).

Sir William Lithgow et Sir Eric Yarrow sont des ressortissants britanniques, Mme Augustin-Normand de nationalité française; les autres requérants sont tous des sociétés constituées et enregistrées au Royaume-Uni.

Par «les requérants», on entendra ci-après l'ensemble des susnommés, sauf Sir Eric Yarrow, *M. & G. Securities Ltd* et Mme Augustin-Normand, dont la Commission a déclaré les griefs irrecevables (paragraphe 102 ci-dessous).

2. La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 et à la déclaration britannique de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (article 46). Elle vise à obtenir une décision sur l'existence de violations des articles 6 par. 1, 13, 17 ou 18 de la Convention ou de l'article 1 du Protocole n° 1 (considéré isolément ou combiné avec l'article 14 de la Convention).

3. En réponse à l'invitation prescrite à l'article 33 par. 3 d) du règlement, les requérants ont exprimé le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et ont désigné leurs conseils et, dans l'affaire *Vickers*, le directeur commercial de la société pour les représenter (article 30).

4. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit Sir Vincent Evans, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention), et M. G. Wiarda, alors président de la Cour (article 21 par. 3 b) du règlement). Le 22 mai 1984, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir MM. R. Ryssdal, Thór Vilhjálmsson, W. Ganshof van der Meersch, L. Liesch et E. García de Enterría, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 par. 4 du règlement).

Le même jour la Chambre a décidé, en vertu de l'article 50 du règlement, de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière.

5. Le président de la Cour a consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du gouvernement du Royaume-Uni («le Gouvernement»), le délégué de la Commission et les représentants des requérants au sujet de la nécessité d'une procédure écrite (articles 37 par. 1 et 50 par. 3). Conformément aux ordonnances ainsi rendues, le greffe a reçu:

— le 30 octobre 1984, le mémoire individuel de Sir William Lithgow:

- le 31 octobre 1984, le mémoire conjoint des requérants et les mémoires individuels de *Vosper, English Electric* et *Vickers, Yarrow* et *Vickers*;
- le 5 novembre 1984, le mémoire du Gouvernement et le mémoire individuel de *Dowsett, Investors* et *Prudential*;
- le 15 novembre 1984, le mémoire individuel de *Banstonian* et *Northern Shipbuilding*.

Par une lettre du 15 janvier 1985, le secrétaire de la Commission a indiqué que le délégué n'avait pas l'intention de répondre par écrit.

6. Après avoir consulté, par l'intermédiaire du greffier, l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et les représentants des requérants, le président a décidé le 18 décembre 1984 que la procédure orale s'ouvrirait le 24 juin 1985.

7. Le 30 mai 1985, la Cour (présidée par M. Ryssdal qui succédait ce jour-là à M. Wiarda) a tenu une réunion préparatoire au cours de laquelle elle a établi une liste de demandes et questions que le greffier a communiquée peu après au Gouvernement, à la Commission et aux requérants.

8. Les audiences se sont déroulées en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, du 24 au 26 juin 1985.

Ont comparu:

— *pour le Gouvernement*

MM. M. Eaton, juriconsulte, ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth,	<i>agent,</i>
R. Alexandre, Q.C.,	
Mme R. Higgins, professeur et avocat,	
MM. N. Bratza, avocat,	<i>conseils,</i>
H. Whitaker,	
J. Keeling,	
G. Davis,	
J. Knox, ministère du Commerce et de l'Industrie,	
R. Gardiner, <i>Law Officers' Department,</i>	<i>conseillers;</i>

- por la Commission
M. J.A. Frowein, *délégué;*

- *pour Sir William Lithgow*
MM. J. Macdonald, Q.C.,
N. Maryan-Green, avocat,
J. McNeill, avocat, *conseils*
D. Ross Macdonald, *solicitor;*
C. Hardcastle,
C. Gladstone,
D. Brock, Hardcastle & Co. Ltd, *conseillers;*

- *pour Vosper*
MM. A. Lester, Q.C.,
M. Mendelson, avocat,
D. Pannick, avocat, *conseils,*
J. Howison, *solicitor;*

- *pour English Electric et Vickers*
M. R. Southwell, Q.C.,
Mlle M. Simmons, avocat,
Mme I. Delupis, professeur et avocat, *conseils;*

- *pour English Electric:*
MM. Lester, directeur des affaires juridiques, *solicitor;*

- *pour Vickers*
MM. C. Foreman, directeur commercial, *représentant,*
N. Bevins, secrétaire général, *conseiller;*

- *pour Banstonian et Northern Shipbuilding*
MM. R. Graupner, *solicitor,*
T. Edwards, *Rea Brothers PLC*, *conseiller;*

- *pour Yarrow*
MM. F. Jacobs, Q.C., professeur, *conseil,*
A. Mallinson,
D. Rowe, *solicitors;*

— *pour Dowsett, Investors et Prudential*

MM. A. Lester, Q.C.,

D. Pannick, avocat,

A. Foyle,

conseil,

solicitor.

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions et à celles de plusieurs juges, M. Alexander pour le Gouvernement, M. Frowein pour la Commission et MM. J. Macdonald, A. Lester, Southwell, Graupner et Jacobs pour les requérants.

Pendant les débats, Gouvernement et requérants ont déposé différents documents dont des réponses écrites à des questions de la Cour (paragraphe 7 ci-dessus).

FAITS

9. Les requérants ont vu nationaliser certains de leurs biens en vertu de la loi de 1977 sur les industries aeronautiques et navales («loi de 1977»). Sans contester le principe de cette mesure, ils allèguent que les indemnités reçues étaient manifestement insuffisantes et discriminatoires; ils se prétendent victimes de violations de l'article 1 du Protocole n.º 1 à la Convention, considéré isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention. Ils invoquent aussi l'article 6 et — dans un cas — l'article 13. Des griefs soulevés devant la Commission sur le terrain des articles 17 et 18 n'ont pas été répétés devant la Cour.

I. LÉGISLATION PERTINENTE

A. Historique de la loi de 1977

1. Les projets de nationalisation

10. Dans son manifeste électoral du 8 février 1974, le parti travailliste signalait que son programme politique prévoyait la nationalisation des industries

aéronautiques et navales du Royaume-Uni. En 1971, 1972 et 1973 il avait déjà formulé des déclarations qui allaient dans ce sens.

Aux élections générales du 28 février 1974, les travaillistes l'emportèrent sur les conservateurs et constituèrent un gouvernement; ils ne jouissaient pas alors de la majorité absolue à la Chambre des communes. Le 31 juillet 1974, le ministre de l'Industrie annonça que la construction et la réparation navales passeraient au secteur public et que des clauses législatives destinées à sauvegarder les avoirs des entreprises concernées déploieraient leurs effets à compter de cette date; les propositions détaillées du gouvernement pour la nationalisation desdites entreprises figuraient dans un document de réflexion qui parut le même jour.

De nouvelles élections législatives, le 10 octobre 1974, assurèrent au parti travailliste la majorité absolue. Le 29 octobre, le discours de la Reine à l'ouverture de la session parlementaire fit état de l'intention du gouvernement de transférer au secteur public l'industrie aérospatiale; le 4 novembre, la Chambre des communes entendit une déclaration relative aux clauses de sauvegarde des avoirs ainsi visés. Le 15 janvier 1975, le gouvernement diffusa une note consacrée à ses plans de nationalisation de cette industrie.

11. Le document et la note précités contenaient des indications sur les sociétés à nationaliser et affirmaient que des «indemnités équitables» seraient versées, sans toutefois préciser les modalités du dédommagement. Ils expliquaient les considérations politiques, économiques et sociales motivant les nationalisations projetées: pour l'essentiel, le gouvernement estimait que celles-ci donneraient aux industries en cause — qui avaient reçu de l'Etat une aide importante et dépendaient beaucoup des commandes publiques — une assise administrative et économique plus saine et permettraient, chose souhaitable, un meilleur contrôle par les autorités ainsi qu'une plus grande transparence.

2. Procédure parlementaire et événements ultérieurs

12. Le 17 mars 1975, le ministre de l'Industrie annonça à la Chambre des communes le dépôt prochain d'un projet de loi de nationalisation des industries aéronautiques et navales. Il révéla pour la première fois la base sur la-

quelle on fixerait les indemnités, à savoir la valeur des titres des sociétés à acquérir; les titres cotés à une bourse officielle seraient évalués à leur prix moyen pendant les six mois qui avaient précédé le 28 février 1974; quant aux titres non cotés, on en déterminerait la valeur, par accord ou arbitrage, comme s'ils l'avaient été pendant cette période. Le ministre fournit en outre des renseignements détaillés sur les clauses de sauvegarde.

13. Pareil projet de loi fut effectivement publié; il prévoyait le transfert à des entreprises publiques de la propriété des titres de quarante-trois sociétés. Malgré une première lecture le 30 avril 1975, il devint caduc à la fin de la session parlementaire, faute de temps. Le gouvernement réexamina alors les conditions d'indemnisation proposées (y compris le choix de la période de référence) à la lumière des observations présentées, mais décida de ne rien y changer en raison notamment de l'incertitude qui en eût résulté, des nombreuses transactions opérées en fonction de ce qui avait été annoncé, et du fait que la perspective d'une nationalisation avait dû fausser le cours des actions pendant les autres périodes de référence envisagées.

14. Un deuxième projet, semblable en substance au premier et déposé en novembre 1975, donna lieu à de très longs débats à la Chambre des communes sur des questions telles que le principe et l'ampleur des nationalisations ainsi que les modalités d'indemnisation. En février 1976 le gouvernement lui-même déclara soustraire au projet le *Drypool Group Ltd*: cette société de construction navale ayant été mise en faillite après février 1974, le gouvernement trouvait qu'il ne se justifierait pas de payer aux actionnaires la pleine valeur de leurs parts pendant la période de référence fixée pour l'indemnisation.

Après une troisième lecture à la Chambre des communes le 29 juillet 1976, le projet passa à la Chambre des Lords qui, après de longues discussions, adopta divers amendements inacceptables pour le gouvernement; par exemple, elle exclut certaines entreprises de réparations navales et de construction de navires de guerre et inséra un texte selon lequel le tribunal arbitral — appelé à fixer les indemnités à défaut d'accord — pourrait allouer une «indemnité équitable» si à ses yeux la formule de la loi n'en assurait pas une. Les divergences de vues provoquées entre les deux Chambres par ces amendements ne purent être surmontées avant la fin de la session, de sorte que le deuxième projet devint lui aussi caduc.

15. Un troisième project, identique, fut déposé à la Chambre des communes le 26 novembre 1976. Après y avoir suivi toute la filière jusqu'au 7 décembre, il fut renvoyé à la Chambre des Lords en vertu d'une procédure spéciale permettant de se passer de l'assentiment de celle-ci. Revêtu de la sanction royale, il entra en vigueur le 17 mars 1977. Les modalités d'indemnisation coïncidaient en gros avec celles du premier project; il en allait de même des biens à nationaliser, sous réserve de l'exclusion de *Drypool Group Ltd* et — à la suite d'un amendement accepté par le gouvernement pendant l'examen du troisième project — de certaines sociétés s'occupant uniquement de réparation navale. Pour finir, la loi de 1977 énumérait trente et une sociétés: quatre de construction aéronautique et vingt-sept de construction navale, de mécanique navale ou de formation à la construction navale.

16. Les débats parlementaires furent marqués tout au long par une opposition centrée, en particulier, sur le caractère prétendument inéquitable des modalités d'indemnisation. Les critiques — identiques pour l'essentiel à celles des requérants et toutes retirées ou repoussées après discussion — portaient entre autres sur l'emploi d'une méthode d'évaluation boursière hypothétique pour les titres non cotés; sur le choix de la période de référence servant pour l'évaluation; sur l'absence de clauses tenant compte de l'expansion des sociétés en cause, ou de l'érosion monétaire, après ladite période; sur la non-inclusion, dans la formule de compensation, d'un équivalent de la «prime pour prise de contrôle» (paragraphe 98 ci-dessous); et sur le fait que l'évaluation de certaines filiales nationalisées pouvait être liée à la cotation en bourse des actions de leurs sociétés-mères.

Quant à eux, les représentants du gouvernement affirmèrent que le système répondait aux exigences de l'équité. Leur thèse consistait notamment à plaider qu'il était juste d'évaluer les titres à une date antérieure au moment où la perspective d'une nationalisation avait influé sur eux; que les performances futures d'une société donnée pouvaient normalement se prévoir pendant la période de référence, donc se refléteraient dans le prix présumé des actions; qu'en bonne logique, le gouvernement devait bénéficier de toute amélioration dans la situation d'une société après la période de référence puisqu'il acceptait le risque de toute détérioration, hormis la faillite; qu'il était fallacieux de partir de l'idée d'une corrélation entre la valeur de titres et le taux d'inflation; que le choix de la période de référence protégeait les actionnaires

des fluctuations ultérieures des prix du marché; que si les modalités de l'indemnisation offerte ne coïncidaient pas avec les conditions auxquelles un vendeur cédait librement à un acquéreur le contrôle d'une société, c'est ce que l'on n'avait pas affaire à un contrat de gré à gré, mais à une nationalisation par la voie législative; et que l'on aurait égard au cours des actions d'une société-mère dans le seul cas où les activités de la filiale nationalisée constituaient une part «très importante» de l'ensemble du groupe. En outre, le gouvernement reconnaissait que le règlement des indemnités demanderait quelque temps, mais exprimait l'intention de verser des acomptes aussi vite et largement que possible, dans les six mois du transfert des sociétés au secteur public.

17. En mai 1979 — alors que les négociations relatives aux indemnités se poursuivaient (paragraphe 33-35 ci-dessus) — eurent lieu d'autres élections législatives qui ramenèrent au pouvoir le parti conservateur. A la lumière des observations présentées, le nouveau gouvernement réexamina les modalités d'indemnisation prévues par la loi de 1977; il se résolut pourtant à n'y rien changer. Le ministre de l'Industrie en informa la Chambre des communes le 7 août 1980 dans une réponse écrite ainsi libellée:

«Nous savons que certains anciens propriétaires et beaucoup de membres de votre Chambre et du public trouvent extrêmement injustes pour certaines sociétés les conditions d'indemnisation imposées par la loi de 1977; nous partageons leur opinion. Nous avons étudié tous les moyens de redresser l'injustice commise par le gouvernement précédent, mais à notre très grand regret nous avons abouti à la conclusion que si l'on amendait la législation pour fixer rétroactivement de nouvelles conditions d'indemnisation, on se montrerait injuste envers ceux, nombreux, qui ont vendu des actions sur la base des conditions antérieures.»

Le gouvernement songea aussi à une dénationalisation immédiate de certaines des sociétés transférées au secteur public, mais y renonça.

B. La loi de 1977

18. Aux termes des articles 19 et 20 de la loi de 1977, les titres des sociétés de construction aéronautique et navale énumérées dans les annexes 1 et 2,

ainsi que certains autres avoirs liés à leurs activités, devaient être transférés à «*British Aerospace*» ou «*British Shipbuilders*», deux entreprises publiques créées par la loi, à une date que préciserait le ministre de l'Industrie («date du transfert»). Les dates ainsi fixées par la suite furent le 29 avril 1977 pour l'aérospatiale et le 1^{er} juillet de la même année pour la construction navale.

La loi prévoyait en outre le versement d'indemnités aux anciens porteurs de titres des sociétés concernées, la sauvegarde des avoirs des entreprises nationalisées, la nomination de représentants des actionnaires et la création d'un tribunal d'arbitrage.

1. Indemnisation

19. D'après l'article 35 par. 3, l'indemnité à payer aurait, d'une manière générale, un montant égal à la «valeur de base» des titres nationalisés moins, le cas échéant, les déductions opérées en vertu de l'article 39 (paragraphe 23-24 ci-dessous). Pour les titres cotés à la bourse de Londres, la «valeur de base» s'élèverait, selon l'article 37 par. 1, à la moyenne de leurs cours hebdomadaires pendant le semestre allant du 1^{er} septembre 1973 au 28 février 1974 («la période de référence», la seconde date étant celle des élections législatives mentionnées au paragraphe 10, deuxième alinéa, ci-dessus). Pour les titres non cotés émis avant la fin de la période de référence, il s'agirait de la valeur déterminée d'un commun accord par le ministre et le représentant des actionnaires (paragraphe 28 ci-dessous) ou, à défaut, de la valeur fixée par arbitrage, en vertu de la loi, comme celle que les titres auraient eue en application de l'article 37 s'ils avaient été cotés pendant toute la période de référence (article 38 par. 1). Quant à la «valeur de base» des titres non cotés émis après la fin de ladite période, elle correspondait en principe au cours d'émission (article 38 par. 10).

En faveur de la période de référence adoptée, le Gouvernement invoque notamment: la nécessité d'écarter un laps de temps pendant lequel la perspective de la nationalisation avait faussé la valeur des actions; sous cette réserve, le souci de retenir une époque aussi récente que possible; enfin, la tendance à la baisse du prix des actions observée depuis le milieu de 1972 jusqu'à l'annonce, en mars 1975, des modalités d'indemnisation d'où l'opportunité de

choisir une période reflétant la situation moyenne du marché boursier dans l'intervalle.

En déterminant la «valeur de base» des titres non cotés, le tribunal arbitral (paragraphe 29-32 ci-dessous) devait prendre en compte «tous les éléments pertinents»; si la société nationalisée était une filiale d'une société dont les actions figuraient, en totalité ou non, à la cote officielle et si ses activités formaient une partie importante des affaires de l'ensemble du groupe, le cours en bourse des actions de la société-mère constituait l'un d'entre eux (article 38 par. 3 et 6).

Pendant les négociations le ministre ne pouvait, malgré une certaine liberté de jugement, proposer des indemnités supérieures au niveaux légal. Quant à lui, le tribunal arbitral ne se trouvait nullement lié par les offres ou prétentions formulées à ce stade. En arrêtant les indemnités, on n'avait pas égard aux subventions publiques aux entreprises nationalisées.

20. D'après l'article 36, les indemnités n'étaient payables qu'après fixation de la «valeur de base» des actions nationalisées et du montant de toute déduction à opérer en vertu de l'article 39 (paragraphe 23-24 ci-dessous), mais le versement, à titre d'acompte, de sommes que le ministre estimerait adéquates pouvait avoir lieu à tout moment après la date du transfert. Les versements effectués de la sorte au profit des requérants ne s'accompagnaient d'aucune condition.

21. a. Les indemnités devaient revêtir la forme de bons du Trésor appelés «titres d'indemnisation» (article 35 par. 1). Les intérêts couraient dès la date du transfert (annexe 5); il incombait au Trésor d'en fixer le taux ainsi que les conditions de rachat, de remboursement, etc. (article 40).

b. Les indemnités étaient au départ exemptes d'impôt, mais la cession ou le remboursement des titres tombaient sous le coup de la taxe sur les plus-values, calculées par référence au prix auquel le porteur avait acquis les actions nationalisées. Selon l'article 54 de la loi de finances de 1976, cependant, le remplacement des titres d'indemnisation par de nouveaux éléments d'actif pouvait donner droit à un dégrèvement consistant à repousser l'assujettissement à l'impôt jusqu'à la réalisation de ces éléments ou des avoirs qui leur auraient succédé. Pareil dégrèvement ne pouvait jouer qu'au profit d'une so-

ciété, si l'entreprise nationalisée avait été une filiale, à 75% au moins, de celle-ci ou une filiale à 100% d'un consortium groupant cinq sociétés au plus; une personne physique ne pouvait en demander le bénéfice, quelle que fût l'ampleur de sa participation dans la dite entreprise. Ces critères visaient à limiter le dégrèvement au cas où les actions de la société nationalisée avaient constitué pour le porteur un actif économique et non un simple placement financier.

2. Clauses de sauvegarde

22. Pendant les procédures parlementaires relatives aux divers projets de loi, les représentants du gouvernement déclarèrent que les entreprises à nationaliser continueraient à fonctionner normalement jusqu'au jour du transfert; il en a bien été ainsi pour toutes les sociétés dont il s'agit en l'espèce.

Quoique les entreprises restassent propriété privée jusqu'à la date du transfert, la loi de 1977 contenait un certain nombre de clauses de sauvegarde destinées d'une manière générale à empêcher, entre la fin de la période de référence (28 février 1974) et cette date, les propriétaires ou la direction d'adopter des mesures anormales capables de léser le secteur public. Ces dispositions, dont les répercussions essentielles se trouvent résumées plus loin, ne s'appliquaient pas aux mesures approuvées par le ministre de l'Industrie; une approbation rétroactive était possible dans certains cas, notamment pour les opérations «pertinentes» (paragraphe 24 ci-dessus). Le gouvernement donna l'assurance qu'elles ne serviraient pas à pénaliser des mesures raisonnables arrêtées, de bonne foi, dans le cours normal des affaires.

23. Les porteurs de titres des sociétés nationalisées avaient droit à des dividendes, et à des intérêts sur ceux-ci, pour tous les exercices allant jusqu'à la date du transfert. En fait, la loi imposait cependant des restrictions au montant des dividendes et intérêts versés en vertu de résolutions votées entre la fin de la période de référence et le jour du transfert. Si la date de la résolution se situait entre le 28 février 1974 et la «date de sauvegarde» (en général le 17 mars 1975, date de la déclaration annonçant au Parlement les grandes lignes des modalités d'indemnisation et des clauses de sauvegarde; paragraphe 12 ci-dessus), tout paiement excédant le plafond devait, d'après l'article 39,

venir en déduction de l'indemnité payable pour les actions aux termes de l'article 35; si la date de la résolution se plaçait entre la «date de sauvegarde» et le jour du transfert, les membres du conseil d'administration de la société nationalisée répondaient personnellement de tout dépassement de cet ordre devant l'entreprise publique concernée (article 23). Pour un dividende, le maximum licite était généralement la moins élevée des deux sommes suivantes: le bénéfice net de la société pendant la période correspondant au dividende indiqué, ou le montant du dividende ordinaire antérieur le plus récent; pour les intérêts, la limite était fixée au minimum nécessaire pour éviter un manquement aux engagements ou le report d'intérêts pour paiement ultérieur (article 24). Pendant les débats parlementaires, le gouvernement garantit que des paiements supérieurs seraient autorisés si les circonstances le justifiaient.

24. *British Aerospace* et *British Shipbuilders* se voyaient protégées contre les pertes résultant d'opérations «pertinentes» (*material*) ou «onéreuses» réalisées par une société nationalisée entre la fin de la période de référence et le jour de transfert. En gros, on désignait par l'adjectif «pertinentes» les opérations — par exemple un dividende spécial — impliquant le transfert direct ou indirect d'actifs d'une société à ses actionnaires, par «onéreuses» celles qui étaient inhabituelles ou déraisonnables et entraînaient, de manière prévisible, des pertes pour la société (articles 30 et 31). Si l'opération se situait entre le 28 février 1974 et la date de sauvegarde — ou dans certains cas «la date initiale» (le 31 juillet 1974 pour les chantiers navals, le 4 novembre 1974 pour l'aéronautique) —, la perte nette causée par elle à l'entreprise publique concernée devait, en vertu de l'article 39, venir en déduction de l'indemnité à payer pour les actions en vertu de l'article 35; si la transaction avait eu lieu après la date de sauvegarde — ou la date initiale — et avant le jour du transfert, la dite entreprise pouvait saisir le tribunal arbitral (paragraphes 29-32 ci-dessous) pour recouvrer auprès du conseil d'administration ou des parties intéressées le montant du préjudice subi et, dans le cas d'une «opération onéreuse», pour la faire annuler (articles 30 et 31).

25. Il existait en outre une interdiction générale de transfert de certains avoirs des sociétés nationalisées, assortie de la faculté, pour l'entreprise publique concernée, d'assigner devant le tribunal arbitral les membres du conseil d'administration ou les parties intéressées en réparation du dommage résultant

de la transaction (article 28). Si le transfert avait été effectué après la «date initiale», l'entreprise publique pouvait récupérer les actifs en acquérant soit certaines sociétés supplémentaires, soit les actifs eux-mêmes (articles 26 et 29).

26. Le ministre pouvait dans certaines hypothèses (notamment l'insolvabilité) rayer une société de la liste des entreprises à nationaliser (article 27).

27. Les questions relatives aux sommes à déduire des indemnités en application de l'article 39 devaient se régler par accord entre le ministre et le représentant des actionnaires (paragraphe 28 ci-dessous) ou, à défaut, par décision du tribunal arbitral. Ce dernier avait également compétence pour divers autres problèmes touchant les clauses de sauvegarde.

3. Le représentant des actionnaires

28. Selon l'article 41 par. 1 de la loi de 1977, pour chaque société nationalisée il devait y avoir un représentant des actionnaires, chargé de défendre «les intérêts des porteurs des titres de cette société quant à la détermination de la valeur de base de ces titres». Désigné par les porteurs au cours d'une réunion tenue dans un délai prescrit, ou à défaut par le ministre, il pouvait être révoqué par une résolution votée lors d'une assemblée de ceux-ci (annexe 6). La charge de ses honoraires et de ces frais incombait au ministre.

Le représentant des actionnaires avait pour raison d'être l'idée qu'il fallait absolument confier à un délégué des anciens propriétaires, représentant leurs intérêts collectifs, le soin exclusif de mener en leur nom négociations et procédures d'arbitrage, pour empêcher la paralysie de celles-ci par une profusion de demandes individuelles. En conséquence, les actionnaires, bien que jouissant chacun de droits de vote dans leurs assemblées, ne participaient pas directement aux négociations sur l'indemnisation.

Selon Sir William Lithgow, le représentant n'était pas tenu de s'assurer du consentement des actionnaires avant d'accepter une offre d'indemnisation au cours des négociations, ni de saisir le tribunal d'arbitrage s'ils l'en priaient; toujours d'après ce requérant, un actionnaire n'avait en fait aucun moyen d'amener le représentant à se conformer à sa volonté, sous réserve du pouvoir

de révocation mentionné plus haut. Le Gouvernement répond que les actionnaires disposaient devant les juridictions nationales d'un recours contre le représentant pour manquement aux obligations lui incombant au titre de la loi de 1977 ou, en vertu de la *common law*, en sa qualité de mandataire. Il ajoute que le représentant ne pouvait refuser d'engager une procédure d'arbitrage si les actionnaires ou, sans doute, la majorité d'entre eux le lui demandaient, et qu'en pratique il ne concluait pas sans leur aval accord relatif au montant de l'indemnité.

4. Le tribunal arbitral

29. L'article 42 de la loi de 1977 créait un tribunal arbitral des industries aéronautiques et navales. Pour l'examen d'une cause, la tribunal devait se composer d'un président juriste (nommé par le Lord Chancelier ou, pour les litiges écossais, par le président de la *Court of Session*), et de deux autres membres (désignés par le ministre après consultation de l'ensemble des représentants des actionnaires) ayant l'un l'expérience des affaires, l'autre celle des questions financières.

Les critères à observer pour le choix des membres du tribunal — quant à leur réputation, leur expérience et l'absence complète de lien avec les sociétés nationalisées — étaient élaborés en concertation avec les représentants des actionnaires, qui étaient également invités à présenter des candidatures.

Chacun des membres du tribunal devait rester en fonction pendant la période fixée au moment de sa nomination. L'autorité l'ayant désigné pouvait déclarer le poste vacant au motif que l'intéressé n'était plus apte à remplir sa tâche, mais aux termes de l'article 8 par. 1 d'une loi de 1971 (*Tribunals and Inquiries Act*) elle ne le pouvait qu'avec l'agrément du Lord Chancelier ou du président de la *Court of Session*. D'autres dispositions avaient trait aux démissions, aux vacances de poste en cas de faillite et aux remplacements pour cause de maladie.

30. La compétence du tribunal se limitait aux matières énumérées dans la loi de 1977; y figuraient diverses prétentions et questions touchant aux clau-

ses de sauvegarde et, dans la domaine de l'indemnisation, la fixation de la «valeur de base» visée à l'article 38 par. 1 et des sommes à déduire en vertu de l'article 39 (paragraphe 19 et 23-24 ci-dessus). Pour déterminer la «valeur de base», le tribunal pouvait entendre les thèses des parties sur l'importance à attacher à tel élément pertinent, mais non sur l'équité de la formule légale d'indemnisation, qui le liait.

La compétence relative à la «valeur de base» et aux déductions n'existait qu'à défaut d'accord entre le ministre et de représentant des actionnaires, mais ce dernier était libre de déférer au tribunal la question de l'indemnisation à tout moment après le jour du transfert. D'après le Gouvernement — contredit par Sir William Lithgow —, rien en droit n'empêchait un actionnaire de s'adresser au tribunal aussi longtemps que les négociations n'avaient pas débouché sur un accord; par la suite, il ne pouvait plus le saisir même s'il estimait la somme ainsi fixée trop faible dans le cadre de la formule légale.

31. La procédure devant le tribunal obéissait à deux règlements de 1977, dont un pour l'Ecosse (*Aircraft and Shipbuilding Industries Arbitration Tribunal Rules*, *Aircraft and Shipbuilding Industries Arbitration Tribunal [Scottish Proceedings] Rules*), établis par le Lord Chancelier et le *Lord Advocate* respectivement. Elle ressemblait à celle d'une juridiction judiciaire; ainsi, les audiences devaient en principe se dérouler en public.

32. Contre les décisions du tribunal, un recours sur tout point de droit — mais non sur le montant de l'indemnité — s'ouvrait devant la *Court of Appeal* en Angleterre ou la *Court of Session* en Ecosse puis, moyennant autorisation, devant la Chambre des Lords (annexe 7). En outre, un représentant des actionnaires pouvait, d'après le Gouvernement, inviter une juridiction ordinaire à rechercher si le ministre, en formulant son offre d'indemnisation, n'avait pas commis une erreur de droit par une mauvaise interprétation ou application de la loi de 1977.

C. Procédure suivie pour mettre en oeuvre la loi de 1977

33. Dès l'adoption de la loi de 1977, MM. Whinney Murray et Cie, un important cabinet d'experts-comptables chargé par le gouvernement de le con-

seiller dans les procédures d'indemnisation, entreprit d'évaluer les sociétés visées en adressant un questionnaire à chacune d'entre elles. D'après le Gouvernement, on n'avait pu essayer plus tôt d'obtenir la coopération des sociétés ou de leurs actionnaires, car on ne savait pas au juste quand ni sous quelle forme serait voté ce texte très controversé.

34. Pour celles des actions des sociétés nationalisées qui étaient inscrites à la cote officielle, le paiement des indemnités eut lieu, après accord, le 1^{er} juillet 1977, date de leur transfert. Au sujet des autres, non cotées, MM. Whinney Murray et Cie fournirent au ministère de l'Industrie des évaluations préliminaires en janvier 1978 pour la plupart des sociétés, et en avril 1978 pour les entreprises restantes, en vue du calcul des acomptes versés au cours de ces mois.

A diverses dates entre décembre 1977 et mai 1978, les experts présentèrent au ministère des rapports d'évaluation complets. Des renseignements de fait y figurant furent communiqués, pour observations, à la société en cause et au représentant des actionnaires concernés (paragraphe 28 ci-dessus). Le ministère et les représentants échangèrent des mémoires de mars à octobre 1978, après quoi ils négocièrent. De nouveaux paiements d'acomptes furent annoncés en juillet et novembre 1978 et, dans certains cas, en 1979.

35. Entre juillet 1978 et le 7 août 1980 — date de l'annonce, par le nouveau gouvernement, de sa décision de ne pas modifier les modalités d'indemnisation (paragraphe 17 ci-dessus) — se conclurent différents accords, mais aucun d'eux ne concernait les sociétés nationalisées dont il s'agit en l'espèce, sauf *Kincaid* (paragraphe 40-45 ci-dessous). Peu après la déclaration mentionnée plus haut, le secrétaire d'Etat (*Minister of State*) indiqua, lors d'une série de rencontres avec les représentants des actionnaires, que dans les limites de la formule légale le ministère de l'Industrie consentirait à régler les affaires restantes pour des montants un peu supérieurs aux offres déjà présentées pendant les négociations. Pour les autres sociétés ici en cause, de tels règlements aboutirent avant la fin de 1980.

36. En négociant sur l'indemnisation, le ministère de l'Industrie et ses conseillers utilisèrent les quatre méthodes suivantes afin d'arriver à une cotation boursière hypothétique de titres non cotés.

a. Pour la majorité des sociétés réalisant des bénéfices, on recourut à une méthode fondée sur eux. Elle servit dans tous les cas dont la Cour se trouve saisie, hormis *Vosper Thornycroft* et *Yarrow Shipbuilders* (paragraphes 46-53 et 70-75 ci-dessous); elle consistait à prendre en compte (en se plaçant à la période de référence) les bénéfices passés et attendus, après impôt, et à y appliquer un multiplicateur adéquat (taux de capitalisation boursière du bénéfice net) retenu par comparaison avec des sociétés cotées en bourse. Comme les cotations boursières ne dépendent pas uniquement des bénéfices, en préparant leurs évaluations les comptables du gouvernement réexaminèrent à la lumière de la converture-actifs et du rendement des actions, là où il le fallait, les chiffres auxquels les avait conduits ladite méthode.

b. Quand la société nationalisée était une filiale et que ses activités constituaient l'essentiel des affaires d'une société dont les titres, ou certains d'entre eux, figuraient à la cote officielle, on employa une méthode d'évaluation liée à la société-mère, eu égard à l'article 38 par. 6 de la loi de 1977 (paragraphe 19 ci-dessus). Elle servit pour *Vosper Thornycroft* et *Yarrow Shipbuilders*; elle consistait à déduire de la capitalisation moyenne de la société-mère pendant la période de référence une évaluation des éléments non transférés du groupe, ou à ventiler cette capitalisation en fonction de la part respective, dans les bénéfices du groupe, des éléments transférés et non transférés.

c. Dans certains autres cas, où la société nationalisée ne réalisait pas de bénéfices, on recourut à une évaluation fondée sur les actifs, en partant de l'hypothèse d'une vente de ceux-ci sur le marché libre pendant la période de référence.

d. Une autre société en déficit fut évaluée selon une méthode liée au capital social, à savoir au moyen d'un abattement sur la valeur nominale du capital-actions émis.

II. LES NATIONALISATIONS A L'ORIGINE DE LA PRESENTE PROCEDURE

A. Introduction

37. Le présent litige tire son origine de la nationalisation, en vertu de la loi de 1977, des sept entreprises décrites ci-dessous. Aucune de leurs actions, sauf les actions privilégiées de *Kincaid* (paragraphe 40 ci-dessous), n'était cotée à la bourse de Londres de sorte qu'à cette exception près il fallut évaluer les indemnités sur la base d'un cours hypothétique (paragraphe 19 ci-dessus).

38. La description de chaque entreprise fournit notamment des précisions sur les bénéfices et les actifs. Sauf mention contraire, elles proviennent des comptes certifiés de la société. Elles indiquent les bénéfices avant impôt, la Cour n'ayant pas toujours en sa possession les chiffres après impôt. Le montant des actifs nets laisse de côté les impôts différés; aussi ne coïncide-t-il pas avec le chiffre figurant dans le rapport de la Commission. Les données relatives aux liquidités ou quasi-liquidités en caisse sont brutes; elles font abstraction des dettes.

39. Se trouvent également citées plus loin diverses estimations que les requérants ont communiquées à la Commission puis à la Cour quant à la valeur de leurs biens nationalisés. D'une manière générale, le Gouvernement ne les a ni contestées ni commentées, non qu'il en reconnaisse l'exactitude mais parce qu'elles s'écartent de la formule légale, compatible d'après lui avec les exigences de la Convention.

B. L'affaire Kincaid

1. L'entreprise nationalisée

40. Le 1^{er} juillet 1977 furent transférées à *British Shipbuilders* les actions privilégiées et ordinaires de la *John G. Kincaid & Company Ltd* («*Kincaid*»), qui fabriquait à Greenock des moteurs diesel pour la marine. Les premières, cotées en bourse, n'ont donné lieu en l'espèce à aucun grief relatif aux indemnités correspondantes. Sir William Lithgow, armateur de métier et actionnaire le plus important de la société, possédait 186.320 — un peu plus de 28% — des 662.500 actions ordinaires émises.

41. a. Les bénéfices avant impôt de *Kincaid* atteignaient, pour les exercices ci-dessous, clos le 31 décembre,

860.000 £ en 1971;
595.000 £ en 1972;
387.000 £ en 1973;
1.258.000 £ en 1974;
1.740.000 £ en 1975;
1.356.000 £ en 1976.

Pour le premier semestre de 1977, ils s'élevaient à 700.000 £ environ selon le rapport de la Commission.

Kincaid ne recevait pas de commandes publiques et n'avait pas besoin de subventions spéciales de l'Etat.

De 1974 à la date du transfert, 513.000 £ au total de dividendes furent versées pour les actions ordinaires; selon Sir William Lithgow, la limitation légale des dividendes eut pour effet d'augmenter de 1.953.000 £ les fonds de la société entre la période de référence et le jour du transfert.

b. Les actifs nets de *Kincaid* se montaient:

au 31 décembre 1972, à 3.679.530 £ ;
au 31 décembre 1973, à 3.723.528 £ ;
au 30 juin 1977, à 5.988.096 £ .

Sir William Lithgow a déclaré devant la Cour que *Kincaid* disposait au 30 juin 1977 d'une encaisse liquide de 5.058.000£ .

42. Toutefois, le requérant a indiqué que pendant la période de référence *Kincaid* possédait des actifs nets de l'ordre de 9.500.000£ ; il a produit une évaluation, établie après l'instance devant la Commission, suivant laquelle la valeur de la société au 28 février 1974, calculée conformément à la loi de 1977 sur la base d'une cotation boursière hypothétique, se situait entre 8.750.000 et 10.250.000£ . Il a en outre estimé à 18.000.000£ au moins les actifs nets attribuables aux actionnaires ordinaires au jour du transfert. Tous ces chiffres tenaient compte de réévaluations des locaux et équipements de la société, effectuées par un cabinet d'experts et donnant des chiffres bien supérieurs aux montants qui apparaissaient dans le bilan. D'après Sir William Lithgow, l'encaisse liquide au 30 juin 1977 dépassait les besoins de *Kincaid*.

2. Les négociations

43. Soumis au ministère de l'Industrie en février 1978, le rapport d'évaluation de MM. Whinney Murray et Cie concernant *Kincaid* avançait un chiffre compris entre 3.000.000 et 3.300.000£ ; il se fondait sur les bénéfices (paragraphe 36 a) ci dessus). Il ne tenait pas compte de la réévaluation, opérée après la période de référence, des immobilisations. Après que le ministère et le représentant des actionnaires eurent échangé des notes en août 1978, les négociations officielles commencèrent. Le premier offrait 2.750.000£ , le second en réclamait 5.500.000. Les discussions ultérieures portèrent en particulier sur le point de savoir si l'on eût appliqué un traitement comptable différent au cas où les actions ordinaires de la *Kincaid* auraient été cotées en bourse. L'écart entre les parties se réduisit — en février 1979, 3.500.000£ d'un côté contre 4.700.000£ de l'autre — et de nouvelles négociations aboutirent à un accord, conclu sous réserve de l'approbation des anciens actionnaires, sur le chiffre de 3.809.375£ .

44. Le 21 novembre 1979, les actionnaires se réunirent pour examiner un projet de résolution acceptant cette somme ainsi que le leur recommandait leur représentant. Sir William Lithgow assistait à l'assemblée avec huit autres actionnaires, mais il s'abstint de voter: il trouvait insuffisants les renseignements disponibles quant au règlement et le montant ne lui paraissait pas correspondre à la valeur de *Kincaid* pendant la période de référence ni à la date du transfert. Les suffrages exprimés furent tous favorables et la résolution fut donc adoptée. Le représentant des actionnaires ratifia l'accord le lendemain; le 4 décembre 1979, *British Shipbuilders* adressa aux anciens actionnaires un avis les informant des indemnités convenues.

45. Les indemnités relatives aux actions ordinaires de *Kincaid* donnèrent lieu aux versements ci-après:

- en janvier 1978, un premier acompte (article 36 par. 6 de la loi de 1977, paragraphe 20 ci-dessus) de 1.450.000 £ ;
- en novembre 1978, un second acompte de 800.000 £ ;
- peu après l'arrangement conclu en novembre 1979, le solde à savoir 1.559.375 £ .

Tous ces paiements revêtirent la forme d'émissions de bons du Trésor de 1981 à 9 ¼ %, avec un rendement annuel courant d'environ 10%.

L'indemnité perçue par Sir William Lithgow pour ses actions ordinaires s'élevait à 1.071.340 £ au total. Il déclare avoir dû payer sur cette somme, consacrée par lui à l'achat d'éléments d'actif, 207.752 £ d'impôt sur les plus-values.

C. L'affaire Vosper Thornycroft

1. L'entreprise nationalisée

46. Le 1^{er} juillet 1977 furent transférées à *British Shipbuilders* les actions de *Vosper Thornycroft (UK) Ltd* et *Vosper Shiprepairers Ltd* (ci-après

désignées conjointement sous le nom de «*Vosper Thornycroft*»), qui se vouaient principalement à la construction navale et possédaient aussi des chantiers s'occupait de constructions navales et l'autre — *Vosper Shipreperairs Ltd.* — de réparation. Ces deux sociétés étaient des filiales à 100% de *Vosper*, des affaires de laquelle leurs activités formaient une part très importante. Bien que ses titres fussent cotés en bourse, *Vosper* constituait une filiale, étroitement contrôlée, d'une société privée non cotée, la *David Brown Holdings Ltd.*

Entre 1974 et 1977, le groupe *Vosper* avait subi diverses modifications de structure. En bref, ses activités commerciales, jusque-là menées surtout par une filiale, avaient été confiées d'abord à la société-mère puis, le 15 mars 1977, rendues à deux filiales dont l'une — *Vosper Thornycroft (UK) Ltd.* — s'occupait de constructions navales et l'autres — *Vosper Shipreperairs Lda.* — de réparations navales. La seconde opération cherchait — en vain — à éviter la nationalisation des chantiers de réparation.

47. a. Les bénéfices avant impôt de *Vosper Thornycroft* ou de ses prédécesseurs atteignaient pour les exercices ci-dessous, clos le 31 octobre,

622.000 £ en 1971;
1.321.000 £ en 1972;
1.658.000 £ en 1973;
3.262.000 £ en 1974;
4.059.000 £ en 1975;
5.536.000 £ en 1976.

Pour les huit mois écoulés jusqu'au 30 juin 1977, ils s'élevaient selon le rapport de la Commission à 5.236.000 £, soit un taux de bénéfices annuels avant impôt de 7.850.000 £ au jour du transfert.

De 1972 à 1974, *Vosper Thornycroft* avait reçu 2.108.000 £ au titre de l'aide publique à la construction navale.

Elle obtenait d'importantes commandes du ministère de la Défense du Royaume-Uni. D'après le rapport d'évaluation mentionné au paragraphe suivant, toutefois, de 1971 à 1976 les contrats passés avec le gouvernement britannique ne représentèrent que 17% des bénéfices; le reste provenait des exportations — 64% du chiffre d'affaires — et d'autres sources.

b) Selon le rapport de la Commission, les actifs nets de *Vosper Thornycroft*, tels qu'ils ressortent des livres de comptes, se montaient à 5.857.000£ au 31 octobre 1972 et 25.633.000 £ au 30 juin 1977. *Vosper* a déclaré devant la Cour que les actifs nets de *Vosper Thornycroft* comprenaient, au jour du transfert, 5.500.000 £ de liquidités.

c) La capitalisation boursière moyenne des actions ordinaires de *Vosper* pendant la période de référence était de 4.500.000£ ;la capitalisation était au 30 juin 1977 de 5.800.000 £ .

48. *Vosper* a produit un rapport d'évaluation concernant *Vosper Thornycroft*. Dressé par un expert-comptable que avait aussi la qualité de représentant des actionnaires en cause, il se fondait sur l'hypothèse où un vendeur aurait cédé l'entreprise — censée continuer ses activités — à un acheteur unique, le Jour du transfert, sur le marché libre et de gré à gré. Le rapport analysait les bénéfices, l'actif, le passif, la marge brute d'autofinancement et les perspectives de *Vosper Thornycroft*, dont il estimait à 37.700.000 £ , la valeur à la date du transfert. Il parvenait à ce résultat en évaluant le niveau de bénéfices après impôt pouvant être maintenu et en lui appliquant un multiplicateur (taux de capitalisation boursière du bénéfice net), ajusté pour avoir égard à la «prime pour prise de contrôle» (paragraphe 98 ci-dessous); l'ajustement restait en dessous de la moyenne car, pensait-on, il n'y aurait pas eu beaucoup d'acquéreurs potentiels.

Au cours des négociations, le représentant des actionnaires prépara une autre évaluation. Partant cette fois de l'hypothèse où les actions de *Vosper Thornycroft* auraient fait l'objet d'une offre publique de vente à la date du transfert, il arrivait au chiffre de 35.400.000 £ . Il tenait compte de ce que des actions ainsi offertes le seraient à un prix inférieur au cours présumé qu'elles auraient si elles figuraient déjà sur la liste du *Stock Exchange*.

2. Les négociations

49. Soumis au ministère de l'Industrie en décembre 1977, le rapport d'évaluation de MM. Whinney Murray et Cie concernant *Vosper Thornycroft*

avançait un chiffre compris entre 4.200.000 et 4.600.000 £, d'où il fallait déduire 1.139.200 £ en vertu de l'article 39 de la loi de 1977; pour les raisons exposées au paragraphe 36 b) ci-dessus, il se fondait sur la capitalisation boursière de *Vesper*, la société-mère, pendant la période de référence. En mars 1978, le même cabinet adressa au ministère un autre rapport relatif aux opérations de réorganisation du groupe. En juin 1978 eut lieu entre le ministère et le représentant des actionnaires un échange de mémoires. Le premier indiquait dans le sien qu'il évaluait *Vesper Thornycroft* à 3.757.000 £, indépendamment des abattements nécessaires, selon lui, aux termes de l'article 39, du chef des dividendes versés pour l'exercice 1973-74 en sus du maximum licite et au titre de la réorganisation du groupe en 1976-77, considérée comme une opération «pertinente» (paragraphe 23-24 ci-dessus). En raison de l'incertitude régnant quant au montant des déductions, il s'abstenait pour l'instant de formuler une offre d'indemnisation. Dans son propre mémoire, le représentant des actionnaires demandait 35.400.000 £, sur la base de l'évaluation des actions à la date du transfert.

50. Entre juillet 1978 et mars 1979 se déroulèrent quatre séances de négociation. Les parties tombèrent d'accord sur le montant des déductions pour dividendes excessifs et le ministère de l'Industrie accepta de renoncer, dans le cadre d'un règlement négocié, à demander un abattement au titre de la réorganisation. Sur cette base, il lança le 1^{er} mars 1979 sa première offre officielle d'indemnité, à savoir une somme nette de 3.500.000 £.

51. A la suite des élections législatives de mai 1979 (paragraphe 17 ci-dessus) et d'observations adressées au nouveau gouvernement, le ministère de l'Industrie introduisit, en septembre 1979, une offre révisée de 4.500.000 £. Elle entraîna d'autres observations et des préparatifs de recours à l'arbitrage. En août 1980, lors d'une réunion, le secrétaire d'Etat porta l'offre à 4.800.000 £, sans aucune déduction, et n'exclut pas une augmentation supplémentaire de 10%.

Lors d'une rencontre ultérieure, le 17 septembre 1980, le représentant des actionnaires indiqua pour la première fois comment il concevait une évaluation fondée sur la période de référence, dans le cadre de la formule fixée par la loi; jusque-là, semble-t-il, sa thèse s'appuyait pour l'essentiel sur l'idée que l'indemnisation devait prendre pour base la valeur à la date du transfert.

Il avança un chiffre de 10.000.000 £ et ajouta qu'il s'attendait à l'octroi, par le tribunal d'arbitrage, de 6.000.000 £ environ. A cette réunion, le secrétaire d'Etat consentit pour finir à faire passer l'offre du gouvernement à 5.300.000 £, mais pas au-delà.

52. Le 19 septembre 1980, le représentant des actionnaires écrivit au secrétaire d'Etat. Il regrettait la décision du gouvernement de ne pas proposer davantage et de ne pas s'écarter non plus des modalités légales d'indemnisation bien qu'en ayant reconnu l'injustice manifeste; il admettait cependant que l'offre finale correspondait au maximum à espérer par voie d'arbitrage. Pour atténuer les conséquences de nouveaux retards, il se disait prêt à recommander l'acceptation de l'offre. Le 7 octobre 1980, *Vosper* l'autorisa à l'accepter.

53. Les indemnités relatives aux actions de *Vosper Thornycroft* donnèrent lieu aux versements ci-après:

- en avril 1978, un premier acompte de 650.000 £;
- en novembre 1978, un second acompte de 700.000 £;
- peu après l'arrangement conclu en octobre 1980, le solde à savoir 3.950.000 £.

Ces paiements revêtirent la forme d'émissions de bons du Trésor de 1981 à 9 ³/₄% pour les acomptes et, pour le reliquat, de 1983 à 10%, avec un rendement annuel courant d'environ 10% et d'un peu moins de 11%, respectivement.

D. L'affaire B.A.C.

1. L'entreprise nationalisée

54. Le 29 avril 1977 furent transférées à *British Aerospace* les actions de *British Aircraft Corporation (Holdings) Ltd* («B.A.C.»), principal constructeur aéronautique du Royaume-Uni. Elles appartenaient pour une moitié à *English*

Electric, filiale à 100% de *The General Electric Company PLC* («G.E.C.»), pour le reste à *Vickers*. Les actions de *G.E.C.* et de *Vickers* sont cotées en bourse, mais *B.A.C.* ne jouait pas un rôle important dans les affaires de cette dernière. Elle ne figurait pas elle-même, dans la loi de 1977, sur la liste des sociétés à nationaliser, mais passa au secteur public à la place d'une filiale, *British Aircraft Corporation Ltd* — qui s'y trouvait —, parce qu'elle avait acquis la propriété d'usines possédées jadis par cette filiale (articles 26 a et 27, paragraphes 25-26 ci-dessus).

5. a. Les bénéfices avant impôt de *B.A.C.* atteignaient pour les exercices ci-dessous, clos le 31 décembre,

6.571.000 £ en 1972;
13.742.000 £ en 1973;
24.207.000 £ en 1974;
30.003.000 £ en 1975;
39.912.000 £ en 1976;
53.644.000 £ en 1977.

B.A.C. ne recevait pas de subventions spéciales de l'Etat. Elle exporta plus de 70% de sa production de 1977.

b. Les actifs nets de *B.A.C.* s'élevaient à quelque 32.400.000 £, à la fin de 1972, à 75.620.000 £ à la fin de 1976 et à 80.575.000 £ à la fin de 1977. L'encaisse se montait à environ 57.800.000 £ à la fin de 1976 et 98.700.000 £ à la fin de 1977.

56. *English Electric* et *Vickers* affirment que *B.A.C.* se tangeait parmi les sociétés les plus prospères du Royaume-Uni dans les années 70. Elles signalent, par exemple, la progression des ventes, des bénéfices, des actifs et des carnets de commandes de 1973 à 1977 ainsi que les perspectives d'avenir; d'après elles, une société dont les profits croissaient à un tel rythme aurait connu en bourse un fort taux de capitalisation du bénéfice net et une valeur marchande très supérieure à celle des actifs nets. Elles produisent une évaluation selon laquelle *B.A.C.* avait au jour du transfert une valeur d'au moins 275.000.000 £, à majorer d'au moins 30% du chef de la «prime de prise de contrôle» (paragraphe 98 ci-dessous), soit une valeur globale de 350.000.000 £ au bas mot.

2. Les négociations

57. En l'occurrence, les négociations se caractérisèrent tout au long par une divergence fondamentale d'optique entre le représentant des actionnaires et le ministère de l'Industrie. Le premier adoptait une conception «discrétionnaire», selon laquelle le ministre jouissait d'une certaine latitude quant au montant auquel il pouvait consentir pendant les tractations, la formule légale d'indemnisation ne liant que le tribunal arbitral; sur cette base, la période de référence n'entraînait pas en ligne de compte pour les négociations et l'indemnisation pouvait et devait se fonder sur la valeur marchande au jour du transfert. Le ministère, lui, partait d'une conception «légale», d'après laquelle les négociations ne pouvaient se dérouler que dans le cadre de la formule fixée par la loi; sur cette base, l'indemnité à débattre dépendrait de la valeur que les actions de *B.A.C.* auraient eue si elles avaient figuré à la cote officielle pendant la période de référence, et les résultats ultérieurs de la société constituaient un élément non pertinent sauf dans la mesure où un investisseur avisé aurait pu s'y attendre.

58. Le 15 avril 1977, le représentant des actionnaires indiqua au ministère de l'Industrie, à titre préliminaire, que sur la base des bénéfices de 1976 la capitalisation boursière de *B.A.C.* se situerait sans doute entre 150.000.000 et 165.000.000 £, à l'exclusion de toute «prime pour prise de contrôle» qui porterait ce montant à 200.000.000 £ au moins. Le 15 août 1977, il donna un nouveau chiffre à savoir 250.000.000 £. Suivit une correspondance dans laquelle le ministère et le représentant défendirent respectivement la conception «légale» et la conception «discrétionnaire». Le premier ajouta que son retard à ouvrir les négociations s'expliquait par l'ampleur et la minutie des travaux nécessaires pour se former une opinion raisonnée de la valeur de base des actions pendant la période de référence.

59. Soumis au ministère de l'Industrie en janvier 1978, le rapport d'évaluation de MM. Whinney Murray et Cie concernant *B.A.C.* avançait un chiffre compris entre 31.000.000 et 35.000.000 £, d'où il fallait déduire 13.736.000 £ en vertu de l'article 39 de la loi de 1977; il se fondait sur les bénéfices (paragraphe 36 a) ci-dessus). Le 25 janvier 1978, le gouvernement annonça le paie-

ment d'un premier acompte de 6.100.000 £ sur les indemnités; *G.E.C.* et *Vickers* publièrent une déclaration commune critiquant en substance la faiblesse de la somme versée. Après réception de la partie descriptive du rapport, le représentant des actionnaires écrivit le 9 février 1978 au ministère pour dire qu'en s'efforçant d'arriver à un chiffre «équitable et raisonnable à la lumière de toutes les circonstances» et en ayant égard, entre autres, à la courbe des bénéfiques, à la progression des commandes, aux exportations et à la marge brute d'autofinancement, il évaluait *B.A.C.* à 255.100.000 £, montant à augmenter de beaucoup pour tenir compte de toute «prime pour prise de contrôle».

En mai 1978, le ministère envoya au représentant des actionnaires un mémoire précisant qu'à ses yeux la bonne méthode d'évaluation consistait à capitaliser, en utilisant un coefficient approprié de capitalisation des bénéfiques nets, les bénéfiques après impôt de l'exercice ayant pris fin au 31 décembre 1972 (soit 3.300.000 £); la valeur de base ainsi établie devrait subir, en application de l'article 39 de la loi de 1977 (paragraphe 23-24 ci-dessus), un abattement pour certains dividendes distribués en 1974. Le mémoire ne formulait aucune offre d'indemnisation parce que, selon le gouvernement, la conception «discrétionnaire», dont le représentant des actionnaires demeurait partisan dans la correspondance en cours, sortait du cadre de la loi.

Maintenant cette optique, le représentant remit au ministère, le 6 juillet 1978, un rapport où il estimait à 275.000.000 £ la valeur que *B.A.C.* aurait eue en bourse à la date du transfert. D'après *English Electric* et *Vickers*, un représentant du ministère reconnut que celui-ci aurait probablement abouti à un résultat analogue s'il avait tenté une évaluation boursière à la date du transfert et qualifia de «spectaculaire» l'expansion de *B.A.C.* de 1973 à 1977. Le ministère affirmait cependant à nouveau ne pouvoir, de l'avis de ses conseillers juridiques, négocier que sur la base de la conception «légale».

60. Le 7 août 1978, le représentant des actionnaires, sans renoncer à la conception «discrétionnaire», écrivit au ministère en exposant son idée de la valuer boursière hypothétique de *B.A.C.* en 1974: un montant de 255.000.000 £ aurait donné un rendement escompté à peine inférieur à 4%, un coefficient de couverture des dividendes de 1,7 et un coefficient escompté de capitalisation du bénéfice net un peu supérieur à 20, chiffres qui n'auraient rien eu

d'anormal avec un taux de croissance tel que celui de *B.A.C.* Il ajoutait qu'à 200.000.000 £ l'évaluation des actions aurait été très raisonnable.

Des discussions s'engagèrent alors sur le point de savoir si l'on avait pu s'attendre aux bénéfices de *B.A.C.* après la période de référence. Le 29 septembre 1978, le représentant des actionnaires déclara que même une compression massive de l'évaluation pendant cette période laisserait un montant de 175.000.000 £. Le ministère reconnut que les bénéfices de 1973 pouvaient servir de base à l'évaluation des bénéfices futurs prévisibles pendant ladite période.

61. Le 16 novembre 1978, le ministère de l'Industrie lança une offre préliminaire de l'ordre de 51.000.000 £ après déduction, en vertu de l'article 39 de la loi de 1977, de 19.700.000 £ pour les dividendes de 31.810.000 £ au total — distribués par *B.A.C.* au titre des exercices 1973 à 1976, principalement un dividende spécial de 15.000.000 £ prélevé en février 1974 sur les réserves et considéré comme une opération «pertinente» au sens de l'article 30 (paragraphe 24 ci-dessus). En cas de recours à l'arbitrage, signalait-il, il plaiderait que 51.000.000 £ constituaient l'évaluation adéquate. En décembre 1978, toutefois, il proposa 81.000.000 £; en mars 1979, le représentant des actionnaires déclara pouvoir accepter 127.000.000 £ en guise de compromis.

62. Les discussions reprirent après les élections législatives de mai 1979 (paragraphe 17 ci-dessus). En septembre 1979, le ministère indiqua que dans le cadre d'un règlement négocié, on pourrait éventuellement ramener à 15.000.000 £ la somme à déduire en application de l'article 39 et qu'il pourrait porter son offre à 85.000.000 £. Le représentant des actionnaires suggéra un montant de 115.000.000 £ par voie de compromis.

En novembre 1979, il produisit cependant un mémoire où il retournait à la conception «discrétionnaire». Il ajoutait que les conseillers financiers (*merchant bankers*) des actionnaires avaient exprimé une opinion catégorique: d'après eux, «la valeur de base» des titres de *B.A.C.* durant la période «pertinente», calculée comme par un arbitre dans le cadre de la loi, atteindrait au moins 140.000.000 £. Il affirmait en outre que le ministère, en limitant les dividendes entre 1974 et la date du transfert, était allé au-delà de ce qui était nécessaire ou prudent; l'approbation rétroactive, par le ministre, du dividende spécial de 1974 se justifiait donc de telle manière que celui-ci fût pas déducti-

ble de l'indemnité (paragraphe 22-24 ci-dessus). Cette requête ne rencontra pas d'écho favorable; pour finir, les déductions opérées en vertu de l'article 39 ont porté sur 19.700.000 £.

63. Après une correspondance supplémentaire et de nouvelles discussions, le ministère formula en août 1980 une offre finale de 15.000.000 £, nette de toute déduction. Le 18 août 1980, le représentant des actionnaires se déclara prêt à en recommander l'acceptation et un accord sur le chiffre en question fut régulièrement conclu.

64. Les indemnités relatives aux actions de *B.A.C.* donnèrent lieu aux versements ci-après:

- le 10 février 1978, un premier acompte de 6.100.000 £ ;
- le 2 août 1978, un deuxième acompte de 3.550.000 £ ;
- le 5 décembre 1978, un troisième acompte de 30.350.000 £ ;
- le 28 août 1980, le solde à savoir 55.000.000 £ .

Ces paiements revêtirent la forme d'émissions de bons du Trésor de 1981 à 9 ³/₄% pour les acomptes et, pour le reliquat, de 1983 à 10%, avec un rendement annuel courant d'environ 10 et 11%, respectivement.

E. L'affaire Hall Russell

1. L'entreprise nationalisée

65. Le 1^{er} juillet 1977 furent transférées à *British Shipbuilders* les actions de *Hall Russell & Company Ltd* («*Hall Russell*»). Société à responsabilité limitée enregistrée en Ecosse, elle s'occupait de construction et de réparation navales à Aberdeen; c'était une filiale à 100% de *Banstonian*, société à responsabilité illimitée, elle-même filiale à 100% de *Northern Shipbuilding* qui comptait quatre actionnaires.

66. a. Selon le rapport de la Commission, les bénéficiaires avant impôt de *Hall Russell* atteignaient pour les exercices ci-dessous, clos le 31 mars,

425.000 £ en 1972;
480.000 £ en 1973;
151.000 £ en 1974;
177.000 £ en 1975;
498.000 £ en 1976;
825.000 £ en 1977.

Pour le deuxième trimestre de 1977, ils se montaient à 292.374 £ .

De 1973 à 1975, *Hall Russell* avait reçu 657.000 £ au titre de l'aide publique à la construction navale.

b. Ses actifs nets s'élevaient à 1.358.000£ au 31 mars 1973 et 1.622.573 £ au 30 juin 1977. Dans leur mémoire à la Cour, ses anciens actionnaires mentionnent une encaisse de 3.355.000£ au jour du transfert.

67. Selon *Banstonian* et *Northern Shipbuilding*, *Hall Russell* était une entreprise saine et en expansion, comme le confirmeraient ses résultats après la nationalisation. Citant un rapport établi en octobre 1978 en vue des négociations et prenant en compte les bénéfices antérieurs, la valeur nette des immobilisations corporelles et le rendement des dividendes, ils soutiennent qu'ils auraient dû toucher 3.500.000 £ d'indemnités si l'on avait évalué *Hall Russell* à la date du transfert.

2. Les négociations

68. Soumis au ministre de l'Industrie en mars 1978, le rapport d'évaluation de MM. Whinney Murray et Cie concernant *Hall Russell* avançait un chiffre compris entre 900.000 à 1.000.000£; il se fondait sur les bénéfices (paragraphe 36 a) ci-dessus). En octobre de la même année, le ministère et le représentant des actionnaires échangèrent des mémoires. Le premier proposait 800.000£ . Quand au second, il soutenait que l'article 38 de la loi de 1977 (paragraphe 19 ci-dessus) accordait au ministre une certaine latitude en matière d'indemnisation et que la valeur à la date du transfert, soit 3.500.000£ , constituait la seule base équitable.

En novembre 1978, le représentant des actionnaires avança, pour la période de référence, une évaluation de 2.500.000 à 3.000.000 £. Le Gouvernement offrit en mars 1979 1.000.000 £, puis 1.500.000 £, et l'on tomba d'accord sur ce dernier chiffre en novembre 1980.

69. Les indemnités relatives aux actions de *Hall Russell* donnèrent lieu aux versements ci-après:

- le 7 février 1978, un premier acompte de 300.000 £ ;
- le 1^{er} août 1978, un deuxième acompte de 100.000 £ ;
- le 5 décembre 1978, un troisième acompte de 250.000 £ ;
- le 21 novembre 1980, le solde à savoir 850.000 £ ;

Ces paiements revêtirent la forme d'émissions de bons du Trésor de 1981 à 9 ³/₄ % pour les acomptes et de 1983 à 10% pour le reliquat, le taux de rendement annuel courant s'élevant à 10% environ et à un peu moins de 11%, respectivement.

F. L'affaire Yarrow Shipbuilders

1. L'entreprise nationalisée

70. Le 1^{er} juillet 1977 furent transférées à *British Shipbuilders* les actions de *Yarrow (Shipbuilders) Lts* («*Yarrow Shipbuilders*»), qui s'occupait à Glasgow de la construction de navires de guerre et autres bâtiments spécialisés. Filiale à 100% de *Yarrow*, dont les titres étaient cotés en bourse, ses activités représentaient une part importante des affaires de cette société.

En 1968, *Yarrow*, jusque-là propriétaire de la totalité des actions de *Yarrow Shipbuilders*, en avait vendu 51% à une autre société pour 1.800.000 £ sous la pression, dit-elle, du gouvernement. Par la suite, *Yarrow Shipbuilders* avait enregistré des pertes et en 1971 *Yarrow* avait racheté les actions pour 1 £ après avoir emprunté au ministère de la Défense 4.500.000 £ pour remplacer le

fonds de roulement érodé par le déficit. Ce prêt s'accompagnait de la condition qu'une fois redevenue rentable, *Yarrow Shipbuilders* ne pourrait distribuer ses bénéfices à la société-mère sous forme de dividendes qu'avec l'accord préalable du ministre de la Défense. *Yarrow* aurait pu le rembourser pour 1973/1974 mais décida de n'en rien faire; les restrictions relatives aux dividendes s'appliquèrent donc tout au long de la période de référence.

71. a. Les bénéfices avant impôt de *Yarrow Shipbuilders* atteignaient pour les exercices ci-dessous, clos le 30 juin,

308.000 £	en 1971;
607.000 £	en 1972;
3.025.000 £	en 1973;
7.088.000 £	en 1974;
5.619.000 £	en 1975;
4.887.000 £	en 1976;
3.123.000 £	en 1977.

Selon *Yarrow*, les bénéfices après impôt de la fin de la période de référence à la date du transfert totalisaient quelque 12.000.000 £. Dans l'intervalle, *Yarrow Shipbuilders* ne fut autorisée par le ministre de la Défense à verser à la société-mère que 2.600.000 £ de dividendes; 9.400.000 £ de bénéfices demeurèrent donc entre ses mains et se retrouvèrent dans les avoirs qui passèrent au secteur public lors de la nationalisation. *Yarrow* affirme avoir retiré de sa filiale, à l'époque, un rendement de l'ordre du tiers seulement de ce qu'il aurait dû être.

Outre le prêt consenti en 1971 par le ministère de la Défense, *Yarrow Shipbuilders* avait reçu, de 1972 à 1977, 3.114.000 £ au titre de l'aide publique à la construction navale. Les subventions concernaient toutes des contrats d'exportation, lesquels avaient toujours joué un grand rôle dans le chiffre d'affaires de la société.

b. D'après *Yarrow*, la valeur nette des actifs corporels immobilisés de *Yarrow Shipbuilders* s'élevait à 1.327.000 £ au 30 juin 1973, selon les normes comptables, et à 10.500.000 £ au 30 juin 1977 ainsi que le montrait la comptabilité de la société.

c. La capitalisation moyenne des actions ordinaires de *Yarrow* pendant la période de référence n'a pas excédé 4.800.000 £ .

72. *Yarrow* a produit un rapport, dressé par un cabinet d'experts-comptables, suivant lequel un montant de 16.000.000 £ représentait une évaluation correcte de *Yarrow Shipbuilders* à la date du transfert. La méthode employée amenait à se demander quel prix aurait payé un acheteur unique acquérant le contrôle à 100%; elle adoptait deux démarches successives. La première consistait à estimer le niveau de bénéfices après impôt susceptible d'être maintenu et à le capitaliser un lui appliquant un multiplicateur (taux de capitalisation boursière du bénéfice net); la seconde, à affecter d'un tel coefficient les derniers bénéfices après impôt enregistrés. Elles conduisaient respectivement à une valeur de 16.320.000 et 15.750.000 £ . Le rapport ajoutait ce commentaire: «La valeur nette des actifs d'une société travaillant sur une base durable ne constitue pas, en général, un élément majeur pour en évaluer les actions. L'acquéreur achète normalement ces dernières dans l'attente non de la vente des actifs, mais de leur utilisation dans l'entreprise à des fins lucratives.»

En ordre subsidiaire, *Yarrow* prétend que la valeur de *Yarrow Shipbuilders* pendant la période de référence atteignait 17.500.000 £ , comme le représentant des actionnaires l'a soutenu au début des négociations (paragraphe 73 ci-dessous).

2. Les négociations

73. En septembre 1977, le représentant des actionnaires présenta au ministère de l'Industrie un mémoire sur la situation de *Yarrow Shipbuilders*. Le rapport de MM. Whinney Murray et Cie sur la société avançait un chiffre compris entre 2.800.000 et 3.200.000 £ . Remis au ministère de l'Industrie en décembre 1977, il se fondait sur la capitalisation boursière de la société-mère, *Yarrow*, pendant la période de référence. La raison n'en était pas seulement que *Yarrow Shipbuilders* menait l'essentiel des activités de *Yarrow* (paragraphe 36 b) ci-dessus): les experts pensaient en outre que sans l'appui financier de *Yarrow* et faute de pouvoir distribuer des dividendes, à cause des termes du prêt du ministère de la Défense, *Yarrow Shipbuilders* aurait pu avoir une

valeur purement nominale. Ils estimaient aussi qu'on ne pouvait l'évaluer à l'aide des critères normaux — bénéfiques, rendement des dividendes ou garantie des actifs — et relevaient que les restrictions rigoureuses au versement de dividendes affectaient la réputation et la valeur de la filiale comme de la société-mère.

Les négociations s'ouvrirent en mars 1978 sur un échange d'évaluations entre les parties: 2.800.000 £ selon le ministère, 17.500.000 £ d'après le représentant. Dans le cas du second, il s'agissait d'un calcul sur la base des bénéfices; il prenait en compte les profits attendus de *Yarrow Shipbuilders* pour l'exercice clos en juin 1974 et partait de l'hypothèse d'une offre de vente des actions en bourse immédiatement avant la période de référence.

Dans les négociations ultérieures, les discussions portèrent notamment sur la possibilité d'autoriser de nouveaux versements de dividendes pour la période antérieure au jour du transfert; sur le point de savoir si l'on devait présumer que le prêt du ministère de la Défense aurait été remplacé par autre chose en cas de cotation boursière des actions de *Yarrow Shipbuilders*; sur la pertinence d'une évaluation par référence soit à une offre de vente, soit à la société-mère; et sur les conséquences d'une éventuelle limitation des dividendes pour la capitalisation boursière de *Yarrow*.

74. En juillet 1978, le gouvernement proposa 4.000.000 £ et en septembre le représentant des actionnaires en réclama le triple. Le premier formula d'autres offres en août 1979 puis en août 1980, et en octobre 1980 l'accord se fit sur une indemnité de 6.000.000 £. *Yarrow* accepta ce chiffre après avoir appris que le recours à l'arbitrage aurait pu se traduire pour elle, d'après la loi de 1977, par l'octroi d'une somme non supérieure à sa propre capitalisation, laquelle ne dépassait pas 4.800.000 £.

75. Les indemnités relatives aux actions de *Yarrow Shipbuilders* donnèrent lieu aux versements ci-après:

- en février 1978, un premier acompte de 1.400.000 £ ;
- en décembre 1978, un second acompte de 850.000 £ ;
- le 21 octobre 1980, le solde à savoir 3.750.000 £ .

Ces paiements revêtirent la forme d'émissions de bons du Trésor de 1981 à 9 ¾ % pour les acomptes et de 1983 à 10% pour le reliquat, avec rendement annuel courant d'environ 10% et d'un peu moins de 11%, respectivement.

G. L'affaire Vickers Shipbuilding

1. L'entreprise nationalisée

76. Le 1^{er} juillet 1977 furent transférés à *British Shipbuilders*, a) les actions de *Wickers Shipbuilding Group Ltd.*, filiale à 100% de *Vickers*, et b) certains autres intérêts de *Vickers* dans la construction navale, transférés à *Vickers Shipbuilding Group Ltd.* en tant qu'avoirs se rapportant à ses activités (article 20 de la loi de 1977, paragraphe 18 ci-dessus). Les affaires ainsi nationalisées (désignées collectivement sous le nom de «*Vickers Shipbuilding*») avaient pour spécialité la conception et la construction de navires de guerre hautement perfectionnés. *Vickers Shipbuilding* n'entraîne pas pour plus d'un quart dans les activités de *Vickers*.

77. a. Les bénéfices avant impôt de *Vickers Shipbuilding* atteignaient pour les exercices ci-dessous, clos le 31 décembre,

2.618.000 £ en 1972;

2.177.000 £ en 1973;

5.515.000 £ en 1974;

4.841.000 £ en 1975;

3.746.000 £ en 1976.

Pour la premier semestre de 1977, ils se montaient à 3.948.000 £.

Vickers Shipbuilding recevait de faibles subventions au titre de l'aide publique à la construction navale, toujours à propos de contrats d'exportation.

b. Ses actifs nets s'élevaient à 14.337.000 £ au 31 décembre 1972, ses actifs nets immobilisés (c'est-à-dire indépendamment des impôts différés, dont le volume ne ressort pas des pièces fournies à la Cour) à 32.431.000 £ au 30 juin 1977.

78. *Vickers* a présenté une évaluation selon laquelle, eu égard aux bénéfices passés, aux perspectives et aux actifs nets, la valeur de *Vickers Shipbuilding* au jour du transfert n'aurait pas été inférieure à 25.000.000 £ en cas de vente de gré à gré entre deux particuliers. On avait abouti à ce résultat en estimant le niveau des bénéfices après impôt susceptible d'être maintenu et en lui

appliquant un multiplicateur (taux de capitalisation boursière du bénéfice net) ajusté de manière à tenir compte de la «prime de prise de contrôle» (paragraphe 98 ci-dessous).

2. Les négociations

79. Aux termes de l'article 38 par. 7 de la loi de 1977, pour évaluer les actions de *Vickers Shipbuilding Group Ltd.* il fallait partir de l'hypothèse que pendant la période de référence elle possédait déjà les intérêts à elle transférés en vertu de l'article 20 (paragraphe 76 ci-dessus). Les négociations se déroulèrent donc comme si *Vickers Shipbuilding* avait constitué une entreprise unique à toutes les époques pertinentes; des données financières établies sur cette base par les commissaires aux comptes de *Vickers* en vue des discussions furent acceptées en mars 1978. Certains autres questions préliminaires (dont une touchant l'imposition) surgirent et trouvèrent une solution.

80. Soumis au ministère de l'Industrie en mai 1978, le rapport de MM. Whinney Murray et Cie concernant *Vickers Shipbuilding* avançait un chiffre compris entre 11.500.000 et 12.700.000 £ ; il se fondait sur les bénéfices (paragraphe 36 a) ci-dessus). Les négociations officielles s'ouvrirent le mois suivant par un échange de mémoires: le gouvernement proposait une indemnité de 10.550.000 £ , le représentant des actionnaires demandait 20.060.000 £ . Le premier porta ensuite son offre à 13.500.000 £ tandis que le second indiquait 17.000.000 £ comme le minimum acceptable. En novembre 1978, le ministère déclara qu'il ne consentait pas à augmenter encore son offre et que dans l'éventualité d'un arbitrage, il se prononcerait pour un niveau inférieur; le représentant des actionnaires répondit qu'il saisirait le tribunal. En septembre 1979 — après les élections législatives de mai 1979 (paragraphe 17 ci-dessus) —, *Vickers* fut informée que le nouveau gouvernement avait résolu de ne rien changer aux modalités d'indemnisation et avait confirmé la limite de 13.500.000 £ fixée par le ministère pour les besoins des négociations.

81. Le même mois, le représentant des actionnaires engagea une instance devant le tribunal arbitral (paragraphe 29-32 ci-dessus). Suit un échange de mémoires; le représentant des actionnaires plaidait pour 16.695.999 £ d'in-

demnités, le ministère pour 12.210.000 £ . Les audiences commencèrent en septembre 1980, mais le 26 les parties tombèrent d'accord qui une somme de 14.450.000 £ .

82. En janvier 1978, le ministère de l'Industrie avait averti *Vickers* qu'il n'y aurait pas, pour l'instant, de paiement d'acomptes (article 36 par. 6 de la loi de 1977) car les discussions sur le problème fiscal (paragraphe 79 *in fine* ci-dessus) n'avaient pas encore abouti.

Ultérieurement, les indemnités relatives à l'entreprise nationalisée donnèrent lieu aux versements ci-après:

- vers avril 1978, un premier acompte de 4.000.000 £ ;
- vers juillet 1978, un deuxième acompte de 1.250.000 £ ;
- vers novembre 1978, un troisième acompte de 3.200.000 £ ;
- vers mars 1980, un quatrième acompte de 3.150.000 £ ;
- vers septembre 1980, le solde à savoir 2.850.000 £ .

Ces règlements revêtirent la forme d'émissions de bons du Trésor de 1981 à 9¾% pour les trois premiers acomptes et de 1983 à 10% pour le quatrième ainsi que le reliquat, avec un rendement annuel courant d'environ 10 et 11%, respectivement.

H. L'affaire *Brooke Marine*

1. L'entreprise nationalisée

83. Le 1^{er} juillet 1977 furent transférées à *British Shipbuilders* les actions de *Brooke Marine Ltd.* («*Brooke Marine*»), entreprise implantée à Lowestoft et spécialisée dans la construction de petits navires de guerre. Elles appartenaient pour 74,39% à *Dowsett*, pour 21,34% à *Investors* et pour 4,27% à *Prudential*. Parmi les titres nationalisés figuraient 196.000 actions délivrées aux propriétaires en mars 1976, après qu'ils eurent exercé dans les délais un droit d'option permettant de convertir des obligations en actions nouvelles.

84. a. Les bénéfices avant impôt de *Brooke Marine* atteignaient pour les exercices ci-dessous, clos le 31 mars,

427.000 £ en 1973;
523.000 £ en 1974;
792.000 £ en 1975;
711.000 £ en 1976;
865.000 £ en 1977.

Pour le deuxième trimestre de 1977, ils se montaient à 270.000 £ selon le rapport de la Commission.

De 1973 à 1977, *Brooke Marine* avait reçu 888 000 £ au titre de l'aide publique à la construction navale. Elle réalisait environ 70% de son chiffre d'affaires à l'exportation.

b. Ses actifs nets s'élevaient à 1.049.000 £ au 31 mars 1973 et à 4.870.000 au 30 juin 1977. Au jour du transfert, ils comprenaient 2.200.000 £ de liquidités d'après ce que les anciens actionnaires ont déclaré devant la Cour.

85. En 1973-1974, *Brooke Marine* eut avec *Vickers Shipbuilding Group* et *Vosper Thornycroft Ltd.* des négociations concernant son éventuel rachat — pour un prix situé entre 2.500.000 et 3.000.000 £ — par l'une ou l'autre de ces sociétés. La perspective de nationalisation en provoqua l'arrêt.

86. *Dowsett, Investors* et *Prudential* ont produit un rapport, dressé par un cabinet d'experts-comptables, selon lequel on pouvait raisonnablement évaluer *Brooke Marine* à 5.000.000 £ au jour du transfert si l'on partait de l'idée d'un contrat de vente conclu, de gré à gré, entre deux particuliers et d'une entreprise appelée, à l'époque, à continuer ses activités. Il arrivait à ce résultat en estimant le niveau des bénéfices après impôt susceptible d'être maintenu et en lui appliquant un multiplicateur (le taux de capitalisation boursière du bénéfice net), ajusté de manière à tenir compte de la «prime pour prise de contrôle» (paragraphe 98 ci-dessous). Le Gouvernement n'admet pas l'exactitude des chiffres utilisés pour les bénéfices et le multiplicateur.

2. Les négociations

87. Avant même la date du transfert, *Brooke Marine* avait eu avec le ministère de l'Industrie des contacts sur des questions touchant l'indemnisation.

En premier lieu, le ministère ne voulut pas, le 28 janvier 1975, donner l'assurance que l'on aurait égard à certains travaux de modernisation pour fixer l'indemnité. Au mois de décembre précédent, le président de *Brooke Marine* avait demandé aux pouvoirs publics de les approuver; il l'avait fait pour préserver les droits à indemnité et, le cas échéant, pour ne pas se heurter aux clauses de sauvegarde à insérer dans la loi de nationalisation et dont on ignorait encore le détail. Toutefois, selon les anciens propriétaires une note de *Brooke Marine*, relative à une rencontre entre ses représentants et ceux du ministère en juin 1975, signalait la promesse des seconds que l'indemnité tiendrait compte des changements postérieurs à février 1974 (fin de la période de référence).

En second lieu, à la lumière des clauses de sauvegarde (paragraphe 22-23 ci-dessus) *Brooke Marine*, qui dans le passé avait eu pour politique de réinvestir ses bénéfices dans l'entreprise, sollicita et obtint — à quelques exceptions près — l'autorisation de verser certains dividendes dans la période allant jusqu'à juillet 1977. Selon ses anciens actionnaires, elle aurait essayé de se la voir accorder pour des montants plus élevés si ses discussions avec le ministère de l'Industrie ne l'avaient pas amenée à penser qu'il la lui refuserait et que les dividendes non distribués entreraient en ligne de compte dans le cadre de la formule établie par la loi. D'après la compatibilité de *Brooke Marine*, les dividendes autorisés pour les trois exercices se terminant au 31 mars 1975, 1976 et 1977 totalisaient 190.000 £, alors que les bénéfices après impôt atteignaient 1.388.758 £ pour la même période.

88. En janvier 1978, le représentant des actionnaires écrivit au ministère pour protester contre le montant de l'acompte offert par le gouvernement (350.000 £), le jugeant «dérisoire» par rapport à la valeur de *Brooke Marine*.

Adressé au ministère en mars 1978, le rapport de MM. Whinney Murray et Cie concernant la société avançait un chiffre compris entre 860.000 et 960.000 £. Pour les actions récemment émises (paragraphe 83 *in fine* ci-dessus), il retenait leur prix d'origine conformément à l'article 38 par. 10 de la loi de 1977 (paragraphe 19 ci-dessus); quant aux autres, pour en estimer la

valeur pendant la période de référence il se fondait sur les bénéfices (paragraphe 36 a) ci-dessus). La partie descriptive du rapport fut communiquée au représentant des actionnaires. Selon *Dowsett, Investors* et *Prudential*, elle renfermait quelques erreurs et des omissions graves, ce qui fut signalé par écrit au ministère; d'après le gouvernement, elle ne recelait pas d'inexactitudes matérielles.

89. En juillet 1978 s'ouvrirent des négociations officielles: le représentant des actionnaires envoya un mémoire réclamant une indemnité de 4.500.000 £ , le ministère répondit en proposant 806.000 £ . Après plusieurs rencontres, le ministère déclara, en mars 1979, qu'il pourrait consentir à augmenter son offre et cita un chiffre de 1.400.000 à 1.500.000 £ . Au cours des négociations il affirma que la valeur des actions de *Brooke Marine* pendant la période de référence aurait subi les effets négatifs de prétentions découlant de certains contrats défavorables ainsi que des options permettant de convertir des obligations en actions (paragraphe 83 ci-dessus). D'après lui, la loi de 1977 ne prévoyait pas la prise en compte, dans la détermination de la valeur, de celle des options pendant la période de référence. Le représentant des actionnaires ne souscrivit pas à cette thèse et l'on convint, par la suite, de ne pas en discuter plus avant.

90. En novembre 1979, le ministère présenta une offre révisée d'un montant de 1.250.000 £ . La suite des négociations porta notamment sur les points de savoir si l'article 38 de la loi de 1977 obligeait le ministre (en appréciant la valeur boursière hypothétique) à avoir égard aux conséquences probables, ou seulement aux conséquences inévitables, de la cotation d'une société et si les négociations susmentionnées avec *Vickers Shipbuilding Group* et *Vesper Thornycroft Ltd.* (paragraphe 85 ci-dessus) auraient été annoncées au public au cas où les actions de *Brooke Marine* auraient figuré à la cote officielle.

En août 1980, le secrétaire d'Etat à l'Industrie indiqua que la limite supérieure absolue pour le gouvernement était de 1.500.000 £ , mais d'autres contacts conduisirent, en décembre 1980, à une nouvelle offre plus forte — 1.800.000 £ —, que le représentant des actionnaires accepta le 11.

91. Les indemnités relatives à *Brooke Marine* donnèrent lieu aux versements ci-après:

- en janvier 1978, un premier acompte de 350.000 £ ;
- en juillet 1978, un deuxième acompte de 50.000 £ ;
- en novembre 1978, un troisième acompte de 250.000 £ ;
- en décembre 1980, le solde à savoir 1.150.000 £ .

Ces paiements revêtirent la forme d'émissions de bons du Trésor de 1981 à 9 ¾ % pour les acomptes et de 1983 à 10 % pour le reliquat, avec un rendement annuel courant d'environ 10 % et d'une peu moins de 11 %.

III. CONTEXTE GENERAL

A. Inflation, prix des actions et taux d'intérêt

92. L'inflation au Royaume-Uni, mesurée par l'indice des prix de détail, a connu de 1974 à 1980 un rythme assez rapide. Au début de la période de référence (septembre 1973), l'indice se situait à 94,8. Au mois de janvier de chacune des années ci-dessous, il passa

- en 1974 à 100;
- en 1975 à 119,9;
- en 1976 à 147,9;
- en 1977 à 172,4;
- en 1978 à 189,5;
- en 1979 à 297,2;
- en 1980 à 245,3.

En avril 1977, juin 1977 et décembre 1980, il s'élevait respectivement à 180,3, 183,6 et 275,6.

Les requérants admettent que l'inflation a joué un certain rôle dans l'augmentation de valeur qui, selon eux, marqua leurs entreprises nationalisées entre la fin de la période de référence et le jour du transfert.

93. Les prix des actions en bourse n'ont pas suivi la même courbe. Leur niveau général atteignit un sommet vers le milieu de 1972, le *Financial Times Ordinary Share Index* excédant alors 500, puis tomba jusqu'à moins de 150 au début de janvier 1975, après quoi une orientation vers la hausse régna pendant quelque temps.

Pour illustrer la tendance entre la fin de la période de référence (28 février 1974) et les dates de transfert au titre de la loi de 1977 (29 avril et 1^{er} juillet 1977), on peut utiliser les chiffres mensuels moyens du *Financial Times Industrial Ordinary Share Index*. De 316,5 en février 1974, ils baissèrent de manière constante pendant le reste de l'année, jusqu'à 160,1 en décembre. En janvier 1975, l'indice remonta légèrement jusqu'à 183,7; il augmenta ensuite rapidement: 262,6 en février, 292,6 en mars (quand les modalités d'indemnisation furent pour la première fois rendues publiques, paragraphe 12 ci-dessus), 314,9 en avril et 339,0 en mai. Après un repli qui dura jusqu'en août, il y eut une hausse plus ou moins continue jusqu'à 406,6 en mai 1976. Suivit un repli général jusqu'en octobre 1976, avec 293,6, après quoi les cours se redressèrent à nouveau: 301 en novembre 1976 (dépôt du troisième projet de loi au Parlement), 415,1 en avril 1977 (mois du transfert de l'industrie aéronautique) et 443,1 en juillet de la même année (mois du transfert de l'industrie de la construction navale).

Au cours de la période précédant les élections législatives de février 1974, la situation économique du Royaume-Uni accusa les effets de divers événements, dont une forte hausse du prix du pétrole et les conflits sociaux de novembre et décembre 1973 ainsi que de février 1974. Les prix et les dividendes faisaient l'objet d'une réglementation en vertu de la loi de 1973 contre l'inflation.

94. Entre les dates des transferts opérés au titre de la loi de 1977 et le règlement des indemnités, le loyer de l'argent a renchéri d'une manière générale. Aux deux premières dates, le taux minimal de prêt de la Banque d'Angleterre était de 8%; il culmina en novembre 1979, et jusqu'en juin 1980, à 17%. Le taux moyen était de 10,4% de juillet 1977 à décembre 1979, de 12,1% de juillet 1977 à décembre 1980.

B. Méthodes d'évaluation et indemnisation

95. Devant la Commission et la Cour, les comparants ont mentionné diverses méthodes d'évaluation des biens nationalisés ou expropriés, ainsi que d'indemnisation de leurs propriétaires. On en trouvera ci-dessous un bref aperçu.

1. Méthodes d'évaluation des actions

96. Pour procéder à une évaluation boursière d'actions cotées, il suffit de consulter leur cours en bourse à la date ou aux dates spécifiées.

97. La méthode définie par la loi de 1977 pour l'évaluation des actions non cotées («évaluation boursière hypothétique») consistait à estimer le prix qu'elles auraient eu en bourse si elles avaient figuré à la cote pendant la période de référence. L'estimation se faisait par rapport au prix d'actions cotées comparables et l'on avait égard à tous les renseignements relatifs à la société et dont les investisseurs en bourse auraient disposé à l'époque. MM. Whinney Murray et Cie ont donc principalement fondé leurs évaluations sur des données ressortant des derniers comptes publiés des entreprises, lesquels concernaient des périodes antérieures à la période de référence, mais ils ont de surcroît émis certaines hypothèses quant aux documents intérimaires — plus à jour — qui auraient été communiqués à la bourse en cas de cotation. Des questions pouvaient pourtant surgir quant aux éléments précis d'information dont auraient bénéficié les investisseurs et quant au degré de prévisibilité, pour ces derniers, des performances futures de l'entreprise (voir, par exemple, le paragraphe 57 ci-dessus). En outre, la méthode implique que les actions en cause se trouvent entre les mains de différentes personnes; évaluer sur cette base une filiale à 100% peut donc conduire à présumer quelle politique commerciale elle aurait menée si ses actions avaient appartenu à plusieurs porteurs.

98 Autre méthode: se demander ce que, dans le cas d'un contrat de gré à gré, un acheteur unique aurait payé à un ou des vendeurs pour acquérir la totalité des actions. Là aussi, on aurait égard à tous les renseignements dont un acheteur aurait disposé à l'époque et une estimation se ferait par rapport à des actions cotées comparables. Pareille méthode pourrait toutefois se distin-

guer de l'évaluation boursière hypothétique par trois aspects. Tout d'abord, on pourrait admettre qu'un acheteur unique négociant un tel accord bénéficierait d'informations plus complètes qu'un investisseur en bourse. Deuxièmement, on n'aurait pas besoin de s'appuyer sur la fiction d'une pluralité de porteurs de parts, ni d'en tirer des hypothèses quant aux politiques commerciales de la société. En troisième lieu, le prix payable par un acheteur unique prenant le contrôle d'une société excéderait en général nettement le prix en bourse, car celui-ci représente seulement ce que l'on paierait pour un petit paquet d'actions et ne correspond pas à sa valeur vénale d'une participation majoritaire ou dominante. On peut se faire une idée de la plus-value («prime de contrôle») grâce aux primes versées, en sus des cours antérieurs, lors d'O.P.A. réussies; au premier semestre de 1977, elles s'élevaient en moyenne à 34% selon les réquerants.

2. Méthodes d'indemnisation appliquées lors de nationalisations antérieures

99. En matière d'indemnisation, les clauses de la loi de 1977 ressemblaient à bien des égards aux textes régissant des nationalisations effectuées auparavant au Royaume-Uni; elles en différaient pourtant, notamment, sur les points suivants:

- a. elles n'offraient aucun choix entre plusieurs périodes de référence pendant lesquelles évaluer les actions nationalisées;
- b. à quelques exceptions près, la période de référence avait été jusque-là moins éloignée des dates de transfert bien qu'elle les eût toujours précédées;
- c. l'article 38 par. 6 de la loi de 1977 (paragraphe 19 ci-dessus) précisait que pour évaluer une filiale, le tribunal arbitral devait dans certaines circonstances tenir compte du cours en bourse de la société-mère.

De plus, dans celles des mesures du passé qui avaient recouru aux méthodes d'évaluation des actions, une forte proportion des titres nationalisés consistait en actions cotées en bourse et fournissait un point de comparaison pour

évaluer les titres non cotés. Dans le cas de la loi de 1977, au contraire, il n'existait aucune société de construction aéronautique cotée en bourse et une seule des sociétés de construction navale nationalisées, relativement petite, avait toutes ses actions cotées; toutefois, un certain nombre des sociétés en cause étaient des filiales dont les activités constituaient une part substantielle des affaires d'une société-mère, telle que *Vosper* et *Yarrow*, dont les actions donnaient lieu à une telle cotation.

3. Droit à indemnité dans d'autres cas de privation de propriété

100. Sous réserve de la souveraineté du Parlement, une règle du droit constitutionnel du Royaume-Uni veut qu'une indemnité soit généralement due quand la Couronne prive quelqu'un de ses biens en vertu de la *common law*. De plus, «sauf si son libellé l'exige clairement une loi ne saurait s'interpréter comme privant une personne de ses biens sans indemnité» (*Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Appeal Cases*, 1920, p. 542).

101. La législation relative à l'expropriation de terres pour cause d'utilité publique prévoit le paiement d'une indemnité sur la base, en général, de la valeur du bien-fonds dans l'hypothèse d'une vente de gré à gré sur le marché libre. Dans l'affaire *Birmingham Corporation v. West Midland Baptist (Trust) Association*, *All England Law Reports*, 1969, vol. 3, p. 172, la Chambre des Lords a jugé que la valeur doit s'apprécier au jour soit de la prise de possession soit, s'il est antérieur, de la fixation de l'indemnité d'un commun accord ou moyennant évaluation, et non (comme sous l'empire de l'ancienne pratique) au jour de l'avis d'expropriation («*notice to treat*»), lequel peut intervenir beaucoup plus tôt. L'évaluation ne tient pas compte des travaux accomplis après cette dernière date, mais elle a égard, sauf exceptions, aux possibilités de mise en valeur du terrain.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

102. Sir William Lithgow a saisi la Commission (requête n° 9006/80) le 30 mai 1980, *Vosper* (requête n° 9262/81) le 16 septembre 1977, *English Elec-*

tric et Vickers (requête n° 9263/81) le 5 février 1981, *Banstonian et Northern Shipbuilding* (requête n° 9265/81) le 3 février 1981, *Yarrow, Sir Eric Yarrow, M. & G. Securities Ltd. et Mme Augustin-Normand* (requête n° 9266/81) le 6 février 1981, *Vickers* (requête n° 9313/81) le 25 mars 1981, *Dowsett, Investors et Prudential* (requête n° 9405/81) le 4 juin 1981.

Tous les requérants se plaignaient de n'avoir reçu, pour leurs biens nationalisés par la loi de 1977, qu'une indemnité manifestement insuffisante et discriminatoire; ils prétendaient avoir subi de ce fait des violations de l'article 1 du Protocole n° 1, considéré isolément et combiné avec l'article 14 de la Convention. Chacun d'eux invoquait en outre l'article 6 de la Convention et certains d'entre eux les articles 13, 17 et 18.

Le 28 janvier 1983, la Commission a retenu les requêtes sauf quant aux griefs de Sir Eric Yarrow, *M. et G. Securities Ltd.* et *Mme Augustin-Normand* (requête n° 9266/81). Le 10 octobre 1983, elle les a jointes en vertu de l'article 29 de son règlement.

103. Dans son rapport du 7 mars 1984 (article 31), elle formule l'opinion qu'il n'y a pas eu infraction aux articles

- 1 du Protocole n° 1 (treize voix contre trois);
- 14 de la Convention (quinze voix, avec une abstention);
- 6, 13, 17 ou 18 de la Convention (unanimité).

Le texte intégral de l'avis de la Commission et des deux opinions dissidentes exprimées dans le rapport figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSION PRESENTÉES A LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT

104. Lors des audiences des 24-26 juin 1985, le Gouvernement a invité la Cour à décider et déclarer:

- «1. qu'il n'y a eu violation des droits d'aucun des requérants au regard de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention;

2. qu'il n'y a eu violation des droits d'aucun des requérants au regard de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n.º 1, pour aucun des motifs invoqués par les requérants;
3. qu'il n'y a eu violation des droits d'aucun des requérants au regard de l'article 6 de la Convention pour les motifs pouvant encore être invoqués par les intéressés;
4. que dans l'affaire '*Kincaid*' il n'y a pas eu violation des droits du requérant au regard de l'article 13.»

EN DROIT

I. ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N.º 1

A. Introduction

105. Les requérants ne contestent pas le principe même de la nationalisation, mais d'après eux l'indemnité qu'ils ont perçue était, pour diverses raisons, d'une insuffisance flagrante. Ils auraient subi de ce fait une violation de l'article 1 du Protocole n.º 1, ainsi libellé:

«Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assumer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.»

Le Gouvernement combat leur thèse et la majorité de la Commission la rejette.

106. La Cour rappelle que l'article 1 garantit en substance le droit de propriété (arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A n.º 31, pp. 27-28, par. 63)⁽¹⁾ D'après l'analyse qu'elle en a donnée dans son arrêt Sporrang et Lönnroth du 23 septembre 1982⁽²⁾, il contient «trois normes distinctes»: la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa, et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle concerne entre autres le droit, pour l'Etat, de réglementer l'usage des biens (série A n.º 52, p. 24, par. 61). Il ne s'agit pas pour autant, l'arrêt James et autres du 21 février 1986 l'a précisé, de règles dépourvues de rapport entre elles: la deuxième et la troisième ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété; dès lors, elles doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première (série A n.º 98, p. 30, par. 37 *in fine*).

107. Les requérants ont été manifestement «privés de (leur) propriété» au sens de la deuxième phrase de l'article 1. La question n'a du reste pas prêté à controverse devant la Cour qui examinera donc la portée des exigences de ladite phrase avant de rechercher si elles ont été remplies.

B. Les requérants ont-ils été privés de leur propriété «pour cause d'utilité publique» et «dans les conditions prévues par la loi»?

108. Selon les requérants, une privation de propriété ne peut, au regard de la deuxième phrase de l'article 1, passer pour réalisée à des fins «d'utilité publique» si l'indemnité dont elle s'accompagne est inéquitable parce qu'elle

(1) Sumariado sob n.º 32 em Documentação e Direito Comparado, 9, 45.

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

représente une simple fraction de la valeur du bien à la date du transfert; on ne saurait non plus la considérer comme conforme aux «conditions prévues par la loi» si la compensation de révèle arbitraire faute d'un rapport raisonnable avec cette valeur. Or il en fait ainsi en l'espèce.

109. La Cour ne peut souscrire à la première de ces affirmations. E'obligation d'indemniser découle implicitement de l'article 1 du Protocole n° 1 pris dans son ensemble (paragraphe 120 ci-dessous) et non de la notion d'utilité publique». Celle-ci concerne les justifications et les motifs, non discutés par les requérants, de la privation de propriété elle-même.

110. Quant à l'expression «dans les conditions prévues par la loi», elle presuppose en premier lieu l'existence et le respect de normes de droit interne suffisamment accessibles et précises (voir notamment l'arrêt Malone du 2 août 1984, série A n° 82, pp. 31-33, par. 66-68). Sous réserve du paragraphe 153 ci-après, les requérants ne nient pas que ces exigences ont été observées.

Sans doute le mot «loi» ne se borne-t-il pas, dans ce contexte, à renvoyer au droit interne (*ibid.* p. 32, par. 67), mais les arguments qu'en tirent les requérants (paragraphe 108 ci-dessus) se rattachent de si près aux principaux points litigieux, traités plus loin aux paragraphes 123-175, que la Cour juge superflu de les étudier à la lumière du membre de phrase précité de l'article 1.

C. Principes généraux du droit international

111. Les requérants soutiennent qu'en se référant aux «principes généraux du droit international», la deuxième phrase de l'article 1 étend aux nationaux l'exigence — découlant d'après eux du droit international — d'une indemnisation prompte, adéquate et effective des étrangers privés de leur propriété.

112. La Commission a constamment estimé que lesdits principes ne valent pas pour l'expropriation, par un Etat, de ses ressortissants. Le Gouvernement

marque son accord avec cette opinion. La Cour s'y rallie de son côté pour les raisons déjà développées dans son arrêt *James et autres* (série A n.º 98, pp. 38-40, par. 58-66) et reprises ici *mutatis mutandis*.

113. En premier lieu, selon le droit international général lui-même les principes dont il s'agit s'appliquent aux seuls étrangers. Ils ont été spécifiquement conçus pour ces derniers. En tant que tels, ils ne régissaient pas la manière dont chaque Etat traite ses nationaux.

114. A l'appui de leur thèse, les requérants invoquent d'abord le libellé de l'article 1. La deuxième phrase commençant par «nul», il leur paraît impossible de la comprendre comme signifiant que si chacun a bien droit aux garanties découlant des expressions «pour cause d'utilité publique» et «dans les conditions prévues par la loi», celle qui résulte des mots «dans les conditions prévues (...) par les principes généraux du droit international» concerne, exclusivement les étrangers. Ils soulignent en outre que là où les auteurs de la Convention ont voulu distinguer entre nationaux et non-nationaux, ils n'ont pas manqué de le préciser, par exemple à l'article 16.

Argumentation non dénuée de force du point de vue grammatical; des raisons convaincantes plaident pourtant en faveur d'une lecture différente. La Cour estime plus naturel de déduire du texte que par le renvoi aux principes généraux du droit international ceux-ci se trouvent incorporés à l'article 1 du Protocole n.º 1, mais uniquement pour les actes tombant normalement sous leur empire, à savoir ceux d'un Etat à l'égard d'étrangers. En outre, il faut attribuer aux termes d'un traité leur sens ordinaire (article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités); or interpréter le membre de phrase sous examen comme étendant les principes généraux du droit international au-delà des limites de leur domaine normal cadre moins avec le sens ordinaire des mots employés, nonobstant leur contexte.

115. Les requérants citent également des opinions selon lesquelles l'article 1, si l'on suivait la Commission, énoncerait quelque chose de superflu en mentionnant lesdits principes car les étrangers jouissent déjà de la protection de ces derniers.

La Cour n'en juge pas ainsi. La référence en question peut passer pour offrir, au moins, une double utilité. Tout d'abord, elle permet aux non-nationaux d'utiliser directement le mécanisme de la Convention pour invo-

quer leurs droits sur la base des principes pertinents du droit international, sans quoi il leur faudrait essayer d'obtenir le recours à la voie diplomatique ou à d'autres modes disponibles de règlement. Deuxièmement, elle préserve leur situation en empêchant de prétendre que l'entrée en vigueur du Protocole n.º 1 a eu pour effet de restreindre leurs droits. A ce propos, il échet aussi de noter que l'article 1 requiert expressément une privation de propriété opérée «pour cause d'utilité publique»; pareille exigence figurant depuis toujours parmi les principes généraux du droit international, son insertion eût elle-même été superflue si l'article 1 avait abouti à les rendre applicables aux nationaux comme aux étrangers.

116. Les requérants soulignent enfin que si l'on tenait l'expropriation des nationaux pour non sujette au respect desdits principes, on ouvrirait la porte à des distinctions fondées sur la nationalité. D'après eux, cela se heurterait à deux clauses intégrées au Protocole n.º 1 en vertu de son article 5: l'article 1 de la Convention, qui oblige les Etats contractans à reconnaître à quiconque relève de leur juridiction les droits et libertés garantis, et l'article 14, qui consacre le principe de non-discrimination.

En ce qui concerne l'article 1 de la Convention, il est vrai que la plupart des dispositions de celle-ci et de ses Protocoles accordent la même protection aux nationaux et aux étrangers, mais cela n'exclut pas que des exceptions de dégager d'un texte donné (voir, par exemple, les articles 5 par. 1 f) et 16 de la Convention ainsi que les articles 3 et 4 du Protocole n.º 4).

Quant à l'article 14, selon la jurisprudence constance de la Cour les différences de traitement ne revêtent pas un caractère discriminatoire si elles ont une «justification objective et raisonnable» (voir, en dernier lieu, l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* du 28 mai 1985, série A n.º 94, pp. 35-36, par. 72).

Or dans le cas d'une privation de propriété réalisée au titre d'une réforme sociale sociale ou d'une restructuration économique, il peut exister de bons motifs de distinguer, en matière d'indemnisation, entre ressortissants et non-ressortissants. Ceux-ci sont plus vulnérables à la législation interne que ceux-là: contrairement à eux, ils ne jouent d'ordinaire aucun rôle dans l'élection ou la désignation de ses auteurs et ne sont pas consultés avant son adoption. En outre, si une expropriation doit toujours répondre à l'utilité publique des facteurs dissemblables peuvent valoir pour les nationaux et pour les étrangers; il peut y avoir une raison légitime de demander aux premiers de supporter,

dans l'intérêt général, un plus lourd sacrifice que les seconds (paragraphe 120 ci-dessous).

117. Face à un texte dont l'analyse a suscité de si grandes controverses, la Cour estime adéquat de recourir aux travaux préparatoires comme moyen complémentaire d'interprétation (article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

L'examen de ces derniers révèle que la mention d'un droit à indemnité figurait dans certaines versions antérieures de l'article 1 mais que l'opposition, en particulier, du Royaume-Uni et d'autres Etats en entraîna l'abandon. On introduisit ensuite un renvoi aux principes généraux du droit international; plusieurs délégations précisèrent qu'ils protégeaient les seuls étrangers. Ainsi, quand le gouvernement allemand déclara pouvoir accepter le texte si l'on admettait en termes exprès que ces principes comportent l'obligation de verser une indemnité en cas d'expropriation, la Suède souligna qu'ils s'appliquaient uniquement aux relations entre un Etat et les non-ressortissants. A la demande des délégations allemande et belge, on reconnut alors que «les principes généraux du droit international, tels qu'ils sont actuellement entendus, comprennent l'obligation de verser aux *non-nationaux* une indemnité en cas d'expropriation» (souligné par la Cour).

Surtout, par sa résolution (52) 1 du 19 mars 1952, approuvant le texte du Protocole et l'ouvrant à la signature, le Comité des Ministres a spécifié, «en ce qui concerne l'article 1^{er}, que les principes généraux du droit international, dans leur acception actuelle, comprennent l'obligation de verser aux *non-nationaux* une indemnité en cas d'expropriation» (souligné par la Cour). Eu égard à l'historique des négociations dans son ensemble, cette résolution donne nettement à penser que la référence aux principes généraux du droit international n'était pas destinée à englober les nationaux.

Les travaux préparatoires n'étaient donc pas l'interprétation défendue par les requérants.

118. Enfin, rien ne montre que depuis l'entrée en vigueur du Protocole n.º 1, la pratique des Parties contractantes ait évolué au point d'autoriser à dire qu'à leurs yeux les principes en question régissent aussi la manière dont elles traitent leurs propres ressortissants. Les éléments fournis à la Cour vont clairement dans le sens opposé.

119. Pour ces diverses raisons, la Cour conclut que les principes généraux du droit international ne s'appliquent pas à l'expropriation d'un national par son Etat.

D. Droit à indemnité

120. Reste à savoir si l'existence et le montant d'un dédommagement entrent en ligne de compte au regard de la deuxième phrase de l'article 1, silencieux en la matière. D'après la Commission, avec laquelle Gouvernement et requérants marquent leur accord, l'article 1 exige implicitement, en règle générale, le versement d'une compensation pour priver de sa propriété quiconque relève de la juridiction d'un Etat contractant.

La Cour constate avec la Commission que, dans les systèmes juridiques respectifs des Etats contractants, une privation de propriété pour cause d'utilité publique ne se justifie pas sans le paiement d'une indemnité, sous réserve de circonstances exceptionnelles étrangères au présent litige. De son côté, en l'absence d'un principe analogue l'article 1 n'assurerait qu'une protection largement illusoire et inefficace du droit de propriété.

Il ne suffit pas, la Cour le rappelle à ce propos, qu'une mesure privative de propriété poursuive, en l'espèce comme en principe, un objectif légitime «d'utilité publique»; il doit aussi exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. L'arrêt *Sporrong et Lönnroth*⁽²⁾ précité a exprimé la même idée en des termes différents: il parle du «juste équilibre» à ménager entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs des droits fondamentaux de l'individu (série A n.º 52, p. 26 par. 69), équilibre rompu si la personne concernée a eu à subir «une charge spéciale et exorbitante» (*ibidem*, p. 28, par. 73). La Cour se prononçait là dans le contexte du principe du respect de la propriété, proclamé par la première phrase du premier alinéa, mais elle a souligné que «le souci d'assurer un tel équilibre se reflète (...) dans la structure de l'article 1» tout entier (*ibidem*, p. 26, par. 69).

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

Pour apprécier si l'on a préservé un juste équilibre entre les divers intérêts en cause et, entre autres, si l'on n'a pas imposé une charge démesurée à la personne privée de sa propriété, il faut à l'évidence avoir égard aux conditions de dédommagement.

E. Niveau de l'indemnisation

121. La Cour se range également à l'avis de la Commission quant au niveau de l'indemnisation: sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait normalement une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1. Ce dernier ne garantit pourtant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale car des objectifs légitimes «d'utilité publique», tels qu'en poursuivent des mesures de réforme économique ou de justice sociale, peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande (arrêt James et autres précité, série A n.º 98, p. 36, par. 54).

D'après les requérants on ne saurait distinguer, en matière de niveau d'indemnisation, entre les nationalisations et les autres privations de propriété réalisées par l'Etat, tels les achats forcés de terre pour cause d'utilité publique.

La Cour ne souscrit pas à cette assertion. Tant la nature du bien que les circonstances du transfert appellent dans la première et la seconde catégories des considérations dissemblables dont on peut légitimement tenir compte en définissant un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts privés en jeu. L'évaluation de grandes entreprises en vue de nationaliser tout un secteur industriel représente en soi une opération beaucoup plus complexe que, par exemple, l'estimation d'un terrain exproprié; elle exige normalement une législation spéciale qui puisse s'appliquer en bloc à chacune desdites entreprises. Dès lors, le niveau de l'indemnisation nécessaire peut différer, toujours sous réserve du respect d'un juste équilibre, selon qu'il s'agit d'une nationalisation ou d'autres formes de privation de propriété.

122. Les requérants ne contestent pas à l'Etat une marge d'appréciation pour se prononcer sur le point de savoir s'il y a lieu de priver quelqu'un de

sa propriété, mais d'après eux la Commission a tort d'en déduire qu'il jouit aussi d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour fixer les modalités du transfert.

La Cour ne partage pas cette opinion. La décision d'adopter une loi de nationalisation implique souvent l'examen de diverses questions sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement régner dans une société démocratique. Grâce à une connaissance directe de leur pays, de ses besoins et de ses ressources, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer les mesures appropriées en la matière, de sorte qu'elles doivent disposer ici d'une ample latitude. Aux yeux de la Cour, il serait artificiel à cet égard d'isoler de la décision même de nationaliser celle qui porte sur les conditions de dédommagement, car les facteurs ayant conduit à la première pèsent aussi forcément sur la seconde. Partant, le rôle de la Cour se limite en l'espèce à rechercher si, en arrêtant les modalités d'indemnisation, le Royaume-Uni a excédé son large pouvoir d'appréciation; elle respectera le jugement du législateur en ce domaine, sauf s'il se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable.

F. Les indemnités allouées aux requérants ont-elles atteint le niveau défini par la Cour?

1. Points communs à tous les requérants

a) Démarche à suivre

123. Les requérants reprochent à la Commission de n'avoir étudié, dans son rapport, que le système même d'indemnisation établi par la loi de 1977; selon eux, il lui aurait fallu se pencher plutôt sur les conséquences de son application.

Pour sa part, le Gouvernement plaide que si la méthode d'évaluation fixée par le législateur était correcte, elle a nécessairement débouché sur une indemnisation réelle et effective. D'après lui, seul l'emploi d'une méthode d'évaluation correcte permet de déterminer la valeur d'un bien nationalisé.

124. Dans un espèce tirant son origine d'une requête individuelle (article 25), la Cour se borne autant que possible à examiner le cas concret dont on l'a saisie (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt Ashingdane du 28 mai 1985, série A n.º 93, p. 25, par 59). En l'occurrence, les requérants se plaignent de ce que la loi de 1977 ait entraîné le versement d'indemnités sans rapport raisonnable avec la valeur de leurs biens à la date du transfert. Ils soulèvent ainsi des questions concernant tant les clauses de la législation que ses effets. La Cour concentrera donc d'abord son attention sur les textes incriminés des eux-mêmes; quant à leurs effets, elle les considérera à la lumière des modalités que le Parlement avait à fixer par avance et qui devaient s'appliquer à l'ensemble des sociétés nationalisées.

b) Le système établi par la loi de 1977

i. Indemnités calculées sur la base de la valeur des actions

125. Le Parlement a retenu la valeur des actions des sociétés nationalisées comme base du calcul des indemnités. Sa décision, non attaquée en tant que telle par les requérants, se justifie aux yeux de la Cour car aux termes de la loi de 1977 ce sont les actions elles-mêmes qui passaient aux mains du secteur public. Il existe du reste, notamment à des fins fiscales, des méthodes confirmées pour évaluer les actions.

La principale solution de rechange eût consisté à se fonder sur la valeur des actifs, mais comme le souligne le Gouvernement il eût fallu, en raison de la diversité des pratiques observées en matière de valeurs comptables, procéder à une longue et coûteuse réévaluation des actifs. De surcroît, les bénéfices peuvent souvent importer plus que les actifs pour évaluer une entreprise destinée à poursuivre son activité. En tout cas, la méthode choisie permettait de prendre en compte la valeur des actifs en sus des autres facteurs pertinents (paragraphe 36 ci-dessus).

126. La Cour estime dès lors que la décision du Parlement n'était pas, en principe, incompatible avec les exigences de l'article 1.

ii. Méthode d'évaluation boursière hypothétique

127. D'après la loi de 1977, la «valeur de base» des titres cotés à la bourse de Londres devait, pour les besoins de l'indemnisation, correspondre à la moyenne de leurs cours hebdomadaires pendant la période de référence. Pour les autres titres, il devait en règle générale s'agir de la valeur de base qu'ils auraient eue s'ils avaient été cotés en bourse durant ladite période (paragraphe 19 ci-dessus). Les requérants, dont les griefs concernent tous des actions de la seconde catégorie, taxent pareille méthode de trompeuse et d'incorrecte.

128. Malgré la complexité d'un système amenant à traiter, aux fins de leur évaluation, les actions non cotées en bourse comme si elles l'étaient, la Cour relève que la démarche adoptée présentait un net avantage. Fondée sur l'opinion qu'un investisseur en bourse pouvait être censé s'être faite sur la société en question, elle permettait de prendre en compte, de manière objective, l'ensemble des éléments pertinents parmi lesquels les bénéfices passés et prévisibles, la couverture-actifs, le taux des dividendes et le prix de toute action cotée comparable (paragraphe 36 et 97 ci-dessus). On l'avait en outre déjà suivie par le passé, notamment dans le cadre des lois britanniques de 1949 et de 1967 sur la sidérurgie.

En s'appuyant sur les données auxquelles les investisseurs étaient présumés avoir accès, le système conduisait en vérité, comme le soulignent les requérants, à se fonder en premier lieu sur des renseignements déjà publiés et dont certains pouvaient se rapporter — et se rapportaient — à une époque antérieure à la période de référence. En pratique, cependant, on émettait aussi des hypothèses sur d'autres informations — plus à jour — qui auraient été fournies au marché boursier si les actions en cause avaient figuré à la cote officielle (paragraphe 97 ci-dessus). En outre, le recours à la méthode choisie n'empêchait pas d'avoir égard, dans les négociations sur l'indemnisation, aux bénéfices attendus de la société après la fin de la période de référence.

129. Selon les requérants, il aurait été plus indiqué d'évaluer le prix que leurs actions auraient atteint en cas de vente de gré à gré entre particuliers. La Cour note pourtant, avec la Commission, que même les rapports d'évaluation établis sur cette base et que lui ont communiqués les requérants usent de

comparaisons avec des actions cotées analogues, par exemple pour déterminer un taux adéquat de capitalisation boursière du bénéfice net.

En dehors du fait que les indemnités calculées au moyen de l'évaluation boursière hypothétique ne comportaient aucun élément représentant la plus-value liée à une participation dominante ou importante — la Cour y reviendra aux paragraphes 148-150 —, la principale différence entre les méthodes paraît consister en ce qu'un acheteur de gré à gré dispose probablement de renseignements plus complets sur une société qu'un investisseur en bourse (paragraphe 98 ci-dessus). La Cour ne l'estime cependant pas assez grande pour amener à conclure qu'en optant pour la méthode de l'évaluation boursière hypothétique, le Royaume-Uni a agi de manière déraisonnable et outrepassé sa marge d'appréciation. Il aurait d'ailleurs, on ne doit pas l'oublier, été aussi quelque peu artificiel d'imaginer un acquéreur prêt à l'achat d'un gros paquet d'actions d'une entreprise du secteur industriel en question.

130. Le recours à ladite méthode n'était donc pas, en principe, contraire à l'article 1.

iii. Période de référence

131. Les indemnités versées aux requérants ont été calculées sur la base de la valeur de leurs actions pendant la période de référence fixée par la loi de 1977 et qui allait du 1^{er} septembre 1973 au 28 février 1974 (paragraphe 19 ci-dessus). Or en droit le transfert de la propriété des actions a eu lieu plus de trois ans après (paragraphe 18 ci-dessus); selon les requérants, pour être raisonnablement proportionnées à la valeur des biens en cause les indemnités auraient dû se calculer sur la base de celle des actions au jour du transfert.

Le Gouvernement a voulu choisir une période aussi récente que possible sans être atypique et pendant laquelle l'annonce des nationalisations ou des modalités de l'indemnisation n'avait pas pu infléchir la valeur des actions: l'expérience montrant que pareille annonce risque de se répercuter sur la valeur des biens, seule une date ou période de référence antérieure se prêtait à une évaluation objective affranchie de telles contingences.

132. La Cour constate d'abord que la période de référence avait pour terme le jour de la victoire électorale des travaillistes (paragraphe 10 et 19 ci-dessus). C'est à ce moment que la perspective de nationalisation prit corps même si, comme le soulignent les requérants, l'identité précise des sociétés concernées demeura incertaine jusqu'à ce que la loi de 1977 reçût la sanction royale.

D'après les requérants, le choix d'une période antérieure au transfert ne pouvait se justifier que par le souci de soustraire la valeur des biens à l'influence artificielle de la nationalisation ou de la menace d'une telle mesure. En l'espèce, affirment-ils, la perspective de la nationalisation n'avait pas diminué les profits ou les actifs de leurs sociétés; quant à son incidence éventuelle sur la valeur de leurs actions, la méthode de l'évaluation boursière hypothétique aurait permis de la laisser de côté.

La Cour relève que la possibilité de distorsions ne peut s'apprécier après coup, avec l'avantage du recul. A ses yeux, le Gouvernement n'a pas agi de manière déraisonnable en présumant, lors de l'élaboration et de l'examen du projet de loi, que le programme de nationalisation fausserait la valeur des titres à acquérir. Dans les circonstances de l'époque, du reste, et notamment après la baisse générale des actions qui s'était amorcée en février 1974 comme le révèle l'indice du *Financial Times* (paragraphe 93 ci-dessus), l'adoption de certaines périodes de référence postérieures n'aurait peut-être pas recueilli l'adhésion de chacun.

133. La Cour note aussi l'existence de plusieurs précédents où la période de référence utilisée se situait avant la date du transfert.

Ainsi, pareil système se trouvait déjà consacré dans des lois britanniques de nationalisation que les requérants ont citées et qui assuraient — ils l'admettent — une compensation juste et équitable. Qui plus est, sa mise en oeuvre n'y avait jamais dépendu — le Gouvernement le signale — de la preuve préalable d'une quelconque distorsion des prix ou des valeurs.

134. Les requérants insistent en outre avec force sur les mentions, dans la jurisprudence de droit international, de l'évaluation au jour du transfert de propriété. La Cour ne les estime pourtant pas convaincantes. Certaines des affaires énumérées ne soulevaient pas des questions comparables à celles qui se posent en l'espèce. De plus, dans beaucoup de litiges internationaux la date

de l'annonce de la nationalisation coïncidait en fait avec celle de la privation de propriété, de sorte qu'à aucun moment la menace d'une nationalisation n'avait pu fausser les cours ou les valeurs. En tout cas, la pratique internationale ne montre pas que seul le jour du transfert puisse servir de base d'évaluation.

135. Par ces motifs, le choix de la période de référence n'apparaît pas incompatible en principe avec l'article 1.

iv. Conclusion relative au système établi par la loi de 1977

136. La Cour conclut ainsi qu'en lui-même, le système d'indemnisation établi par la loi de 1977 ne contenait aucun élément pouvant en soi passer pour inacceptable au regard du Protocole n° 1.

c) Les effets du système établi par la loi de 1977

i. Introduction

137. Les requérants ont fourni un volumineux dossier à l'appui de leur thèse selon laquelle il y a eu disproportion flagrante entre les indemnités versées et la valeur réelle, à la date du transfert, de leurs entreprises nationalisées. D'une manière générale, le Gouvernement n'a pas commenté les documents produits, mais il a précisé qu'il n'en reconnaît pas pour autant l'exactitude (paragraphe 39 ci-dessus).

La Cour constate que la disproportion alléguée découle pour l'essentiel de trois effets généraux du système de la loi de 1977; elle les examinera successivement.

ii. Absence de prise en compte des faits nouveaux survenus de 1974 à 1977 dans la vie des sociétés en cause

138. Les requérants prétendent n'avoir pas bénéficié d'une juste compensation parce qu'aux termes de la loi de 1977 il fallait, pour évaluer les actions des sociétés nationalisées, se reporter à la période de référence. Cette disposition aurait empêché de prendre en compte l'évolution des sociétés jusqu'au jour du transfert, et notamment l'essor qui aurait marqué les entreprises en cause.

Pour la Commission, l'article 1 du Protocole n.º 1 autorisait le législateur britannique à décider que la croissance enregistrée après le déclenchement du processus de nationalisation ne donnerait pas nécessairement lieu à indemnisation.

139. Le grief appelle de la part de la Cour les observations préalables suivantes.

a) En cas de nationalisation, il est indispensable — et les requérants le concèdent — de fixer par avance les modalités de l'indemnisation. Il y va sans doute de la sécurité juridique, mais il est aussi manifestement peu pratique, surtout quand de nombreuses entreprises se trouvent en jeu, de statuer après coup sur une base *ad hoc* ou librement choisie par le gouvernement dans chaque espèce. La Cour admet la nécessité de définir d'emblée une formule commune qui, même si elle ménage une certaine souplesse, s'applique en bloc à l'ensemble des sociétés concernées

b) Les indemnités calculées en fonction de la valeur des actions pendant la période de référence restaient dues même si la situation de la société s'était non pas améliorée, mais au contraire dégradée depuis lors et jusqu'au jour du transfert. Si donc le secteur public tirait profit d'une éventuelle expansion, il supportait également la charge de tout déclin. Assurément, et les requérants le soulignent, certaines sociétés auraient pu se voir soustraites au programme de nationalisation pendant les débats parlementaires, et il en fut bien ainsi de *Drypool Group Ltd.*, devenu entre-temps insolvable (paragraphe 14-15 ci-dessus). Cet exemple unique ne change pourtant rien au fait que pour les entreprises nationalisées, il subsistait aussi un risque pesant en fin de compte sur

le secteur public; il paraît d'ailleurs probable que quelques-unes des sociétés nationalisées, autre que celles des requérants, se soient dépréciées de 1974 à 1977.

c) Bien entendu, la croissance que les sociétés des requérants ont pu connaître pendant la période en question s'expliquait peut-être en partie par leurs efforts, notamment pour remplir leurs obligations statutaires envers leurs actionnaires. On ne saurait cependant exclure qu'aient joué aussi d'autres facteurs très divers dont certains échappaient aux requérants, par exemple la perspective même d'une nationalisation et les aides financières allouées par l'Etat pour préserver la viabilité des entreprises.

d) Dans la mesure où un investisseur prudent pouvait la prévoir pendant la période de référence, l'évolution ultérieure de la situation des sociétés a figuré parmi les «éléments pertinents» qui entraînent en ligne de compte dans l'évaluation boursière hypothétique (paragraphe 97 ci-dessus).

140. A l'audience devant la Cour, les requérants ont plaidé que l'obligation d'assurer une juste indemnisation revêt un caractère continu. D'après eux, il convient donc de réviser une formule d'indemnisation peut-être équitable à l'origine mais que cesserait de l'être par suite de faits nouveaux, comme en l'espèce.

141. La Cour constate que le long intervalle entre la période de référence et le jour du transfert résultait, sans plus, de débats très approfondis au cours desquels un Parlement démocratique avait examiné par le menu des arguments coïncidant à peu près avec ceux des requérants (paragraphe 13 et 16 ci-dessus). En particulier, on y avait beaucoup discuté — pour finalement l'écarter — de la possibilité d'amender la formule légale d'indemnisation de manière à prendre en compte l'évolution ultérieure.

142. Si ces faits ne sont pas en soi décisifs, les discussions de l'époque n'en illustrent pas moins les difficultés qu'aurait entraînées toute modification du système proposé.

a) Elle eût sapé la sécurité juridique créée par le choix initial de la formule d'indemnisation.

b) L'annonce de celle-ci avait suscité dans le public certaines attentes sur la base desquelles avaient eu lieu des achats et ventes d'actions.

c) Entre 1974 et 1977, l'indice du *Financial Times* avait varié; par moments, et notamment entre la fin de la période de référence et mars 1975, date de la première annonce des modalités d'indemnisation, il se situait au-dessous du niveau atteint à la fin de ladite période (paragraphe 93 ci-dessus). Les anciens actionnaires auraient donc pu pâtir de la fixation d'une autre date ou période de référence; le maintien du choix initial les a protégés de toute conséquence défavorable d'une baisse des cours en bourse.

d) La Cour a déjà constaté que le gouvernement britannique n'avait pas agi de manière déraisonnable en optant pour une période de référence antérieure à l'annonce de la nationalisation, pour éviter que l'évaluation des actions des requérants ne se trouvât faussée (paragraphe 132 ci-dessus). Comme le danger de distorsion persistait jusqu'au passage des actions entre les mains du secteur public, on aurait laissé le champ libre à de telles influences si l'on avait retardé la période de référence en modifiant la formule primitive d'indemnisation.

143. Au moment de conclure sur cet aspect du litige, la Cour attribue un poids particulier à un double circonstance: la nationalisation est une mesure économique de caractère général, pour laquelle l'Etat doit conserver une large marge d'appréciation (paragraphe 122 ci-dessus); elle exige le vote d'une législation définissant une formule commune d'indemnisation (paragraphe 139 ci-dessus). En outre, le système de la loi de 1977 ne se révèle pas, en principe, inacceptable au regard de l'article 1 du Protocole n.º 1 (paragraphe 136 ci-dessus). A la lumière de ces éléments et de l'ensemble des autres réflexions énoncées aux paragraphes 139 et 141-142 ci-dessus, il existe aux yeux de la Cour des motifs suffisants de considérer que le Royaume-Uni avait le droit de décider, dans l'exercice normal de son pouvoir d'appréciation, d'introduire des dispositions ne tenant pas compte de l'évolution ultérieure des sociétés en question.

iii. Défaut de prise en compte de l'inflation

144. Les requérants soulignent que la loi de 1977 liait le montant des indemnités à la valeur des actions pendant la période de référence et que les ver-

sements ont eu lieu des années plus tard seulement. La combinaison de ces deux données les aurait empêchés de recevoir une juste compensation, car on n'aurait tenu aucun compte de la dépréciation de la monnaie de 1974 au jour du paiement, période de forte inflation (paragraphe 92 ci-dessus).

145. Quant aux faits sous-jacents au grief, la Cour relève que les indemnités portaient intérêt — à un taux assez proche du taux prêteur moyen minimal de la Banque d'Angleterre (paragraphe 21 a) et 94 ci-dessus) — avec effet au jour du transfert de propriété, ce qui limitait d'autant les conséquences de l'inflation jusqu'au paiement. De plus, après le transfert les requérants ont touché des acomptes, sans devoir attendre la fixation définitive du montant des indemnités (paragraphe 45, 53, 64, 69, 75, 82 et 91 ci-dessus).

D'autre part, ils n'ont pas été privés de tout revenu de leurs investissements pendant l'intervalle entre la période de référence et le transfert de propriété: ils conservaient pour ce laps de temps, leur droit aux dividendes attachés à leurs actions. A la vérité, les clauses de sauvegarde figurant dans la loi de 1977 fixaient à cet égard des limites, mais en gros elles se bornaient à plafonner les dividendes au niveau immédiatement antérieur à la période de référence (paragraphe 23 ci-dessus). Un dépassement était du reste possible avec l'accord du ministre de l'Industrie.

146. Les renseignements fournis à la Cour révèlent qu'entre la période de référence et le transfert de propriété le cours des actions n'a pas augmenté autant que l'indice des prix de détail (paragraphe 92-93 ci-dessus). Aligner les indemnités sur cet indice eût donc procuré aux requérants un avantage dont ne jouissaient pas les autres porteurs de titres.

Pour la Commission, on aurait pu au maximum exiger une compensation liée au niveau général du cours des actions. Assurément, l'indice du *Financial Times* montre d'une manière générale une certaine augmentation de la valeur des actions entre la période de référence et les diverses dates de transfert (paragraphe 93 ci-dessus), mais on ne saurait en juger après coup: en bloquant en pratique la valeur des actions nationalisées au chiffre atteint pendant la période de référence, la loi de 1977 n'excluait pas seulement la prise en compte de toute hausse de l'indice; elle protégeait aussi les requérants de tout effet défavorable des fluctuations ultérieures de ce dernier.

147. La Cour estime dès lors que dans les circonstances de l'époque, le Royaume-Uni n'a pas transgressé sa marge d'appréciation en décidant d'introduire des dispositions empêchant de tenir compte de l'inflation.

**iv. Absence d'élément représentant la plus-value
résultant d'une participation dominante ou importante**

148. Les requérants soulignent qu'en vertu de la loi de 1977, leurs actions furent évaluées à l'aide de la méthode de la cotation boursière hypothétique et que les cours en bourse correspondent simplement au montant à payer pour un petit nombre d'actions (paragraphe 98 ci-dessus). La combinaison de ces deux données les aurait empêchés de recevoir une juste indemnité car les sommes touchées par eux ne comprenaient aucun élément représentant la plus-value résultant de leur participation importante, et le plus souvent dominante, dans les sociétés concernées.

149. Comme le relève le Gouvernement, on ne saurait assimiler une nationalisation à une offre publique d'achat: l'Etat qui nationalise agit par la contrainte et non par l'incitation. Selon la Cour, on ne saurait donc soutenir que les indemnités auraient dû être alignées sur le prix qui aurait pu être proposé dans le cadre d'une telle offre.

Certes, dans un marché de gré à gré le prix payé aux requérants aurait peut-être comporté une prime tenant compte de l'étendue de leur participation. Cependant, pour calculer leurs indemnités sur cette base il aurait fallu présumer que l'on pouvait trouver un acquéreur pour les gros paquets d'actions en cause, chose pour le moins douteuse dans le cas des industries en question.

Enfin, la Cour n'estime pas que la Royaume-Uni avait, aux termes de l'article 1 du Protocole n.º 1, l'obligation de traiter différemment les anciens actionnaires selon de type ou l'ampleur de leur participation dans les entreprises nationalisées; il n'a pas agi de manière déraisonnable en considérant que la répartition des indemnités serait plus juste si tous les propriétaires se voyaient placés sur le même pied.

150. Dans ces conditions, il n'a pas transgressé sa marge d'appréciation en décidant d'adopter des dispositions qui excluaient de l'indemnité tout élément correspondant à la plus-value des participations importantes ou dominantes des requérants.

v. Conclusion relative aux effets du système établi par la loi de 1977

151. Quant aux points communs à l'ensemble des requérants, la Cour déduit de ce qui précède que le système établi par la loi de 1977 n'a pas entraîné des effets incompatibles avec l'article 1 du Protocole n° 1.

En arrivant à cette conclusion, elle a eu aussi égard à certains aspects; avantageux pour les anciens propriétaires, du mode de règlement des indemnités: ainsi, à compter du jour du transfert celles-ci portaient intérêt à un taux raisonnable; le versement d'acomptes avait lieu dans les meilleurs délais et le paiement du solde dès la fixation du montant définitif (paragraphe 20-21 et 45, 53, 64, 69, 75, 82 et 91 ci-dessus).

2. Points propres aux différents requérants

152. Outre les points communs traités plus haut, certains requérants allèguent qu'en raison de données propres à leur affaire, l'indemnité touchée par eux ne remplissait pas les exigences de l'article 1 du Protocole n° 1. La Cour examinera l'un après l'autre leurs griefs, que le Gouvernement a contestés et la Commission repoussés.

a) Disparité alléguée entre le montant de l'indemnité et la valeur des actions pendant la période de référence (affaires *Kincaid* et *Yarrow Shipbuilders*)

153. En ordre subsidiaire, Sir William Lithgow et *Yarrow PLC* affirment que leurs indemnités ne correspondaient pas même à la valeur de leurs actions

dans les sociétés *Kincaid* et *Yarrow Shipbuilders*, respectivement, pendant la période de référence.

154. Par là même, ils dénoncent en substance une mauvaise application de la loi de 1977.

Il échet toutefois de noter que les représentants des actionnaires concernés ont accepté les sommes proposées par le ministère de l'Industrie à l'issue des négociations, y voyant une estimation convenable dans les limites de la formule légale. En outre, chacun d'eux aurait pu saisir le tribunal d'arbitrage et plaider qu'en vertu de ladite formule les anciens propriétaires avaient droit à un montant supérieur. Pareil recours ne s'offrait peut-être pas à Sir William Lithgow lui-même, encore qu'il y ait là matière à discussion (paragraphe 30 ci-dessous), mais les autres actionnaires de *Kincaid* n'ont soulevé aucune objection (paragraphe 44 ci-dessus) et en tout cas l'intéressé se trouvait lié — légitimement, pour les raisons développées aux paragraphes 193-197 ci-dessous) — par le système collectif instauré par la loi de 1977.

155. Dès lors, la Cour n'a aucun motif de douter que les accords conclus aient abouti à des évaluations raisonnables dans le cadre de la formule légale. Elle rejette donc le grief.

b) Incidence de l'impôt sur les plus-values (affaire *Kincaid*)

156. Sir William Lithgow se plaint de ce que si les bons du Trésor reçus par lui en dédommagement étaient au départ exempts d'impôt, leur cession ou leur remboursement le rendaient passible de la taxe sur les plus-values (paragraphe 21 b) et 45 ci-dessus). En conséquence, son indemnisation n'aurait pas été «effective», faute de lui permettre d'acquérir des biens de remplacement équivalents.

157. Le grief ne paraît pas fondé. Comme le souligne la Commission, le requérant aurait pu aussi avoir à payer ladite taxe s'il avait vendu ses actions

de *Kincaid* avant 1967. On ne saurait tenir pour déraisonnable qu'il en aille de même en cas de remboursement, ou de cession anticipée, des titres délivrés en échange des actions.

c) Emploi d'une méthode d'évaluation fondée sur les bénéfices
(affaire *Kincaid*)

158. Sir William Lithgow se plaint de ce que les indemnités perçues par lui pour ses actions ordinaires de *Kincaid* ont été calculées sur la base des bénéfices et non des actifs de la société, et plus précisément des bénéfices passés et non des profits escomptés. On l'aurait privé ainsi de la valeur liée à ces autres facteurs.

159. Aux yeux de la Cour, l'emploi d'une méthode d'évaluation fondée sur les bénéfices ne saurait en soi être considéré comme incompatible avec l'article 1 du Protocole n.º 1. Il s'agit d'un procédé souvent utilisé, spécialement en bourse, pour évaluer les sociétés prospères comme *Kincaid*. De plus, on n'a en réalité négligé ni les bénéfices prévisibles ni les actifs de *Kincaid*: le cabinet Whinney Murray et Cie a pris en compte les perspectives d'évolution de la société en préparant ses estimations (paragraphe 43 ci-dessus), qu'il a par la suite reconsidérées à la lumière, notamment, de la couverture-actifs.

Surtout, la loi de 1977 précisait que la «valeur de base» des actions non cotées un bourse devrait se déterminer en fonction de «tous les éléments pertinents» (paragraphe 19 ci-dessus). Elle ne définissait pas la marche à suivre, celle-ci devant se régler par voie de négociations ou, à défaut, par décision du tribunal d'arbitrage. Le représentant des actionnaires de *Kincaid* — sinon peut-être Sir William Lithgow lui même (paragraphe 154 ci-dessus) — pouvait donc, au cours des pourparlers, avancer qu'il fallait attacher plus d'importance aux actifs ou aux bénéfices prévisibles de la société puis, en cas d'échec, soumettre la question à l'arbitrage. Or il n'en fit rien: après avoir consulté les actionnaires, il accepta l'offre du gouvernement (paragraphe 44 ci-dessus).

160. Il y a donc lieu de rejeter le grief.

d) Evaluation par référence à la société-mère
(affaire *Yarrow Shipbuilders*)

161. *Yarrow* se plaint de ce que l'indemnité perçue par elle pour ses parts dans sa filiale *Yarrow Shipbuilders* ait été calculée, à l'en croire, exclusivement sur la base du cours en bourse de ses propres actions pendant la période de référence. Elle mentionne les restrictions, déjà en vigueur durant ladite période, que le prêt consenti par le ministère de la Défense imposait au paiement de dividendes par la filiale à la société-mère (paragraphe 70 ci-dessus). Elle aurait perdu de la sorte des ressources avec lesquelles verser des dividendes à ses actionnaires à elle, ce qui aurait provoqué une baisse du prix de ses actions. Une évaluation de *Yarrow Shipbuilders* fondée sur ce prix ne refléterait donc pas sa rentabilité ni de ses perspectives d'avenir, toutes choses que la bourse ignorait à l'époque. Par suite de la méthode appliquée, l'indemnité n'aurait pas tenu compte des profits, atteignant 9.400.000 £ au total, que *Yarrow Shipbuilders* avait dû conserver par devers elle à cause des restrictions précitées (paragraphe 71 a) ci-dessus).

162. La Cour n'estime pas que l'emploi de la méthode incriminée se heurtât en l'espèce à l'article 1 du Protocole n.º 1. Avec la Commission, elle trouve raisonnable que l'on ait égard, en évaluant une filiale dont les activités représentent, comme ici, une part substantielle des affaires de la société-mère (paragraphe 70 ci-dessus), au cours des actions de celle-ci.

On doit rappeler de surcroît que la loi de 1977 ne définissait pas la marche à suivre pour fixer la «valeur de base» des actions non cotées: ainsi que le souligne la Commission, le cours en bourse de celles de la société-mère constituait l'un seulement des «éléments pertinents» (paragraphe 19 ci-dessus). Partant, le représentant des actionnaires de *Yarrow Shipbuilders* aurait pu avancer les négociations que l'on attribuait trop d'importance à ce facteur et trop peu aux gains, aux perspectives et aux bénéfices non distribués de la filiale. La Cour relève du reste que pendant les débats parlementaires il fut précisé, au nom du gouvernement, que les mots «tous les éléments pertinents» couvriraient l'incidence des termes du prêt du ministère de la Défense sur l'évaluation de l'entreprise nationalisée (*Official Report*, 16 mars 1976, col. 1789-1792, 25 octobre 1976, col. 198-199, et 5 novembre 1976, col. 1659-1664). En outre, le représentant des actionnaires aurait pu, en dernier ressort, sou-

mettre la question à l'arbitrage. Or il n'en fit rien: après avoir consulté *Yarrow*, il accepta l'offre du gouvernement (paragraphe 74 ci-dessus).

Quant aux conséquences d'un tel mode d'évaluation, enfin, le gouvernement paraît s'être fondé non seulement sur le cours en bourse des actions de *Yarrow* mais aussi, dans une certaine mesure, sur les gains, les perspectives d'évolution et les bénéfices non distribués de la filiale elle-même: l'indemnité payée, à savoir 6.000.000 £, dépassait la capitalisation globale de *Yarrow* pendant la période de référence, soit 4.800.000 £ au maximum (paragraphe 71 c) et 74 ci-dessus). Qu'il ait pu ne pas tenir pleinement compte de ces éléments se justifie par une circonstance: *Yarrow Shipbuilders* dépendait particulièrement de l'aide publique sous la forme du prêt du ministère de la Défense ou de subventions à la construction navale (paragraphe 71 a) ci-dessus).

163. La Cour ne peut donc accueillir le grief.

e) Jeu des clauses de sauvegarde (affaire *B.A.C.*)

164. *English Electric* et *Vickers* se plaignent de ce que l'on a retranché de la «valeur de base» de leurs actions de *B.A.C.*, en vertu des clauses de sauvegarde de la loi de 1977, une somme de 19.700.000 £ au titre de certains dividendes légalement distribués (paragraphe 22-24 et 61-62 ci-dessus). Une telle déduction serait inéquitable: elle les aurait notamment privés d'une grande partie du produit de leurs titres pour les années 1973-1976.

165. La Cour constate que le paiement des dividendes a eu lieu en vertu de résolutions toutes postérieures au 28 février 1974, date de la prise d'effet des clauses de sauvegarde. Il n'y aurait pas eu d'abattement si le versement des bénéfices avait reçu l'aval du ministre de l'Industrie (paragraphe 22 ci-dessus). Or il s'avère qu'à de petites exceptions près, pareil accord ne fut jamais sollicité jusqu'au moment où le représentant des actionnaires de *B.A.C.* souleva la question pendant les négociations (paragraphe 62 ci-dessus).

En outre, rien ne donne à penser que la déduction ne cadrerait pas avec la loi de 1977: dans le cas contraire, le représentant des actionnaires aurait pu saisir le tribunal d'arbitrage (paragraphe 27 ci-dessus), ce qu'il n'a point fait.

Au demeurant, les clauses n'avaient rien de déraisonnable en soi: il s'imposait manifestement d'empêcher toute dilapidation des actifs des entreprises nationalisées entre la fin de la période de référence et le jour du transfert (paragraphe 22 ci-dessus). La Cour n'estime pas non plus que le jeu desdites clauses ait entraîné, pour le rendement des titres, des résultats pouvant être considérés comme déraisonnables au regard de l'article 1 du Protocole n.º 1. En gros, et sous réserve des pouvoirs discrétionnaires du ministre de l'Industrie, elles amenaient à plafonner au niveau immédiatement antérieur les dividendes des exercices postérieurs à la période de référence (paragraphe 23 ci-dessus). Or assurer de la sorte la stabilité des dividendes s'accorde avec l'idée qu'après la période de référence, toute expansion d'une société nationalisée devait profiter au secteur public tout comme ce dernier supportait les risques d'un déclin (paragraphe 139 b) ci-dessus).

166. La Cour conclut donc au rejet du grief.

f) Retards prétendument excessifs dans le paiement des indemnités et insuffisance alléguée de acomptes (affaire *Vickers Shipbuilding*)

167. *Vickers* se plaint de retards excessifs dans le versement des indemnités et de l'insuffisance des acomptes, facteurs qui auraient ralenti la mise en oeuvre d'importants programmes de restructuration.

168. Des travaux parlementaires (paragrapes 12-16 ci-dessus), il ressort aux yeux de la Cour que la loi de 1977 a prêté à controverse. L'incertitude sur la forme qu'elle revêtirait a persisté jusqu'au moment où la Reine a donné sa sanction, le 17 mars 1977; on n'aurait donc guère pu entamer plus tôt les négociations relatives aux indemnités. pour *Vickers Shipbuilding*, elles ont abouti le 26 septembre 1980 et le paiement final a eu lieu peu après, si bien que la période à prendre en compte ici est d'environ trois ans un quart à partir du 1^{er} juillet 1977, jour du transfert (paragrapes 76 et 81-82 ci-dessus).

Les négociations officielles n'ont débuté en l'espèce qu'en juin 1978; toutefois, l'intervalle entre l'assentiment royal et cette date s'explique par la préparation non seulement du rapport d'évaluation de Whinney Murray et Cie, mais aussi d'un dossier financier concernant *Vickers Shipbuilding* envisagée comme une entité unique (paragrapes 33 et 79-80 ci-dessus); il s'agissait là

d'opérations complexes. De son côté, le laps de temps écoulé de septembre 1979 à septembre 1980 provient de ce que le représentant des actionnaires de *Vickers Shipbuilding* avait saisi le tribunal d'arbitrage (paragraphe 81 ci-dessus). Dès lors, et eu égard à la taille de l'entreprise en cause, la Cour ne trouve pas déraisonnable la période globale de règlement — dont quelque quinze mois de négociations.

169. Quant aux acomptes, il fallait en limiter le montant puisque leur versement ne s'accompagnait d'aucune réserve (paragraphe 20 ci-dessus). En outre, jusqu'en novembre 1978 (cinq mois environ après l'ouverture des négociations officielles) *Vickers* avait déjà reçu à ce titre 8.450.000 £ — soit plus de la moitié de l'indemnité de 14.450.000 £ convenue pour finir — et elle obtint un autre acompte de 3.150.000 £ en mars 1980, alors qu'une instance demeurait pendante devant le tribunal d'arbitrage (paragraphe 82 ci-dessus). Surtout, les indemnités ont dans leur intégralité porté intérêt à partir du jour du transfert de propriété (paragraphe 21 a) ci-dessus), ce qui, conjugué avec la date des acomptes, doit avoir atténué les effets des retards, inévitables, dans le paiement final.

170. La Cour ne peut donc accepter ces griefs.

g) Inadéquation particulière de la période de référence alléguée dans l'affaire Brooke Marine

171. D'après les anciens actionnaires de *Brooke Marine*, les conditions d'indemnisation fixées par la loi de 1977 étaient particulièrement inadéquates dans leur cas: pendant la période de référence — mais non plus au moment du transfert de propriété —, la valeur de leurs actions dans cette société aurait subi le contrecoup de certains contrats désavantageux et d'options permettant de convertir des obligations en actions (paragraphe 89 ci-dessus).

172. La Cour estime, avec la Commission, ne pouvoir accueillir le grief. Tout d'abord, une mesure de nationalisation exige une formule commune, applicable à l'ensemble des entreprises concernés (paragraphe 139 a) ci-dessus), et l'on ne saurait juger contraire à l'article 1 du Protocole n.º 1 le fait de ne pas retenir, pour chaque société, la date d'évaluation la plus favorable (voir,

mutatis mutandis, l'arrêt James et autres précité, série A, n.º 98, pp. 41-42), par. 68). En second lieu, le moyen revient à prétendre que l'on aurait dû évaluer *Brooke Marine* au jour de son transfert; or la Cour a déjà constaté que le troix d'une période autérieure n'est ni dans son principe ni par ses effets incompatible avec ledit article (paragrapes 136 et 151 ci-dessus).

h) Disparité entre les indemnités versées et l'encaisse

173. Sir William Lithgow et les anciens actionnaires de *Vosper Thornycroft*, de *B.A.C.*, de *Hall Russell* et de *Brooke Marine* opposent le montant des indemnités perçues par eux à l'encaisse de leurs sociétés à la date du transfert (paragrapes 41 b). 47, 55, 66 et 84 b) ci-dessus).

174. Ce rapprochement ne convainc pas la Cour; il ne lui paraît pas prouver que le niveau voulu d'indemnisation n'ait pas été atteint. Le montant de l'encaisse au jour du transfert ne constitue pas un élément déterminant quand la valeur des actions destinées à passer aux mains du secteur public se trouve en pratique bloqué depuis le début du processus de nationalisation. En tout cas, l'évaluation des actifs existants d'une société doit prendre en compte non seulement les liquidités disponibles, mais aussi, par exemple, les dettes et les avances sur contrat (paragraphe 38 ci-dessus).

G. Conclusion relative à l'article 1 du Protocole n.º 1

175. À la lumière de ce qui précède, la Cour estime que nulle violation de l'article 1 du Protocole n.º 1 ne se trouve établie en l'espèce.

Selon les requérants, le Gouvernement ne peut plus plaider le caractère équitable des indemnités versées car il avait reconnu que les conditions imposées en la matière par la loi de 1977 étaient «extrêmement injustes pour certaines sociétés» (paragraphe 17 ci-dessus). La Cour ne saurait souscrire à pareille thèse. La déclaration dont il s'agit reflétait une opinion exprimée dans un contexte politique; elle ne lie pas la Cour dans l'examen de l'affaire.

II. ARTICLE 14 DE LA CONVENTION, COMBINE AVEC L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

A. Introduction

176. Plusieurs des requérants affirment avoir subi, en raison d'éléments propres à leur affaire, des discriminations contraires à l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Aux termes de la première de ces dispositions,

«La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.»

La Commission rejette ces allégations, contestées par le Gouvernement.

177. Avant d'examiner à tour de rôle chacun des griefs, la Cour rappelle que l'article 14 n'interdit pas toute différence de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus par la Convention (arrêt du 23 juillet 1968 en l'affaire linguistique belge», série A, n° 6, p. 34, par. 10) ⁽³⁾. Il protège contre toute discrimination les personnes — physiques ou morales — «placées dans des situations analogues»; au regard de l'article 14, une distinction est discriminatoire si elle «manque de justification objective et raisonnable», c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un «but légitime» ou s'il n'y a pas de «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé» (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt Rasmussen du 28 novembre 1984 ⁽⁴⁾, série A, n° 87, p. 13, par. 35, et p. 14, par. 38). En outre, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique; son étendue varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (*ibidem*, p. 15, par. 40).

⁽³⁾ Sumariado sob n° 6 in Documentação e Direito Comparado, 3, 201.

⁽⁴⁾ Sumariado sob n° 92 in Documentação e Direito Comparado.

B. Discrimination alléguée par rapport aux actionnaires d'autres entreprises nationalisées en vertu de la loi de 1977

1. Incidence de l'impôt sur les plus-values (affaire *Kincaid*)

178. Sir William Lithgow se prétend victime d'une discrimination en tant qu'il a été assujetti à l'impôt sur les plus-values lors de la vente des bons du Trésor reçus para lui à titre de dédommagement, tandis que les personnes morales autrefois actionnaires d'entreprises nationalisées en vertu de la loi de 1977 ont droit, d'après la loi de finances de 1976, à un report d'échéance (paragraphe 21 b) et 45 ci-dessus).

179. La Cour ne peut accueillir le grief. Ainsi que le souligne la Commission, une personne morale détenant, comme Sir William Lithgow, 28% seulement du capital d'une société nationalisée n'aurait pu bénéficier de pareil report (paragraphe 21 b) et 40 ci-dessus). Le requérant n'a donc pas été traité autrement que les anciens actionnaires placés dans une situation analogue.

2. Utilisation d'une méthode d'évaluation basée sur les bénéfiques (affaire *Kincaid*)

180. Aux fins de l'indemnisation, les actions ordinaires de *Kincaid* ont été évaluées sur la base de ses bénéfiques, et non de ses actifs comme pour certaines sociétés déficitaires (paragraphe 36 ci-dessus). Sir William Lithgow s'en plaint: selon lui, la seconde méthode eût présenté pour lui de plus grands avantages et il y a eu discrimination au détriment dans le cas de *Kincaid*, société prospère.

181. La loi de 1977, la Cour le rappelle, ne fixait pas la marche à suivre pour évaluer les titres non cotés en bourse (paragraphe 159 ci-dessus); elle prévoyait que l'indemnité serait fixée, par voie de négociations ou d'arbitrage, sur la base de leur cotation boursière hypothétique et eu égard à tous les éléments pertinents. Cette méthode globale a servi pour les actions ordinaires de *Kincaid* de même que pour les autres actions non cotées. En outre, si les actionnaires de *Kincaid* n'avaient pas accepté l'accord négocié leur représentant aurait pu soulever la question devant le tribunal d'arbitrage, exactement comme

d'autres représentants d'actionnaires l'auraient pu en pareille circonstance. La Cour estime donc, avec la Commission, que sous ce rapport les propriétaires d'actions ordinaires de *Kincaid*, dont Sir William Lithgow, ont été traités à l'égal des autres actionnaires concernés.

Bien entendu, la formule légale présentait une certaine souplesse que pouvait conduire et a conduit à l'utiliser diversement selon les sociétés. Cela permettait pourtant de tenir compte des dissemblances et notamment du poids respectif, dans chaque cas, des différents facteurs en jeu; par exemple, les bénéfices constituent à l'évidence une base d'évaluation plus appropriée si la société en réalise, les actifs dans l'hypothèse contraire. Les distinctions observées dans la manière d'appliquer la méthode globale avaient donc une justification objective et raisonnable.

3. Application d'un même traitement aux entreprises en expansion et aux sociétés en déclin (affaires *Vosper Thornycroft*, *Hall Russell* et *Brooke Marine*)

182. Les anciens actionnaires de *Vosper Thornycroft*, de *Hall Russel* et de *Brooke Marine* se prétendent victimes d'une discrimination en ce que les sociétés nationalisées ont subi le même traitement qu'elles fussent en expansion ou en déclin. En effet, l'indemnité payée aurait été proportionnellement moindre pour les premières, en particulier *Vosper Thornycroft*, que pour les secondes si on la compare avec les bénéfices ou la valeur de l'entreprise au jour du transfert de propriété.

183. Ainsi que l'a déjà constaté la Cour, le choix de la période de référence pour évaluer les sociétés nationalisées en vertu de la loi de 1977 et le défaut corrélatif, d'avoir égard à l'évolution ultérieure s'inspiraient de motifs raisonnables (paragraphe 131-135 et 138-143 ci-dessus). On peut dès lors considérer comme fondée sur une justification objective et raisonnable la distinction résultant, selon les requérants, du traitement identique réservé aux sociétés en expansion ou au contraire en déclin, qu'elle entre ou non dans le domaine de l'article 14.

4. Evaluation par référence à la société-mère (affaire *Yarrow Shipbuilders*)

184. *Yarrow* se prétend victime d'une discrimination en tant que le montant du dédommagement perçu par elle pour ses parts dans sa filiale *Yarrow Shipbuilders* a été calculé sur la base du cours en bourse de ses propres actions et non, comme pour les actions non cotées d'autres sociétés nationalisées, en fonction notamment des bénéficiaires (paragraphe 36 ci-dessus). A l'appui de son grief, elle souligne que son indemnité représentait un moindre pourcentage ou multiple des profits ou des actifs de l'entreprise nationalisée que dans le cas d'autres anciens propriétaires, que l'on retienne pour base les chiffres de la période de référence ou ceux du jour du transfert.

185. Pour les raisons indiquées au premier alinéa du paragraphe 181 ci-dessus, la Cour estime avec la Commission qu'il n'y a pas eu de différence de traitement entre *Yarrow* et les autres actionnaires concernés: dans tous les cas servait la même méthode globale et s'ouvrait la même possibilité de recourir à l'arbitrage.

En outre, les distinctions établies entre *Yarrow* et les autres propriétaires dans l'application de ladite méthode reposaient sur une justification objective et raisonnable. Si les activités d'une filiale à évaluer constituent un élément important des affaires d'une société-mère dont les titres sont cotés sur le marché, le cours de ces derniers peut à l'évidence fournir, dans le cadre du système de la cotation boursière hypothétique, un guide plus adéquat et moins artificiel que d'autres données.

C. Discrimination alléguée par rapport aux propriétaires d'entreprises nationalisées antérieurement

186. Les anciens actionnaires de *Vesper Thornycroft* et de *Brooke Marine* se prétendent victimes d'une discrimination en tant que les modalités d'indemnisation fixées par la loi de 1977 s'écartaient à plusieurs égards des lois conditions définies dans des lois britanniques antérieures de nationalisation (paragraphe 99 ci-dessus).

187. Indépendamment du point de savoir si les intéressés se trouvaient placés dans une situation analogue à celle des personnes privées de leurs biens en vertu des lois précédentes, la Cour considère que la distinction litigieuse ne soulève aucun problème sur le terrain de l'article 14: les Parlements des Etats contractants doivent en principe rester libres d'adopter de nouvelles lois fondées sur une démarche inédite.

D. Discrimination alléguée par rapport aux personnes privées de leurs biens en vertu des lois sur les expropriations

188. Les anciens actionnaires de *Vosper Thornycroft* et de *Brooke Marine* se prétendent aussi victimes d'une discrimination en tant que la loi de 1977, contrairement à la plupart des lois britanniques sur les expropriations, ne retient pas pour base de calcul des indemnités la valeur des biens au jour du transfert de propriété (paragraphe 101 ci-dessus).

189. La Cour se borne à rappeler que les lois sur les expropriations et les textes portant nationalisation remplissent des fonctions différentes. Pour les raisons énoncées au troisième alinéa du paragraphe 121 ci-dessus, elle estime avec la Commission que les deux situations comparées par lesdits requérants ne se ressemblent pas assez pour poser un problème sous l'angle de l'article 14.

E. Conclusion concernant l'article 14 de la Convention

190. En conclusion, la Cour constate l'absence, en l'espèce, de toute violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

III. ARTICLE 6 PAR. 1 DE LA CONVENTION

191. Certains des requérants allèguent, pour des motifs divers, une infraction à l'article 6 par. 1 de la Convention, lequel, dans la mesure où il entre ici en ligne de compte, se lit ainsi:

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...).»

Le Gouvernement combat cette thèse. Quant à la Commission, elle exprime à l'unanimité l'avis qu'il n'y a pas eu manquement aux exigences du texte précité.

A. Applicabilité de l'article 6 par. 1

192. La Cour relève d'abord que le droit des requérants à une indemnité au titre de la loi de 1977 découlait de leur qualité d'actionnaires des sociétés en question et revêtait sans nul doute un «caractère civil» (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Sporrong et Lönnroth précité, série A n.º 52, p. 29, par. 79).⁽²⁾

Elle rappelle en outre que l'article 6 par. 1 vaut uniquement pour les «contestations» relatives à des «droits et obligations» — de caractère civil — que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnus en droit interne; il n'assure par lui-même aux «droits et obligations» (de caractère civil) aucun contenu matériel déterminé dans l'ordre juridique des Etats contractants (arrêt James et autres précité, série A n.º 98, p. 46, par. 81).

Partant, l'article 6 par. 1 s'applique en l'espèce dans la mesure où les requérants ont pu raisonnablement estimer avoir lieu d'alléguer une méconnaissance des conditions légales d'indemnisation.

B. Observation de l'article 6 par. 1

1. Accès à un tribunal (affaire *Kincaid*)

193. Sir William Lithgow se prétend victime d'une violation de l'article 6 par. 1 — tel que la Cour l'a interprété dans son arrêt Golder du 21 février 1975 (série A n.º 18) — en ce qu'il n'a pu saisir un tribunal indépendant compétent pour décider de son droit à indemnité.

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

194. De la jurisprudence de la Cour, et en particulier de l'arrêt Ashingdane précité (série A n.º 93, pp. 24-25, par. 57), se dégagent en la matière les principes suivants.

a) Le droit d'accès aux tribunaux, garanti par l'article 6 par. 1, n'est pas absolu; il se prête à des limitations implicitement admises car il «appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus».

b) En élaborant pareille réglementation, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention; elle doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même.

c) En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 par. 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

195. La mesure dans laquelle Sir William Lithgow avait accès au tribunal d'arbitrage a suscité une controverse entre le Gouvernement et lui (paragraphe 30 ci-dessus). La Cour ne juge pas nécessaire de trancher; pour les besoins de la discussion, elle part de l'hypothèse que le requérant n'a jamais pu saisir lui-même ledit tribunal, ni aucune autre juridiction, pour faire déterminer son droit à indemnité.

196. Nonobstant cet obstacle à un accès personnel, la Cour n'estime pas, dans les circonstances de la cause, qu'il y ait eu atteinte à la substance même du droit de Sir William Lithgow à un tribunal.

Pour les litiges relatifs à l'indemnisation, la loi de 1977 érigeait un système collectif de règlement: devant le tribunal d'arbitrage, les parties étaient d'un côté le ministre de l'Industrie, de l'autre le représentant des actionnaires. Celui-ci, désigné par l'ensemble des porteurs de titres de la société en question, les représentait tous (paragraphe 28 ci-dessus); les intérêts de chacun d'eux se trouvaient ainsi défendus, quoique indirectement. De fait, la loi prévoyait la tenue d'assemblées au cours desquelles les actionnaires pourraient

donner des instructions au représentant ou lui indiquer leur opinion (*ibidem*); en outre, par son annexe 6 elle leur accordait le pouvoir de le révoquer et un recours contre lui s'ouvrait à quiconque lui reprochait un manquement à ses obligations légales ou à celles que la *common law* lui imposait en qualité de mandataire (*ibidem*).

197. Avec la Commission, la Cour considère de surcroît que cette limitation au droit à un accès individuel et direct au tribunal d'arbitrage visait un but légitime: éviter, dans le contexte d'une mesure de nationalisation de grande envergure, une profusion de demandes et d'instances introduites par tel ou tel actionnaire (*ibidem*). Eu égard aux pouvoirs et devoirs du représentant et à la marge d'appréciation du Gouvernement, elle n'aperçoit pas non plus un défaut de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et l'objectif ainsi poursuivi.

2. Dépassement allégué du «délai raisonnable»

198. Tous les requérants, excepté Sir William Lithgow, prétendent que la contestation relative à leurs indemnités n'a pas été tranchée dans un «délai raisonnable» au sens de l'article 6 par. 1. Cependant, les anciens actionnaires de *Vosper Thornycroft*, de *B.A.C.*, de *Vickers Shipbuilding* et de *Brooke Marine* précisent que leur thèse vaut pour le seul cas où la Cour souscrirait à l'avis, exprimé par la Commission, selon lequel les entreprises nationalisées ont dans une certaine mesure été intégrées au «domaine public» avant le jour du transfert de propriété.

199. De toute manière, le grief ne résiste pas à l'examen.

Nul n'a saisi en l'occurrence le tribunal d'arbitrage, sauf au sujet de *Vickers Shipbuilding* mais la procédure n'est pas allée jusqu'à son terme; le montant des indemnités a chaque fois été fixé par négociations entre le ministère de l'Industrie et le représentant des actionnaires (paragraphes 52, 63, 68, 74, 81 et 90 ci-dessus). Au cours de ces tractations, qui à l'évidence ne relevaient

pas de l'article 6 par. 1, les parties s'efforçaient sans plus d'aboutir à une solution mutuellement acceptable; aucune d'elles n'avait compétence pour prendre une décision définitive, contraignante pour l'autre, sur le montant de l'indemnité. A tout moment les discussions auraient pu cesser et les problèmes en suspens être déferés au tribunal d'arbitrage (paragraphe 30 ci-dessus); la question d'un dépassement du «délai raisonnable», au sens de l'article 6 par. 1, n'aurait pu surgir qu'ensuite.

3. Inobservation alléguée d'autres exigences de l'article 6 par. 1

200. Selon les anciens actionnaires de *Hall Russel*, le tribunal d'arbitrage créé par la loi de 1977 ne remplissait pas, à certains égards, les exigences de l'article 6 par. 1.

201. En premier lieu, il n'aurait pas constitué «une juridiction légale», mais un tribunal extraordinaire érigé pour connaître d'un nombre limité de litiges spéciaux concernant un nombre limité de sociétés.

La Cour ne saurait accueillir cette thèse. Le tribunal d'arbitrage avait été «établi par la loi»; les requérants ne le contestent pas. En outre, par «tribunal» l'article 6 par. 1 n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays (voir notamment l'arrêt *Campbell et Fell* du 28 juin 1984, série A n.º 80, p. 39, par. 76) ⁽⁵⁾; ainsi, un organe chargé de trancher un nombre restreint de litiges déterminés peut s'analyser en un tribunal à condition d'offrir les garanties voulues. La Cour relève aussi qu'aux termes des règlements d'application pertinents, la procédure devant le tribunal d'arbitrage ressemblait à celle des juridictions judiciaires et qu'il existait des possibilités de recours (paragraphe 31-32 ci-dessus).

202. Seconde allégation: en raison de ses liens étroits avec l'exécutif et notamment de la nomination de deux de ses membres par le ministre, partie

⁽⁵⁾ Sumariado sob n.º 83, in *Documentação e Direito Comparado*.

en cause (paragraphe 29 ci-dessus), le tribunal d'arbitrage n'aurait pas revêtu un caractère «indépendant et impartial».

Comme la Cour l'a souvent souligné, l'indépendance par rapport à l'exécutif figure parmi les conditions fondamentales découlant de la phrase en question (voir, entre beaucoup d'autres, l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, série A n.º 43, p. 24, par. 55). (6) En l'occurrence, le ministre désignait certes deux des membres du tribunal d'arbitrage, mais non sans avoir consulté les représentants des actionnaires (paragraphe 29 ci-dessus). En pratique, les critères de sélection étaient arrêtés d'un commun accord (*ibidem*) et aucune nomination ne semble avoir prêté à contestation. De surcroît, les offres chiffrées formulées par le gouvernement pendant les négociations n'engageaient nullement le tribunal (paragraphe 19 ci-dessus), ainsi que le montrent les sentences produites devant la Cour (affaire *Scott Lithgow Drydocks Ltd*, 29 Septembre 1981; affaire *Cammell Laird Shipbuilders Ltd*, 23 octobre 1981). Dès lors, rien n'autorise à constater un défaut d'indépendance.

Les requérants ne taxent pas de partialité subjective les membres dont il s'agit. Quant à l'impartialité objective de ces derniers (paragraphe 29 ci-dessus), elle ne pouvait sembler sujette à caution si l'on a égard à la manière dont la procédure de nomination se déroulait en fait (voir notamment l'arrêt *De Cubber* du 26 octobre 1984, série A n.º 86, pp. 13-16, par. 24-30). (7)

C. Conclusion relative à l'article 6 par. 1 de la Convention

203. La Cour conclut donc à l'absence de violation de l'article 6 par. 1 de la Convention en l'espèce.

IV. ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

204. Sir William Lithgow affirme n'avoir disposé, pour présenter ses griefs en matière d'indemnisation, d'aucun «recours effectif» au sens de l'article 13 de la Convention, ainsi libellé:

(6) Publicado in Documentação e Direito Comparado, 6, 565.

(7) Sumariado sob n.º 91, in Documentação e Direito Comparado.

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

La Commission rejette cette allégation, contestée par le Gouvernement.

205. «En vertu de l'article 13, "un individu qui, de manière plausible, se prétend victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention doit disposer d'un recours devant une 'instance' nationale afin de voir statuer sur son grief et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation" (arrêt *Silver et autres* du 25 mars 1983, série A n.º 61, p. 42, par. 113). (8) Toutefois, "ni l'article 13 ni la Convention en général ne prescrivent aux Etats contractants une 'façon' déterminée d'assurer dans leur droit interne l'application effective de toutes les dispositions de cet instrument" (arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, du 6 février 1976, série A n.º 20, p. 18, par. 50). (9) Bien que donc non tenus d'incorporer la Convention à leur système juridique national, ils n'en doivent pas moins, aux termes de l'article 1 et sous une forme ou une autre, y assurer à quiconque relève de leur juridiction la substance des droits et libertés reconnus (arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n.º 25, p. 91, par. 239).⁽¹⁰⁾ Sous réserve de ce qui suit, l'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours effectif permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés.» (Arrêt *James et autres* précité, série A n.º 98, p. 47, par. 84).

206. La Convention ne fait point partie du droit interne du Royaume-Uni, lequel ne comporte pas non plus un contrôle constitutionnel de la compatibilité des lois avec les libertés fondamentales. Dès lors, aucun recours interne ne s'ouvrirait et ne pouvait s'ouvrir à Sir William Lithgow pour se plaindre de ce que la législation incriminée n'attînt pas elle-même le niveau voulu

(8) Sumariado sob n.º 64, in *Documentação e Direito Comparado*, 15, 161.

(9) Sumariado sob n.º 20, in *Documentação e Direito Comparado*, 6, 562.

(10) Sumariado sob n.º 26, in *Documentação e Direito Comparado*, 8, 111.

par la Convention et le Protocole n.º 1. La Cour estime pourtant, avec la Commission, que l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un Etat contractant comme contraires en tant que telles à la Convention ou à des normes juridiques nationales équivalentes (arrêt James et autres précité, *ibidem*, p. 47, par. 85). Elle ne saurait donc accueillir le grief du requérant pour autant qu'il peut se rapporter à la loi de 1977 elle-même.

207. Dans la mesure où le moyen concerne l'application de la loi en cause, il échet de noter que le représentant des actionnaires pouvait toujours saisir le tribunal d'arbitrage de la question du dédommagement ou inviter une juridiction ordinaire à rechercher si le ministre n'avait pas commis une erreur de droit par une mauvaise interprétation ou utilisation de la loi de 1977 (paragraphe 30 et 32 ci-dessus). Quant à Sir William Lithgow en personne, même si ces recours ne s'ouvraient pas directement à lui (paragraphe 30 et 195 ci-dessus) il bénéficiait du système collectif établi par la loi, système que la Cour a jugé non contraire aux exigences de l'article 6 par. 1 (paragraphe 193-197 ci-dessus), plus strictes que celles de l'article 13 (arrêt Sporrang et Lönnroth précité, série A n.º 52, p. 32, par. 88). ⁽²⁾ De surcroît, le requérant aurait pu assigner le représentant des actionnaires de *Kincaid* devant les juridictions nationales pour manquement à ses obligations au titre de la loi de 1977 ou de la *common law* (paragraphe 28 ci-dessus).

Dès lors, l'ensemble des recours internes qui s'offraient à Sir William Lithgow lui permettait, à un degré suffisant, de s'assurer du respect de la législation pertinente.

208. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 13.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par treize voix contre cinq, que nulle violation de l'article 1 du Protocole n.º 1 n'a découlé de l'absence, dans la loi de 1977, de dispositions

⁽²⁾ Publicado in Documentação e Direito Comparado, 10, 105.

tenant compte de la manière dont les sociétés concernées avaient évolué de 1974 à 1977;

2. *Dit*, par dix-sept voix contre une, qu'il n'y a eu violation du même article pour aucune des autres raisons invoquées par les requérants;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec ledit article 1;
4. *Dit*, par quatorze voix contre quatre, que nulle violation de l'article 6 par. 1 de la Convention n'a découlé de ce que Sir William Lithgow n'a pas eu personnellement accès à un tribunal indépendant pour faire statuer sur ses droits à indemnité;
5. *Dit*, par seize voix contre deux, qu'il n'y a eu violation du même article pour aucune des autres raisons invoquées par les requérants;
6. *Dit*, par quinze voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 13 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 8 juillet 1986.

Pour le Greffier
Jonathan L. SHARPE
Chef de division
au greffe de la Cour

Le Président
Rolv RYSSDAL

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 par. 2 de la Convention et 52 par. 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion concordante de M. Thór Vilhjálmsson;
- opinion, en partie dissidente, commune à Mme Bindschedler-Robert, M. Gölcüklü, M. Pinheiro Farinha, M. Pettiti et M. Spielmann, relative à l'article 1 du Protocole n.º 1;
- opinion séparée de M. Lagergren, relative à l'article 6 par. 1 de la Convention, approuvée par M. Macdonald;
- opinion dissidente commune à MM. Pinheiro Farinha et Pettiti, relative à l'article 6 par. 1 de la Convention;
- opinion dissidente commune à MM. Pinheiro Farinha, Pettiti et Spielmann, relative à l'article 13 de la Convention;
- opinion dissidente de M. Pettiti, relative aux articles 6 par. 1 et 13 de la Convention et à l'article 1 du Protocole n.º 1;
- opinion, en partie dissidente, commune à MM. Russo et Spielmann, relative à l'article 6 par. 1 de la Convention.

R.R.

J.L.S.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE THOR VILHJALMSSON
(Traduction provisoire)

J'appartiens en l'espèce à la majorité de la Cour qui a constaté l'absence de violation de la Convention et du Protocole n.º 1.

Toutefois, j'estime, pour les raisons déjà indiquées dans mon opinion concordante jointe à l'arrêt James et autres du 21 février 1986, que l'article 1 du Protocole n.º 1 ne consacre pas un droit à indemnité. C'est pourquoi je ne partage pas la conclusion exprimée sur ce point au paragraphe 120 du présent arrêt. En conséquence, je n'ai pas jugé utile de me prononcer sur ce que déclare ce dernier (paragraphe 121-175) quant aux questions relatives au niveau de l'indemnisation.

OPINION, EN PARTIE DISSIDENTE, COMMUNE A Mme BIND-SCHEDLER ROBERT, M. GOLCUKLU, M. PINHIEIRO FARINHA, M. PETTITI ET M. SPIELMANN, JUGES, RELATIVE A L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N.º 1

Nous avons voté pour la violation du Protocole n.º 1, tout en nous ralliant à la majorité de la Cour en ce qui concerne plusieurs principes et points examinés.

Ainsi, nous considérons avec la majorité que la loi britannique sur les nationalisations répondait à un intérêt général et à un but légitime que le Parlement était en mesure d'évaluer justement.

De plus, la méthode choisie était acceptable. Il en est de même de la norme adoptée pour la détermination des bases de calcul d'indemnisation, qui, du reste, se retrouve dans d'autres législations nationales.

Par contre, nous ne pouvons pas suivre le raisonnement de la majorité par rapport au point, pour nous important, de la période de référence, et ceci en raison de l'absence de tout correctif dans la loi incriminée.

Evidemment, l'adoption d'une période de référence antérieure à la date de promulgation de la loi est concevable, mais à condition qu'elle se situe dans un délai raisonnable par rapport au jour du transfert, comme le prévoyait, du reste, le premier projet de loi. Malheureusement, les procédures parlementaires et les débats d'ordre politique ont retardé, de dix-huit mois environ, la date de mise en jeu de la période de référence (*vesting day*). Il s'ensuivait nécessairement des effets néfastes par rapport aux faits postérieurs survenus dans la vie économique des sociétés concernées.

Personne ne peut contester que l'adoption d'un correctif financier pour le décalage supplémentaires de la période de référence était possible. A ce sujet, les mécanismes des différentes législations de nationalisations offraient plusieurs méthodes et équations, et ceci à partir de la variation des valeurs-bilans, trésoreries et «cash flow» par rapport aux bases essentielles d'indemnisation.

Une telle méthode s'imposait d'autant plus qu'au Parlement le caractère injuste de certaines dispositions de la loi avait été invoqué et qu'à l'audience le Gouvernement n'a nullement démenti ce fait.

En elle-même, une telle absence de correctif *in abstracto* nous semble contraire à l'interprétation des dispositions du Protocole n.º 1.

Dans les cas concrets soumis à la Cour, le calcul exact des distorsions qui ont été la conséquence directe de cette absence de correctifs aurait pu être analysé par un examen factuel de chacun des dossiers ou, le cas échéant, par la voie d'une expertise.

Dans cet ordre d'idées, les requérants ont à l'audience exposé par différents calculs les incidences des mesures législatives.

Le Gouvernement n'a pas jugé utile d'entrer dans la discussion de ces chiffres, sa thèse principale étant de soutenir que, si la méthode d'indemnisation choisie par le Parlement était correcte, il n'y avait pas lieu d'en examiner les incidences concrètes dans le détail.

Nous ne pouvons partager une telle façon de voir.

Même si l'on admet qu'en matière de nationalisations au regard de nationaux l'Etat dispose d'une large marge d'appréciation, toujours reste-t-il que cette notion doit être définie ou identifiable.

En effet, le choix d'une méthode ne peut être neutre. Surtout il ne peut être détachable des résultats économiques qui en sont la conséquence directe. De surcroît la méthode analytique adoptée, même si elle est satisfaisante par parties isolées, peut aboutir à des distorsions du fait de l'addition et du cumul de toutes les dispositions économiques et financières incluses dans la loi et se superposant.

Tout en tenant compte de l'impact social, de la conjoncture économique nationale, du poids des industries en cause et des efforts financiers consentis par l'Etat, des paramètres de marge d'appréciation pouvaient être recherchés.

Mais, entre une «nationalisation-spoliation» et une indemnisation raisonnable, conforme à la norme de la proportionnalité, la marge quantitative est énorme et ne peut rester dans l'indétermination la plus absolue.

Du fait que les chiffres avancés par les requérants n'ont pas été contestés à l'audience, il apparaît, *prima facie* et dans la mesure où ces chiffres correspondent à la réalité, au moins pour Kincaid, Vosper, Thornycroft et Brooke Marine, que les faits postérieurs dans la vie de ces sociétés ont entraîné, en raison de la prolongation de la période prévue à l'origine, une distorsion déraisonnable et disproportionnée, et ceci même si l'on tient compte de cette marge d'appréciation, consentie et reconnue à l'Etat dans le domaine des nationalisations.

A cet égard, la jurisprudence de notre Cour contient assez de critères de références permettant une analyse interne de la loi mise en cause par rapport

à la Convention ou à son Protocole n.º 1 et conduisant à conclure, du fait de l'absence de tout correctif pour le décalage de la période de référence, à une violation effective.

**OPINION SEPARÉE DE M. LE JUGE LAGERGREN, RELATIVE A
L'ARTICLE 6 PAR. 1 DE LA CONVENTION, APPROUVÉE PAR M. LE
JUGE MACDONALD**

(Traduction)

La possession, par les requérants, d'actions des sociétés en cause leur conférait à n'en pas douter des «droits de caractère civil» qu'ils pouvaient invoquer devant les juridictions ordinaires du Royaume-Uni. Ces droits de propriété se sont éteints, moyennant indemnité, par le jeu de la loi de 1977. Aucun recours ne s'ouvrait aux requérants contre les dispositions fondamentales de la loi; en particulier, ils n'avaient aucune possibilité de faire examiner par un tribunal interne nombre des arguments présentés aujourd'hui à la Cour de Strasbourg. Le tribunal arbitral et les autres juridictions internes avaient pour seule compétence de se prononcer — en dernier ressort — sur l'application de la loi de 1977.

Jusqu'au 17 mars 1977, date à laquelle le troisième projet de loi sur les industries aéronautiques et navales reçut la sanction royale, les requérants pouvaient défendre leurs droits de propriété contre les ingérences de toute sorte. En revanche, lors de la dernière ingérence, c'est-à-dire quand la proposition tendant à les priver de leurs actions acquit force de loi, le Royaume-Uni a, pour les aspects pertinents en l'espèce, soustrait à ses tribunaux toute compétence quant à l'existence même des droits de propriété des requérants et ne leur a même pas reconnu de juridiction concernant le contenu des dispositions légales sur l'indemnisation.

Cette brusque et grave limitation du droit d'accès aux tribunaux était à mes yeux prématurée, inacceptable et incompatible avec une juste interprétation de l'article 6 de la Convention (arrêt *Golder* du 21 février 1975, série A n.º 18, pp. 17-18, par. 35-36⁽¹¹⁾), arrêt *Öztürk* du 21 février 1984, série A n.º 73, pp. 17-18, par. 49⁽¹²⁾), et mon opinion concordante annexée à l'arrêt *As-hingdane* du 28 mai 1985, série A n.º 93, p. 27). Le droit normal d'accès aux tribunaux, qui a existé pendant toute la durée des droits de propriété, aurait dû couvrir aussi le moment même où ils se sont éteints, soit le 17 mars 1977. D'autant plus que, jusqu'aux jours de transfert respectifs (les 29 avril et 1^{er} juillet 1977), les requérants conservaient officiellement la propriété des actions, même s'il s'agissait en quelque sorte d'un droit sans garantie, ne jouissant pas de la pleine protection judiciaire exigée par l'article 6 par. 1 de la Convention.

Il découle de ce qui précède que, d'après moi, il y a eu méconnaissance de l'article 6 par. 1 de la Convention dans la mesure où les requérants ont été privés de tout accès aux tribunaux qui leur eût permis de contester, en vertu de la Convention et du Protocole n.º 1 ou de normes juridiques internes équivalentes, la nationalisation de leurs actions dans les conditions prévues par la loi de 1977. Cependant, le récent arrêt de la Cour dans l'affaire *James et autres* (21 février 1986, série A n.º 98, par. 79-82) me conduit à me rallier à la majorité aussi pour la présente question.

(11) Sumariado sob n.º 18, in *Documentação e Direito Comparado*, 6, 560.

(12) Publicado in *Documentação e Direito Comparado*, 13, 191.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE A MM. LES JUGES PINHEIRO FARINHA ET PETTITI, RELATIVE A L'ARTICLE 6 PAR. 1 DE LA CONVENTION

Nous concluons à la violation de l'article 6 par. 1 pour les motifs suivants:

A partir du 17 mars 1977, date de l'adoption du troisième projet de loi, les requérants n'étaient plus habilités à exercer leurs actions en défense de leurs droits de propriété contre des ingérences étatiques injustifiées portant atteinte à leurs droits patrimoniaux. Par l'effet de la loi, les tribunaux ordinaires n'avaient plus compétence pour statuer sur les demandes d'indemnisation ou sur la compatibilité des dispositions de nationalisation avec le droit interne.

Les nationalisés auraient dû avoir accès aux tribunaux, au moins jusqu'à la période d'extinction de tous leurs droits, pour exercer l'action en contestation et en réparation. On ne saurait considérer l'accès au tribunal arbitral par l'intermédiaire de mandataires comme équivalant à l'accès aux tribunaux.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE A MM. LES JUGES PINHEIRO FARINHA, PETTITI ET SPIELMANN, RELATIVE A L'ARTICLE 13 DE LA CONVENTION

Le système législatif britannique dans son dispositif n'offrait pas aux nationalisés un recours effectif devant une instance nationale pour apprécier la compatibilité de la loi avec les droits garantis par la Convention et le Protocole n.º 1 alors surtout que, selon nous, il y avait violation de la Convention au titre de l'article 6 et du Protocole n.º 1.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE PETTITI, RELATIVE AUX ARTICLES 6 PAR. 1 ET 13 DE LA CONVENTION ET A L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N.º 1

J'ai voté pour la violation du Protocole n.º 1 et de l'article 6 de la Convention ainsi que la violation de l'article 13 pour les considérations suivantes:

La doctrine et la jurisprudence internationales des nationalisations sont restées évolutives et incertaines.

Le principe de l'indemnisation du ressortissant national est certes communément reconnu, après avoir été contesté au 19^e siècle, mais l'appréciation du quantum a été très variable suivant les périodes et suivant les Etats. Le présent arrêt est le premier par lequel la Cour européenne fait application du Protocole n.º 1 dans ce domaine.

Le principe de l'indemnisation du ressortissant d'un autre Etat que celui ayant décidé la nationalisation, a fait l'objet de nombreux arrêts et a donné lieu à une importante littérature juridique.

Le droit souverain de l'Etat au regard de ses nationaux a été un des thèmes majeurs de controverse en doctrine internationale à partir du 19^e siècle.

L'Etat moderne a admis qu'il devait protéger son ressortissant contre une loi injuste qui le spolieait sous couvert de nationalisation, de même qu'il doit le protéger s'il est victime d'une nationalisation à l'étranger (cf. déclaration Coolidge).

La licéité des nationalisations est acquise au regard du droit international. Mais s'agissant de l'appréciation de l'indemnisation, la jurisprudence reste incertaine, elle retient le plus souvent le terme d'équitable.

La résolution 1803 du 14 décembre 1962 de l'Assemblée générale des Nations Unies et la résolution 46 III de celle de la CNUCED n'ont pas fixé de règles fermes. Quand la jurisprudence française a eu à se prononcer sur les nationalisations algériennes et chiliennes, elle a utilisé le terme «adéquate» et rapproché le mot équitable du mot juste (citons Cass. Civ., 23.4.69; TGI Paris, 29.11.1972, Corporacion del Cobre, XCV Cr14 drtt int priv. 1974 — p. 729, p. 732).

Pour qu'une nationalisation soit conforme au droit international et susceptible d'efficacité internationale, elle doit répondre à la légitimité de l'objectif, son domaine d'efficacité doit être déterminé de façon à permettre d'atteindre cet objectif légitime sans le dépasser.

Les sentences arbitrales internationales récentes, en consacrant le droit des Etats de nationaliser à condition que ce droit s'exerce dans le cadre du droit international, avec l'obligation générale d'indemnisation, ont affiné les notions d'indemnisation (sentence *Texaco Calasiatic*, 19.1.1977; sentence *LIAMCO c/Gouvernement lybien*; opinion séparée du juge Lagergren, *Iran US Claims Trib*, jugement 184.161.1; *Ind Corp c/Islamic Republic of Iran* 161, *American Journal of International Law*, vol. 8, n° 1; cf. aussi juge Lachs, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1984, t. 169).

On peut se livrer à une exégèse à partir des mots juste, adéquat, équitable; en tout cas ces mots aboutissent, quelle que soit la sémantique utilisée, à une recherche d'une appréciation objective de la perte réelle subie. Le tribunal de grande instance de Paris (29 novembre 1972) évoquait aussi la donnée résultant des bénéfices effectifs et de leur prise en compte par la loi.

Le Conseil constitutionnel française a tenu à corriger les dispositions de la loi française de 1981 de nationalisations en considérant que les critères complémentaires de la loi utilisés pour corriger les imperfections de référence étaient insuffisants et aboutissaient à une sous-estimation. Les notes et commentaires du professeur B. Goldman ont illustré le contenu de ces décisions.

C'est toujours l'examen de la mesure prise, afin qu'elle ne soit pas confiscatoire, qui domine l'appréciation des cours et juridictions arbitrales et qui les conduit à des vérifications ponctuelles du quantum.

Au Royaume-Uni une législation confiscatoire serait d'ailleurs sans effect sur les biens en Angleterre (*Russian Comercial Industrial Bank c/ Cie Esc Mulhouse*, et *Lazard Bros v Midland Bank*, 1933). Le tribunal de grande instance de Paris à propos des nationalisations chiliennes avait le même réflexe.

Les célèbres controverses doctrinales concernant la nationalisation des biens appartenant à des étrangers (W. Lewald, G.J. Ross, Friedman), tout en partant de thèses opposées, aboutissent le plus souvent à des résultats voisins quant à l'appréciation du caractère adéquat de l'indemnisation (JDI n° 1 1956).

Pour identifier les règles générales du droit international public sur la protection de la propriété des nationaux et des étrangers, il faut tenir compte de l'évolution qui s'est produite depuis 1948 au sien des Nations Unies et de la CNUCED. F. Munch cite aussi comme source le Protocole n° 1 à la Convention européenne. Selon lui il manifeste clairement «que les expropriations ne sont admises qu'aux conditions prévues par la loi et les principes généraux

du droit international. Il est toutefois regrettable que ces principes ne soient pas définis en détail» (Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1959, t. 98).

La Cour dans le présent arrêt s'est efforcée de clarifier le texte de l'article 1.

Le système mis en place par la loi britannique était-il suffisamment structuré sinon sophistiqué pour répondre à toutes les exigences du droit international? Avec la majorité j'ai estimé qu'il en était ainsi pour l'ensemble des modalités, à l'exception de celles concernant la période de référence et les faits postérieurs au regard du Protocole n.º 1, et de celles concernant la procédure au regard de l'article 6. Pour le juge du for, rappelle M.F. Munch, «le rapport de droit international public est en même temps la *lex rei sitae* (...). Le juge du for, juge de l'Etat nationalisant, reste lié au droit qui était commun à lui et à l'Etat tant qu'il n'est pas abrogé ou suspendu pour une cause de droit international public» (*ibidem*). Or le principe britannique d'*equity*» et de «*fair trial*» comportait, à mon avis, l'exigence de l'accès à une véritable juridiction, car celle-ci aurait pu apprécier l'indemnisation en tenant mieux compte du droit interne et des principes généraux du droit international.

Les principes généraux du droit international selon lesquels on considérerait que, pour le non-national, l'indemnisation devait être complète, adéquate, équitable, prompte, appropriée, ont quelque peu varié sous la poussée du Tiers Monde. La formule adéquate a fait place à celle d'équitable, beaucoup plus vague (cf. Session de Nice de l'Institut de droit international).

On est passé de l'exigence d'une indemnisation compensant pleinement le dommage (International Law Association, Hambourg, rapport du professeur Gihl) à une indemnisation dite équitable.

On est loin de la définition de l'arrêt «de Chorzow», valeur du bien en nature accrue de dommages intérêts supplémentaires pour la perte subie. On admet même une certaine discrimination entre nationaux et étrangers à condition que la mesure ne frappe pas uniquement les étrangers (cf. F. Boulanger, Nationalisation en droit international public, Paris, Economica).

Les Etats du Tiers Monde revendiquent un certain pouvoir discrétionnaire dans ce domaine (cf. Conférence des pays du Tiers Monde, Alger 1971) par rapport aux principes généraux du droit international.

Il ressort de cette évolution que désormais les juridictions internationales arbitrales ont tendance à se montrer moins exigeantes pour des nationalisations

pratiquées par des Etats du Tiers Monde. Parallèlement ces juridictions arbitrales gardent le principe d'une indemnisation en faveur des non-nationaux des pays industrialisés plus voisine du critère adéquat, juste et approprié, qu'elle ne le serait en faveur des nationaux des mêmes pays.

De surcroît, le système britannique des nationalisations dans son dispositif législatif n'offrait pas aux nationalisés un recours effectif devant une instance nationale pour apprécier la compatibilité de la loi avec les principes généraux du droit international et avec les droits garantis par la Convention et par le Protocole n° 1, alors surtout qu'il y avait, selon nous, violation de la Convention au titre de l'article 6 et du Protocole n° 1.

De ce rappel succinct des normes à propos du cas présent, je tire la conclusion, pour cette opinion séparée, que même si le national peut recevoir une indemnisation moindre que celle du non-national, il n'en reste pas moins que l'indemnisation fixée par la législation britannique devait prendre en considération tous les paramètres et toutes les pondérations raisonnables, pour parvenir à un résultat équitable, qui ne soit pas trop éloigné dans ses conséquences du but légitime poursuivi, même en tenant compte de la marge d'appréciation de l'Etat, ce qui ne me paraît pas avoir été le cas pour les motifs précités.

**OPINION, EN PARTIE DISSIDENTE, COMMUNE A MM. LES JUGES
RUSSO ET SPIELMANN, RELATIVE A L'ARTICLE 6 PAR. 1 DE LA
CONVENTION**

De manière générale, nous partageons l'opinion de la majorité quant à l'absence de violation de l'article 6 par. 1 de la Convention, mais nous ne pouvons nous y rallier en ce qui concerne Sir William Lithgow (paragraphe 193-197 de l'arrêt). En effet, nous estimons que celui-ci n'a pas bénéficié, en tant qu'actionnaire le plus important de la société *Kincaid*, du droit d'accès à un tribunal garanti par ledit article 6 par. 1.

La Cour a conclu à la non-violation de ce dernier texte en se fondant sur deux arguments non convaincants à nos yeux.

D'une part, elle a jugé que la limitation du droit d'accès direct au tribunal d'arbitrage — accès possible seulement pour le représentant des actionnaires, mais non pour un actionnaire — poursuit un but légitime: éviter la prolifération de demandes individuelles. Or à supposer même qu'un tel objectif puisse être tenu pour raisonnable, on ne saurait le considérer comme suffisant à justifier la suppression (selon nous, il ne s'agissait pas d'un simple restriction, d'autant que Sir William Lithgow jouissait de la majorité relative (minorité de blocage)) d'un droit fondamental, donc l'atteinte à la substance même du droit en question.

D'autre part, la Cour a relevé que les actionnaires avaient la possibilité d'introduire un recours contre le représentant pour manquement aux obligations légales ou à celles que la *common law* lui imposait en qualité de mandataire. Ce raisonnement ne nous paraît pas non plus probant car, à moins de prouver un comportement frauduleux ou négligent du représentant, un actionnaire ne pouvait pas tirer bénéfice de cette voie. En tout cas, même s'il avait exercé pareil recours, Sir Williams Lithgow aurait au maximum obtenu la constatation de la responsabilité du représentant, ce qui n'était évidemment pas son objectif.

COMITÉ DE MINISTROS

**BERNARD LEO MCVEIGH, OLIVER ANTHONY O'NEILL E ARTUR
WALTER EVANS CONTRA O REINO UNIDO (1)**

RESOLUÇÃO DH (82)1 (2)

1. Não integra violação do art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a revista, interrogatório, tomada de impressões digitais e de fotografias de indivíduos detidos pela polícia porque suspeitos de terrorismo.
2. Integra violação do art.º 8.º da Convenção impedir, durante a detenção, que os detidos entrem em contacto com as mulheres.

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 des requêtes intro-

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

(2) Adoptada em 24 de Março de 1982, na 345.ª reunião dos Delegados dos Ministros.

duites par MM Bernard Leo McVeigh, Oliver Anthony O'Neill et Artur Walter Evans contre le Royaume-Uni (requête nos 8022/77, 8025/77 et 8027/77);

Considérant que la Commission a transmis ledit rapport au Comité des Ministres le 24 avril 1981 et que le délai 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 application de l'article 48 de la Convention;

Considérant que dans leurs requêtes introduites le 29 juillet 1977 les requérants se plaignent de leur arrestation et de leur détention à des fins de «contrôle» en vertu de la législation en vigueur au Royaume-Uni sur la prévention du terrorisme, de différentes mesures telles que la prise d'empreintes digitales et de photographies pendant leur détention et de la conservation de la part des autorités des documents après leur libération, deux des requérants, MM. McVeigh et Evans se plaignent également de n'avoir été autorisés ni à rejoindre leur épouses ni à prendre contact avec elles;

Considérant que les requérants allèguent la violation des articles 5, paragraphes 1, 5, 8 et 10 de la Convention;

Considérant que la Commission, après avoir décidé la jonction des trois requêtes, les a déclarées recevables le 8 décembre 1979;

Considérant que, dans son rapport adopté le 18 mars 1981, la Commission a exprimé l'avis, par treize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation des paragraphes 1 et 3 de l'article 5 de la Convention, par treize voix et une abstention qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 2 de l'article 5, par douze voix et deux abstentions qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 4 de l'article 5, par treize voix et une abstention qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 5 de l'article 5, à l'unanimité que les mesures telles que la prise d'empreintes digitales pendant la détention des requérants ne violaient pas l'article 8, par onze voix contre une et deux abstentions que la conservation des documents après libération ne violait pas l'article 8, à l'unanimité que l'interdiction aux requérants McVeigh et Evans de rejoindre leurs épouses n'était pas contraire à l'article 8 de la Convention et par douze voix contre deux que l'interdiction aux requérants de prendre contact avec leurs épouses violait l'article 8 de la Convention;

Considérant que, lors de l'examen de cette affaire par le Comité des Ministres, le représentant du Gouvernement du Royaume-Uni a appelé l'attention de ce dernier sur le fait qu'il y a eu un conflit de preuves sur le point de savoir si les requérants McVeigh et Evans avaient demandé que l'on téléphone à leurs épouses pour leur annoncer qu'ils avaient été arrêtés, et qu'en particulier il a attiré l'attention sur le fait qu'il existait à ce moment-là un système d'enregistrement de telles demandes, mais que, pour ce qui concerne les requérants, il n'y a aucune mention que ces demandes aient été faites et qu'en conséquence, de l'avis du Gouvernement du Royaume-Uni, l'absence de toute mention indique qu'aucune demande n'a été faite par les requérants, alors que la Commission a considéré que ces deux requérants ont, comme ils l'ont allégué, demandé à prendre contact avec leurs mais qu'ils n'ont pas été autorisés à le faire;

Faisant sien l'avis exprimé par la Commission, conformément à l'article 31, paragraphe 1, de la Convention;

Considérant que le représentant du Royaume-Uni a informé le Comité des Ministres que, depuis l'époque de la détention des requérants, de nouvelles dispositions sont applicables à la suite de l'entrée en vigueur en juin 1978 de la section 62 de la loi pénale de 1977 et que lesdites dispositions ont pour objet de garantir qu'à l'avenir il sera gardé mention de toute demande émanant d'un détenu dans les locaux de police tendant à faire prévenir une personne désignée par lui et que, dans les rares cas où les autorités décideraient qu'il est nécessaire de ne pas donner suite immédiatement à une telle demande dans l'intérêt de l'enquête ou de la prévention du crime ou de l'arrestation de délinquants, mention des motifs de ce refus de notification immédiate sera également enregistrée;

Procédant au vote conformément aux dispositions de l'article 32, paragraphe 1, de la Convention,

- a. Décide qu'il n'y a pas eu dans cette affaire violation de l'article 5, paragraphes 1 à 5, de la Convention;
- b. Décide qu'il n'y a pas eu dans cette affaire violation de l'article 8 de la Convention en ce qui concerne la fouille, l'interrogatoire, la prise des empreintes digitales et des photographies des requérants au cours

de leur détention, ni en ce qui concerne la conservation après leur mise en liberté de leurs empreintes digitales, de leurs photographies et des renseignements obtenus au cours de leur contrôle, ni en ce qui concerne le fait que les requérants McVeigh et Evans aient été empêchés de rejoindre leurs épouses;

- c. Décide qu'il n'y a eu violation de l'article 8 de la Convention dans cette affaire du fait que les requérants McVeigh et Evans ont été empêchés d'entrer en contact avec leurs épouses pendant toute la durée de leur détention;
- d. Décide à la lumière des informations fournies par le Gouvernement du Royaume-Uni sur les nouvelles dispositions qui ont été adoptées tel qu'indiqué ci-dessus, qu'il n'y a pas lieu de prendre d'autres mesures dans la présente affaire.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Dado o seu interesse, publica-se o documento preparado pelo Secretariado do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem com o balanço da actividade do Tribunal.

Junta-se, a seguir, a indicação das decisões publicadas ou sumariadas em «Documentação e Direito Comparado».

P.F.

THEMES DES AFFAIRES PORTEES DEVANT LA COUR

Affaires relatives principalement à l'intégrité physique

— 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*) (article 3 de la Convention);

Affaire relative principalement à l'interdiction du travail forcé

— obligation, pour un avocat stagiaire belge, d'assister gratuitement un inculpé sans ressources (*Van der Musselle*) (articles 4 et 14 de la Convention, article 1 du Protocole n.º 1);

Affaires relatives principalement au droit à la liberté et à la sûreté

— procédure disciplinaire et pénale militaire aux 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);

— 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);

— internement d'un récidiviste en Belgique (*Van Droogenbroeck* et au Royaume-Uni (*Weeks*) (article 5 de la Convention);

— assignation judiciaire à résidence sur une île italienne (*Guzzardi*) (article 5 de la Convention);

— non-imputation, sur la durée de peines prononcées en première instance au Royaume-Uni, d'une partie de la détention subie par les condamnés dans l'attente du résultat (négatif) de leur demande en autorisation d'interjeter appel (*Monnell et Morris*) (articles 5, 6 et 14 de la Convention);

— internement d'aliénés aux Pays-Bas (*Winterwerp*), au Royaume-Uni (*X contre Royaume-Uni; Ashingdane*) et en Italie (*Luberti*) ainsi que de vagabonds en Belgique (*De Wilde, Ooms et Versyp*) (article 5 de la Convention);

— détention subie en Suisse aux fins d'extradition (*Sanchez-Reisse*) et en France aux fins d'expulsion (*Bozano*) (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);

— détentions provisoires de longue durée en République fédérale d'Allemagne (*Wemhoff*), en Autriche (*Neumeister; Stögmüller; Matznetter; Ringelsen; Can*) et en Italie (*Vallon*) (article 5 de la Convention);

Affaires relatives principalement au droit à un procès équitable

— absence, aux Pays-Bas, d'une voie de recours judiciaire contre le rejet d'une demande de l'autorisation d'exploiter une installation de livraison de gaz liquéfié (*Bentham*) ou contre un refus d'inscription sur la liste des comptables agréés (*Van Marle et autres*); et, en Suède, contre le retrait de l'autorisa-

tion d'exploiter un taxi (*Pudas*) ainsi que contre la délivrance ou la durée d'un permis d'exproprier (*Sporrong et Lönnroth; Bodén*) (articles 6 et 13 de la Convention, article 1 du Protocole n.º 1);

— absence, dans le canton de Vaud (Suisse), d'un recours de pleine juridiction contre une amende administrative (*Belilos*) (article 6 de la Convention);

— contentieux de la sécurité sociale en matière d'assurance-maladie aux Pays-Bas (*Feldbrugge*) et d'accidents du travail en République fédérale d'Allemagne (*Deumeland*) (article 6 de la Convention);

— poursuites disciplinaires pénitentiaires en Angleterre (*Campbell et Fell*) (article 6 de la Convention);

— obstacle à l'accès de détenus aux juridictions anglaises (*Golder; Silver et autres; Campbell et Fell; Ashingdane*) (article 6 de la Convention);

— droit d'accès aux tribunaux en matière de contestation de paternité au Danemark (*Rasmussen*) (articles 6, 8 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 (*Deweert*) (articles 6 de la Convention et 1 du Protocole n.º 1);

— procès pénal conduit en Italie en l'absence des accusés (*Colozza; Rubinat*) (article 6 de la Convention);

— procès pénaux en Autriche, jugés inéquitables par les prévenus (*Bönnisch; Unterpertinger*) (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 la procédure (article 6 de la Convention) devant des juridictions:

- pénales: en République fédérale d'Allemagne (*Wemhoff; Eckle*), en Autriche (*Neumeister; Ringeisen; Lechner et autres*) en Italie (*Foti et autres; Corigliano; Vallon; Baggetta; Milasi*);
- civiles: en Italie (*Pretto et autres; Capuano*), au Portugal (*Guincho*) et en Autriche (*Lechner et autres*);
- sociales ou du travail: en République fédérale d'Allemagne (*Buchholz; Deumeland*);
- administratives: en République fédérale d'Allemagne (*König*), en Suisse (*Zimmermann et Steiner*), au Portugal (*Baraona*) et en Autriche (*Erkner et Hofauer; Poiss*);

— indépendance et impartialité de juridictions administratives autrichiennes (*Ringeisen; Sramek; Ettl et autres*) et de juridictions pénales belges (*Delcourt; Piersack; De Cubber; Ben Yaacoub*) (article 6 de la Convention);

— affiliation obligatoire à l'Ordre des médecins, en Belgique, et procédure disciplinaire devant ce dernier (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere; Albert et Le Compte*) (articles 6 et 11 de la Convention);

— procédure suivie par un conseil de l'Ordre des avocats en Belgique pour examiner une demande de réinscription au tableau (*H c. Belgique*) (article 6 de la Convention);

— présomption d'innocence en Autriche (*Adolf*), en Suisse (*Minelli*) et en République fédérale d'Allemagne (*Englert; Lutz; Nölkenbockhoff*) (article 6 de la Convention);

— droit à une défense effective en Italie (*Artico; Goddi*), en République fédérale d'Allemagne (*Pakelli*) et en Autriche (*Can*) (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 gratuit d'un interprète en République fédérale d'Allemagne (article 6 de la Convention);

Affaires relatives principalement au droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance

— 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);

— procédure applicable et recours disponibles en matière de décisions limitant ou supprimant le droit de visite de parents à l'égard de leurs enfants confiés à une autorité locale (*cinq affaires contre le Royaume-Uni*) (article 6, 8 et 13 de la Convention);

— interdiction du divorce en Irlande et conséquences juridiques en découlant pour un homme et une femme non mariés ensemble ainsi que pour leur enfants (*Johnston et autres*) (articles 8, 9, 12, 13 et 14 de la Convention);

— impossibilité en droit néerlandais de faire engager des poursuites contre l'auteur de violences sexuelles sur une mineure de plus de seize ans, mais incapable de déterminer sa volonté en raison d'un handicap mental (*X et Y contre Pays-Bas*) (articles 3, 8, 13 et 14 de la Convention);

— législation pénale d'Irlande du Nord interdisant les relations homosexuelles masculines (*Dudgeon*) (article 8 de la Convention);

— absence, en Belgique (*Van Oosterwijck*) et au Royaume-Uni (*Rees*), d'une législation permettant de tenir compte d'un changement de sexe (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);

— refus d'employer quelqu'un dans un musée de la marine, en Suède, en raison de renseignements figurant à son sujet dans un fichier secret de la police (*Leander*) (articles 8, 10 et 13 de la Convention);

— restrictions imposées, en matière de correspondance et de visites, à des condamnés détenues au Royaume-Uni (*Golder; Silver et autres; Campbell et Fell; Boyle et Rice*, et à des Vagabonds internés en Belgique (*De Wilde, Ooms et Versyp*)) (articles 8 et 13 de la Convention);

Affaires relatives principalement à la liberté d'expression

— 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 (*Glaserapp; Kosiek*) (article 10 de la Convention);

— limitation à la liberté d'expression d'un vétérinaire, apportée en République fédérale d'Allemagne en vertu d'une loi relative à la concurrence déloyale, combinée avec le code de déontologie de la profession (*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° 1);

— restrictions au droit de la presse de commenter des procès civils pendants devant les tribunaux britanniques (*Sunday Times*) et condamnation d'un journaliste pour avoir diffamé le chancelier fédéral autrichien (*Lingens*) (articles 10 de la Convention);

Affaires relatives à la liberté syndicale

— 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);

Affaires relatives principalement au droit de propriété

— problèmes relatifs aux permis d'exproprier et aux interdictions de bâtir en Suède (*Sporrong et Lönnroth*) (article 1 du Protocole n.º 1);

— modalités de l'indemnisation des actionnaires de sociétés de construction aéronautique et navale nationalisées au Royaume-Uni (*Lithgow et autres*) (article 1 du Protocole n.º 1, articles 6, 13 et 14 de la Convention);

— confiscation par les douanes britanniques de biens importés en contrebande mais appartenant à un tiers (*AGOSI*) (articles 1 du Protocole n.º 1 et 6 de la Convention);

— limitation au droit de propriétaires d'habiter leur maison à Guernesey (*Gillow*) (article 1 du Protocole n.º 1, articles 6, 8 et 14 de la Convention);

— 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, articles 6, 13 et 14 de la Convention);

— opérations de remembrement foncier en Autriche (*Erkner et Hofauer; Poiss*) (article 1 du Protocole n.º 1);

— attribution préférentielle, en Carinthie (Autriche), d'un domaine agricole à un enfant légitime plutôt qu'à son demi-frère né hors mariage (*Inze*) (articles 1 du Protocole n.º 1 et 14 de la Convention);

Affaires relatives principalement au domaine de l'enseignement

— législation linguistique belge en matière d'enseignement (article 2 du Protocole n.º 1, articles 8 et 14 de la Convention);

— éducation sexuelle obligatoire dans les écoles primaires publiques du Danemark (*Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*) (article 2 du Protocole n.º 1);

— châtiments corporels dans les écoles d'Ecosse (*Campbell et Cosans*) (article 2 du Protocole n.º 1);

Affaire relative principalement au droit à des élections libres

— mode de désignation des représentants à l'assemblée régionale flamande en Belgique (*Mathieu-Mohin et Clerfayt*) (articles 3 du Protocole n.º 1 et 14 de la Convention).

**ANNEXE 2: CAS DANS LESQUELS UNE CHAMBRE S'EST DESSAISIE
AU PROFIT DE LA COUR PLENIERE**

Affaire linguistique belge Golder	De Wilde, Ooms et Versyp Syndicat national de la police belge
Engel et autres	Handyside
Irlande contre Royaume-Uni	König
Klass et autres	Sunday Times
Marckx	Guzzardi
Van Oosterwijck	Le Compte, Van Leuven et De Meyere
Young, James et Webster	Dudgeon
Sporrong et Lönnroth	Van Droogenbroeck
Albert et Le Compte	Pretto et autres
Sutter	Axen
Van der Mussele	Öztürk
Malone	Sramek
Abdulaziz, Cabales et Balkandali	Bentham
Lithgow et autres	James et autres
Glaserapp	Kosiek
Feldbrugge	Deumeland
Van Marle et autres	Lingens
Mathieu-Mohin et Clerfayt	Rees
Johnston et autres	Weeks

ANNEXE 3: CAS DANS LESQUELS LA COUR A CONCLU A L'ABSENCE DE VIOLATION

Lawless (1.7.61)	Wemhoff (27.6.68)
Matznetter (10.11.69)	Delcourt (17.1.70)
Syndicat national de la police Belge (27.10.75)	Syndicat suédois des conducteurs de locomotives (6.2.76)
Schmidt et Dahlström (6.2.76)	Kjeldsen, Busk Madsen et Peder sen (7.12.76)
Handyside (7.12.76)	Schiesser (4.12.79)
Klass et autres (6.9.78)	Adolf (26.3.82)
Buchholz (6.5.81)	Pretto et autres (8.12.83)
Van der Mussele (23.11.83)	Sutter (22.2.84)
Axen (8.12.83)	Ashingdane (28.5.85)
Rasmussen (28.11.84)	Van Marle et autres (26.6.86)
James et autres (21.2.86)	Glasenapp (28.8.86)
Lithgow et autres (9.7.86)	
Kosiek (28.8.86)	

ANNEXE 4: CAS DANS LESQUELS LA COUR A CONCLU A UNE VIOLATION

Neumeister (27.6.68)	Affaire Linguistique belge (23.7.68)
Stögmüller (10.11.69)	Ringeisen (16.7.71)
De Wilde, Ooms et Versyp (18.6.71)	Engel et autres (8.6.76)
Golder (21.2.75)	Tyrer (25.4.78)
Irlande contre Royaume-Uni (18.1.78)	Luedicke, Belkacem et Koç (28.11.78)

- König (28.6.78)
Sunday Times (26.4.79)
Marckx (13.6.79)
Winterwerp (24.10.79)
- Artico (13.5.80)
Le Compte, Van Leuven et De
Meyere (23.6.81)
Dudgeon (22.10.81)
Campbell et Cosans (25.2.82)
Eckle (15.7.82)
Piersack (1.10.82)
Corigliano (10.12.82)
Silver et autres (25.3.83)
Pakelli(25.4.83)
- Öztürk (21.2.84)
Goddi (9.4.84)
Van der Sluijs, Zuiderveld et
Klappe (22.5.84)
Campbell et Fell (28.6.84)
Malone (2.8.84)
De Cubber (26.10.84)
Colozza (12.2.85)
X et Y contre Pays-Bas (26.3.85)
Abdulaziz, Cabales et Balkandali
(28.5.85)
Deumeland (29.5.86)
- Airey (9.10.79)
Deweer (27.2.80)
Guzzardi (6.11.80)
Young, James et Webster
(13.8.81)
X contre Royaume-Uni (5.11.81)
- Van Droogenbroeck (24.6.82)
Sporrong et Lönnroth (23.9.82)
Foti et autres (10.12.82)
Albert et Le Compte (10.2.83)
Minelli (25.3.83)
Zimmermann et Steiner (13.7.83)
Luberti (23.2.84)
De Jong, Baljet et van den Brink
(22.5.84)
Duinhof et Duijf (22.5.84)
Guincho (10.7.84)
- Sramek (22.10.84)
McGoff (26.10.84)
Barthold (25.3.85)
Bönisch (6.5.85)
Benthem (23.10.85)
Feldbrugge (29.5.86)
- Lingens (8.7.86)

ANNEXE 5: AFFAIRES EN INSTANCE (1)

Gillow	AGOSI
Rees	Unterpertinger
Sanchez-Reisse	Weeks
Johnston et autres	Bozano
Ben Yaacoub	Monnell et Morris
Leander	Mathieu-Mohin et Clerfaut
Ettl et autres	Lechner et autres
cinq affaires contre Royaume-Uni	H contre Belgique
Lutz	Capuano
Nölkenbockhoff	Englert
Pudas	Baraona
Milasi	Baggetta
Inze	Erkner et Hofauer
Poiss	Bodén
Boyle et Rice	Belilos

AFFAIRES POUR LESQUELLES SEULE RESTE A TRANCHER LA QUESTION DE LA SATISFACTION ÉQUITABLE

De Cubber

Feldbrugge

(1) A informação reporta-se a 24 de Setembro de 1986

I

**DECISÕES PUBLICADAS
EM «DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO»**

(até ao n.º 20)

Lawless, 2, 355;
König, 2, 373;
Sunday Times (art.º 50.º). 3, 206;
Le Compte, Van Leuven e De Meyere, 6, 565;
Young, James e Webster, 7, 253;
Campbell e Cosans, 8, 123;
Sporrong e Lönnroth, 10, 105;
Piersack, 11, 75;
Pakelli, 12, 121;
Öztürk, 13, 191;
Guincho, 14, 103;
Sramek, 15, 173;
Minelli, 16, 76;
Van der Musselle, 17, 61;
Abdulaziz, Cabales e Balkandali, 20, 68.

II

**DECISÕES SUMARIADAS
EM «DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO»**

(até ao n.º 20)

N.º 2

Lawless;
De Becker;
Regime linguístico do ensino na Bélgica (exceção preliminar);

N.º 3

Regime linguístico de ensino na Bélgica (decisão de fundo)

Wemhoff;

Neumeister;

Stögmüller;

Matznetter;

N.º 4

Delcourt;

Wilde, Ooms e Versyp (questão processual);

Wilde, Ooms e Versyp (questão de fundo);

Ringeisen;

Wilde, Ooms e Versyp (art.º 50.º);

N.º 6

Ringeisen;

Neumeister;

Golder;

Sindicato Nacional da Polícia Belga;

Sindicato Sueco dos condutores de Locomotivas;

N.º 7

Schmidt e Dahlström;

Engel e outros;

Engel e outros (art.º 50.º);

Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen;

Handyside;

N.º 8

Irlanda contra o Reino Unido;

Tyrer;

König;

Klass e outros;

Luedicke, Belkacem e Koç;

N.º 9

Sunday Times;
Marckx;
Airey;
Winterwerp;
Schiesser;

N.º 10

Deweer;
König (art.º 50.º);
Luedicke, Belkacem e Koç (Art.º 50.º)
Artico;
Sunday Times (art.º 50.º)

N.º 11

Guzzardi;
Van Oosterwijck;
Airey (art.º 50.º)
Bucholz;
Le Compte, Van Leuven e De Meyere;

N.º 12

Young, James e Webster;
Dudgeon;
X contra o Reino Unido;
Winterwerp (art.º 50.º);
Campbell e Cosans;

N.º 13

Adolf;
Droogenbroeck;
Eckle;
Spörrong e Lönnroth;
Piersack;

N.º 14

Le Compte, Van Leuven e De Meyere (art.º 50.º);
James e Webster (art.º 50.º);
X contra o Reino Unido (art.º 50.º);
Fotti e outros;
Corigliano;

N.º 15

Albert e Le Compte;
Dudgeon (art.º 50.º);
Campbell e Cosans (art.º 50.º);
Silver e outros;
Minelli;

N.º 16

Van Droogenbroeck (art.º 50.º);
Pakelli;
Eckle (art.º 50.º);
Zimmerman e Steiner;
Silver e outros (art.º 50.º);

N.º 17

Albert e Le Compte (art.º 50.º);
Fotti e outros (art.º 50.º);
Van der Mussele;
Pretto e outros;
Axen;

N.º 20

Öztürk;
Sutter;
Luberti;
Godi;
Jong, Baljet e Van Den Brink.

ESTUDOS

LUCIE BLANQUER

EVELYNE MONTEIRO

**LES ALTERNATIVES A L'EMPRISONNEMENT
ETUDE COMPARATIVE ENTRE LA FRANCE ET LE
PORTUGAL**

Septembre

1985

(*) Rapport de recherche pour le D. E. A. Droit pénal — sciences criminelles. Directeur de recherche: Monsieur Jean-Pierre Delmas Saint-Hilaire. Université de Bordeaux I, Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques.

Nous tenons à remercier Monsieur le professeur Jean-Pierre DELMAS SAINT-HILAIRE ainsi que Monsieur Jacques FAGET pour leur aide précieuse dans la direction de notre recherche.

Nous remercions par ailleurs, Monsieur le Professeur Reynald OTTENHOF pour ses documents et sa participation ainsi que:

Monsieur le Procureur Général de Bordeaux,

Monsieur le Greffier en Chef du T.G.I. de Bordeaux,

Monsieur l'Archiviste du T.G.I. de Bordeaux et tous les membres du Secretariat.

Pour leurs renseignements, bibliographies et documents indispensables à cette recherche comparative, nous exprimons ici notre vive gratitude à nos collaborateurs portugais.

Pour leur appui,

Monsieur le Consul LEITÃO FROTA et le Consulat du Portugal de Bordeaux,

Monsieur le Professeur Mário FROTA de la Faculté de Droit de Coimbra.

Pour leur aimable collaboration,

Dra. Maria Rosa CRUCHO DE ALMEIDA — Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça

Monsieur le Professeur Jorge DE FIGUEIREDO DIAS de la Faculté de Droit de Coimbra

Dr. GONÇALVES DA COSTA, 1^{er} juge criminel Tribunal da Boa Hora — Lisboa

Dr. LABORINHO LUCIO, Directeur du Centro de Estudos judiciais.

Dr. Manuel António LOPES ROCHA, Procureur Général adjoint Directeur du Gabinete de apoio do Ministério da Justiça

Dra. Elena Maria PARADA COELHO, Instituto de Criminologia de Lisboa

Dr. Luis DE MIRANDA PEREIRA, President de l'Instituto de Reinserção Social do Ministério da Justiça

et plus particulièrement pour son amitié,

Dra. Teresa PIZARRO BELEZA, Assistante de Droit Pénal à la Faculté de Droit de Lisboa

INTRODUCTION

«Mutinerie-éclair à Fleury-Mérogis», «Prisons: l'état de crise», «Etat-critique pour les centrales». (1), les titres des journaux l'affirment: la situation des détenus est alarmante.

Au 1^{er} avril 1985, le nombre d'incarcérés était de 44.654 pour 32.500 places.

Ainsi à Fleury-Mérogis, le problème de la surpopulation est à l'origine d'une mutinerie générale. On dénombre 5.200 détenus pour seulement 4.000 places disponibles.

Monsieur Robert BADINTER, Ministre de la Justice déclarait dans un interview radiophonique: «Ayons l'honnêteté de l'admettre, notre justice est une justice de prison.»

Et il serait faux de le contredire. La France à l'image de nombreux autres pays européens a «d'énormes difficultés à loger» ces détenus.

En effet, la prison haute et fermée reste malgré notre état de civilisation le symbole de la protection sociale.

La suppression radicale de l'emprisonnement étant repoussée à des horizons lointains restent d'autres remèdes aux vices reconnus de la prison ainsi: la réforme de la condition pénitentiaire, le développement des alternatives à l'emprisonnement et la réduction de la détention préventive.

Ils ont été mis en oeuvre depuis une quarantaine d'années avec beaucoup de foi et d'ardeur. Les réalisations ont été importantes tant pour humaniser la prison que pour développer des solutions alternatives.

(1) Journal Sud Ouest du lundi 6 mai et mardi 7 mai 1985.

La société a toujours voulu moderniser l'archaïque prison. De plus en plus sont apparues des facilités accordées au prisonnier. Ainsi, le décret du 26 janvier 1983 a ouvert une brèche importante dans l'édifice de la vie carcérale: parloirs libres, la correspondance sans limitations superflues (il reste la censure nécessaire pour maintenir l'ordre dans l'établissement), la dispense de porter le costume pénal.

Mais cependant, la muraille reste debout et les trompettes de Jéricho ne pourront jamais la faire tomber. C'est au niveau des courtes peines d'emprisonnement que la porte doit s'ouvrir sur le monde extérieur. Dès 1883, le Conseil des prisons déclarait:

«Monsieur le Garde des Sceaux voulût bien appeler l'attention de la magistrature sur le danger des courtes peines d'emprisonnement à l'égard des mineurs de seize ans et sur les graves inconvénients des courtes peines correctionnelles...»⁽²⁾

Ainsi, c'est la nocivité des courtes peines de prison (désocialisation et contamination au contact des autres détenus) qui a poussé le législateur français à créer des alternatives à l'emprisonnement.

Au Portugal, le discours punitif du nouveau Code pénal traduit également une modification importante des lignes d'orientation de la politique criminelle: il faut récupérer, resocialiser, réinsérer les délinquants et ceci dans un esprit de combat vis-à-vis des peines privatives de liberté par la promotion d'un large éventail de mesures substitutives. ⁽³⁾

Ces deux pays, proches l'un de l'autre n'ont pas eu cependant la même évolution.

Ainsi, la France n'a aboli la peine de mort qu'en 1981 alors que le Portugal fut le premier pays abolitionniste.

En effet, une loi du 1^{er} juillet 1867 est venue abolir la peine de mort; même si le Code de 1852 la prévoyait encore, elle n'était plus exécutée depuis 1846.

D'autre part, si en France notre réforme du Code pénal est toujours à l'étude, au Portugal le nouveau Code pénal fut approuvé le 23 septembre

(2) Cf. étude de Mr BOULAIRE. Rapport sur les peines qui pourraient être substituées à l'emprisonnement. Revue pénitentiaire 1893 pp 706 et suivants.

(3) Cf. introduction de la partie générale du Code Pénal.

1982 par l'Assemblée de la République qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1983.

Il est le point d'aboutissement d'un long processus législatif qui a pour origine un décret-loi du 28 janvier 1961 par lequel le Ministre de la Justice était chargé de l'élaboration du projet de réforme de l'ancien Code qui datait pour la plupart de ses dispositions de 1852.

Le Code pénal de 1982 résulte essentiellement des projets du Professeur Eduardo CORREIA de l'Université de Coimbra en date de 1963, (partie générale) et 1966 (partie spéciale).

Mais malheureusement, ces projets jugés sans doute trop avancés pour l'époque, n'ont pas eu de suite législative sous l'ancien régime Salazariste et il fallut attendre la révolution des œillets du 25 avril 1974 et la publication de la constitution de 1976 pour que la réforme du Code pénal soit à nouveau à l'ordre du jour.

Toutefois, il est à noter l'échec de plusieurs gouvernements à faire conclure et approuver le Code et ce, malgré les grandes mutations politiques: successivement trois propositions de loi furent publiées sans donner lieu à aucune discussion devant l'Assemblée de la République.⁽⁴⁾

Le 28 mai 1981, le Ministre de la Justice, Mr Meneres PIMENTEL désignait un nouveau comité de révision qui prépara un projet de réforme du Code pénal.

Ce projet parut annexé à une proposition de loi n.º 100/11 du 22 mai 1982 qui avait pour but une large habilitation législative du gouvernement en ce qui concernait la réforme du droit pénal.

Et c'est ainsi, qu'après un bref débat parlementaire, l'autorisation fut accordée et finalement le 23 septembre 1982 sont parus les décrets-loi n.º 400/82, n.º 401/82 et n.º 402/82, c'est à dire respectivement le Code pénal portugais, la législation spéciale applicable aux jeunes âgés de 16 à 21 ans et des altérations au Code de procédure pénale ainsi que des dispositions relatives au régime d'exécution des peines et mesures de sûreté.

Au cours de la même année le décret-loi n.º 319/82 créait l'Institut de Réinsertion Sociale et le décret-loi n.º 433/82 publiait le régime général des

⁽⁴⁾ En ce qui concerne la partie générale: propositions de loi du 28 juillet 1977 et du 21 février 1979.

Pour la partie spéciale du Code, proposition de loi du 11 juillet 1979.

En France, le législateur a fait allusion aux courtes peines mais il n'a pas donné une définition exacte de celles-ci. On peut cependant considérer que celles-ci doivent être inférieures à 1 an, d'après ce qui découle de l'article 717 du C.P.P. selon la pratique judiciaire et pénitentiaire, seuls les condamnés à une longue peine privative de liberté sont incarcérés dans une maison centrale: on peut considérer tacitement les détentions de moins d'un an comme une courte peine.

Cependant, il ressort des travaux préparatoires de la loi du 11 juillet 1975 concernant les alternatives à l'emprisonnement (art. 43-1 à 43-7 du Code pénal) et de la circulaire que le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice adressa aux Procureurs Généraux que la courte peine de prison est une peine inférieure à six mois.⁽⁹⁾

La doctrine va quelquefois plus loin, Mr PINATEL considérant que le choc de l'emprisonnement s'épuiserait après trois mois de détention prend «cette durée de 3 mois comme terme des courtes peines».⁽¹⁰⁾

Cependant, la Commission de réforme du Code pénal français estime que les peines inférieures à 6 mois pourront toujours être prononcées par des tribunaux mais elle a souligné que «les peines inférieures à 4 mois doivent être exceptionnelles puisque 4 mois est le délai minimum pour qu'on puisse donner au condamné la formation professionnelle la plus rapide.»⁽¹¹⁾

Au Portugal, la notion de courte peine est conçue comme un emprisonnement d'une durée inférieure à 6 mois comme dans la majorité des pays: Belgique, Grande-Bretagne, Finlande, Kenya, Norvège, Pays-Bas, Inde et Grèce.

Le Groupe consultatif Européen de l'O.N.U. en matière de prévention du crime et de traitement des délinquants (en collaboration avec le Conseil de l'Europe) chargé d'étudier le problème des peines d'emprisonnement de courte durée a déclaré que:

«La peine de courte durée n'est en général définie ni par la loi ni par les règlements. C'est la pratique judiciaire et pénitentiaire qui, dans la

⁽⁹⁾ Circulaire du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice à Messieurs les Procureurs Généraux sur le mode d'application de la loi n° 75.624 1975 X.S.B.M. 30 1975, 10 Bibliothèque de l'Ecole Nationale de Magistrature de Bordeaux.

⁽¹⁰⁾ J. PINATEL «Peines de substitution et criminologie» R.I.D.P. octobre 1984.

⁽¹¹⁾ J. LEAUTE Le projet de réforme du Code pénal revue pénitentiaire 1983 p. 209-211.

plupart des pays, fixe à 6 mois la durée en dessous de laquelle on considère qu'il s'agit d'une courte peine.»⁽¹²⁾

La terminologie étant définie, nous pouvons présenter les résultats de notre recherche. Celle-ci a nécessité des investigations sur le terrain au cours d'un séjour de 6 semaines à Lisbonne dans l'intention de réunir toutes les informations concernant la mise en oeuvre dans la pratique du nouveau Code pénal ainsi qu'un important travail de recherches vu la plus grande ancienneté du système français mené parallèlement à ce séjour sur les textes, notes et pratiques effectuées.

C'est à partir de la masse des renseignements recueillis tant en France qu'au Portugal que nous avons pu comparer puis analyser les deux systèmes.

Rapidement nous nous sommes aperçues que les mesures utilisées nous entraînaient vers le Ciel pour mieux nous précipiter vers les Profondeurs.

Car si à la lecture des textes, nous pouvons crier «Gloire à Dieu», être séduites par les diverses alternatives proposées pour éviter l'emprisonnement, la réalité des pratiques que l'on peut qualifier de «sataniques» enrayer le processus pour en pervertir l'application.

Cette constatation nous a amené à étudier la séduction des alternatives ou «la Gloire de Dieu» pour cerner d'autant plus la perversion de l'application ou «la Gloire de Satan».

⁽¹²⁾ Peine de droit pénal et de criminologie «L'emprisonnement de courte durée en Europe» Conclusion d'un groupe de travail réuni à Strasbourg. Maison de l'Europe septembre 1959 p. 374.

**Ière PARTIE: A LA GLOIRE DE DIEU OU LA
SEDUCTION DES ALTERNATI-
VES**

**IIème PARTIE: A LA GLOIRE DE SATAN OU LA
PERVERSION DE L'APPLICATION**

PREMIERE PARTIE

**A LA GLOIRE DE DIEU
OU
LA SEDUCTION DES ALTERNATIVES**

«AD DEI GLORIAM»

Cette première partie va nous permettre d'aborder l'étude des textes qui régissent les alternatives à l'emprisonnement.

On distinguera deux titres: les alternatives ab initio ou le Grand Pardon car la prison est évitée; et les alternatives dans l'exécution de la peine privative de liberté, faveur accordée aux délinquants.

**TITRE I — VERS LE GRANDE PARDON:
LES ALTERNATIVES AB INITIO**

**TITRE II — LA FAVEUR DE DIEU:
LES ALTERNATIVES DANS L'EXECUTION
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE**

**TITRE I — VERS LE GRAND PARDON
LES ALTERNATIVES AB INITIO**

En effet, il s'agit bien d'un grand pardon: le délinquant n'ira pas en prison. Mais il ne s'agit pas là d'une démission de la justice, car elle reste présente prévoyant d'autres méthodes punitives même si parfois elles sont symboliques.

Deux types de mesures existent: les mesures anciennes utilisées comme substituts et les mesures nouvelles à vocation substitutive exclusive.

*Indulgentiam, absolutiónem et
Remissionem peccatorum nostrórum
Tribuat nobis omnipotens et miséricors
Dóminus*

AMEN

**CHAPITRE I — LES MESURES ANCIENNES UTILISEES COMME
SUBSTITUTS**

Les critiques portées sur l'application des courtes peines de prison ont entraîné la création de mesures les remplaçant. Les peines pécuniaires sont alors apparues en premier lieu comme le moyen le plus simple de substitution.

Cependant, mise à part celles-ci, il existe d'autres mesures utilisées comme substituts: les peines dites accessoires et complémentaires.

SECTION I — L'AMENDE

L'amende, peine principale ou complémentaire, a une vocation substitutive privilégiée. C'est sans conteste l'alternative la plus importante.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a d'ailleurs recommandé aux états membres de s'assurer que les peines pécuniaires puissent être largement utilisées en tant que substituts. (1)

Dans le cadre de notre étude comparative, il convient dans une première étape de retracer l'extension de la peine d'amende pour aborder par la suite le système du jour-amende, aménagement particulier de cette sanction traditionnelle.

§ 1: L'EXTENSION DE LA PEINE D'AMENDE

Les conceptions égalitaristes des philosophes du XVIII^e siècle mises en oeuvre à la révolution française par la consécration en droit pénal de la fixité des peines, furent l'objet de critiques au XIX^e siècle. Le principe selon lequel il fallait appliquer la même peine aux auteurs de la même infraction se révéla injuste dans la pratique. Cette injustice était d'autant plus flagrante qu'il s'agissait de peines pécuniaires.

BENTHAM, dans son traité de législation civile et pénale, écrivait: «Veut-on établir une peine pécuniaire, qu'elle soit mesurée sur la fortune du délinquant. Déterminez le rapport de l'amende et non sa qualité absolue pour tel délit, telle quote-part des biens».

L'évolution de la peine d'amende jusqu'à nos jours s'est opérée dans deux directions: d'une part, sa vocation substitutive de l'emprisonnement s'est affirmée, d'autre part, des méthodes de calcul ont été proposées dans un souci d'individualisation de la sanction.

(1) Résolution (76) 10 sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté adoptée par le Comité des Ministres le 9 mars 1976. Voir le 2 b de la résolution in rapport du Comité Européen pour les problèmes criminels.

A — EVOLUTION EN FRANCE

L'amende au sens classique, est fixée par le juge entre un minimum et un maximum légalement déterminé. Seulement d'un régime traditionnel d'amende on a infléchi vers un régime nouveau institué par la loi de juin 1983, le jour — amende.

I. VOCATION SUBSTITUTIVE

La loi du 11 juillet 1975 afin d'éviter plus souvent le prononcé de courtes peines d'emprisonnement a aménagé le régime de l'amende correctionnelle.

La loi a modifié tout d'abord la technique de calcul du montant de l'amende (article 41 Code pénal).

Mais la réforme a été amenée à instaurer le fractionnement du paiement et la suppression de la solidarité pour le paiement des amendes. (2)

L'ensemble de ces modifications devait ainsi amener à une application plus fréquente de l'amende. (3) C'est l'individualisation de la sanction qui prime.

II. INDIVIDUALISATION DE LA SANCTION

L'article 19 de la loi du 11 juillet 1975 qui figure dans le titre 1^{er} «sanctions pécuniaires» de la 2^o partie est relatif à l'amende correctionnelle. Il insère dans le Code pénal à la place d'un texte antérieurement abrogé un article 41.

D'abord, il dispose que «dans les limites fixées par la loi, le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction ainsi que des ressources et des charges des prévenus». (al. 1^{er})

(2) Sauf 2 cas exceptionnels: cf. article 55 al. 2 C. P. Art. 366 al. 4 CP et Art. 473 al. 2 CP

(3) L'article 463 al. 5 C. P. prévoit que «dans le cas où l'amende est substituée à l'emprisonnement, si la peine de l'emprisonnement est seule prononcée par l'article dont il fait application, le maximum de cette amende sera de 40 000 Frs.»

Ensuite le texte permet au tribunal pour des motifs d'ordre médical, familial, professionnel ou social de décider le fractionnement du paiement de l'amende. (al. 2)

Cet article cependant n'instaure pas tout à fait un nouveau pouvoir pour le juge en vue de l'individualisation de l'amende, car il pouvait déjà en considérant les circonstances atténuantes ou aggravantes, adapter le montant de l'amende à la situation du prévenu. (4)

Certes, il ne s'agit pas là d'une mesure ancienne mais l'institution reste classique, car en fait, le jour-amende apporte un correctif à l'amende; il tient compte de la fortune de l'intéressé de manière plus précise.

B — EVOLUTION AU PORTUGAL

I — VOCATION SUBSTITUTIVE

Au Portugal, l'amende a une vocation substitutive depuis le décret du 15 septembre 1892. En effet, l'article 22 de ce décret permettait au juge de substituer la peine correctionnelle par une amende en raison des circonstances atténuantes. C'était la première manifestation en droit portugais d'une réaction contre les courtes peines d'emprisonnement. Puis, le décret du 26 mars 1927, prévoit une conversion obligatoire en amende des courtes peines de prison jusqu'à six mois.

Cependant, cette conversion pouvait être facultative lorsqu'il s'agissait d'un délinquant récidiviste ou ayant été condamné pour vol, escroquerie ou abus de confiance.

La réforme de 1954 vint élargir les cas de conversion de la prison en amende.

Dans l'ancien article 86 du Code pénal, cette possibilité était désormais prévue non seulement pour les infractions punies d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à six mois, mais également toutes les fois où le délinquant se voyait effectivement condamné à une peine de même durée. Il n'était plus alors question d'une substitution obligatoire, mais d'une simple faculté pour le juge.

(4) Cf. l'article 463 C. P.

Cf. Recherche faite dans le cadre du D E A de Droit Pénal sur l'amende et le fractionnement de Mrs SALAHY et ESHAGI mai 1981 I. S. C. de Bx.

II — INDIVIDUALISATION DE LA SANCTION

Depuis longtemps, l'amende qui pouvait ainsi se substituer à l'emprisonnement n'était plus fixe. Il est à noter que dès le premier Code pénal de 1852, la solution consacrée était celle de la proportionnalité de l'amende au revenu du prévenu. Le calcul de son montant se faisait en multiple de celui-ci.

L'article 67 du Code pénal de 1886 reprenait le système de l'amende proportionnelle. Elle était fixée lors de la sentence entre un quantum légal minimum et maximum, sauf les cas, pour lesquels la loi a fixé des quantités déterminées.

La réforme de 1954 est venue consacrer à nouveau la solution de l'amende déterminée à priori ou bien à fixer a posteriori entre un maximum et un minimum prévu par la loi. (Ancien article 63 n.º 1 du Code).

Le décret-loi n.º 232/79 du 24 Juillet 1979 instaura les «coimas» qui sont des amendes de nature administrative applicables aux infractions réglementaires.

La réforme pénale de 1982, poursuit cette voie de dépenalisation avec le décret-loi n.º 433/82 du 27 octobre 1982 qui a établi le régime des infractions réglementaires (ilícito de ordenação social).⁽⁵⁾ L'article 17 du décret-loi n.º 433/82 prévoit le montant minimum et maximum de la «coima»: 200 escudos et 200 000 escudos si toutefois la loi n'en dispose pas autrement.

Les «coimas» appliquées aux personnes collectives pourront s'élever jusqu'au montant maximum de 3 000 000 escudos en cas de vol et 1 500 000 escudos en cas de négligence.

Etant de nature administrative, para-pénale, la «coima» est subordonnée cependant à toutes les garanties de la défense et est susceptible de recours devant les tribunaux communs.

Le nouveau Code pénal de 1982 dispose dans son article 46 que la peine d'amende est fixée en jours.

⁽⁵⁾ Voir l'article de J. FIGUEIREDO DIAS «La réforme pénale portugaise» *Revue de droit pénal et de criminologie*. Janvier 1985 p. 14 et 15.

Et pour plus de détails, du même auteur «O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social» in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, phase I* — Lisbonne, 1983, p. 315 et ss.

C'est donc le système du jour-amende qui est le principe et celui de l'amende fixée entre un minimum et un maximum légal qui est l'exception. Il s'agit ici d'une différence importante dans le domaine du jour-amende.

D'autres divergences plus ponctuelles devront être soulignées en ce qui concerne son mécanisme dans l'un et l'autre pays.

§ 2 — LE DOMAINE ET LE MECANISME DU JOUR-AMENDE

A — LE DOMAINE

1) EN FRANCE

En France, le législateur resta longtemps rebelle au jour-amende. Le système fut vivement recommandé par le Comité d'Etudes sur la violence en 1977 ⁽⁶⁾ et par une commission présidée par Mr SCHELMCK alors procureur général près de la Cour de Cassation en 1979 ⁽⁷⁾.

A l'instigation de la Commission Sénatoriale des lois, le législateur du 10 juin 1983 adopte ce système ⁽⁸⁾.

Le domaine du jour-amende doit être délimité strictement car le législateur n'a pas supprimé l'amende classique.

Lorsqu'un délit est puni de l'emprisonnement, le tribunal peut prononcer à titre de peine principale une amende sous la forme de jours amendes. Ni l'emprisonnement ni l'amende en la forme ordinaire ne peuvent alors être prononcés (article 43.8).

Cependant, précisons le champ d'application de ce sujet:

- a) le jour-amende suppose que le prévenu ait commis un délit passible d'emprisonnement (art. 43. 8 C. P.).

⁽⁶⁾ Des travaux de cette commission ont donné lieu à un rapport.

⁽⁷⁾ Recommandation n° 91.

⁽⁸⁾ Articles 43. 8 a 43. 11 du C. P.

b) Le jour-amende ne s'applique qu'aux majeurs.

Restrictions logiques puisque le jour-amende est une alternative à la privation de liberté et qu'il peut donner lieu à un emprisonnement dont le régime évoque la contrainte par corps en cas de non paiement (l'article 751 C. P. exclut la contrainte par corps pour les mineurs).

2) AU PORTUGAL

L'amende est, en droit portugais comme en droit français, une peine principale au même titre que l'emprisonnement. C'est une mesure substitutive par excellence puisque le législateur en use avec abondance dans la partie spéciale du Code pénal.

En effet, il est prévu pour une centaine d'infractions l'alternative entre la prison et l'amende.

De plus, d'après l'article 43 du Code pénal, le juge peut substituer par une amende toute peine d'emprisonnement ne dépassant pas six mois sauf si son exécution est exigée par la nécessité de prévenir la pratique de nouveaux crimes (il faut entendre ici infractions).

La grande innovation du Code pénal de 1982 est l'adoption des jours-amendes en tant que système de calcul de la peine d'amende. Tout comme les pays nordiques (Finlande en 1921, Suède en 1931, Danemark en 1939, Allemagne et Autriche en 1975) le Portugal a préféré les jours-amendes au système de l'amende traditionnelle fixée entre un seuil minimum et maximum qui reste encore le principe en France.

Le projet de réforme du Code pénal de 1963 l'avait adopté dans son article 56. ⁽⁹⁾

Ce système permet au juge une meilleure individualisation de la sanction en tenant compte de la culpabilité et de la situation économique de l'agent.

⁽⁹⁾ Voir: Actas das sessões da Comissão revisora do Código Penal — parte geral — Lisboa in Boletim do Ministério da Justiça 1965.

B — LE MECANISME DU JOUR-AMENDE

Nous envisagerons successivement trois points en ce qui concerne le mécanisme du jour-amende: la fixation de l'amende, le paiement de l'amende et le régime applicable en cas de non paiement.

I — LA FIXATION DE L'AMENDE

a) EN FRANCE

Il existe deux critères d'après lesquels les tribunaux appliquent le jour-amende.

- c'est en fonction *de la gravité de la faute* que le juge doit fixer le nombre de jours-amendes «qui ne peut excéder 360 jours». ⁽¹⁰⁾ (Notons qu'il semble que le législateur ait exclu l'application d'un sursis puisque l'article 734.1 al. 2 du Code de procédure pénal (C. P. P.) n'a pas été modifié ⁽¹¹⁾).
- Il s'agit de fixer le montant de chaque jour-amende d'une somme précise compte tenu de la situation financière du prévenu.
Le montant ne peut excéder en France 2 000 Frs.
Le juge doit obtenir des renseignements sur les moyens d'existence du délinquant et se base sur les ressources, éléments du patrimoine et du train de vie et sur les charges qu'il supporte (loyers, emprunts, personnes à charge).

Le juge devra fixer en fait le montant de l'amende au montant que le condamné peut mettre de côté s'il économise au maximum.

⁽¹⁰⁾ Le nombre est variable suivant les pays: Finlande et Suède: 120 jours — Danemark: 60 j. -90 j. en cas de concours de peine: Costa-Rica, Autriche, Allemagne: 360 jours.

⁽¹¹⁾ L'article 734.1 al. 2 prévoit le sursis pour l'amende et non pour le jour-amende.

b) AU PORTUGAL

Le nombre de jours-amendes varie au Portugal entre un minimum de 10 jours et un maximum de 300 jours.

Pour arrêter le nombre de jours-amendes, le tribunal doit tenir compte de la *culpabilité de l'agent*.

Le montant d'un jour-amende varie entre 200 et 10 000 escudos.

Pour déterminer la valeur d'un jour-amende, il faut prendre en considération la situation économique et financière du condamné et ses charges personnelles (article 46 n.º 2 C. P.).

II. LE PAIEMENT DE L'AMENDE

a) EN FRANCE

L'article 43.9 al. 3 du Code pénal prévoit que «le montant global de l'amende est exigible à l'expiration du délai correspondant au nombre de jours-amendes prononcées à moins qu'en application de l'article 41 al. 2 le tribunal en ait décidé autrement».

Mis à part la possibilité de décider du fractionnement en cas de difficulté financières nous verrons que le juge peut recourir à l'emprisonnement (3 e).

b) AU PORTUGAL

La solution retenue en droit portugais est assez différente du système français en ce qui concerne le moment où l'amende est exigible.

Le paiement doit en principe être effectué après l'article 24 n.º 2 du décret-loi n.º 402/82 du 25 septembre 1982, le délai de paiement est de 10 jours à compter de la notification de la condamnation ayant force exécutoire.

Toutefois, ce principe souffre des exceptions dans un souci d'humanisation de la sanction.

En premier lieu, l'article 48 n.º 1 in fine dispose que la peine d'amende peut être assortie d'un sursis contrairement au droit français comme nous l'avons précédemment relevé en ce qui concerne du moins les jours-amendes.

En second lieu, l'article 46 n.º 5 prévoit la possibilité pour le tribunal, en considération de la situation économique et financière du condamné, de l'autoriser à payer l'amende dans un délai n'excédant pas un an ou de lui permettre un paiement fractionné: dans le deuxième cas, la dernière fraction de l'amende ne peut aller au delà de deux ans après la date de la condamnation.

Cet article mentionne également que dans ces mêmes limites temporaires lorsque surviennent d'autres motifs qui le justifient, les délais et les plans de paiement initialement établis peuvent être altérés par le tribunal.

Dans ses annotations, Mr MAIA GONÇALVES attire l'attention sur la malléabilité du système qui permet au juge d'adapter la sanction à chaque cas concret ⁽¹²⁾.

Ainsi, les fractions de l'amende peuvent parfaitement ne pas être d'un même montant, ni nécessairement mensuelles.

III — REGIME APPLICABLE EN CAS DE NON-PAIEMENT

a) EN FRANCE

Le défaut total ou partiel du paiement entraîne l'incarcération du condamné et la durée de l'emprisonnement correspond à la moitié du nombre de jours-amendes impayées (article 43.10 C. P.) ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Voir l'annotation n.º 6 sous l'article 46 du Code pénal portugais Mr MAIA GONÇALVES — Código Penal Português anotado e comentado e Legislação Complementar — 1984 — livraria Almedina — Coimbra.

⁽¹³⁾ En ce qui concerne le défaut de paiement d'une fraction échue cf. Mr PUECH commentaire de la loi n.º 83 466 du 10 juin 1983. Dalloz 83. Actualité législative.

Ainsi l'incarcération est automatique ⁽¹⁴⁾. De cette façon, cette mesure qui pourrait le plus efficacement se substituer à la peine privative de liberté ne peut pas se débarrasser de la prison comme une menace réprimant le non-paiement.

b) AU PORTUGAL

C'est un régime beaucoup plus souple qui a été consacré dans le Code pénal portugais.

La conversion de l'amende impayée en prison n'est pas automatique comme en France. Mieux encore, tout semble être mis en oeuvre pour éviter le recours subsidiaire à l'incarcération.

Le législateur a distingué entre les différentes raisons à l'origine du non paiement: motifs non imputables au délinquant, simple refus de payer ou plus grave le fait de se placer délibérément dans l'impossibilité de payer.

Aux situations sus-mentionnées correspondant des solutions différentes que nous aborderons successivement. Auparavant, signalons que l'article 46 n.º 3 du Code pénal portugais dispose que le tribunal lorsqu'il applique une peine d'amende doit obligatoirement fixer dans la sentence la peine de prison en alternative: celle-ci correspond au nombre de jours-amendes réduit aux deux tiers.

Cependant, si l'infraction pour laquelle est condamné le délinquant prévoyait simplement une peine d'amende, le tribunal ne doit pas fixer en alternative une peine d'emprisonnement: ce serait ici inconstitutionnel en raison de l'article 27 n.º 2 de la Constitution de la République portugaise de 1976 «nul ne peut être totalement ou partiellement privé de liberté si ce n'est en conséquence d'une condamnation judiciaire pour la pratique *d'un acte puni d'une peine de prison de part la loi*».

L'article 47 du Code pénal mentionne les différentes modalités applicables en cas de non paiement de l'amende:

(14) Le rapport SCHELMCK proposait d'appliquer le système de l'opposition aux banques et centres de chèques postaux détenant des fonds pour le compte du débiteur (cf. p. 48 du rapport).

— *l'exécution patrimoniale* (article 47 n° 1)

Si le condamné ne paie pas l'amende ou une de ses fractions lorsque le fractionnement de l'amende a été accordé, le tribunal procédera dans un premier temps à l'exécution sur les biens.

— *La substitution par des journées de travail* (article 47 n° 2)

Au cas où l'exécution sur les biens s'est avérée insuffisante et si le condamné est dans la possibilité de travailler, l'amende sera totalement ou partiellement substituée par le nombre correspondant de journées de travail sur des chantiers ou officines de l'Etat ou d'autres personnes collectives de droit public.

Cette solution n'est pas une nouveauté dans le système pénal portugais. Elle était déjà prévue dans l'ancien article 641 du Code de procédure pénale abrogé par le décret-loi n° 402/82 du 23 septembre 1982.

Il convient également de souligner ici que le rapport du Comité européen pour les problèmes criminels sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté recommandait à l'égard des mauvais payeurs aussi bien l'exécution sur les biens que le travail au profit de la communauté ⁽¹⁵⁾.

— *L'exécution de la peine de prison prévue en alternative* (Art. 47 n°3)

Si l'amende reste impayée et n'est pas substituée par des journées de travail, la peine de prison prévue en alternative lors de la sentence sera exécutée.

Toutefois, l'article 47 n° 4 du Code pénal prévoit une exception: si l'agent prouve qu'on ne peut lui imputer la raison du non paiement, le tribunal pourra réduire la peine de prison fixée en alternative jusqu'à 6 jours ou décréter l'exemption de la peine.

— *incrimination spéciale* (article 47 n° 5)

Cet article vise le cas du délinquant qui s'est intentionnellement mis dans l'impossibilité de payer totalement ou partiellement l'amende, de même que l'hypothèse du condamné qui délibérément a rendu impossible la substitution de l'amende impayée par des journées de travail.

(15) Conseil de l'Europe — rapport du CEPC sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté — 1976 p. 32.

La peine ici prévue est une punition autonome qui entre dans le cadre de la désobéissance qualifiée (article 388 n.º 2 du C. P.); c'est un crime contre l'autorité publique puni d'emprisonnement jusqu'à deux ans et d'une peine d'amende jusqu'à 100 jours.

L'amende sanction traditionnelle utilisée comme substitut de l'emprisonnement, en ce qui concerne les délits mineurs, présente l'avantage de restreindre la liberté économique du condamné sans pour autant provoquer l'effet stigmatisant attaché à la peine privative de liberté.

Sous sa forme moderne des jours-amendes, elle tend à répondre à une fonction nouvelle de sévère avertissement sans prétendre être une sanction résocialisatrice.

Les amendes doivent être fortes pour que les tribunaux et le public soient convaincus que sur le plan de la sévérité, l'amende se substitue valablement aux peines d'emprisonnement de moyenne durée.

Il convient à présent d'aborder l'étude d'autres mesures anciennes auxquelles le législateur a donné une vocation substitutive c'est à dire les peines accessoires ou complémentaires.

SECTION 2 — LES PEINES ACCESSOIRES OU COMPLEMENTAIRES

Nous entendons ici par peine accessoire ou complémentaire toute mesure restrictive de droits auparavant utilisée comme une sanction supplémentaire (retrait ou suspension de permis de conduire, les interdictions professionnelles, la confiscation de véhicule etc...).

Désormais, elles visent au contraire à une amélioration de la situation du condamné de part leur fonction de remplacement de la peine privative de liberté.

Beaucoup de pays européens prévoient dans leur législation bon nombre de mesures privatives de droits en considération de leur caractère afflictif non négligeable sur le plan de la prévention générale et spéciale.

C'est pourquoi leur nature exacte reste floue. Ces sanctions participent à la fois de la peine classique et de la mesure de sûreté ⁽¹⁶⁾.

Avec la loi du 11 juillet 1975, la France a joué un rôle de précurseur précédant la résolution du Conseil de l'Europe de 1976, recommandant la transformation de certaines peines complémentaires en peines indépendantes ⁽¹⁷⁾.

Dans un premier temps, nous envisagerons ces mesures substitutives dans la loi du 11 juillet 1975, pour nous pencher en second lieu sur l'absence d'équivalent de cette loi au Portugal en ce qui concerne du moins les peines complémentaires ou accessoires.

§ 1 — LA LOI DU 11 JUILLET 1975

En France la loi du 11 juillet 1975, les peines complémentaires ou accessoires ont été érigées en peines principales ⁽¹⁸⁾.

Ainsi, l'article 43.1 du Code pénal prévoit que «lorsque l'auteur d'un délit encourt soit de plein droit, soit par l'effet d'une condamnation obligatoire ou facultative une sanction pénale, autre que l'emprisonnement ou l'amende, cette sanction peut être prononcée à titre de peine principale».

Ainsi le juge peut désormais prononcer directement la peine complémentaire ou accessoire qui ayant la nature d'une peine principale se suffit à elle même.

Poussant plus loin encore l'individualisation la loi nouvelle autorise même le juge à relever le condamné en tout ou en partie de la peine accessoire ainsi prononcée à titre principal.

⁽¹⁶⁾ Voir l'étude de Jacques FRANCILLON et Philippe SALVAGE «les ambiguïtés des sanctions de substitution» Semaine juridique 1984 I — doctrine 3133 — plus particulièrement le n° 52.

⁽¹⁷⁾ Op. cit. n° 2 — C. de la résolution (76) 10.

⁽¹⁸⁾ Cf. article d'André DECOCQ «Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal» R. S. C. et de droit pénal comparé 1976 p. 11.

Mais le législateur a voulu aller plus loin en créant dans son article 43.3 de nouvelles sanctions.

Examinons donc ces nouvelles sanctions prévues par l'article 43.3 et suivant du Code Pénal bien que certaines soient déjà sous entendues dans l'alinéa 1 du même article 43.

On peut classer ces peines en tant que sanctions concernant les droits civils et professionnels et les sanctions portant atteinte aux droits patrimoniaux.

A — LES SANCTIONS PORTANT ATTEINTE AUX DROITS CIVILS ET PROFESSIONNELS

Dans sa recherche de substituts aux courtes peines d'emprisonnement, le législateur a prévu différentes mesures d'interdiction, de suspension ou de déchéances légales.

1 / *L'article 43.2 du Code pénal* prévoit la possibilité de prononcer l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale autre que l'exercice d'un mandat électif ou syndical.

Si on étudie le rapport de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, on peut remarquer que cette disposition a fait l'objet d'un débat passionné lors des débats préparatoires. Le gouvernement y voyait «l'un des plus sûrs moyens d'éviter la récidive lorsque le délit a été commis à l'occasion d'une activité professionnelle.»

2 / *L'article 43.3 du Code pénal* prévoit différentes sanctions possibles: la suspension du permis de conduire ⁽¹⁹⁾, interdiction de conduire, de détenir ou de porter une arme, retrait du permis de chasser. Ces mesures étant prononcées pour une durée de cinq ans au plus.

Ces sanctions ne sont pas nouvelles dans notre droit. Elles existaient déjà pour la plupart dans le cadre du contrôle judiciaire

(19) Cf. sur application de l'article 43.3; C. P. Cour de Cassation Ch. Criminelle 1^{er} décembre 1980. Gazette du Palais 1981 p. 336.

(art. 138 C. P. P.), du sursis probatoire (art. R 59 C. P. P.) et de la libération conditionnelle (art. D. 537 C. P. P.). Cependant, le législateur est particulièrement sévère, d'une part, en effet les sanctions énumérées à l'art. 433 du Code pénal peuvent se cumuler: «le tribunal peut prononcer ... une ou plusieurs des sanctions».

D'autre part, il n'est pas nécessaire que la sanction ait un rapport quelconque avec l'infraction. Cette solution avait entraîné de sévères critiques lors des travaux préparatoires. Mais n'oublions pas que dans le cas du sursis probatoire, l'obligation imposée peut également ne pas être en rapport avec le délit commis.

Mais le législateur a également prévu des mesures qui portent atteinte aux droits patrimoniaux.

B — LES SANCTIONS PORTANT ATTEINTE AUX DROITS PATRIMONIAUX

Il s'agit dans ce cas d'une véritable confiscation ou immobilisation des biens du délinquant.

1 / *L'article 433* qui prévoit ainsi la confiscation du véhicule dont le prévenu est propriétaire.

Cette sanction était réellement très sévère, trop sévère même car elle impliquait transfert de propriété à l'Etat.

C'est à ce niveau que le législateur de 1983 est intervenu pour apporter une amélioration par le biais de l'article 43.3 bis prévoyant «l'immobilisation pendant une durée de 6 mois au plus d'un ou plusieurs véhicules dont le prévenu est propriétaire selon des modalités déterminées par un décret en Conseil d'Etat ⁽²⁰⁾.

2 / *L'article 43.3 6è* indique que le juge peut également prononcer la confiscation d'une ou plusieurs armes dont le prévenu est propriétaire.

⁽²⁰⁾ Le décret n° 83.1154 du 23 décembre 1983 (art. R.1. 5 à R.1. 11 du Code Pénal) fixe les modalités d'application.

3 / *L'article 43.4* précise l'emploi de la confiscation spéciale (définie par l'article 11). Elle peut être prononcée à titre principal. ⁽²¹⁾. Avant la réforme de 1975, la confiscation spéciale en tant que peine complémentaire ne pouvait être prononcée que si la loi le prévoyait spécialement.

Désormais elle est aussi une peine principale se substituant à l'emprisonnement. Pour que la confiscation soit applicable à titre de peine principale, il suffit que le délit soit punissable d'emprisonnement et que la chose à confisquer constitue soit le corps du délit, soit encore une chose ayant servi au délit ou ayant été destinée à le commettre.

C — DOMAINE DE CES SANCTIONS

1 / *Non applicable aux contraventions*, ces sanctions s'appliquent aux délits. Il ressort des travaux préparatoires que les sanctions ne doivent remplacer l'emprisonnement que s'il est égal ou inférieur à six mois.

Cependant, si l'on s'attache à la lettre du texte, on peut noter que les articles 43.1 et suivants parlent de délits punis de l'emprisonnement et ils ne subordonnent pas l'application des sanctions au fait que l'infraction soit punissable d'une courte peine d'emprisonnement.

Or, les travaux préparatoires ne peuvent l'emporter sur un texte clair; cependant en pratique les juges ne devraient user des sanctions de substitution que:

- a) dans le cas où le maximum prévu est égal à 6 mois.
- b) dans le cas où le maximum est supérieur à 6 mois mais où le juge se serait contenté d'une peine inférieure ou égale à ce taux s'il avait entendu prononcer l'emprisonnement.

(21) Une exception est posée par l'art. 43.4è: les délits de presse.

2 / *Ces sanctions prononcées à titre de peines principales* suivent donc le régime de celles-ci en ce qui concerne l'exécution, la réhabilitation, l'amnistie, l'inscription au casier judiciaire, et même le sursis ⁽²²⁾ (sauf dans le cas de la confiscation) ⁽²³⁾.

En ce qui concerne la prescription, il existe une divergence d'opinions. Certains auteurs estiment qu'il y a prescription de ces sanctions au titre du régime des peines principales ⁽²⁴⁾.

A l'opposé, d'autres auteurs les déclarent imprescriptibles par la nature des sanctions de substitution qu'ils considèrent comme des mesures de sûreté: même celles-ci sont imprescriptibles car elles sont fondées sur l'état dangereux du délinquant. Elles ne sont prescrites que si l'état dangereux disparaît ⁽²⁵⁾.

3 / *Pour terminer notons que la loi du 10 juin 1983* a complété l'article 471 al.4 du C. P. P. «les sanctions prononcées en application des articles 43.1 à 43.4 du Code pénal peuvent être déclarées exécutoires par provision». C'est un domaine très vaste ainsi ouvert et qui n'a pas tardé à être appliqué en nature d'infraction à la législation sur les étrangers.

D — REGIME APPLICABLE EN CAS DE NON-RESPECT DE CES OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE

L'article 43.6 Code pénal prévoit l'incrimination des trois comportements:

— Violation de l'une des obligations ou interdictions résultant de nouvelles sanctions pénales (art. 43.1 à 43.4 al. 1^{er}).

⁽²²⁾ Art. 736 al. 2 C.P.P.

⁽²³⁾ Art. 734-1 al. 2 C.P.P. sans doute en raison du caractère criminogène de l'objet sur lequel elle porte.

⁽²⁴⁾ J. PRADEL «le recul de la courte peine d'emprisonnement». Recueil Dalloz 1976 p. 63.

⁽²⁵⁾ SALVAGE et FRANCILLON «Les ambiguïtés des sanctions de substitution» Semaine Juridique 1984 n° 3133 et ss.

- Refus de remettre le permis suspendu ou retiré à l'agent de l'autorité chargé de l'exécution de la décision du condamné (en vertu des art. 43.1 et 43.3).
- Destruction, détournement ou tentative de destruction ou de détournement des objets confisqués en application des art. 43.1, 43.3 ou 43.4 al. 3.

Les peines alors prévues sont élevées: deux mois à deux ans d'emprisonnement et au cas de récidive: un à cinq ans.

On remarque que la loi n'interdit pas de prononcer à l'encontre de l'individu poursuivi sur la base de l'article 43 une nouvelle sanction de substitution.

Lorsque la peine de substitution consiste en une confiscation prononcée en application des articles 43.1, 43.3 ou 43.4, l'exécution provisoire peut être ordonnée (art. 43.5).

§ 2 — LE SILENCE DU DROIT PORTUGAIS

Le Code pénal portugais ne s'est pas prononcé sur la possibilité de faire des peines accessoires des peines principales ayant vocation substitutive. Silence d'autant plus étonnant que le législateur portugais en ce qui concerne les mesures alternatives semblait suivre scrupuleusement les travaux du Conseil de l'Europe.

Cette possibilité a tout simplement été ignorée: nul part il n'en a été question.

Sans doute a-t-on estimé que l'éventail des mesures substitutives était suffisamment large et que promouvoir les peines accessoires au titre de peines autonomes risquait de compromettre la pureté des principes mis en oeuvre par le nouveau Code pénal.

Les peines accessoires figurent dans le chapitre II du titre III intitulé «des peines» de la partie générale du Code.

Ce chapitre débute par un article 65 qui dispose: «nulle peine n'entraîne comme effet nécessaire la perte des droits civils, professionnels ou politiques».

Cette disposition ne fait que reprendre l'article 30 — 4^e de la Constitution de la République Portugaise de 1976. Elle consacre la conception unitaire de la peine. Faire des peines accessoires des peines autonomes risquerait de heurter ce principe constitutionnel qui est interprété de façon très restrictive.

Par ailleurs, la loi n'énumère pas les peines accessoires. D'après Mr MAIA GONÇALVES, il convient de distinguer:

- la démission de la fonction publique,
- la suspension de l'exercice d'une fonction publique,
- l'interdiction d'exercer une profession ou une activité,
- la suspension de l'exercice d'une profession ou d'une activité attitrée,
- l'incapacité d'élire le Président de la République ou d'exercer un mandat électif,
- l'incapacité d'être juré,
- l'incapacité d'exercer l'autorité parentale, la tutelle, la curatelle ou l'administration de biens.

Ces mesures restent des peines accessoires qui suivent la peine principale. Elles doivent être prévues par un texte.

Nous avons vu que les sanctions instaurées en France par la loi du 11 juillet 1975, aux yeux de certains auteurs procédaient à la fois de la peine principale et de la mesure de sûreté.

Le nouveau Code pénal portugais consacre un système moniste des réactions criminelles ⁽²⁶⁾. Les mesures de sûreté ne sont applicable qu'aux délinquants non-imputables.

La peine de prison leur est définitivement écartée. On peut alors parler des mesures de sûreté en droit portugais en tant que véritables substituts de l'emprisonnement.

Ces mesures de sûreté sont les suivantes:

- l'internement dans un établissement de cure, traitement ou sûreté (art. 91 du Code Pénal),

⁽²⁶⁾ Voir l'article de M. Manuel António LOPES ROCHA «O novo Código penal português». Algumas considerações sobre o sistema monista das reacções criminais, in «para uma nova Justiça Penal» Coimbra 1983 p. 33.

- l'expulsion d'étrangers non-imputables (art. 96 du Code Pénal),
- l'interdiction de profession pour une période de 1 à 5 ans (art. 97 du Code Pénal).

En ce qui concerne la mesure de sûreté dernièrement évoquée, il convient de souligner qu'elle n'est pas seulement prévue pour les délinquants non-imputables.

En effet, l'interdiction de profession de l'art. 97 du C. P. est applicable à celui qui est condamné pour crime commis en violation grave des devoirs inhérents à la profession, commerce ou industrie exercé ou à celui qui est absout uniquement en raison de sa non-imputabilité.

Les mesures que nous venons de voir obéissent à une dualité fonctionnelle (excepté le cas des peines accessoires et mesures de sûreté en droit portugais): elles existent dans l'arsenal répressif en tant qu'alternative à l'emprisonnement, mais continuent également à remplir la fonction qui leur était traditionnellement assignée.

Cette dualité de fonctions ne se retrouve plus dans les institutions nouvelles que nous allons étudier à présent.

CHAPITRE II

LES MESURES NOUVELLES A VOCATION SUBSTITUTIVE EXCLUSIVE

La prise en compte de l'intérêt de la victime, l'évolution sociale et le poids de l'opinion publique en matière pénale ont donné lieu à de nouvelles tendances en politique criminelle; le droit pénal se consensualise, il oeuvre dans un but de conciliation des intérêts en présence avec l'apparition de procédés de diversion.

La loi du 11 juillet 1975 et du 10 juin 1983 ont donné naissance à des mesures nouvelles à vocation substitutive exclusive en France. Il s'agit ici de créer de toutes pièces des mesures nouvelles destinées à éviter les inconvénients de la peine privative de liberté.

A la base de leur création, comme essentielle à leur existence pourrait-on dire, c'est l'absence de toute incarcération. Au Portugal, le nouveau Code pénal a lui aussi consacré des substituts du même ordre.

Trois types de mesures retiendront particulièrement notre attention: le travail d'intérêt général, l'admonestation et la dispense de peine. Le cadre de notre étude étant «les alternatives à l'emprisonnement», nous avons borné notre étude comparative à ces trois techniques.

L'ajournement du prononcé de la peine n'est pas une alternative à l'emprisonnement: le juge réserve sa décision sur la peine à une date ultérieure.

En aucun cas, le prononcé d'un ajournement n'est une mesure qui se substitue à l'emprisonnement. Par contre, la dispense de peine implique que le juge reconnaissant la culpabilité décide cependant qu'il ne sera prononcé aucune peine, une option se présente alors à lui: la dispense de peine ou la peine privative de liberté. ⁽²⁷⁾

Nous ferons cependant une brève allusion à la technique de l'ajournement en abordant la dispense de peine, le juge l'utilisant souvent comme préalable à cette dernière.

Avec la dispense de peine et l'admonestation, on aboutit au grand pardon de Dieu, à l'absolution du délinquant dont on désire la réhabilitation, réhabilitation également souhaitée dans le cadre du travail d'intérêt général.

SECTION I — LE TRAVAIL D'INTERET GENERAL

En Grande Bretagne, le Criminal Justice Act de 1972 a établi un système original de travaux au profit de la communauté. Introduit à titre expérimental en 1973 des 6 régions de l'Angleterre, le C. S. O. fonctionne désormais sur l'ensemble du territoire.

⁽²⁷⁾ Cf. la note de Jean PINATEL: «Peines de substitution et criminologie» R. I. D. P. 1984.

La résolution (76) 10 adoptée le 9 mars 1976 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommandait aux Etats membres d'introduire dans leur législation le travail au profit de la communauté, l'estimant «très prometteur». (28)

Le Portugal l'a introduit dans le Code pénal de 1982 au titre de peine principale.

En France, la loi du 10 juin 1983 est venue ajouter cette mesure à la gamme des substituts nés de la loi du 12 juillet 1975.

D'autre part, le T I G est utilisé dans certains pays comme condition au sursis ou simple arrangement de caractère non formel.

Aux U. S. A. par exemple «l'Institut de Justice Vera» (29) fondé en 1961 organisme privé à but non lucratif financé par des fondations et des services gouvernementaux a pour objet principal l'amélioration du système judiciaire et à ce titre a effectué de nombreuses expériences d'application du travail au profit de la communauté. (30)

Nous distinguerons trois points dans notre étude comparative: le domaine du T I G, son mécanisme, et le régime applicable en cas d'échec.

A — DOMAINE D'APPLICATION DU T. I. G.

1) EN FRANCE

En Avril 1982, Mr Bernard LEROY (juge d'instruction au Tribunal de Grande Instance d'EVRY) et Mr Pierre KRAMER (substitut chargé du secré-

(28) Résolution du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 9 mars 1976 «mesures pénales de substitut aux peines privatives de liberté» 1976 p. 7.

(29) Cf. étude de Mrs LEROY et KRAMER R. S. C. 1983 relative au travail au profit de la communauté dans l'Etat de New-York. W. C. BRIDGE R. S. C. 1979 n° 3 p. 533 et ss. «les substituts aux courtes peines d'emprisonnement aux U. S. A.».

(30) Notons que sous l'inspiration de l'Institut Vera, on a créé en France un service d'enquêtes sociales rapides auprès des tribunaux de Paris, Créteil, Bobigny... J. BERNAT DE CELIS R. S. C. 1980 p. 957.

tariat général du Parquet de la Cour d'Appel de PARIS), se demandaient si le travail au profit de la communauté ne permettrait pas d'apporter à la justice française une réponse plus «flexible» que les peines de substitution qui étaient appliquées à l'époque. ⁽³¹⁾

Dès 1977, le Comité d'études sur la violence présidé par Mr PEYRE-FITTE proposait que soit «envisagée l'institution des peines dont l'exécution acceptée par le condamné consisterait à exercer temporairement une activité au profit et au service de la communauté».

a) *Le travail d'intérêt général ne peut bien entendu que sanctionner les délits mineurs* ⁽³²⁾

Ne peuvent en «bénéficier» que les prévenus qui n'ont pas été condamnés au cours des 5 ans précédents à une peine d'emprisonnement ferme supérieure à 4 mois.

Les prescriptions du code du travail sur le travail de nuit, l'hygiène, la sécurité s'appliquent (art. 43-3-2 du Code pénal et 747-4 du Code Pénal).

Les travaux suggérés sont les suivants: entretien et rénovation du patrimoine, amélioration de l'environnement (nettoyage des plages, des espaces vert, etc...) travaux d'entretien de réparation de dégâts divers (affichage sauvage, graffiti...), actions de solidarité en faveur des personnes défavorisées, préparation à des actes de formation.

b) *Le travail d'intérêt général s'applique non seulement aux majeurs mais aussi aux mineurs de 16 à 18 ans.*

En réalité cette sanction s'adresse particulièrement aux jeunes adultes ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ Le travail au profit de la communauté substitut aux courtes peines d'emprisonnement «rapport de Mrs LERCY et KRAMER reproduit dans R. S. C. 1983 «Etudes et variétés».

⁽³²⁾ Cf. déclaration de Mr BADINTER. Cette sanction interesse «la petite délinquance». Elle est applicable en pratique à tous ceux et notamment les jeunes qui risqueraient d'être condamnés à une courte peine d'emprisonnement J. O. débats Assemblée Nationale 23 juillet 1982 p. 4709 col. 1.

⁽³³⁾ Déclaration de Mr FORNI J. O. débats Assemblée Nationale 22 juillet 1982 p. 4604 col. 1.

La Commission des maires sur la prévention dite «la Commission Bonnemaïson» de 1982 reprenait cette idée.

Finalement, c'est la loi n.º 83 466 du 10 juin 1983 portant abrogation de certaines dispositions de la loi n.º 81.82 du 21 février 1981 et complétant certaines dispositions du C. P. et du C. P. P. qui a introduit cette mesure originale: le travail d'intérêt général.

Dans sa version de juin 1983, l'avant projet du Code pénal (art. 44) retenait cette sanction comme alternative à l'emprisonnement. Ce texte allait inspirer directement le législateur du 10 juin 1983 ⁽³⁴⁾.

Les modalités d'application de la mesure française ont été prises par le décret 83.1163 du 23 décembre 1983. Celle-ci se définit comme «la possibilité de prescrire à titre de peine principale un travail non rémunéré au profit d'une collectivité publique ou d'un établissement ou d'une association».

2) AU PORTUGAL

L'article 60 du Code pénal prévoit «a prestação de trabalho a favor da comunidade».

Cet article n'existait pas dans le projet initial de 1963. La mesure fut introduite pour la première fois dans la proposition de loi n.º 221/I du 21 février 1979.

Il s'agit d'une mesure applicable à l'agent considéré coupable d'infraction pour laquelle il est condamné à une peine d'emprisonnement ou d'amende ne dépassant pas 3 mois ou seulement à une peine d'amende de même durée.

Le tribunal a alors la faculté de lui substituer une peine de travail d'intérêt général.

⁽³⁴⁾ Cf. intervention de Mr BONNEMAISON devant l'Assemblée Nationale. J. O. débats Assemblée Nationale 20 avril 1983 p. 353 col. 1.

Le domaine de cette mesure est au Portugal beaucoup plus étroit qu'en France au niveau du moins de la peine d'emprisonnement qu'elle a vocation de substituer. Cependant, aucune condition n'est exigée par le Code pénal portugais quand au passé judiciaire du délinquant contrairement au droit pénal français.

Le travail d'intérêt général est ici une peine principale ayant pour but de lutter contre les très courtes peines d'emprisonnement ⁽³⁵⁾.

Une autre différence qu'il faut souligner c'est que l'institution portugaise ne fonctionne pas comme en France en tant que modalité du sursis.

B — LE MECANISME DU TRAVAIL D'INTERET GENERAL

1) EN FRANCE

a) Le prononcé de la sanction

Le travail d'intérêt général doit être prononcé par le tribunal,

— en présence du prévenu; celui-ci doit être informé par le Président du tribunal de son droit de le refuser et doit donner en principe son adhésion à l'application de cette mesure.

Cette nécessité d'une acceptation ⁽³⁶⁾ par le prévenu fut soulignée comme juridiquement nécessaire par le Garde des Sceaux ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Un projet de loi «relatif à la simplifications des procédures et à l'exécution des décisions pénales» a été adopté le 22 mai 1985 par le Conseil des Ministres.

Celui-ci donne au J. A. P. la possibilité après examen du dossier et accord du condamné de demander au tribunal de transformer la peine ferme en peine avec sursis, mais avec obligation d'accomplir des T. I. G.

Il faudra suivre l'évolution de ce projet.
(Journal Le Monde 24 mai 1985).

⁽³⁶⁾ La loi parle de «refus opposé par l'intéressé» (art. 43-3-1 al. 2 du Code Pénal).

⁽³⁷⁾ Intervention de Mr BADINTER. J. O. Débats Sénat 7 Avril 1983 p. 80 col. 2.

D'ailleurs, la Convention européenne des Droits de l'homme décide que «nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire» (art. 4).

La mesure prononcée consiste en un travail de 40 heures au minimum, et de 240 heures au maximum.

Elle doit être accomplie dans un délai inférieur à 18 mois après le prononcé du jugement ⁽³⁸⁾.

Pour les mineurs de 16 à 18 ans la durée du travail se trouve réduite de moitié.

Elle ne peut, par conséquent, être inférieure à 20 heures ni supérieure à 120 heures.

Le délai pendant lequel le travail devra être accompli par le mineur ne pourra excéder un an.

Le T. I. G. est prononcé dans deux hypothèses;

- Le tribunal correctionnel pourra écarter toute autre sanction et prévoir que le prévenu effectuera un tel travail.
- Le tribunal peut condamner à l'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve et décider que dans le cadre de ce sursis le condamné effectuera un travail d'intérêt général.

Ainsi une telle mesure peut être appliquée soit aux crimes et délits de droit commun si elle est prononcée dans le cadre du sursis. Rien n'empêche donc une cour d'assises de prononcer un T. I. G. ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Peut-être suspendu provisoirement pour motif grave (art. 43-3-1 al. 3 du Code pénal et 747-1 al. 3 du C. P. P.)

⁽³⁹⁾ En effet, même s'il ressort des travaux préparatoires que le T. I. G. est réservé à la petite délinquance; le législateur n'a pas précisé un plafond d'emprisonnement au-delà duquel le T. I. G. ne pouvait plus être appliqué. On laisse au juge le plus de liberté possible. Sous-amendement n° 147.

b) *Exécution de la sanction*

Le tribunal décide de retenir l'application du T. I. G. dans son principe seulement. C'est le juge d'application des peines (J. A. P) qui individualise la sanction en remplissant le cadre abstrait par le tribunal.

Il fixe les modalités d'exécution du T. I. G. précisant l'organisme créancier de la prestation, le type de travail, les horaires et le nom de l'agent de probation chargé du contrôle (art. 43-3-1 al. 4 du Code pénal et 747-1 al. 4 du C. P. P. et R. 61.12. C. P. P.).

Lorsque le condamné est mineur, les attributions du juge d'application des peines sont exercées par le juge des enfants (art. R 61-27 du C. P. P.) et celui-ci se détermine non pas dans le sens de l'intérêt général mais dans le sens de l'intérêt même du mineur.

Un système de contrôle est institué

Le condamné à un T. I. G. doit répondre aux convocations du juge d'application des peines, justifier de ses changements d'emploi ou de résidence, recevoir les visites de l'agent de probation.

Le travail terminé, l'organisme bénéficiaire délivre au juge d'application des peines ou à l'agent de probation ainsi qu'au condamné un document l'attestant.

2) **AU PORTUGAL**

L'article 60 n.º 4 du Code pénal portugais exige le consentement du prévenu pour l'application de la peine de travail d'intérêt général. Sans cet accord, la mesure ne peut être exécutée.

Au Portugal, la peine consiste en la prestation de services gratuits au bénéfice de l'Etat, d'autres personnes collectives de droit public ou d'entités privées que le tribunal considère comme ayant un intérêt pour la communauté.

La durée des services est comprise entre 9 et 180 heures accomplies en dehors des heures normales de travail.

Le droit portugais connaît en cette matière une contractualisation de la peine plus poussée que le droit français.

En effet, l'article 38 du décret-loi n.º 402-82 du 23 septembre 1982 exige, non seulement que l'intéressé accepte la mesure mais, en outre, l'indication par ce dernier ou par le Ministère Public de l'entité au profit de laquelle elle sera accomplie.

Dans ce même article, il est prévu que la sentence peut être ajournée dans un délai maximum d'un mois, si le juge à des raisons de croire que dans ce délai le prévenu ou le Ministère Public pourront indiquer l'entité bénéficiaire du travail d'intérêt général.

Le travail est contrôlé par l'Institut de Réinsertion Sociale (art. 39 n.º 2 du décret-loi n.º 402-82) qui a une compétence particulière en matière de mesures alternatives.

Nous reviendrons sur ses attributions par la suite.

Une fois le travail terminé ou lorsqu'une anomalie est relevée, l'Institut de Réinsertion Sociale doit envoyer un rapport au tribunal. Le tribunal estimera alors la peine éteinte ou prendra les mesures nécessaires (art. 39 n.º 2 du décret-loi n.º 402-82)

Que se passe-t-il en cas d'échec du T. I. G.?

Les législateurs français et portugais ont prévu un régime applicable en cas d'anomalies dans l'exécution du T. I. G.

C — REGIME APPLICABLE EN CAS D'ECHEC

1) EN FRANCE

Si des incidents surviennent au niveau de l'exécution du T. I. G. l'agent de probation doit aviser immédiatement le J. A. P.

Le condamné peut, en effet, malgré son acceptation, essayer de se soustraire à son obligation.

1º *Si la sanction a été prononcée comme alternative proprement dite, le juge d'application des peines saisit le Parquet qui pourra exercer*

des poursuites en application de l'article 43.6 du Code pénal. Le tribunal pourra alors condamner le défaillant à une peine d'emprisonnement de 2 mois à 2 ans.

2° *Si la sanction a été prononcée dans le cadre du sursis*, le juge saisit directement le tribunal correctionnel qui peut ordonner l'exécution de la peine d'emprisonnement (totalement ou partiellement) ou prolonger le délai d'épreuve de 18 mois.

2) AU PORTUGAL

Tout comme en matière de jours-amendes, le législateur portugais a essayé d'éviter l'application d'une peine de prison subsidiaire. Les solutions qui sont ici retenues sont beaucoup plus souples.

L'emprisonnement n'est prévu que si l'intéressé s'est délibérément mis hors de condition de travailler ou s'il refuse, sans juste cause, l'accomplissement du travail (Art. 60 n.º 6 du Code pénal portugais). Il s'agit ici d'une incrimination autonome qui renvoie à l'article 388 n.º 3, c'est à dire un nouveau cas de désobéissance qualifiée.

Par contre, si l'agent ne peut accomplir le travail pour une cause autre ne lui étant pas imputable, le tribunal pourra le condamner à une peine d'amende ou même l'exempter de peine (art. 60 n.º 7 du Code pénal).

Des numéros 6 et 7 ont été introduits dans la phase finale des travaux préparatoires du nouveau Code pénal.

Le travail d'intérêt général est une mesure de caractère complexe. Il a le mérite d'associer trois fonctions: punitive, resocialisante et réparatrice ⁽⁴⁰⁾.

Ces deux dernières fonctions se retrouvent également en ce qui concerne l'admonestation et la dispense de peine.

(40) Voir GERHARDT GREBING «sanctions alternatives aux courtes peines privatives de liberté» R. I. D. P. 1982 p. 803

SECTION II L'ADMONESTATION ET LA DISPENSE DE PEINE

L'admonestation ou le blâme public en tant que sanction principale des infractions banales faisait déjà l'objet de discussions au siècle dernier.

C'est une mesure qui a reçu la faveur de nombreux pays socialistes ⁽⁴¹⁾.

Le nouveau Code pénal portugais en a fait une peine principale.

La dispense de peine a provoqué une petite révolution dans les conceptions classiques du droit pénal. En effet, elle consacre la possibilité de dissocier le couple infraction/sanction en reconnaissant que la déclaration de culpabilité n'entraîne pas inéluctablement le prononcé d'une peine.

Admonestation et dispense de peine couvrent toutes deux dans le sens de la réparation et de la conciliation avec la société en réhabilitant le délinquant: c'est le grand pardon de Dieu.

Nous étudierons successivement les deux mesures en droit pénal français et dans le nouveau Code pénal portugais.

§ 1 — L'ADMONESTATION

A) EN FRANCE

L'admonestation, sorte d'avertissement que le juge donne au délinquant, n'existe en France que pour les mineurs.

Son instruction préparatoire terminée, le juge des enfants doit en matière pénale communiquer le dossier au ministère public soit d'office soit à la requête de celui-ci.

Mais le juge peut décider de statuer directement par jugement en Chambre du Conseil c'est à dire relaxer le mineur s'il estime que l'infraction n'est pas établie, mais surtout le législateur permet au juge d'admonester le mineur, c'est à dire lui adresser un avertissement qui doit avoir un fort effet dissuasif.

⁽⁴¹⁾ U. R. S. S., R. D. A.. La Yougoslavie a introduit l'admonestation dans sa législation en 1959.

Cette possibilité laissée au juge est un moyen d'éviter une sanction pénale: une sorte de deuxième chance que l'enfant doit saisir pour ne pas entrer dans le circuit pénal.

B) AU PORTUGAL

Cette sanction est prévue à l'art. 59 du Code pénal de 1982 (admonestação).

L'admonestation n'était pas prévue dans le projet initial de 1963. Elle fut introduite pour la première fois dans la proposition de loi n° 221/I du 21 février 1979.

C'est la peine la plus légère qui est prévue dans le code. Cependant, elle fait l'objet d'une inscription au casier judiciaire. En outre, elle exige une déclaration de culpabilité et le prévenu est condamné aux dépens et frais de justice.

Il s'agit d'une censure solennelle faite par le tribunal en audience publique et applicable aux individus considérés coupables de faits de peu de gravité.

La sanction ne concerne, en principe, que des délinquants primaires ou chez qui il existe un plus vif sentiment de leur propre dignité ⁽⁴²⁾.

Par cette censure le tribunal entend qu'il n'est pas nécessaire d'un point de vue préventif de recourir à d'autres mesures pénales aboutissant à une sanction substantielle.

Les conditions légales qui doivent être remises, sont les suivantes:

- la peine concrètement encourue doit être au plus de 3 mois d'emprisonnement avec ou sans amende ou une peine d'amende de même limite (art. 59 n° 1 du Code pénal).

⁽⁴²⁾ Voir le n° 12 du préambule du Code Pénal.

- l'admonestation n'aura lieu que si elle facilite la récupération du délinquant, le dommage ayant été réparé et l'utilisation d'autres mesures pénales prévues par la loi n'était pas nécessaire. (art. 59 n.º 2).

Ajoutons que le Code pénal antérieur consacrait une mesure de nature similaire désignée par «*repreensão*» (répréhension) qui figurait parmi les peines correctionnelles; d'après l'ancien article 64 du Code pénal, la peine de répréhension obligeait le condamné à comparaître en audience publique face au tribunal concerné pour y être réprimandé. Son application était limitée au crime de vol privilégié prévu dans l'article 430 § 1 de l'ancien Code.

Désormais, l'admonestation, peine principale, a une vocation substitutive beaucoup plus large.

Bien qu'étant de signification punitive extrêmement réduite, l'admonestation n'en demeure pas moins une mesure substitutive réelle. Avec la dispense de peine on entre dans le cadre d'un substitut symbolique.

§ 2 — LA DISPENSE DE PEINE

La dispense de peine se différencie des sanctions précédemment étudiées par le fait qu'il ne s'agit pas de remplacer l'emprisonnement par une mesure positive mais tout simplement d'éviter la peine.

D'après Jean PINATEL il ne s'agit en rien d'une substitution mais d'une renonciation au prononcé de la peine ⁽⁴³⁾.

Elle entre, par conséquent, dans le cadre de notre étude puisque nous avons choisi comme point de départ les alternatives à l'emprisonnement. Or, une option est ici offerte au juge entre, d'une part la prison, et d'autre part, la renonciation à la peine.

La résolution (76) 10 adoptée le 9 mars 1976 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommandait la dispense de peine aux états membres ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ Voir Jean PINATEL «*peines de substitution et criminologie*» op. cit.

⁽⁴⁴⁾ Op. cit. cf. au n.º 3 — a de la résolution.

Le droit pénal français l'avait déjà consacrée avec la loi du 11 juillet 1975. Avec la nouvelle réforme pénale elle fut également introduite dans l'ordre juridique portugais.

A) EN FRANCE

C'est la loi n° 75.624 du 11 juillet 1975 qui a donné naissance à la dispense de peine.

Les articles 469.1 à 469.3 C. P. P. accordent en effet au juge le droit malgré reconnaissance de la culpabilité et juste après cette reconnaissance, soit de décider qu'il ne sera prononcé aucune peine (dispense de peine), soit de réserver sa décision sur la peine à une date ultérieure (ajournement du prononcé de la peine).

Nous avons déjà donné les raisons pour lesquelles nous n'étudierons pas dans le cadre de cette étude l'ajournement du prononcé de la peine.

1. CONDITIONS DE LA DISPENSE DE PEINE

a) *En premier lieu*, l'application de la dispense de peine suppose une reconnaissance de la culpabilité.

L'article 469.I C. P. P. décide en effet: «le tribunal peut avoir déclaré le prévenu coupable...» Cette déclaration de culpabilité doit être mentionnée dans le jugement. ⁽⁴⁵⁾

b) *La dispense de peine peut porter sur toutes les sanctions répressives prononcées par les tribunaux correctionnels et de police* ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ L'art. 469.I C. P. P. déroge à l'art. 464 C. P. P. Selon ce texte «si le tribunal estime que le fait constitue un délit il prononce la peine...».

⁽⁴⁶⁾ Dans la pratique la dispense de peine n'intervient que pour des infractions assez mineures donc plus souvent pour les contraventions que pour les délits.

La dispense de peine ne s'applique qu'aux majeurs. Cependant, le juge des enfants et le tribunal pour enfants peuvent prononcer la liberté surveillée d'épreuve (Art. 8 in fine et art. 19 in fine. Ord. 2 février 1945).

La bonne conduite du mineur pendant le délai fixé pourra les conduire à ne pas prononcer de peine. On arrive ainsi au même résultat.

c) *Les conditions propres à la dispense* sont au nombre de trois (art. 465.2 C. P. P.);

- il faut que le reclassement du prévenu soit acquis,
- que le dommage causé par l'infraction soit réparé,
- que le trouble résultant de celle-ci ait cessé.

La loi analysée n'exclut pas la dispense de peine au cas de récidive ou de réitérations d'infractions.

Dans le cas où ces trois conditions sont en voie de réalisation, le juge peut décider d'ajourner sa décision sur la peine (art. 469.9. C. P. P.). Lors de l'audience de renvoi, le tribunal a le choix entre trois solutions:

- dispenser le prévenu de peine,
- prononcer la sanction prévue par la loi,
- ajourner une nouvelle fois.

De toute façon, la décision sur la peine intervient au plus tard un an après la première décision d'ajournement (art. 469.3 al. 3 C. P. P.). Notons que dans le cas où le tribunal prononce un ajournement, la loi exige la présence physique du prévenu, condition de forme de cette mesure ⁽⁴⁷⁾.

En revanche, la présence effective du prévenu n'est pas requise dans le cadre de la dispense de peine.

⁽⁴⁷⁾ L'ajournement est donc exclu si le prévenu est absent ou représenté par son avocat. En effet, lors de l'audience le tribunal avertit le prévenu qu'il doit s'engager à répondre aux conditions exigées par la dispense de peine.

2. EFFETS

- a) *La dispense entraîne évidemment l'exclusion de toute peine principale.* Celle-ci «exclut l'application des dispositions prévoyant des interdictions, déchéances, ou incapacités de quelque nature qu'elles soient qui résulteraient d'une condamnation», (art. 469.2 C. P. P.)
- b) *La dispense de peine exclut une condamnation* mais la déclaration de culpabilité est inscrite au bulletin n.º 1 du casier judiciaire. En outre, les frais et dépens sont à la charge du prévenu (art. 469.2 al. 2). Les voies de recours sont exercées dans les conditions du droit commun.

B) AU PORTUGAL

Avec l'article 75 du Code pénal qui prévoit la «dispensa de pena» se trouve une fois de plus consacré le principe de la nécessité comme critère des réactions criminelles.

Cette mesure fit sa première apparition dans la proposition de loi n.º 221/I du 21 février 1979.

- a) *Les conditions pour que soit applicable la dispense de peine, sont les suivantes:*
- la peine de prison encourue doit être de six mois au plus avec ou sans amende jusqu'à la même limite,
 - la culpabilité de l'agent doit être minime,
 - le dommage doit avoir été réparé,
 - la dispense de peine ne doit pas être contraire aux exigences de réinsertion du délinquant et de la prévention générale.

L'intéressé est cependant condamné aux dépens et frais de justice, la condamnation fait l'objet d'une inscription au casier judiciaire.

Cette mesure entre dans le cadre d'une réaction contre les courtes peines de prison en évitant, non seulement le prononcé de la peine de prison, mais également de toute autre peine, alors que ni la protection de la société ni la récupération du délinquant ne semblent l'exiger sérieusement.

C'est l'illustration du principe inspirant toute la réforme pénale portugaise selon lequel la culpabilité n'est pas en soi une condition suffisante de l'application d'une peine ⁽⁴⁸⁾.

b) *Par ailleurs, le nouveau Code pénal admet dans une large mesure cette possibilité d'exemption de peine dans la partie spéciale.*

Les exemples des cas d'exemption de la peine sont les articles:

- 147 n.º 2 (offenses corporelles privilégiées),
- 148 n.º 2 (offenses corporelles par négligence),
- 185 (pour le cas de violation du secret professionnel prévu à l'art. 184),
- 268 (désistement),
- 269 (contamination et empoisonnement de l'eau),
- 273 n.º 6 (corruption de substances alimentaires ou à des fins médicales),
- 175 n.º 5 (altération de formulaires pharmaceutiques),
- 276 n.º 3 (refus d'assistance médicale),
- 277 n.º 4 (perturbation des services de transport aérien, maritime ou par chemin de fer),
- 278 n.º 4 (circulation dangereuse d'un moyen de transport),
- 287 n.º 4 (associations criminelles),
- 290 n.º 3 (participation à des émeutes),
- 301 n.º 2 (restitution de l'objet du vol),
- 302 n.º 1 (vol à cause de nécessité et menu vol),
- 303 n.º 5 (vol domestique),
- 310 n.º 2 (en cas d'atteintes à la chose d'autrui prévues aux art. 308 et 309),
- 315 n.º 3 (fraude relative aux assurances),
- 319 n.º 2 (infidélité),

⁽⁴⁸⁾ Voir J. FIGUEIREDO DIAS «la réforme pénale portugaise» op. cit. p. 18.

- 323 (exemption de peine en cas d'usure. Les conduites prévues dans les art. 320 à 322 ne sont punissables que lorsque...),
- 329 (recel),
- 330 n.º 2 (aide matérielle au criminel),
- 333 n.º 4 (administration nuisible dans une unité économique et dans le secteur public ou coopératif),
- 382 n.ºs 1 et 2,
- 420 n.º 4 (corruption passive ayant pour but un acte illicite),
- 423 n.º 3 (corruption active),

Pour terminer, ajoutons que l'art. 75 n.º 2 du Code pénal prévoit la possibilité d'un ajournement de la sentence pour un délai d'un an. Cet ajournement peut avoir lieu chaque fois que le juge a des raisons de croire que les conditions de la dispense de peine sont en voie de réalisation alors que non intégralement réalisées au moment du jugement.

Notons que l'ajournement en droit portugais n'est possible que lorsque le juge envisage le prononcé futur d'une dispense de peine. Il en va autrement en droit français (voir l'art. 469-3 du C. P. P.).

Les mesures que nous venons d'évoquer ont un point commun: elles sont toutes non détentives et s'intègrent dans le cadre d'une politique de lutte contre les courtes peines de prison.

La peine privative de liberté est écartée dans le prononcé de la sentence, même si elle peut parfois réapparaître subsidiairement.

Mais il existe d'autres alternatives offertes au juge.

Ces alternatives bien que poursuivant le même but interviennent au stade de l'exécution de la peine privative de liberté.

**TITRE II — LA FAVEUR DE DIEU:
LES ALTERNATIVES DANS L'EXECUTION
DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE**

Dieu est pardon mais il existe le purgatoire: on doit payer ses pêchés.
Cependant soyons miséricordieux: la peine privative de liberté peut ne pas être appliquée conditionnellement ou ne pas être exécutée continuellement.
Elle restera toujours présente en tant que spectre punitif ou en tant que purgation partielle.

*Je vous demande cette faveur, ô mon Dieu
Par les mérites de notre Seigneur Jésus Crist
Par les mérites de notre Seigneur Jésus Chris
Par l'intercession de la Très Sainte Vierge
De tous les Anges et de tous les Saints*

(Pièce du matin. Acte de Demande.)

CHAPITRE I — LES ALTERNATIVES CONDITIONNELLES

La technique qui est ici utilisée pour éviter l'enfermement consiste non plus à substituer à la peine privative de liberté une autre mesure, mais à suspendre l'exécution de la sanction.

L'alternative qui s'offre au juge n'est plus alors définitive mais conditionnelle.

Certes, il est toujours question d'éviter au prévenu l'incarcération mais cette incarceration n'est pas perdue de vue.

La prison fonctionne alors comme une menace.

Faveur et menace sont les concepts clés qui président l'institution des alternatives conditionnelles.

Nous envisagerons successivement la technique du sursis, puis celle du sursis avec mise à l'épreuve et de la probation.

SECTION I — LE SURSIS

Cette technique est la plus ancienne; elle est apparue à la fin du XIX siècle lorsqu'on a mis en oeuvre pour la première fois une politique criminelle différentielle: afin de lutter contre la récidive on aggravait, d'une part, la peine des délinquants récidivistes et à l'égard des délinquants primaires on songeait, d'autre part, à atténuer les sanctions prononcées.

C'est ainsi que vit le jour l'institution de la condamnation conditionnelle qui permettait d'éviter à une certaine catégorie de délinquants d'avoir à exécuter la peine d'emprisonnement encourue.

Nous traiterons sous l'angle comparatif son domaine d'application et ses cas de révocation.

§ 1 — LE DOMAINE D'APPLICATION DU SURSIS

A) EN FRANCE

Le sursis à l'exécution d'une peine peut être ordonné en France par le tribunal au moment de la condamnation.

La technique du sursis fut proposée dans le projet Berenger de 1884 qui vint à être consacré législativement le 26 mars 1891.

Les rédacteurs du Code de procédure pénale avaient conçu le sursis de manière assez restrictive quant à son domaine d'application et de manière assez extensive quant à ses cas de révocation.

Les lois du 17 juillet 1970 et du 11 juillet 1975 ont rendu plus facile l'application du sursis en même temps qu'elles ont réduit son domaine de révocation.

Les articles 28, 29, 30 de la loi du 11 juillet 1975 ont ainsi modifié les articles 734-1, 735, 737 du C. P. P.

1.º — *Le nouvel article 734-1 al. 1^{er} du C. P. P.*

Dispose que «le sursis simple peut être ordonné lorsque le prévenu n'a pas été condamné au cours des cinq années précédant les faits pour crime, délit de droit commun, soit à une peine criminelle, soit à une peine d'emprisonnement supérieure à 2 mois...» (49).

Le texte ancien exigeait que le prévenu n'ait pas été «déjà condamné à une peine criminelle à une peine d'emprisonnement supérieure à 2 mois».

Ainsi, la loi nouvelle est plus libérale, plus douce, pourrait-on dire envers le condamné. Au bout de cinq ans elle aurait une «perte de mémoire» qui permettra un nouveau départ une remise à zéro.

Le boulet de la condamnation qui empêchait tout prononcé du sursis est ainsi allégé.

L'article 734-1 alinéa 3 prévoit même le prononcé possible d'un sursis partiel.

2.º — *Le sursis peut être appliqué*

À toutes peines d'emprisonnement ou d'amende prononcées pour crime ou délit aux condamnations prononcées pour contravention passible d'une peine supérieure à 10 jours d'emprisonnement ou à 1.200 Frs d'amende. (art. 734-1 al. 2 du C. P. P.).

3.º — *La durée du sursis simple*

Est fixée à 5 ans à compter de la condamnation.

B) AU PORTUGAL

La loi du 6 juin 1893 a introduit pour la première fois la «suspensão da execução da pena» dans l'ordre juridique portugais.

(49) Cf. G. LEVASSEUR, L. PETTITI, V. STANCIN au sujet des réponses à la violence Dalloz 1978 p. 205-209.

Puis, la réforme de 1954 modifie l'institution en étendant la suspension à l'amende et à la peine d'emprisonnement avec amende.

Dans le nouveau Code pénal, elle est prévue aux art. 48 à 52.

1° — *L'article 48 du nouveau Code pénal*

Le tribunal peut suspendre l'exécution d'une peine ⁽⁵⁰⁾ de prison de 3 ans au plus avec ou sans amende ainsi que la peine d'amende imposée au condamné qui n'a pas la possibilité de payer (art. 48 n° 1).

Le domaine de la suspension de l'exécution de la peine est ainsi plus restreint que celui du sursis en France, en ce qui concerne la durée de la peine encourue.

L'art. 48 n° 3 du Code pénal exige que la décision de condamnation spécifie les motifs de la suspension.

Par ailleurs, la loi fixe les grandes lignes d'orientation qui amèneront le tribunal à utiliser la mesure.

La suspension sera décrétée si le tribunal en tenant compte de la personnalité de l'agent, de ses conditions de vie, de sa conduite antérieure et postérieure au fait punissable et aux circonstances de celui-ci, considère que la simple censure du fait et la menace de la peine seront suffisantes pour écarter le délinquant de la criminalité et pour satisfaire les nécessités de réprobation et de prévention du crime. (Art. 48 n° 2).

L'état de récidive ne constitue pas dans le nouveau Code pénal un obstacle à l'application de la suspension de la peine.

Il n'est fait aucune référence au passé judiciaire du condamné contrairement à l'art. 734-1 al. 2 du C. P. P. français.

Le législateur portugais a voulu que même si le délinquant avait déjà été condamné auparavant à une peine de prison, le tribunal puisse lui appliquer la suspension en dehors de tout critère légal restrictif. Le juge doit pouvoir l'envisager en égard à la personnalité de l'agent et aux circonstances de la nouvelle infraction.

⁽⁵⁰⁾ La même appellation est utilisée en droit français (art. 720-1 du C. P. P.) mais recouvre une technique différente. Il ne s'agit pas d'une suspension conditionnelle mais d'une *suspension provisoire* pour motif grave d'ordre médical, familial ou professionnel pendant un certain délai au bout duquel la peine privative de liberté sera exécutée.

2º — *La durée de la suspension*

Elle n'est pas fixe comme en droit français mais varie entre 1 an et 5 ans.

Le choix d'un délai de suspension variable s'explique à notre sens par des considérations propres au droit portugais et à l'esprit du nouveau Code pénal. En effet, si la France a choisi un système de délai fixe de 5 ans c'est certainement en considération de la prescription des délits. Or, ce parallélisme ne se retrouve pas en droit portugais, puisque bien que connaissant des délais de prescription fixes, on a préféré un système de délai variable pour la suspension de l'exécution de la peine.

Une fois de plus c'est le souci d'individualisation de la sanction qui prime.

3º — *L'article 49 du nouveau Code pénal*

(devoirs qui peuvent conditionner la suspension)

Une autre originalité de l'institution portugaise est qu'elle peut être subordonnée à l'accomplissement de certains devoirs destinés à réparer le mal causé par le crime ou à faciliter la réadaptation sociale du délinquant (art. 49 n.º 1).

Cependant, ces devoirs ne constituent pas un équivalent du sursis avec mise à l'épreuve français étant donné qu'ils ne sont pas soumis de part la loi au contrôle obligatoire d'une assistance sociale spécialisée.

D'après Luigi DAGA ⁽⁵¹⁾ «il s'agit en fait d'une forme de transition entre le sursis simple confié aux forces individuelles du sujet et le sursis avec mise à l'épreuve bien plus utile du point de vue du traitement et de la réduction».

D'après l'article 49 n.º 1 du Code pénal, les devoirs qui peuvent conditionner la suspension de l'exécution de la peine sont les suivantes:

- payer dans un certain délai une indemnisation à la victime ou lui en garantir le paiement par le biais d'une caution appropriée,
- donner à la victime une satisfaction adéquate,
- payer à l'Etat une certaine somme sans toutefois atteindre la limite maximum établie pour le montant de la peine d'amende.

(51) Voir l'article de Luigi DAGA «différentes formules légales visant à remplacer la privation de liberté dans les systèmes juridiques européens».

In Rev. Int. de Cie et de pol. tech. avril, juin 1984 p. 189.

L'article 49 n.º 2 prévoit des limites à ces devoirs et des garanties sont également accordées au condamné; le tribunal ne peut exiger du condamné aucune action vexatoire, ni lui imposer un quelconque devoir contraire aux bonnes moeurs ou susceptible d'offenser sa dignité personnelle.

Par ailleurs, ces obligations peuvent être modifiées jusqu'au terme du délai prévu pour la suspension par le tribunal de la condamnation. Le législateur portugais a ainsi créé un régime malléable ayant en vue la réinsertion sociale du délinquant, un souci d'individualisation et d'humanisation de la sanction.

La nature juridique de la suspension de l'exécution de la peine a fait l'objet de discussion dans la doctrine portugaise. Est-ce une peine autonome, une mesure de sûreté ou bien une mesure dotée de caractéristiques propres?

Dans le projet initial de 1963 et dans les débats de la commission de révision on a insisté sur le fait qu'on voulait faire de la suspension de l'exécution de la peine une véritable peine et plus précisément une peine principale.

Dans le nouveau Code pénal, la suspension figure au chapitre des peines principales, c'est sans doute cette considération qui a fait que le droit portugais ne permette pas, comme en droit français, la possibilité d'un sursis partiel.

Des divergences ont été observées dans le domaine d'application du sursis dans les deux pays. Vont-elles se retrouver au niveau de la révocation du sursis?

§ 2 — CAS DE REVOCATION DU SURSIS

A) AU FRANCE

L'article 737 du C. P. P. recommande aux présidents des cours et tribunaux de faire comprendre le sens du sursis au condamné. Celui-ci doit savoir que cette mesure joue le rôle «de l'épée de Damoclès suspendue au dessus de la tête du coupable: elle ne tombe qu'en cas d'une nouvelle infraction» (52). En effet, le sursis peut être révoqué. Le condamné peut être amené à accomplir sa peine.

1º — *La révocation est encourue*

Lorsque l'invididu a été à nouveau condamné dans les 5 ans à compter de la condamnation assortie du sursis: ⁽⁵³⁾

- pour crime ou délit de droit commun,
- à une peine correctionnelle quelconque sans sursis, (art. 735 al. 1^{er} C. P. P.).

Ainsi la révocation est encourue, non seulement par une nouvelle condamnation à l'emprisonnement, mais aussi à l'amende voire à un substitut à l'emprisonnement au sens des art. 43.1 et 5 du Code pénal.

2º — *La révocation n'a plus son caractère automatique cependant*

Depuis la loi nouvelle, le juge peut en effet faire échec à l'automatisme de la révocation (art. 735 al. 2 du C. P. P.).

Lorsqu'il prononce la condamnation, le tribunal «peut par décision spéciale et motivée dire que les condamnations qu'il prononce n'entraîne pas la révocation du sursis antérieurement prononcé, ou n'entraîne que la révocation partielle du sursis antérieurement accordé...».

Si le tribunal n'a pas statué expressément sur la dispense de révocation, le condamné peut en réclamer ultérieurement le bénéfice en usant de la procédure prévue en matière de relèvement. ⁽⁵⁴⁾.

B) AU PORTUGAL

De même qu'en France, le régime de la suspension de l'exécution de la peine s'est assoupli. Lorsque le condamné commette de nouvelles infractions

⁽⁵²⁾ Thèse de Mr D. SALAHY «les substituts et les modalités nouvelles d'exécution des peines privatives de liberté» Bordeaux I, 24 septembre 1984.

⁽⁵³⁾ Cf. chronique de Mr Jean LARQUIER sur les formes de la révocation du sursis simple R S C 1980 p. 119.

⁽⁵⁴⁾ Art. 735 al. 2 et 703 C. P. P. art. 55-1 al. 2 C. P.

pendant la période de suspension la révocation n'est pas automatiquement encourue.

Il convient de distinguer plusieurs hypothèses. Le juge peut d'abord envisager des sanctions autres que la révocation.

Par ailleurs, il existe des cas de révocation «*ope judicis*» facultative pour le tribunal et des cas de révocation «*ipso jure*» qui est alors obligatoire pour le juge.

1° — *Sanctions autres que la révocation*

Lorsque le condamné n'accomplit plus les devoirs imposés dans la sentence ou s'il est puni pour un autre crime, le tribunal peut envisager les sanctions suivantes, d'après l'article 50 du Code pénal:

- prononcer un avertissement solennel,
- lui exiger garantie de l'exécution des devoirs imposés,
- proroger la période de suspension jusqu'à la moitié du délai initialement fixé, sans que cette prorogation soit inférieure à un an.

Dans ce dernier cas, cette nouvelle suspension constitue une autre opportunité donnée au condamné pour affirmer «sa bonne conduite», conduite qui aurait été perturbée par des facteurs occasionnels.

Abordons maintenant les cas de révocation proprement dite.

2° — *Revocation proprement dite*

Le droit français ne connaît que des cas de révocation «*ope judicis*». Le Code pénal portugais prévoit la révocation facultative ou de plein droit.

- *Révocation «ope judicis»* (article 50.d) du Code pénal
C'est une faculté offerte au juge toutes les fois que la suspension s'avère inadéquate, ceci s'étant vérifié par la pratique d'un crime durant la période de suspension ou par le défaut d'accomplissement des devoirs imposés. Le tribunal en révoquant la suspension, ordonnera alors l'exécution de la peine initialement prévue.
- *révocation «ipso jure»* (article 51 du Code Pénal)

La révocation est cette fois-ci obligatoire, chaque fois que durant la période de suspension, le condamné commet un crime dolosif ⁽⁵⁵⁾ pour lequel il vient à être puni d'une peine de prison.

Il convient ici de rappeler que l'article 13 du Code pénal de 1982 dispose: «seul est punissable le fait pratiqué avec dol ou aux cas spécialement prévus par la loi avec négligence».

On peut se poser la question de savoir si une nouvelle condamnation assortie d'une suspension de l'exécution de la peine entraîne une révocation «ipso jure». A notre sens, il semblerait que non, étant donné que la suspension de l'exécution de la peine est considérée en droit portugais comme une peine principale.

L'article 51 du Code pénal parle de crime dolosif qui vient d'être puni d'une peine de prison. Par contre, si la décision de condamnation prévoit que la peine de prison sera exécutée en régime de semi-détention ou d'arrêts de fin de semaine, c'est un cas de révocation «ipso jure».

L'effet de la révocation est nécessairement l'accomplissement de la peine dont l'exécution avait été suspendue, sans qu'il soit possible d'altérer le contenu de la condamnation.

Contrairement au droit français une révocation partielle ne peut être prononcée par le juge, ni une dispense de révocation spécialement motivée.

Si la suspension de l'exécution de la peine n'a pas été révoquée pendant le délai de suspension, la peine sera alors considérée comme éteinte. (art. 52 du Code pénal).

Nous avons précédemment observé qu'en droit portugais, la suspension de la peine peut être conditionnée par des devoirs: nous avons cependant envisagé cette situation dans le cadre du sursis simple étant donné que par ailleurs, à côté de la suspension de l'exécution de la peine, le Code pénal prévoit un régime de mise à l'épreuve.

⁽⁵⁵⁾ Une condamnation pour crime par négligence commis durant la période de suspension pourra déterminer une révocation «ope judicis» uniquement.

SECTION II — LE SURSIS AVEC MISE A L'EPREUVE ET LA PROBATION

Le sursis avec mise à l'épreuve est l'adaptation continentale du système de probation anglo-saxon. La probation est entrée dans la législation pénale des Etats-Unis à partir de l'année 1878.

En 1907, le «probation of offenders act» introduisit cette mesure au Royaume-Uni donnant aux tribunaux la possibilité de s'abstenir de la condamnation et de rendre un «probation order» par lequel l'intéressé était confié avec son consentement à un «probation officer».

Il s'agit avec la probation d'ajourner le prononcé de la peine et de soumettre le condamné à certaines obligations sous le contrôle d'un agent de probation.

Le sursis avec mise à l'épreuve combine la technique de la condamnation conditionnelle et de la probation. La France connaît ce dernier système depuis 1958.

Au Portugal, le nouveau Code pénal vient d'introduire dans l'ordre juridique un système de probation pure.

Nous envisagerons, en premier lieu, la technique du sursis avec mise à l'épreuve telle que la connaît la France pour ensuite nous pencher sur l'institution portugaise.

§ 1 — LE SURSIS AVEC MISE A L'EPREUVE EN FRANCE

Pendant longtemps, on a exclu la probation de la législation française.

Ce n'est qu'en 1958 qu'elle fait son entrée sous le nom de «sursis avec mise à l'épreuve» ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ Pour une étude détaillée cf. J. FAGET «la probation et le contrôle judiciaire: la justice buissonnière».

Thèse d'Etat Université de Bordeaux I.

L'élaboration de cette loi fut retardée par l'opposition de nombreux juristes qui croyaient que «cette mesure mettait en péril les structures du Droit Pénal classique». ⁽⁵⁷⁾.

Cependant, on ne peut pas dire que notre droit n'utilisait pas le traitement en milieu ouvert dès avant 1958.

Ainsi, c'est la loi de 1912 qui consacra le principe de la liberté surveillée pour les mineurs ⁽⁵⁸⁾. Mais dès 1883, est créée en France «la société pour le patronage des jeunes libérés du Département de la Seine».

L'homme le plus célèbre qui consacra sa vie à la petite délinquance fut Henri ROLLET. En 1887, il fonda le «sauvetage de l'enfance», puis le «patronage de l'enfance et de l'adolescence». C'est grâce à des hommes comme lui que l'on se rendit compte des lacunes de notre droit.

C'est alors que la jurisprudence perd le relais et va plus vite que la législation.

A ce moment là «la vie est ouvert à des réformes hardies» selon les termes de Mr Jacques FAGET ⁽⁵⁹⁾, sous l'inspiration du droit américain.

Finalement, en 1957, l'Assemblée Nationale adopta le projet de loi sur le sursis avec mise à l'épreuve. Le gouvernement de la Ve République usant de sa possibilité de légiférer dans le Code de procédure pénale ce qu'il avait intitulé «le sursis avec mise à l'épreuve».

Par la suite, deux autres lois vont intervenir.

La loi du 17 juillet 1970 (n.º 70.643) qui va ouvrir un peu le système aux récidivistes qu'ils aient été condamnés à une peine d'au moins 1 an de prison ou qu'ils aient déjà bénéficié d'un sursis avec mise à l'épreuve.

Le juge dispose alors du pouvoir de limiter le sursis probatoire à une partie de la peine.

Les articles 31 à 35 de la loi du 11 juillet 1975 ont libéralisé sensiblement les conditions d'octroi et le régime du sursis avec mise à l'épreuve en vue de toute évidence, de provoquer une utilisation plus fréquente de ce substitut aux courtes peines d'emprisonnement.

⁽⁵⁷⁾ L. PONS «la probation en France» Rev. de droit pénal et de Cie 1969 p. 647.

⁽⁵⁸⁾ Philippe ROBERT, Traité du Droit des Mineurs, Paris, Cujas 1969.

⁽⁵⁹⁾ Op. cit.

A — LE MECANISME DU SURSIS AVEC MISE A L'EPREUVE

1. Le *principe* du sursis avec mise à l'épreuve a été posé en des termes précis par Mr FAGET «... permet à un condamné coupable de bénéficier du sursis à l'exécution de sa peine a la condition de se soumettre à une période d'épreuve au cours de laquelle ... le J A P contrôlera sa réinsertion et pourra pour la faciliter lui imposer un certain nombre d'obligations...». Le délai d'épreuve est fixé par le tribunal. Il ne peut être inférieur à 3 ans ni supérieur à 5 ans. (art. 738 al. 2 C. P. P.). Le sursis avec mise à l'épreuve peut être utilisé pour tous les délinquants primaires ou récidivistes.

Tout prévenu peut bénéficier du sursis avec mise à l'épreuve quelque soit son passé pénal.

En outre, le juge peut ordonner l'exécution provisoire des obligations que comporte le sursis probatoire. (ar. 738 al. 1^{er} C. P. P.).

Ainsi, au contrôle judiciaire qui peut se prolonger jusqu'à la comparution du prévenu devant le tribunal (art. 719 al. 3 C. P. P.) se succédera sans interruption un sursis probatoire décidé par ce tribunal.

2. *Quant aux obligations imposées*

Celles-ci sont prévues «par la décision de condamnation, soit par une décision que peut à tout moment prendre le juge de l'application des peines» (art. 739 du Code de procédure pénale.)

On peut citer:

- faire face à ses charges et pensions (art. 58-4^e C. P. P.).
- obligation de travailler (art. 58-1^e),
- se soumettre à un traitement (art. 58-3^e),
- avoir une résidence (art. 58-2^e),
- réparer les dommages causés par l'infraction (art. 58-5)
- ne pas conduire certains véhicules (art. 59-1^{er} C. P. P.)
- ne pas fréquenter certains lieux (art. 59-2^{er}),
- ne pas engager de Paris (art. 59-3^{er}),
- s'abstenir de tous excès de boissons alcoolisées (art. 59-4^{er}),

- ne pas fréquenter certains condamnés (art. 59-5^{er}),
- ne pas héberger certaines personnes (art. 59-6^{er}).

Mais si on impose de telles obligations, on va devoir faire intervenir un service chargé de surveiller le respect de celles-ci.

En fait, le mécanisme du sursis avec mise à l'épreuve est un rouage à deux roues: le juge d'application des peines et le comité de probation.

3. *Les rouages du mécanisme*

a) *Le juge de l'application des peines*

L'institution du juge de l'application des peines a été calquée sur celle du juge de l'exécution des peines portugais. ⁽⁶⁰⁾

Il est l'homme orchestre de la répression pénale. Magistrat du siège, le J. A. P. est né avec l'art. 721 du C. P. P. de 1958.

Selon l'art. 722 du C. P. P. (loi du 22 nov. 1978). le J. A. P. auprès de chaque établissement pénitentiaire «détermine pour chaque condamné les principales modalités du traitement pénitentiaire...»

En fait, le J. A. P. a un large pouvoir: accorder les placements à l'extérieur, la semi-liberté, les réductions, fractionnements et suspension de peine, autorisation de sortie sous escorte ...

Selon l'article R. 53 C. P. P., le J. A. P. contrôle l'exécution des mesures et des obligations relatives au régime de la mise à l'épreuve. Il coordonne l'activité des agents de probation, désigne un délégué de probation pour la mise en charge de chaque condamné, lui donner les directives nécessaires ...

Le J. A. P. est assisté dans le cadre du sursis probatoire par une organisation: le Comité de probation ⁽⁶¹⁾.

b) *Le comité de probation*

L'article D. 546 C. P. P. prévoit l'institution d'un comité de probation et d'assistance aux libérés auprès de chaque tribunal de Grande Instance.

⁽⁶⁰⁾ P. CANNAT «la genèse du J. A. P.» revue pénitent. 1967 p. 21.

⁽⁶¹⁾ La probation et le contrôle judiciaire: la justice buissonnière J. FAGET op. cit.

Ce comité a pour tâche d'aider le J. A. P. dans sa mission de contrôle, de surveillance et d'assistance envers les probationnaires.

Pratiquement, c'est le comité de probation qui gère les dossiers des délinquants en probation.

Notons qu'en Suède ce sont les agents du comité de probation qui procèdent à une enquête sociale, ainsi que dans le système anglo-saxon ⁽⁶²⁾ et aux Pays-Bas.

En France, en matière correctionnelle les enquêtes de personnalité sont rares, le dossier de personnalité inexistant ou réduit au casier judiciaire ⁽⁶³⁾.

L'article 81 al. 5 C. P. P. au juge d'instance de procéder ou de faire procéder à une enquête sur la personnalité des inculpés ainsi que sur leur situation matérielle familiale ou sociale... Toutefois, en matière de délit cette enquête est facultative.

Ainsi dans la quasi totalité des cas, un examen de personnalité des condamnés n'est pas effectué surtout quand l'incarcération doit être brève.

Cette situation est à l'encontre de la résolution n° 675 du Conseil de l'Europe qui exige des recherches sur la personnalité du délinquant avant et après exécution de la mesure...

4. *Dans le cadre de l'avant-projet du Code pénal*

Un changement dans le mécanisme du sursis avec mise à l'épreuve se dessine.

Comme nous l'avons souligné, en France le sursis probatoire est accordé à l'exécution de la peine.

Dans le système anglo-saxon, celui-ci est prévu pour le prononcé de la peine. Le juge anglais ne fixe la peine que si la probation se solde par un échec.

⁽⁶²⁾ Cf. J. VERIN. A la recherche de vrais substituts à l'emprisonnement: le day-training centre anglais R S C 1982 p. 399.

B. ZACARIS «la réforme pénale en Suède» revue pénitent. 1976 II^e partie p. 503-505.

L. HULSMAN. L'évolution de la peine d'emprisonnement aux Pays-Bas p. 805 revue Droit Pénal 76-77.

⁽⁶³⁾ Cf. notre étude II^e partie.

Le tribunal a alors suffisamment connaissance de la personnalité de celui pour lequel il va prononcer un emprisonnement.

L'avant projet du Codep pénal semble se diriger vers un système de ce type: le magistrat pourra soit prononcer une dispense de peine, un ajournement simple ou un ajournement avec mise à l'épreuve ⁽⁶⁴⁾.

Ainsi, on assiste à une étendue de la probation.

L'avenir nous dira si cette optique sera conservée.

B — LA REVOCATION DU SURSIS PROBATOIRE

L'article 33 de la loi de 1975 abroge l'article 744.3 du C. P. P. relatif à la révocation du sursis.

Quand le sursis probatoire est-il soumis à la révocation? en cas de méconnaissance des modalités d'épreuve ou en cas de nouvelle condamnation?

1. *En cas de méconnaissance des modalités d'épreuve.*

L'article 742 du C. P. P. confirme la faculté pour le tribunal de prolonger le délai d'épreuve.

D'autre part, les articles 742.1 à 742.3 accordent au tribunal le pouvoir d'ordonner une exécution partielle voire totale de la peine, ce qui équivaut alors à une révocation du sursis probatoire.

2. *En cas d'une nouvelle condamnation* la loi de 1975 apporte une importante modification.

Désormais, le tribunal a toujours le choix entre:

- la révocation qui devient dans tous les cas facultative et judiciaire (art. 744.3 al. 1^{er} C. P. P.), même si une 1^{ère} condamnation avait déjà été prononcée avec sursis probatoire (art. 744.3 al. 2 C. P. P.).
- la prolongation du délai d'épreuve (art. 742 C. P. P.).

⁽⁶⁴⁾ Avant projet du Code pénal. Livre I Dispositions générales Juillet 1976. Ministère de la Justice.

3. *Ainsi la révocation totale* ou partielle suppose une décision particulière de la juridiction.

Le silence des juges a un effet contraire dans le cas du sursis simple et du sursis avec mise à l'épreuve.

Dans le cadre du sursis simple, il vaut révocation sous réserve pour le condamné de demander ultérieurement la dispense de révocation comme nous l'avons indiqué précédemment.

Ainsi, la loi de 1975 accroît le pouvoir du juge dans le sens d'une meilleure individualisation de la sanction pénale. ⁽⁶⁵⁾.

2 — LA PROBATION EN DROIT PORTUGAIS

Les articles 53 à 58 du nouveau Code pénal prévoient le «régime de prova», peine principale et autonome de la suspension de l'exécution de la peine.

Il convient dans l'étude de l'institution d'envisager successivement son mécanisme et ses cas de révocation.

A — LE MECANISME DE LA PROBATION

1. *Principe et conditions d'application*

Le «régime de prova» se distingue de la suspension de l'exécution par l'absence du prononcé de la peine, l'existence d'un plan de réadaptation sociale et en dernier lieu par la sujétion du délinquant à la vigilance et au contrôle d'une assistance sociale spécialisée.

La probation dure, en principe, de 1 à 5 ans (art. 53 du Code Pénal). Une prorogation jusqu'à 5 ans est possible.

Peine principale, contrairement au droit français en ce qui concerne le sursis avec mise à l'épreuve, elle ne peut être partielle.

Les conditions d'application de la probation sont les suivantes d'après l'article 53 n.º 1 du Code Pénal:

(65) Cf. pour compléments: rapport fait au nom de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale par Mr GERBET (n.º 1616) p. 46.

G. MARC Suggestion pour l'extension de la mise à l'épreuve R. S. C. 1968 p.800.

- le crime doit encourir une peine de prison de 3 ans au plus avec ou sans amende,
- la suspension de l'exécution de la peine ne doit pas s'avérer adéquate pour la récupération sociale du délinquant,
- il y a lieu de croire, eu égard à la personnalité de l'agent, à ses conditions de vie, à sa conduite antérieure et postérieure, au fait reproché et aux circonstances de celui que par ce moyen il puisse être détourné de la criminalité,
- les nécessités de réprobation et de prévention ne s'y opposent pas.

Par ailleurs, le tribunal peut également envisager le régime de la probation en cas d'atténuation spéciale de la peine (art. 74 n.º 2 du Code pénal). Dans cette hypothèse, la décision doit alors déterminer la peine encourue, lui fixant son maximum abstrait pour donner ainsi un fondement à la possibilité d'application de la probation au cas (voir l'art. 31 n.º 4 du décret-loi n.º 402/82 du 23 septembre 1982).

2. Quant aux devoirs imposés

Les devoirs qui peuvent être imposés au condamné sont énumérés à l'article 54 n.º 2 du Code pénal. En plus, les devoirs visés à l'article 49 n.º 1 (suspension de l'exécution de la peine) le tribunal peut imposer au condamné les devoirs suivants:

- a) — ne pas exercer des professions déterminées,
- b) — ne pas fréquenter certains milieux, ou endroits,
- c) — ne pas résider dans certains endroits ou régions,
- d) — ne pas accompagner, loger ou recevoir des personnes suspectées de mauvaise conduite,
- e) — ne pas fréquenter certaines associations ou ne pas participer à des réunions déterminées,
- f) — ne pas avoir en sa possession des objets susceptibles de faciliter la pratique d'un autre crime,
- g) — n'importe quel autre comportement qui intéresse le plan de réhabilitation sociale du délinquant ou l'amélioration de son sentiment de responsabilité.

Le tribunal peut, en outre, décider un internement jusqu'à 2 mois dans des institutions adéquates et imposer au condamné le devoir de se porter garant de sa bonne conduite ou de se présenter périodiquement devant un tribunal ou devant d'autres entités non policières.

3. *Les rouages du mécanisme*

a) *Le plan de réadaptation sociale*

L'article 31 n.º 1 et 2 du décret-loi n.º 402/82, fixe le contenu de la décision: elle doit mentionner la durée du régime, les devoirs qui sont imposés et le plan individuel de réadaptation sociale quand toutefois le tribunal se trouve habilité à l'organiser au moment de la sentence.

Le plan individuel de réadaptation sociale est la clé de voûte du régime de «prova».

Il faut noter que le droit portugais n'exige pas expressément, comme dans le système britannique, l'adhésion du sujet au plan de réadaptation. D'après Mr MAIA GONÇALVES la nécessité absolue de cet accord pourrait paralyser cette réaction pénale. ⁽⁶⁶⁾.

Ce plan de réadaptation fait partie intégrante de la décision de condamnation. Mais en réalité, il peut être, soit contenu dans la décision qui soumet le sujet au régime de probation ou homologué par la suite.

Dans cette dernière hypothèse, d'après l'art. 32 n.º 2 du décret-loi n.º 402/82, c'est un des agents de l'institut de réinsertion sociale qui va l'élaborer.

b) — *L'institut de réinsertion sociale*

Il joue ici le rôle du comité de probation en France: il est chargé de contrôler la mesure et d'oeuvrer dans le sens de la réinsertion du délinquant dans la société (voir l'art. 31 n.º 4 et 5 du décret-loi n.º 402/82).

La décision soumettant le sujet au régime de probation lui est obligatoirement communiquée (art. 32 n.º 1 du décret-loi n.º 402/82) et, si elle ne contient pas le plan de réadaptation individuelle, le «técnico social» contactera

⁽⁶⁶⁾ Voir l'annotation de Mr MAIA GONÇALVES sous l'art. 54 du Code Pénal «Código Penal Português anotado e comentado» 1984 — 2.^a edição — Almedina — Coimbra.

l'intéressé et organisera ce plan dans un délai de 15 jours à l'expiration duquel il sera soumis à l'homologation du tribunal.

Cette homologation par le tribunal est imposée par la Constitution, étant donné que les devoirs auxquels est assujéti le condamné correspondent à une limitation de sa liberté personnelle. ⁽⁶⁷⁾.

Le plan de réadaptation sociale peut également être altéré en cours d'exécution (art. 32 n.º 3 du décret-loi n.º 402/82).

Cette possibilité de remaniement du plan correspond à l'idée qu'il doit s'adapter le plus possible au délinquant et aux circonstances postérieures susceptibles d'intervenir.

Cette altération est possible à tout moment par le tribunal officieusement ou d'après les requisitions du Ministère Public sur proposition de l'Institut de Réinsertion Sociale.

L'intéressé doit avoir été avisé des altérations, bien que son consentement ne soit pas expressément exigé.

B — LA REVOCATION DE LA PROBATION

Trimestriellement ou lorsque survient une anomalie dans l'exécution du plan de réadaptation l'Institut communique un rapport au tribunal.

Le tribunal peut selon les hypothèses, soit révoquer le régime de probation, soit prononcer d'autres sanctions.

1. *Les sanctions autres que la révocation*

Lorsque le délinquant fautivement n'accomplit plus les devoirs prévus, ou lorsqu'il ne correspond pas au plan de réadaptation sociale, le tribunal peut, soit prononcer un avertissement solennel, soit proroger le délai de probation jusqu'à 5 ans.

2. *Les cas de révocation proprement dite*

Tout comme pour la suspension de l'exécution de la peine il existe une révocation «ope judicis» et une révocation «ipso jure».

⁽⁶⁷⁾ Voir l'article 27 n.º 2 de la Constitution de la République portugaise de 1976, «Nul ne peut être totalement ou partiellement privé de liberté si ce n'est en conséquence d'une sentence judiciaire de condamnation».

a) *Révocation «ope judicis»*

C'est une des conséquences du non accomplissement des devoirs prévus à l'article 56 du Code pénal.

Cette révocation est une faculté pour le tribunal.

b) *Révocation «ipso jure»* (article 57 du Code pénal).

Le régime de probation sera obligatoirement révoqué chaque fois que l'intéressé commet un crime dolosif pour lequel il vient à être puni d'une peine de prison. ⁽⁶⁸⁾

c) *Les effets de la révocation*

La révocation de la probation va se traduire par la continuation du procès dont la fixation de la peine avait été ajournée.

Les éléments pour cette fixation se trouvaient déjà réunis dans le dossier.

Il sera procédé à un jugement contradictoire susceptible de voies de recours. D'après Mr MAIA GONÇALVES, ce recours serait suspensif, ce qui pose des problèmes pratiques. ⁽⁶⁹⁾

Le délinquant ne pourra pas être à nouveau soumis à une suspension de l'exécution de la peine. (art. 36 n.º 4 du décret-loi n.º 402/82.)

Lorsque la mesure n'aura pas été révoquée, à l'expiration du délai de probation, la peine est considérée comme éteinte. (art. 58 du Code pénal.)

Sursis simple ou avec mise à l'épreuve et probation se distinguent des autres alternatives par la fonction qui est attribuée à l'emprisonnement: celle d'épée de Damoclès qui pèse sur le prévenu, «l'oeil de Dieu» poursuit ainsi Caën après le meurtre d'Abel. La prison est évitée provisoirement, conditionnellement; ce n'est qu'en cas de résultat positif du «traitement» que ces mesures remplaceront définitivement la détention.

Mais d'autres alternatives peuvent encore être accordées au juge, dans l'exécution de la peine privative de liberté.

⁽⁶⁸⁾ Pour ce qui faut entendre par peine de prison, voir les développements sur la suspension de l'exécution de la peine.

⁽⁶⁹⁾ Voir l'annotation de Mr MAIA GONÇALVES n.º 3 sous l'article 57 du Code Pénal.

La peine de prison a été prononcée, mais cette fois-ci son exécution n'est pas conditionnellement suspendue par le juge, elle est aménagée de telle façon que les effets nocifs si souvent dénoncés de l'incarcération soient écartés.

Abordons ces aménagements ne remettant pas en cause l'existence même de la prison mais ses modalités d'exécution.

CHAPITRE II LES MESURES AMENAGEANT LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE

Les mesures aménageant la peine privative de liberté dans le cadre de l'alternative ...! Certes, la terminologie est à expliquer. Le fractionnement de la peine privative de liberté, la semi-liberté ne représentent-ils pas la possibilité offerte au juge de ne pas recourir à un emprisonnement dont la rigueur et la nocivité ne sont pas toujours adéquates?
offerte au juge de ne pas recourir à un emprisonnement dont la rigueur et la nocivité ne sont pas toujours adéquates?

L'alternative est ouverte.

Mas ces types de mesure n'aménagent-ils pas l'exécution de la peine privative de liberté? sans aucun doute.

Le sujet de notre étude ayant été conçu de manières très souple, nous avons décidé qu'à partir du moment où l'emprisonnement est évité de manière totale ou partielle dès la prise décision du juge, la mesure prononcée serait analysée. Ainsi, le magistrat est face à un choix: soit la condamnation à une peine privative de liberté, soit la condamnation qui laisse au détenu la porte de la prison entrebaillée.

La prison n'est plus ici écartée ab initio et elle n'apparaît pas comme une menace. Elle est une réalité. Réalité, certes moins effrayante puisqu'il est question d'éviter les inconvénients inhérents à l'emprisonnement. C'est la faveur de Dieu.

Nous étudierons successivement deux modalités de cet emprisonnement discontinu: le fractionnement de la peine privative de liberté et la semi-liberté.

SECTION I — LE FRACTIONNEMENT DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE

Le fractionnement de la peine privative de liberté, autrement dénommé «arrêts de fin de semaine» est utilisé dans la plupart des pays européens, mais sous des techniques très diverses.

Le but est ici d'éviter la désocialisation du prévenu en le maintenant dans son univers socio-professionnel et familial. C'est une mesure qui crée un régime intermédiaire entre l'incarcération continue et le traitement en milieu ouvert.

La législation française envisage cette mesure de façon exceptionnelle. Le nouveau Code Pénal portugais le prévoit en tant que peine autonome.

§ 1 — LE FRACTIONNEMENT DE LA PEINE PRIVATIVE EN FRANCE

On va tout d'abord étudier l'origine de cette mesure avant d'en préciser les modalités.

A — ORIGINE

La porte de la prison est entrebâillée car le condamné va pouvoir être hors des limites de la prison sous certaines conditions. ⁽⁷⁰⁾.

L'origine de cette mesure se trouve dans les dispositions pénales consacrées aux mineurs délinquants en Allemagne d'avant-guerre. L'ordonnance du 4 octobre 1939 leur permettait selon le système appelé «jugendarrest.» ⁽⁷¹⁾, de passer que les congés de fin de semaine en prison.

⁽⁷⁰⁾ Nous n'étudierons pas la suspension de la peine privative de liberté, qui n'aménage pas la peine, mais l'interrompt provisoirement.

⁽⁷¹⁾ R. SCHMELCK et G. PICCA. Pénologie et droit pénitentiaire Paris. Cryas 1967 p. 219.

Ce système fut adopté par la Belgique en 1963.

Ainsi, cette mesure en Belgique et en Allemagne est connue sous le nom «d'arrêts de fin de semaine».

Conformément aux recommandations du Conseil de l'Europe du 22 janvier 1965, le législateur français a prévu quelques aménagements ainsi que quelques innovations avec la loi du 12 juillet 1975.

Celle-ci dans son article 37 introduit le nouveau texte de l'article 720-1 C. P. P. concernant le fractionnement des peines privatives de liberté.

B — MODALITES

1. Selon l'article 720-1 C. P. P. «l'exécution d'une peine correctionnelle ou de police peut être ... fractionnée pour motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social ...» La décision est prise après avis de l'avocat de l'inculpé et du Ministère Public, par le juge de l'application des peines dans le ressort duquel il est détenu.

Celui-ci fixe les jours et heures de détention et en cas de «violation de ces prescriptions peut décider par ordonnance motivée l'incarcération du condamné en attendant la décision du tribunal tenu de statuer dans les huit jours.»

2. Depuis la loi du 22 novembre 1978 sur la «période de sûreté», les condamnés dont la peine d'emprisonnement est assortie à cette mesure ne peuvent profiter du fractionnement des peines qu'après la fin de la période de sûreté (art. 720.2)

Cet article n'est pas applicable aux mineurs. (art. 720.3).

§ 2 — LES ARRETS DE FIN DE SEMAINE AU PORTUGAL

L'article 44 du Code de 1982 prévoit la «prisão por dias livres». Cet article a pour origine l'article 50 du projet de révision du Code pénal de 1963.

Son domaine d'application est réservé aux courtes peines d'emprisonnement et est ainsi bien plus restreint qu'en France.

Cependant, contrairement au fractionnement en droit français, c'est une peine autonome ayant des conditions d'application moins restrictives. La technique est applicable aux peines de prison ne dépassant pas trois mois, ne pouvant pas être substituées par l'amende lorsque, en égard à la personnalité de

l'agent, à sa conduite antérieure et postérieure au crime reproché et aux circonstances de celui-ci, il y a lieu de conclure que la peine de «prisão por dias livres» est susceptible de le réprover et de l'écarter de la criminalité. (art. 44 n° 1 du Code pénal.)

Elle consiste en une privation de liberté par périodes correspondant aux fins de semaine dans la limite de 15 périodes. Chaque période est comprise entre 36 heures et 48 heures équivalant à 4 jours de prison continue.

Les jours fériés qui devancent ou suivent immédiatement les fins de semaine pourront être utilisés sans que la durée maximum établie pour chaque période ne soit dépassée.

Dans le projet initial de 1963, il était prévu que ces périodes pouvaient être fixées en dehors des fins de semaine en considération des cas particuliers comme ceux des sportifs, artistes et autres... Cette possibilité fut par la suite abandonnée avec l'introduction du régime de semi-détention.

Par ailleurs, l'article 24 n° 2 du décret-loi n° 402/82 du 23 septembre 1982, envisage la possibilité d'un ajournement de l'exécution initiale des arrêts de fin de semaine pour des motifs de santé du condamné, professionnels ou familiaux; cette suspension ne peut être supérieure à 3 mois.

Notons ici la parenté qu'il existe entre le droit portugais et l'article 720.1 du C. P. P. français. Mais les techniques sont bien différentes.

Tout d'abord, en droit portugais, cette suspension ne concerne que les arrêts de fins de semaine et la semi-détention. A l'inverse, en droit français, il s'agit d'une modalité applicable à toute peine d'emprisonnement correctionnelle ou de police.

De plus, la condition tenant à la gravité des motifs d'ordre médical, familial, professionnel ou social beaucoup plus restrictive est exigée pour l'application même du fractionnement.

Il convient de souligner, pour terminer, que les arrêts de fin de semaine au Portugal sont soumis à un régime sévère de détention de type philadelpheien (circulaire n° 5/83/DCSEPMS-3 du Ministère de la Justice en date du 25 février 1983.)

Le fractionnement de la peine privative de liberté est une alternative qui présente une valeur punitive non négligeable, malgré les avantages qu'il comporte par rapport à une incarcération continue.

Cette signification punitive est encore plus prononcée avec la semi-liberté.

SECTION 2 — LA SEMI LIBERTE

La semi-liberté n'avait pas au début de vie autonome. Elle émane de l'institution de la détention. Elle apparaît dans le régime progressif irlandais comme phase transitoire avant la liberté conditionnelle dans l'exécution des longues peines privatives de liberté.

C'est une phase de confiance destinée à préparer le détenu à la vie libre dans la société.

La réforme pénitentiaire de l'après guerre introduisit la semi liberté en France avec l'acceptation du régime progressif qui fut supprimé en 1975.

Nous nous bornerons dans notre étude comparative à étudier la semi-liberté *ab initio* en tant que mesure autonome lorsqu'elle est accordée au moment de la condamnation.

C'est la loi du 11 juillet 1970 qui instaura en France la semi-liberté *ab initio*.

La résolution (76) 10 du Conseil de l'Europe, recommandait la semi-détention aux états membres.

Le nouveau Code pénal portugais vient de consacrer cette technique.

§ 1 — LA SEMI-LIBERTE AB INITIO EN FRANCE

La semi-liberté fut introduite en France pendant la réforme pénitentiaire après la II^e guerre mondiale, mais elle fut institutionnalisée par le Code de procédure pénale. La loi n.º 70.643 du 11 juillet 1970 a élargi cette mesure. Comment est conçue la semi-liberté dans les dispositions pénales françaises?

La législation apparaît confuse. Elle ne distingue pas précisément les notions de semi-liberté et semi-détention.

En Belgique existe la semi-liberté, qui constitue la phase finale de la détention avant la libération conditionnelle ou définitive et la semi-détention qui constitue un régime d'exécution des courtes peines privatives de liberté.

En droit français, la semi-liberté subsiste encore en tant que phase finale du régime progressif supprimé en 1975, mais par ailleurs, elle peut être accordée ab initio par le tribunal au moment de la condamnation. ⁽⁷²⁾

Nous nous bornerons ici à envisager seulement la semi-liberté ab initio qui est alors une alternative à l'incarcération continue.

Dans l'avant projet du Code pénal français, la confusion législative s'estompe. Le régime de la semi-liberté prend le nom de semi-détention.

a) *La semi-liberté ab initio existe depuis la loi du 17 juillet 1970*

Les semi-libres peuvent «suivre un enseignement ou recevoir une formation professionnelle, soit subir un traitement» ⁽⁷³⁾. La semi-liberté ne consiste plus seulement que dans le travail.

Le tribunal peut décider que si la peine est égale ou inférieure à six mois d'emprisonnement, celle-ci pourra être exécutée sous le régime de la semi-liberté, pour permettre au condamné, soit de continuer son activité professionnelle ou enfin de subir un traitement médical en cours (art. 723-1 C. P. P.) ⁽⁷⁴⁾.

Le régime de la semi-liberté favorise les permissions de sortie qui autorisent le condamné à s'absenter les jours où il ne travaille pas.

Ainsi, la semi-liberté ab initio ou semi-détention permet d'éviter l'incarcération, mais elle constitue une contrainte, inflige une souffrance propre à chaque peine sans tous les risques que provoque la détention simple ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ P. CANNAT «La semi-liberté» R. S. C. 1953 p. 319.

R. MORICE «Evolution et perspectives de la semi-liberté» Revue pénitentiaire 1967 p. 157.

⁽⁷³⁾ Un projet de loi vient d'être adopté au Conseil des Ministres le 22 mai 1985. Les règles de la semi-liberté sont assouplies. En raison de la crise économique, la Chancellerie considère que ce régime peut être octroyé, non seulement à ceux qui ont un emploi, mais aussi, à ceux qui pourraient justifier de la nécessité à une semi-liberté pour accomplir les démarches nécessaires en vue d'une embauche, y compris dans le cadre des travaux d'utilité collective. (journal Le Monde Vendredi 24 mai, 1985).

⁽⁷⁴⁾ Le Code Pénal Suisse prévoit la semi-détention dans son article 397 bis, qui énonce que «l'exécution des arrêts de la détention peut être effectuée avec incarceration pendant la nuit et en temps libre pour les courtes peines de 3 mois au plus».

⁽⁷⁵⁾ Stanislas PLAWSKI «la semi-liberté» R. S. C. et de droit pénal comparé 1985, p. 16.

b) *Mais que va-t-il se passer en cas d'échec de l'application de la semi-liberté?*

L'article 723.2 (loi du 29 décembre 1972), conçoit la semi-liberté avec les conditions d'un sursis avec mise à l'épreuve que «si le condamné ne satisfait pas aux obligations qui lui sont imposées...

Le bénéfice de la semi-liberté peut lui être retiré.

Mais l'article 723.2 prévoit également la mauvaise conduite du condamné et dans ce cas, la semi-liberté ne lui sera plus concédée.

Le tribunal du lieu d'exécution de la détention ou si le condamné est écroué du lieu de détention, retire le bénéfice de la semi-détention sur rapport du juge de l'application des peines.

Si l'urgence l'exige, l'article 723.2 al. 2 C. P. P., le prévoit que le juge de l'application des peines peut suspendre l'application de la semi-liberté, le tribunal devant statuer dans les cinq jours sur le retrait ou le maintien de ce régime.

§ 2 — LA SEMI-DETENTION AU PORTUGAL

La semi-détention se trouve réglementée à l'article 45 du Code Pénal. Elle n'était pas prévue dans le projet initial de 1963.

Cette technique apparut, pour la première fois, dans le projet de loi n.º 221/I du 21 février 1979 qui s'est inspiré ici de l'article 723 du Code de procédure pénale français.

La semi-détention est applicable à la peine de prison de 3 mois au plus, qui ne doit pas être substituée par l'amende, ni accomplie en arrêts de fin de semaine.

Le consentement du condamné est ici expressément exigé.

Le régime de semi-détention consiste en une privation de liberté qui permet au condamné de poursuivre son activité professionnelle normale, sa formation professionnelle ou ses études, au moyen de sorties strictement limitées à l'accomplissement de ses obligations (art. 45 n.º 2 du Code pénal).

Le placement en semi-détention doit être mentionné dans la décision de condamnation elle-même, de même que tous les éléments nécessaires à rendre effective son exécution, ainsi que la date du début de celle-ci. (Art. 22 n° 1 du décret-loi n° 402-82 du 23 septembre 1982).

Contrairement aux arrêts de fin de semaine, la durée totale des périodes de privation de liberté va correspondre à celle de la prison continue.

Comme nous l'avons précédemment évoqué, le juge peut décider d'une suspension de l'exécution de la semi-détention pour motifs de santé du condamné, professionnels ou familiaux.

L'article 23 n° 3 du décret-loi 402-82, réglemente, par ailleurs le régime applicable en cas d'échec: toute absence dans l'établissement pénitentiaire, qui n'est pas en harmonie avec la décision de placement en semi-détention, sera immédiatement communiquée au tribunal. Si celui-ci, après avoir entendu le condamné et procédé aux investigations qu'il estime nécessaire, considère les absences du condamné injustifiées, la peine de prison sera alors exécutée de façon continue pour le reste du temps à accomplir.

En France comme au Portugal on est à l'heure de la diversification des sanctions.

Les nombreuses options offertes au juge pour éviter la prison ou les effets nocifs inhérents à une incarcération continue séduisent, mais il faut savoir discerner la réalité de la pratique de l'apparence des textes.

Rappelons-nous l'allégorie de la caverne de Platon.

Car, si la séduction révèle la présence de Dieu puisqu'on a institué les alternatives pour le bien du condamné, elle dissimule également l'ombre du mal.

Satan lui aussi séduit, il séduit pour mieux régner, à la confusion de Dieu et des hommes.

Les alternatives sont-elles l'oeuvre du Prince des ténèbres?

DEUXIEME PARTIE

**A LA GLOIRE DE SATAN
OU
LA PERVERSION DE L'APPLICATION**

«AD SATANAE GLORIAM»

Entre Dieu et Satan, se résoud le délinquant, combattant angoissé livré au juge pour une bataille décisive: la conquête de la liberté.

Derrière la seduction des textes se cachent les forces du Mal.

Afin de découvrir la vraie face des alternatives, descendons aux enfers pour pénétrer sans bruit dans l'antre du Démon.

**TITRE I — LA DESCENTE AUX ENFERS:
LE DYSFONCTIONNEMENT DES MESURES**

**TITRE II — DANS L'ANTRE DU DEMON:
LA FACE CACHEE DES ALTERNATIVES**

TITRE I — LA DESCENTE AUX ENFERS: LE DYSFONCTIONNEMENT DES MESURES

Levons l'ancre pour un voyage sur le Styx.

Les eaux troubles de l'application des alternatives nous emportent vers le lointain Tartare: les mesures proposées «ad dei gloriam» fonctionnent mal.

Un éclatement entre les discours et les pratiques précipite notre barque aux portes de l'Enfer.

Quels sont donc les raisons du dysfonctionnement?

*«Lasciate ogni speranza,
voi ch'entrate»*

*Dante (Divine Comédie,
L'enfer, III, 9)*

CHAPITRE I — DISCOURS ET PRATIQUES ECLATES

Le droit pénal est la branche du droit où se manifeste une grande distance entre la publication des lois et leur exécution.

Les alternatives sont révélatrices d'une contradiction flagrante entre ce qui est dit et ce qui est fait: une distorsion apparaît entre les discours et la pratique.

Nous étudierons cet éclatement en abordant d'une part les objectifs poursuivis et d'autre part la réalité des pratiques.

SECTION I — OBJECTIFS POURSUIVIS ET DISCOURS

Le projet définitif du Code pénal en France n'a pas encore abouti. Des réformes ponctuelles sont venues au coup par coup réajuster la loi pénale à l'évolution sociale et parfois même la précéder.

En ce qui concerne les alternatives c'est la technique des «bouts de lois» qui a été utilisée. Elles ont été juxtaposées, dans le code pénal et le code de procédure pénale, proposées, votées, promulguées alors que des gouvernements se sont succédés ne poursuivant pas la même politique criminelle.

Au Portugal, la réforme du Code pénal a finalement abouti. ⁽¹⁾ Cependant, comme nous l'avons précédemment souligné, le processus législatif est bien particulier. ⁽²⁾

Le droit positif portugais a le mérite d'une cohésion textuelle en ce qui concerne du moins le droit pénal substantif. Pourtant, cette cohésion n'a pas résolu les problèmes qui se posaient et se posent toujours.

Tout au long du cheminement de notre analyse, des objectifs identiques que ce soit dans les lois primordiales de 1975 et de 1983 en France ou dans le nouveau code pénal portugais, sont apparus. En France, si l'on reprend les discours tenus par les députés et sénateurs lors du vote des lois, ces objectifs ont été précisés; certains termes sont en effet souvent repris et utilisés qui coïncident d'ailleurs avec les termes employés dans l'exposé des motifs des propositions de loi de 1977 et 1979, ainsi que le préambule du code pénal de 1982: «desencombrement des prisons», «individualisation de la sanction et re-socialisation du délinquant», «répression», «réinsertion sociale du délinquant», et «suppression des courtes peines».

(1) Voir l'article de Juan Terradillos Basoco.

«El código penal portuques en el marco del movimiento internacional de reforma» in *Universidad y Sociedad* 1982 n.º 6 p. 239.

(2) Voir les développements dans l'introduction.

§ 1 — LE DESENCOMBREMENT DES PRISONS

Autrefois, les juges vidaient les prisons, aujourd'hui, ils les remplissent.
(³)

I — LA SURPOPULATION CARCERALE

La surpopulation carcérale est-elle une des principales motivations de la mise en place des alternatives?

Il serait exagéré de prétendre que le désencombrement des prisons a constitué l'unique motif des réformes. Mais il serait absurde de nier l'évidence: l'encombrement a atteint un tel seuil qu'il est nécessaire pour le législateur de trouver des solutions.

Les alternatives à l'emprisonnement au moyen de certaines mesures instituées législativement sont, ne nous cachons pas la réalité, un moyen efficace de lutter contre le «trop plein» existant.

Au Portugal, cet objectif a été avoué. On est allé jusqu'à citer le slogan de Schlyter «Videz les prisons». (⁴) Le désencombrement des prisons est étroitement lié d'autre part à des problèmes financiers.

II — MOINS DE DEPENSES PUBLIQUES

La prison coûte cher. Désencombrer les prisons signifie non seulement moins de dépenses publiques pour assumer le coût des détenus qui y sont enfermés, mais aussi, ne plus investir pour la construction de nouveaux édifices modernes ou pour la réparation des vieux pénitenciers délabrés.

(³) Jean-Marc Varant «La prison pour quoi faire». Edition de la table ronde 1972.

(⁴) Proposition de loi n° 117/1 — Diário da Assembleia da República, 28 juillet 1977, exposé des motifs n° 5.

Proposition de loi n° 221/I — Diário da Assembleia da República, 21 février 1979, exposé des motifs n° 5.

Au Portugal, il a été souligné dans la doctrine ⁽⁵⁾ que la mise en place des alternatives à l'emprisonnement, principal objectif de la réforme, est ici révélatrice de la crise financière que traverse l'Etat portugais.

Même si ce problème n'a pas été clairement soulevé dans les discours officiels, il reste en filigrane.

Comprimer les dépenses publiques, c'est réduire la pression fiscale et par là même, soulager le contribuable. A l'heure où l'économie française et surtout portugaise a de gros problèmes budgétaires, diminuer les coûts de la prison est un objectif, certes secondaire dans le cadre de la politique criminelle, mais primordial au niveau de la gestion du budget de la Justice. ⁽⁶⁾

Le discours premier de la politique criminelle s'attache à des notions comme individualisation de la sanction et resocialisation du délinquant.

§ 2 — INDIVIDUALISATION DE LA SANCTION ET REINSERTION DU DELINQUANT

I — NOTION D'INDIVIDUALISATION DE LA SANCTION

Cette notion d'individualisation de la sanction pénale est recherchée dans la plupart des pays s'inspirant des recommandations du Conseil de l'Europe. ⁽⁷⁾

Cette politique a conduit à une certaine consécration des théories de la Défense Sociale nouvelle. L'idée que l'Etat a un devoir à l'égard des délinquants, s'est imposée aux législateurs. Les sanctions pénales doivent alors être choisies en fonction de la personnalité des délinquants.

⁽⁵⁾ Cf — Teresa Pizarro Belez — «O mito da recuperação do delinquente no discurso punitivo do Código Penal de 1982». *Revista do Ministério Público* ano 4º vot. 16 (1983) p. 17, 18.

⁽⁶⁾ A titre d'ex. en 1984, en France, le coût d'un détenu est de Frs 154 par jour. *Dossier et documents du Monde* n.º 110-avril 1984 — «Prisons et prisonniers».

⁽⁷⁾ Conseil de l'Europe — voir notamment R. S. C. 1966 p. 421 et svts.

Dans l'exposé des motifs des projets de loi de réforme du Code pénal portugais de 1977 et 1979, on faisait référence à ces théories de la Défense Sociale nouvelle. A l'heure actuelle le préambule du code pénal de 1982 cite Marc Ancel, Hans Heinrich Jeschek et Pierre Cannat. Tout au long de ses articles, le nouveau code pose les grandes lignes d'orientation qui subordonnent l'application des mesures substitutives à des considérations tenant à la personnalité du condamné et de prévention spéciale ou générale. ⁽⁸⁾

Il est logique que l'individualisation de la sanction pénale passe par un renforcement des pouvoirs du juge ⁽⁹⁾. Celui-ci a la possibilité de choisir dans le champ des sanctions. L'individualisation de la sanction est prévue non seulement lors de son exécution, mais aussi, lors du prononcé ⁽¹⁰⁾.

Désormais en France comme au Portugal, le juge prononce un emprisonnement ou l'évite en tenant compte des circonstances de l'infraction et de la personnalité du délinquant.

Ainsi, le législateur moderne se veut plus près du condamné, il veut lui donner «une chance de s'en sortir» par le biais de sa resocialisation.

II — LA REINSERTION SOCIALE DU DELINQUANT

La réinsertion sociale peut être conçue négativement ou positivement au travers des discours tenus lors de l'élaboration des textes.

Positivement, c'est-à-dire que l'on mette en oeuvre effectivement des mesures dans le sens d'une réadaptation sociale du délinquant.

Négativement, c'est-à-dire que l'on évite la désocialisation et la stigmatisation inhérente à la prison sans recourir à celle-ci.

⁽⁸⁾ Articles 44, 45, 46, 48, 53, 59, 75...

⁽⁹⁾ Déclaration du Garde des Sceaux — Assemblée Nationale — Séance du 15 mai 1975 — J. O. p. 2745.

⁽¹⁰⁾ Cf — Les modifications apportées dans ce sens par les lois du 17 juillet 1970, du 11 juillet 1975 et du 10 juin 1983.

En France, avec la loi de 1975, la réinsertion sociale apparaissait plutôt conçue négativement. Cette même optique se retrouvait déjà dans le cadre de l'application du sursis simple.

Dans la loi de 1983, c'est la conception positive qui prime par la consécration du Travail d'Interêt Général; conception déjà existante dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, cette réinsertion sociale étant un des objectifs du comité de probation.

Au Portugal, tout le système punitif du nouveau code pénal se base sur le sens pédagogique et resocialisant des peines. Déjà, dans l'exposé des motifs du projet de 1963, ce point y était souligné ⁽¹¹⁾.

Dans le préambule du nouveau code pénal de 1982, cette idée est développée plus particulièrement au n.º 7: «Le code trace un système punitif qui part de la pensée fondamentale que les peines doivent toujours être exécutées dans un sens pédagogique et resocialisant. Simplement la concrétisation de cet objectif paraît compromis par l'existence même de la prison. De là toutes les mesures non-institutionnelles.

Cet objectif de réinsertion sociale assigné par le nouveau Code pénal à l'exécution des peines, trouve sa concrétisation dans la création d'un Institut de Réinsertion Sociale.

Nous y avons déjà fait allusion dans notre première partie en ce qui concerne le contrôle de la probation et de la prestation de travail en faveur de la communauté.

L'Institut de Réinsertion Sociale a vu le jour avec le décret-loi n.º 319/82 du 1 août 1982, mais c'est le décret-loi n.º 204/83 du 20 mai 1983 qui est venu préciser son statut et ses attributions après la promulgation du nouveau code pénal.

L'article 2 du décret-loi n.º 204/83 énonce le principal objectif poursuivi par l'Institut: «L'Institut a pour objectif fondamental de promouvoir la prévention criminelle concrètement au travers de la *réinsertion sociale* des délin-

⁽¹¹⁾ Voir l'article de Manuel António Lopes Rocha «O novo Código Penal português, um ano depois». Separata de Estudios penales y criminológicos VIII. Universidad de Santiago de Compostela 1985 p. 134, 135.

quants, imputables ou non-imputables qui accomplissent des mesures criminelles institutionnelles ou non-institutionnelles, tout comme l'assistance des mineurs en danger ou de difficile adaptation sociale». Ainsi, tout au long des textes résultant de la réforme pénale portugaise, on parle indifféremment de «resocialisation», de «réadaptation», de «réinsertion sociale». En fait, il s'agit là d'une grande philosophie directrice ⁽¹²⁾.

C'est alors que le législateur moderne se trouve confronté à un dilemme: conserver une force de dissuasion efficace tout en renonçant pour la petite et moyenne délinquance à la peine d'emprisonnement qui cesse d'être considérée comme un moyen de rééducation et de resocialisation.

§ 3 — EQUILIBRE ENTRE LA REPRESSION ET LA REINSERTION SOCIALE DU DELINQUANT

La conciliation entre la fonction retributive de la peine et la réinsertion sociale apparaît difficile à réaliser.

Cette conciliation ne peut pas être réalisée par le recours à l'emprisonnement qui met l'accent sur la fonction de repression. Par contre, celle-ci est davantage réalisable avec les alternatives.

I — L'ECHEC DE LA PRISON

En France, le Garde des Sceaux devait déclarer en présentant le projet de loi de 1975 que: «Le recours aux sanctions de substitution était dû au fait que la gravité de la prison n'a pas toujours un effet dissuasif suffisant d'une part, et d'autre part, le séjour en prison malgré les efforts qui sont déployés, n'est

⁽¹²⁾ Voir une des publications de l'Institut de Réinsertion Sociale: «Cidadão Delinquente: Reinsersão social?» Septembre 1983.

pas toujours une occasion d'amendement-il est même une cause d'aggravation des tendances associées» (13).

Cette déclaration contient la philosophie de la loi de 1975 confirmée par la loi de 1983: l'effet dissuasif de la prison est discuté, sa nocivité dans le cadre des courtes peines est reconnue.

Au Portugal, les projets de loi n.º 117/I de 1977 et n.º 221/I de 1979 faisaient référence dans l'exposé des motifs à «surveiller et punir» de Michel Foucault. Un procès d'intention à l'emprisonnement y était par ailleurs fait: on dénonçait les effets criminogènes de la prison et l'échec de toutes les tentatives pour en faire une institution de traitement (14).

Dans le préambule du nouveau Code pénal, la prison est toujours dénoncée comme un mal et «c'est dans les mesures non détentives que sont placés les meilleurs espoirs» (15).

II — EQUILIBRE RECHERCHE PAR LES ALTERNATIVES

Une meilleure individualisation de la sanction étant recherchée, on recourt à une stratégie différentielle. L'emprisonnement est conservé dans le cadre des longues peines.

Pour les courtes peines, l'évolution législative n'implique pas la démission de la justice mais la recherche d'un meilleur équilibre entre la punition et la réinsertion sociale.

A titre d'exemple, le préambule du Code pénal portugais: «Nonobstant le fait que ces réactions pénales non détentives fonctionnent comme mesures de substitution, elles ne peuvent être perçues comme des formes de clémence législatives, mais comme d'authentiques mesures de traitement bien défini aux régimes variés, aptes à donner une réponse adéquate aux problèmes spécifiques de certaines zones de la délinquance».

(13) Déclaration du Garde des Sceaux — Assemblée Nationale — Séances du 15 mai 1975, du 27 juin et du 18 juin 1975 — J. O. p. 2746, 4908 et 1713.

(14) Voir les n.º 5 des deux projets de loi.

(15) Voir le préambule du code n.º 10.

La mise en oeuvre effective d'une politique criminelle différentielle impliquerait la suppression pure et simple des courtes peines d'emprisonnement.

§ 4 — VERS UNE SUPPRESSION DES COURTES PEINES?

I

Lors de la discussion parlementaire en première lecture le 22 juillet 1982 de la loi de 1983, le Député Philippe Marchand déclara: «Nous posons en ce moment la première pierre de l'édifice que constituera la réforme du Code Pénal».

Il exprimait ainsi le désir d'une large partie de la majorité actuelle qui est de voir disparaître les «courtes peines» de prison.

En l'état actuel des travaux de la Commission de Réforme du CP, il n'est pas question de supprimer les courtes peines d'emprisonnement, il s'agit seulement de mettre à la disposition des tribunaux des mesures nouvelles dont ils décideront souverainement de l'utilisation.

C'est dans ce même ordre d'idée que le Conseil des Ministres a adopté le 22 mai 1985 un projet de loi relatif «à la simplification des procédures et à l'exécution des décisions pénales». Celui-ci prévoit dans le cadre des courtes peines inférieures à 6 mois, que le J. A. P. peut transformer la peine ferme en peine avec sursis assorti de l'obligation d'accomplir des travaux d'intérêt général.

Il s'agit en France encore d'un pas en avant dans le sens d'une suppression des courtes peines. Celles-ci par le biais des réformes successives devraient voir leur application diminuer de plus en plus.

D'autres législations sont allées plus loin. Ainsi, le Code pénal allemand a considérablement réduit le champ d'application des courtes peines de prison. La peine privative de liberté inférieure à 1 mois a été abolie tandis que les peines de 1 à 6 mois ont été remplacées et sont infligées comme «ultima ratio» lorsque des conditions particulières à l'acte ou à la personnalité du délinquant rendent indispensable le prononcé d'un emprisonnement ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ H. H. Jescheck. R. S. C. 1975 p. 653 et svtes.

Le nouveau code pénal portugais s'est inspiré ici du droit allemand et des recommandations du Conseil de l'Europe ⁽¹⁷⁾.

II — L'ARTICLE 71 DU CODE PENAL PORTUGAIS: LA PRISON COMME «ULTIMA RATIO»

A l'instar des dispositions pénales allemandes, l'article 40 du nouveau code pénal portugais fixe la durée minimale de la peine de prison à 1 mois.

La réforme pénale allait dans le sens d'un vaste mouvement de dépenalisation et consacrait le principe du droit pénal comme «ultima ratio» de la politique sociale.

Mais le législateur portugais est allé plus loin que le droit français qui ouvrait un large éventail de mesures substitutives sans par ailleurs fixer de critère légal pour leur choix. Au Portugal le juge conserve ce choix, mais celui-ci est orienté par l'article 71 du Code pénal (critère pour le choix de la peine).

«Lorsque le crime est passible d'une peine privative ou non privative de liberté, le tribunal doit, en motivant, préférer la deuxième modalité chaque fois que celle-ci s'avère nécessaire pour promouvoir la récupération sociale du délinquant et satisfaire les exigences de réprobation et de prévention du crime».

Ainsi, pour reprendre les propres termes de M. Figueiredo Dias ⁽¹⁸⁾, la peine privative de liberté apparaît subordonnée aux principes de nécessité; elle est devenue «l'ultima ratio» des sanctions criminelles.

Contrairement au droit français, le Code pénal portugais a mis en oeuvre un moyen légal incitatif pour une application effective des textes. Malheureusement, la réalité des pratiques est aussi décevante dans les deux pays.

⁽¹⁷⁾ Résolution (76) 10 — «sur certaines mesures de substitution aux peines privatives de liberté». Cf. n.º 1 de la résolution.

⁽¹⁸⁾ M. Figueiredo Dias: «La réforme pénale portugaise». Revue de droit pénal et de criminologie. Janvier 1985 p.20.

SECTION 2 — LA REALITE DES PRATIQUES

Les objectifs des lois françaises et du nouveau code pénal portugais avaient certes un plan d'ensemble qui devait influencer sur les pratiques judiciaires.

Mais entre le désir et la réalité existe une différence et l'étude de l'application des textes va nous confirmer celle-ci.

La réalité des pratiques judiciaires nous précipite dans les méandres du chemin menant aux Enfers.

Mais tout n'est pas aussi sombre, une zone de clarté subsiste discernons la en premier lieu (§1) avant de traverser la zone de pénombre (§2) pour descendre aux Enfers (§3).

§ 1 — LA ZONE DE CLARTE:

L'APPLICATION DES MESURES CLASSIQUES RESTE IN-CHANGEE

Dans un souci de meilleure compréhension, nous distinguerons entre la France et le Portugal.

A — LA PRATIQUE JUDICIAIRE FRANÇAISE

Certaines mesures classiques ont statistiquement parlant une place de choix: il s'agit de l'amende et du sursis simple. ⁽¹⁹⁾

⁽¹⁹⁾ Les statistiques utilisées sont celles du Compte Général de l'Administration de la Justice Pénale; années 1978 et 1982.

I — L'AMENDE

Avec un taux de 43,85% d'application auprès des tribunaux correctionnels en 1982, l'amende reste la mesure la plus fréquemment utilisée par les juges français. Ce taux d'application de l'amende semble être constant malgré les réformes mettant en place d'autres alternatives puisqu'en 1978, il était de 43,69%.

Malheureusement, nous ne pouvons pas analyser l'incidence du jour-amende, les chiffres ne nous étant pas communiqués.

II — LE SURSIS SIMPLE

Le taux global des peines assorties de sursis simple total occupe la seconde place. Il est de 28,12% en 1982 au niveau des tribunaux correctionnels.

B — LA PRATIQUE JUDICIAIRE PORTUGAISE

Les statistiques officielles les plus récentes sont celles de 1983 ⁽²⁰⁾, mais elles ne tiennent pas compte des mesures nouvelles instituées par la réforme pénale de 1982.

Tout comme en France, arrivent en tête: l'amende et le sursis simple.

I — L'AMENDE

Au cours de l'année 1983, le taux global de l'amende appliquée par les tribunaux criminels portugais était de 51,1%. L'amende prononcée en tant que telle représentait 20,6% des condamnations; l'amende résultant de la conversion des courtes peines de prison inférieures à 6 mois atteignant un taux de 30,5%.

⁽²⁰⁾ Estatísticas da Justiça 1983 — Estatísticas Oficiais — Ministério da Justiça — Gabinete de Estudos e Planeamento.

II — LE SURSIS (SUSPENSÃO DA PENA)

A l'instar de la France, le pourcentage du sursis simple est sensiblement du même ordre. En 1983, ce taux était de 29,7%. Si la pratique judiciaire française et portugaise nous ont démontré que les mesures classiques avaient la faveur des tribunaux, ceux-ci se montrent plus réticents en ce qui concerne l'application des autres alternatives.

§ 2 — LA ZONE DE PENOMBRE:

LA FAIBLE APPLICATION DES AUTRES ALTERNATIVES

A — LA PRATIQUE JUDICIAIRE FRANÇAISE

L'évolution législative ouvrait au juge un large éventail de possibilités qu'apparemment celui-ci a dédaigné. Les chiffres sont parlants:

- le taux du sursis probatoire total n'a atteint en 1982 que 3,48%.
- la dispense de peine reste peu pratiquée: 2,87% en 1982.
- les sanctions prévues par la loi du 11 juillet 1975 (art. 43.1 à 43.4 du CP) représentent un taux dérisoire: 2,60% en 1982.

Les pourcentages cités plus haut concernent de total des condamnations prononcées par les tribunaux correctionnels.

Il est intéressant de noter que dans le ressort du Tribunal de Bordeaux, les reconductions à la frontière sont passées de 60 en 1983 à 125 en 1984. Cette hausse spectaculaire étant liée à l'alinéa 4 de l'article 471 du CPP ajouté par la loi du 10 juin 1983.

Celui-ci permet l'exécution par provision des sanctions prononcées par les articles 43.1 à 43.4 du CP. Voilà une opportunité que les magistrats n'ont pas laissée passer dans le domaine de la législation sur les étrangers. La reconduction à la frontière en cas de séjour irrégulier, peut être prononcée à titre d'alternative à une peine d'emprisonnement avec exécution provisoire.

Quant aux autres alternatives, nous utiliserons des données brutes globales ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Ministère de la Justice. Direction de l'Administration pénitentiaire. Rapport général sur l'exercice 1983.

- au cours de l'année 1983 ont été accordés 75 fractionnements dont 57 pour une peine inférieure à 3 mois et 16 pour une peine supérieure.
- en ce qui concerne la semi-liberté ab initio en 1983, 1527 condamnés en ont bénéficiés.

1382 décisions d'admission ont été accordées dès l'incarcération 145 ont été ordonnées par les juridictions de jugement.

- une étude publiée par le ministère de la Justice ⁽²²⁾ donne quelques éléments chiffrés de la mise en place du travail d'intérêt général durant le premier semestre de l'année 1984: 716 décisions ont été prononcées en application de la circulaire A. P. 84.24.63 du 16 mars 1984, soit moins de 8 par département, ce qui est très peu. Mais il s'agit bien sûr de la période de mise en place.

A Bordeaux, il semblerait que depuis l'entrée en vigueur de la loi, une trentaine de mesures de travail d'intérêt général aient été prises.

Dans 69,5% des cas, il s'agit de la peine principale et dans 30,5% des cas, le T. I. G. entre dans les modalités du sursis. La pratique judiciaire portugaise est encore plus décevante.

B — LA PRATIQUE JUDICIAIRE PORTUGAISE

Nous utiliserons également ici les données brutes globales qui nous ont été aimablement communiquées par l'Institut de Réinsertion Sociale et la Direction Générale de l'Administration pénitentiaire.

- depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal jusqu'au 31 mars 1985, seulement 43 mesures de probation ont été prises.
- en ce qui concerne la dispense de peine, nous n'avons pu obtenir des chiffres précis, mais il semblerait qu'elle soit rarement prononcée par les tribunaux.

A l'inverse, l'admonestation semble être une mesure davantage utilisée.

- quant au week-end prison, il a fait l'objet de 13 mesures en 1983 et de 12 mesures en 1984.

(22) Note de conjoncture n° 40 — Décembre 1984 — Ministère de la Justice — Direction de l'Administration Pénitentiaire Service des études.

- on n'oubliera pas de citer l'unique et historique mesure de semi-détention décidée en 1984.
- et pour terminer, ajoutons que la prestation de travail en faveur de la communauté s'est appliquée 4 fois plus souvent que la semi-détention puisqu'on peut relever 4 cas de 1984 au 31 mars 1985!...
La pénombre s'épaissit davantage, nous allons pénétrer dans les Enfers.

§ 3 — AUX PORTES DE L'ENFER: LA PROGRESSION DU NOMBRE DES DETENUS

C'est à ce niveau là que la distorsion entre les discours tenus et les pratiques réelles prend le plus d'ampleur. On veut éviter la prison, les désencombrer, mais celles-ci restent surpeuplées étant donné que le recours à l'incarcération ne recule pas, il ne cesse de progresser.

Ainsi, en France, la population carcérale a augmenté entre le 1^{er} septembre 1983 et le 1^{er} septembre 1984 de 8,8% (l'augmentation du taux des prévenus est de 6,5%, celui des condamnés est de 11,1%) ⁽²³⁾.

Mais le côté infernal, de la situation est dévoilé par le nombre des détenus: au 1^{er} avril 1985, les prisons françaises offraient 32 500 places pour 44 654 détenus.

C'est dans la crainte «d'un été chaud» que Mr François Mitterrand, Président de la République, a pris une mesure d'amnistie le 14 juillet 1985 envers certains détenus ⁽²⁴⁾.

Au Portugal, la population carcérale a subi une augmentation considérable entre le 1^{er} septembre 1983 et le 1^{er} septembre 1984: 26,1%.

Cette progression du nombre des détenus n'a fait que s'aggraver depuis.

Le nouveau Code pénal est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983. A cette date, il existait 5188 détenus dans les prisons portugaises. Au 1^{er} septembre

⁽²³⁾ Conseil de l'Europe — Bulletin d'information pénitentiaire n° 4 — décembre 1984 — (statistiques sur les populations carcérales des états membres du C. E.)

⁽²⁴⁾ Ceux dont la peine d'emprisonnement restant à accomplir n'excédait pas un mois.

1984, on comptait 7685. Au mois de mai de l'année 1985 leur nombre atteignait 9001.

L'objectif poursuivi par la réforme pénale de la prison comme «ultima ratio» est formellement désavoué par cette dure réalité: en l'espace de deux ans, le nombre de détenus a presque doublé.

Tout comme en France, la surpopulation carcérale atteint un seuil critique: les prisons portugaises n'ont qu'une capacité d'accueil de 6670 places.

En ce qui concerne le taux de prévenus par rapport à la populations carcérale globale, le Portugal n'a pas atteint la proportion inquiétante de la France.

Au 1^{er} mars 1984, les prisons Françaises renfermaient 52% des prévenus. Au Portugal, en 1985, ce pourcentage était de 42%. Mais ce qu'il faut noter ici, c'est la croissance en flèche de ce taux depuis 1974. En 1974, il n'y avait que 14% de prévenus dans les prisons portugaises.

Au mois de décembre 1982, 31,9% et au mois de décembre 1983, 40,2%.

Après avoir constaté la dure réalité des pratiques, il convient de pousser plus loin l'analyse. Essayons de découvrir les raisons du dysfonctionnement.

CHAPITRE II — LES RAISONS DU DYSFONCTIONNEMENT

La pratique judiciaire n'a pas suivi. En ce qui concerne les institutions traditionnelles de notre droit telles que l'amende ou le sursis, les magistrats sont habitués par une certaine «routine administrative» à les appliquer.

Mais les institutions nouvellement créées, se heurtent à une certaine difficulté d'application due pour une part aux problèmes textuels et d'autre part, à l'insuffisance des moyens mis en oeuvre.

SECTION 1 — L'APPLICATION PROBLEMATIQUE DES TEXTES

Les textes tant en France qu'au Portugal, posent des problèmes d'application ou d'interprétation.

Nous analyserons les difficultés textuelles dans l'un et l'autre pays.

§ 1 — LES DIFFICULTES TEXTUELLES FRANÇAISES

La loi du 11 juillet 1975 et la loi du 10 juin 1983 présentent un certain nombre d'ambiguïtés qu'il convient ici de souligner. Les raisons du dysfonctionnement y seront alors éclairées sous un jour nouveau.

A — LES AMBIGUITES DES SANCTIONS DE LA LOI DE 1975

Le juge va être la proie de certaines ambiguïtés quand il va se trouver face aux textes prévoyant les sanctions de l'article 43.1 à 43.4 du Code Pénal face à l'application de ceux-ci et enfin face au délinquant.

1) Le juge face aux sanctions prévues par à l'article 43.1 C. P. à l'article 43.4 C. P. S'il s'en tient aux textes, le juge va pouvoir se poser deux questions: «j'applique cette mesure mais pour quel délit et pour combien de temps?»

a) *Pour quel délit?*

Les articles 43.1 et suivants parlent de délits punis de l'emprisonnement et ils ne subordonnent pas l'application des sanctions nouvelles au fait que l'infraction soit punissable d'une courte peine d'emprisonnement.

Si on applique donc la loi, il en résulte que, par exemple, un proxénète ayant commis son délit avec une des circonstances aggravantes de l'article 334.1 C. P. en état de récidive et encourant donc une peine de vingt ans d'emprisonnement, pourra se voir sanctionner d'une peine de cinq ans d'interdiction de conduire un bateau ou un cycle.

Cette solution est si aberrante que la pratique est venue en limiter l'application dans le cadre des courtes peines; position qui ressortait des travaux préparatoires de la loi ⁽²⁵⁾. Le législateur de 1975 a manqué de clarté et de précision. Au niveau de la détermination de la sanction, le juge peut également se poser des questions.

(25) Les travaux préparatoires ne l'emportent pas sur un texte clair cependant.

b) *La détermination de la sanction*

La loi du 11 juillet 1975 comportait deux principes directeurs: celui de la diversification des sanctions et celui de l'indétermination de celles-ci.

C'est cette indétermination même qui peut poser au juge certaines difficultés. Le texte ne fixe pas de durée maximale aux peines complémentaires ou accessoires prononcées à titre principal (article 43.1 C. P.). Comment le juge va-t-il pouvoir fixer cette durée? Il faut distinguer:

- s'il s'agit de l'interdiction de droits civils, civiques, et de famille de l'article 42 C. P., le juge ne saurait dépasser la durée de 10 ans, sauf à respecter les cas où la loi a déterminé d'autres limites (article 43.3 C. P.).
- s'il s'agit de toute autre sanction que celle de l'article 42 C. P., sa durée maximale doit être fixée par le texte de base de l'incrimination, le juge devra donc s'y reporter ⁽²⁶⁾.

Une autre difficulté apparaît: beaucoup de sanctions accessoires sont prévues non pas par des textes pénaux mais par des textes qui organisent une profession. Or, ces sanctions, interdictions, incapacités diverses constituent aujourd'hui un «ensemble fragmentaire incohérent et disparate» ⁽²⁷⁾ au point qu'il devient extrêmement difficile pour le juge de les connaître tous.

2) *Le juge face à l'application de la loi de 1975.*

Comme les statistiques nous l'ont démontré, les juges sont réticents à appliquer les sanctions prévues par la loi de 1975.

Un magistrat a déclaré: «les gens sont conservateurs dans la magistrature et la police» pour expliquer les raisons de cette désaffection ⁽²⁸⁾.

Certes, la routine est une explication mais il faut pousser plus loin l'analyse, la complexité de la loi rebute le juge.

⁽²⁶⁾ Exemple: en cas de blessures par imprudence délictuelles (article 320 C. P.) le juge pourra prononcer une suppression du permis de conduire pendant trois ans au plus.

⁽²⁷⁾ A. Legal «Politique criminelle et professions» Mélanges H. Donnedieu de Vabres.

⁽²⁸⁾ D'après l'étude de Mme Jacqueline Bernat de Celis auprès du Tribunal de Paris. Archives de politique criminelle 1984 n.º 7.

a) *En effet, la complexité et les difficultés d'exécution rebutent le juge.*

La loi de 1975 est complexe. Les juridictions ont besoin de textes clairs et simples.

Par exemple, lorsqu'un tribunal veut prononcer la suspension du permis de conduire, il peut la fonder sur trois textes: l'article L. 14 du Code de la route à titre de peine complémentaire, l'article 43.1 à titre de peine principale ou l'article 43.3.

De même, les difficultés d'exécutions peuvent se rencontrer. Ainsi, en matière de confiscation du véhicule, dans le cas d'une vieille voiture, cette mesure est difficile à appliquer la saisie coûte cher; la sanction perd de son intérêt. Mais la réalité pratique transparait à travers cette déclaration d'un substitut:

«... la confiscation, je ne suis pas prêt de recommencer, il a été trop difficile de trouver la voiture!!!» (29).

Ainsi, cette complexité va expliquer les interprétations divergentes de la jurisprudence.

b) *Les interprétations divergentes*

Certaines juridictions avaient estimé que la suspension du permis de conduire ne constituait ni une interdiction, ni une déchéance, ni une incapacité et qu'il n'y avait donc pas de possibilité de relèvement.

La Cour de Cassation a remis de l'ordre estimant que la suspension était assimilée a une interdiction, d'échéance et incapacité et que le relèvement était donc possible (Crim. 10 octobre 1977 Marion).

Mais la complexité de la loi a induit en erreur certains magistrats.

c) *Les erreurs des juges*

— *au niveau de leurs discours*

La suspension du permis de conduire prévue par l'article 43.3. C. P. est une des mesures employées les plus fréquemment par les magistrats. Et pourtant même dans ce cas, on peut relever l'ignorance de certains.

(29) Cf. — Etudes de Mme Jacqueline Bernat de Celis.



Selon l'enquête réalisée par Jacqueline Bernat de Celis un substitut, au sujet de la suspension du permis de conduire, a qualifié cette mesure de «dématurée» si elle s'appliquait à un chauffeur de taxi qui allait perdre son travail. Or, la loi de 1975 dans son article 43.3 alinéa 1 prévoit la possibilité de suspendre le permis de conduire en laissant au condamné l'usage de celui-ci pour son activité professionnelle. Mme Bernat de Celis relève même que ce type d'erreur n'était rare.

— *au niveau de leur pratique*

La loi de 1975 permet au juge de décider qu'il ne sera prononcée aucune peine à l'encontre d'un délinquant ayant déclaré sa culpabilité: c'est la dispense de peine. Cette mesure va dans le sens d'un plus grand libéralisme. En pratique, on relève que les juges n'arrivent pas à classer cette mesure et la confondent quelquefois avec le relèvement ou l'excuse absolutoire.

Ainsi, la Chambre Criminelle a dû intervenir pour préciser les modalités de la dispense. Celle-ci implique une déclaration de culpabilité et non le prononcé d'une condamnation. La Chambre Criminelle casse un arrêt de la Cour d'Appel qui condamnait un prévenu reconnu coupable d'abus de confiance à trois mois et un jour d'emprisonnement pour le dispenser immédiatement de cette peine par application des articles 469.1 et 469.2 C. P. ⁽³⁰⁾.

La dispense de peine se différencie du relèvement prévu par l'article 55.1 C. P. puisque celui-ci suppose le prononcé d'une condamnation.

La dispense de peine apparaît pour certains comme un élément supplémentaire de complication. En fait, il faut la concevoir comme un degré intermédiaire entre la condamnation et la relaxe. Notons que la dispense de peine peut avoir une conséquence inattendue; ainsi, le coupable majeur dispensé de la peine d'emprisonnement, devra en principe s'il forme un pourvoi en cassation, consigner l'amende dont il aurait été dispensé, s'il avait été condamné à cette peine (article 581. C. P. P. Crim. 6 mai 1975).

Une autre erreur fut commise par une Cour d'Appel. Se fondant, sur l'article L.14 elle avait décidé que la suspension de permis de conduire ne recevrait

⁽³⁰⁾ Ch. Criminelle — 27 novembre 1978 — Gazette du Palais 1979.2.311, D. 1979 I.R. 271.

application que pour la conduite du véhicule indépendamment du travail de chauffeur routier du prévenu.

La Cour de Cassation a cassé cet arrêt précisant que cette modalité n'était pas prévue par l'article L. 14 (Crim. 8 février 1977 Hué).

Ainsi peut s'expliquer la désaffection certaine pour ces mesures car les juridictions surchargées de travail fuient la complexité.

Mais au-de-là de cette incompréhension de certains textes, la réalité fondamentale est la confrontation du délinquant et du juge. Quelle est la position du juge face au délinquant, lui appliquera-t-il facilement une sanction prévue par la loi de 1975?

3) *Le juge face au délinquant*

a) La position des juges des juges est unanime: la loi de 1975 ne concerne qu'une certaine «clientèle» ⁽³¹⁾.

D'une manière générale les sanctions des articles 43.1 à 43.4 du C. P. s'appliquent davantage à une population qui peut justifier d'une certaine stabilité professionnelle ou résidentielle.

Un Président du Tribunal de Paris déclare: «C'est inapplicable pour toute notre clientèle».

Le J. A. P. précise: «Les peines m'intéressent beaucoup mais quand vous prenez la liste, elles sont réservées aux riches». La population pénale n'a souvent pas de permis de conduire, pas de voiture, souvent elle est étrangère sans répondants et très instable. Les sanctions des articles 43.1 à 43.4 C. P. paraissent alors inapplicables.

b) Une critique a été apportée par les magistrats: ceux-ci se plaignaient de l'absence d'exécutions provisoires possibles.

La loi du 10 juin 1983 ajoute un alinéa 4 à l'article 471 du C. P. P. L'exécution par provision est possible pour toutes les sanctions pénales prévues par les articles 43.1 à 43.4 du Code pénal.

(31) Cf. — à ce propos l'enquête de Mme Bernat de Celis op. cit.

Comme nous l'avons souligné dans le cadre de l'étude des statistiques, les magistrats ont dans le ressort de Bordeaux utilisé cette exécution provisoire pour reconduire à la frontière les étrangers en infraction avec la législation.

c) Les magistrats dans leur ensemble ont souligné ne pas recourir aux sanctions des articles 43.1 à 43.4 du C. P. car elles étaient «trop sévères, trop lourdes...»

— Pour le petit délinquant qui fait un vol à l'étalage les magistrats préfèrent prononcer la prison avec sursis. «Cette sanction est perçue comme un avertissement, disent-ils, ils sont suffisamment punis d'avoir été cités ici...»

— D'autres magistrats ont souligné que ce type de sanctions rompaient l'égalité des citoyens devant la loi. La confiscation, par exemple, privilégie ceux qui ont des biens qu'on peut confisquer; aux autres, on inflige la prison ou une amende. ⁽³²⁾ On constate alors une «répugnance» — le mot n'est pas trop fort — des tribunaux à appliquer une sanction lorsqu'elle n'est pas en rapport avec l'infraction ⁽³³⁾.

Ainsi s'expliquent les raisons de la faible application de la loi de 1975. Nous en avons donné les grandes lignes n'entrant pas dans les méandres des comparaisons d'articles. L'étude aurait été trop infernale. Il conviendrait d'élaguer notre législation et de ne pas intervenir au coup par coup.

La loi du 10 juin 1983 va poser certainement des problèmes d'application, la pratique future le confirmera.

⁽³²⁾ Rapport de Mr Bestard, Directeur des Affaires Criminelles au Ministère de la Justice sur l'application des substituts aux courtes peines d'emprisonnement de la loi du 11 juillet 1975. Séance du 27 mai 1978.

⁽³³⁾ Rapport de Mr Bestard — Op. cit.

B — LES AMBIGUITES DES SANCTIONS DE LA LOI DE 1983

C'est surtout l'institution du jour-amende et celle du travail d'intérêt général (TIG) qui vont retenir notre attention.

1) *Le jour-amende*

a) Le juge doit connaître la situation économique du condamné.

Le jour-amende conçoit que le juge doit prendre en considération les ressources et les charges du prévenu et les circonstances de l'infraction. La mesure est louable et oeuvre dans le sens d'une meilleure individualisation de la sanction. La réalité confirmera nos craintes: le manque d'informations effectives concernant la situation économique de délinquant prive le juge de ses facultés d'application.

En cas de non-paiement, la loi prévoit l'incarcération automatique mais en cas de non-paiement de la partie échue dans le cadre du fractionnement de la somme, la loi est muette.

Tout nous porte à croire que le juge délaissera cette mesure d'autant plus qu'il peut recourir au système de l'amende toujours en vigueur. Attendons d'obtenir les données statistiques de l'application de cette mesure pour confirmer nos doutes; doutes qui s'affirment quand on cherche quel type de délinquant peut subir le jour-amende.

b) *Le délinquant doit avoir une certaine stabilité*

Les bases de calcul de l'amende nécessitent un délinquant stable ayant un revenu facilement calculable.

Un substitut de Paris a souligné cette difficulté: «... la plupart des gens que nous voyons sont très instables. Et puis ce genre de délinquants ne veulent pas dire quelle est leur situation et nous sommes mal renseignés...»

Ainsi pour que le jour-amende devienne une mesure réellement applicable, il sera nécessaire de prévoir l'information du juge.

Et dans le cadre du T. I. G., quelles vont être les difficultés?

2) *Le travail d'intérêt général*

a) *Le volontariat des collectivités et associations*

Les textes indiquent que le T. I. G., doit être effectué «au profit d'une

collectivité publique, d'un établissement public ou d'une association habilitée...»

Ces organismes doivent être volontaires pour accueillir des travailleurs et proposer un labeur adapté à la personnalité physique et psychique des condamnés. Le labeur doit avoir une utilité sociale et offrir «des perspectives de réinsertion professionnelle».

Le réalisme du contexte se heurte à la génération des textes.

Selon Monsieur Roudil (vice président du Tribunal d'Aix, interviewer lors du journal télévisé du 26 juin 1985), le T. I. G. «a un réel intérêt: les délinquants collaborent à leur peine».

Certes, cela est vrai mais la pratique risque d'annoncer une collaboration mal aisée.

b) Le juge d'application des peines au travail.

L'application de la mesure du T. I. G. est complexe. Le décret n.º 83 11.63 du 23 novembre 1983 a apporté certaines précisions.

Les textes prévoient que c'est le juge d'application des peines qui individualisera la sanction en remplissant le cadre abstrait du T. I. G. arrêté par le Tribunal. Celui-ci fixera les modalités d'exécution du T. I. G.

Or, le JAP est déjà débordé de travail et la mise en place d'une telle mesure est de grande ampleur. Ce travail exige un investissement en place considérable et la mise en place d'une infrastructure proche de celle des entreprises de travail temporaire.

Et si les textes prévoyaient le recours au JAP pour régler l'application du T. I. G., il est à prévoir qu'il faudra envisager d'étendre le système.

En effet, les magistrats semblent favorables au prononcé du T. I. G., bien que le Parquet exprime plus de reticences que le siège..., ⁽³⁴⁾ il faut qu'ils puissent y recourir sans se heurter à la montagne de dossiers derrière lesquels survit le juge d'application des peines.

⁽³⁴⁾ Etude de Mr Jacques Verin sur les premières pratiques concernant le T. I. G. Archive de politique criminelle 1984 n.º 7

§ 2 — LES DIFFICULTES TEXTUELLES PORTUGAISES

Le nouveau Code pénal portugais inspiré par les courants modernes de la pensée pénale comporte un certain nombre d'imperfections qui constituent les raisons les plus visibles de la faible application par les juridictions portugaises des institutions nouvelles.

Nous nous bornerons ici à donner trois exemples d'application problématique des textes.

A — L'ARTICLE 71 DU NOUVEAU CODE PENAL

Cet article à la première lecture, semble laisser entendre qu'il ne laisse au juge aucune faculté d'option. Il doit préférer, en principe, les peines non privatives de liberté et appliquer les alternatives proposées dans le code.

Ainsi, on a conclu en doctrine qu'était consacré par voie législative le caractère exceptionnel ou subsidiaire de la prison, c'est-à-dire, la primauté des formes de punition de caractère éducatif sur les types de punition de nature expiatoire ⁽³⁵⁾. Mais ne soyons pas dupe. Une lecture plus attentive de ce texte révèle les imperfections de la mise en oeuvre de ce critère législatif «d'ultima ratio» de la prison.

Comme l'a souligné si judicieusement Tereza Pizarro Beleza ⁽³⁶⁾, cet article du code est symptomatique. En effet, il exige de la part du juge une motivation dans le choix de la peine lorsqu'il préfère la mesure non privative de liberté. Il aurait été plus logique d'exiger une telle motivation lorsque le Tribunal porte son choix sur la prison.

⁽³⁵⁾ Cf. — l'article de M. Adelino Robalo Cordeiro «Escolha e medida da pena» in «Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal e Legislação complementar». Centro de Estudos Judiciarios, 1983 p. 238.

⁽³⁶⁾ Voir l'article de l'auteur «A reinserção social dos delinquentes: recuperação da utopia ou utopia da recuperação?» in «Cidadão Delincente: Reinserção Social?» I. R. S. p. 159 et svts.

Le critère «d'ultima ratio» deviendrait ainsi effectif alors qu'il apparaît dans l'état des textes actuels en attitude de défense contre les critiques de laxisme.

B — L'INTERPRETATION DE L'ARTICLE 53 DU CODE PENAL

C'est l'article qui régit le domaine d'application de la probation. La loi limite ce domaine aux crimes, *punissables* d'une peine de prison ne dépassant pas 3 ans.

D'après bon nombre de magistrats, cet article ne permet pas le prononcé de la mesure aux crimes dont la peine prévue par la partie spéciale du code pénal est supérieure à 3 ans. Les magistrats prennent en compte la peine abstraite et non pas la peine concrète applicable au fait illicite.

Est ainsi exclu du domaine d'application, bon nombre d'infractions, et plus particulièrement le vol qualifié ou aggravé (art. 306 et 297 du Code Pénal) qui recouvrent des situations tellement variées de telle sorte qu'on peut dire que presque tous les vols sont qualifiés.

Cette ambiguïté du texte a conditionné le faible nombre de mesures de probation prononcées depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal.

C'est d'autant plus curieux que l'article 31 n.º 3 du décret loi n.º 402/82 du 23 septembre 1982 prévoyait la possibilité d'appliquer la probation aux infractions dont la peine prévue est supérieure à 3 ans.

La difficulté d'interprétation de ce texte a donné naissance à une pratique judiciaire particulière: celle de la «suspensão da pena com acompanhamento».

D'après les chiffres qui nous ont été communiqués par l'Institut de Réinsertion Sociale, 10 mesures de ce type ont été prononcées par les tribunaux depuis l'entrée en vigueur du code pénal.

Il s'agit là d'un équivalent du sursis avec mise à l'épreuve français, puisque le juge en prononçant la suspension de l'exécution de la peine, l'assortit des obligations prévues à l'article 49 du code pénal et soumet le condamné au contrôle du «técnico social» (agent de probation).

C — LA PRESTATION DE TRAVAIL EN FAVEUR DE LA COMMUNAUTÉ

Le peu de succès de la prestation de travail en faveur de la Communauté tient pour une très large part à des difficultés textuelles.

En effet, d'après l'article 38 n.º 1 du décret-loi n.º 402/82 du 23 septembre 1982, c'est au Ministère Public ou au délinquant que revient l'indication et la localisation de l'entité bénéficiaire.

Le défaut d'habilitation en la matière du Ministère Public, et l'ignorance de la part du prévenu des institutions où le travail pourrait être accompli, a rendu inapplicable dans la pratique cette mesure.

Pour terminer étude non-exhaustive des difficultés textuelles, soulignons qu'une réforme du Code de procédure pénale est en cours de route au Portugal. Les tribunaux portugais attendent de cette réforme qu'elle leur donne les moyens procéduraux pour appliquer le droit pénal substantiel. Il convient désormais d'examiner l'insuffisance des moyens mis en oeuvre qui expliquent également la relative faillite de l'application des alternatives.

SECTION 2 — L'INSUFFISANCE DES MOYENS MIS EN OEUVRE

Les objectifs d'individualisation de la sanction pénale et de réinsertion sociale devraient trouver une traduction dès le stade présentiel.

Il est, en effet, nécessaire de mettre à la disposition du juge des moyens procéduraux susceptibles de reconstituer le milieu socio-culturel du délin-

quant. C'est dans le dossier de personnalité que figurent les éléments destinés à l'appréhension psycho-sociale du prévenu, condition sine qua non au prononcé des alternatives.

Mais la constitution du dossier de personnalité est facultative ce qui démontre l'insuffisance des moyens procéduraux. Cette insuffisance de moyens se révèle par ailleurs dans l'exécution des alternatives.

**§ 1 — AU NIVEAU PRESENTENCIEL:
LA CONSTITUTION FACULTATIVE DU DOSSIER DE PERSONNALITÉ**

Successivement nous envisagerons les dispositions du droit pénal français et portugais qui envisagent à titre facultatif la constitution d'un dossier de personnalité.

A — LA CONSTITUTION FACULTATIVE DU DOSSIER DE PERSONNALITÉ EN FRANCE

1) La permissivité des textes

a) La différenciation entre crimes et délits

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, le magistrat instructeur effectuait officieusement une enquête sur le «curriculum vitae» des prévenus. Il chargeait les services de police et de gendarmerie de réunir les informations d'ordre familial, scolaire, social et professionnel.

Dans le Code de procédure pénale de 1958, on a transposé ce qui existait déjà en matière de mineurs, consacrant ainsi, l'approche criminologique par la réalisation d'enquêtes de personnalité.

Mais les textes différenciaient les crimes des délits.

- pour les crimes, le dossier de personnalité était en principe obligatoire.
- pour les délits, celui-ci était facultatif.

D'après l'article D-16 du C. P. P., le dossier de personnalité est constitué par l'enquête sur la personnalité des inculpés ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale et les examens notamment médical et médico-psychologique.

b) *L'absence de contraintes légales*

Dans la pratique, les enquêtes de personnalité sont aujourd'hui aux antipodes de ce qu'avait voulu établir le législateur.

Dans le système de l'article 81 du C.P.P., l'examen médical et les examens médico-psychologiques sont facultatifs; toutefois, lorsque ces examens sont demandés par l'inculpé ou son défenseur, le juge d'instruction ne peut les refuser que par ordonnance motivée.

Les contraintes légales sont moins restrictives pour l'enquête sociale et ceci, bien que le législateur se soit inspiré de ce qui existait déjà pour les mineurs.

Dans l'ordonnance de 1945, celle-ci est imposée au juge des enfants comme pour l'examen médical ou médico-psychologique, elle ne peut être écartée que dans l'intérêt du mineur par ordonnance motivée. En ce qui concerne les majeurs, la loi est muette sur l'obligation faite au juge d'instruction en cas de refus opposé à la demande d'enquête de personnalité, de répondre par ordonnance motivée.

En matière délictuelle, le juge d'instruction, possède donc un pouvoir souverain d'appréciation vis à vis de l'enquête de personnalité. Un désir de limiter ce pouvoir s'est manifesté dans les textes réglementaires qui ont accompagné l'article 81 du C.P.P. (voir l'article D-17 du C.P.P.). Ils imposaient aux autorités judiciaires de tenir compte dans leur appréciation de l'opportunité de recourir à l'enquête sociale et aux examens médico-psychologiques de divers éléments, notamment de l'éventualité d'une décision de sursis avec mise à l'épreuve ou d'admission au régime de semi-liberté.

Dans la pratique, l'application de l'article 81 du C.P.P. est demeurée largement symbolique ⁽³⁷⁾. En matière délictuelle, ce dossier est quasiment inexis-

⁽³⁷⁾ Voir la thèse de Mme Lopard-Briton. Faculté de droit de Rennes — «L'application de l'article 81 du C.P.P. dans le ressort de la Cour d'Appel de Rennes».

Il y avait seulement deux tribunaux où l'article 81 était appliqué correctement.

tant ou réduit au simple casier judiciaire. C'est dans les procès verbaux dressés par les services de police que le juge trouvera des éléments sur le milieu socio-culturel du délinquant.

En ce qui concerne les personnes pouvant effectuer l'enquête sociale, le système est celui de l'habilitation spéciale, par le Ministre de la Justice des enquêteurs de personnalité. D'ailleurs la loi du 10 juin 1983 est venue élargir le choix du juge d'instruction.

Toutefois le système n'est guère satisfaisant puisque d'après l'article D-20 du CPP ce n'est qu'en cas d'impossibilité du juge d'instruction ou des officiers de police judiciaire, que l'enquête est dévolue aux enquêteurs de personnalité. Le fait, d'une part, que ce dossier soit prévu de manière facultative en matière délictuelle, domaine de prédilection des alternatives, et d'autre part, qu'il ne soit pas obligatoirement confié aux services sociaux, révèle un manque de cohésion flagrant.

En droit hollandais, ce sont les services de probation qui organisent des rapports détaillés sur la personnalité des agents destinés par la suite à l'instruction et au jugement. Ils sont utilisés dans 48% des cas, soumis aux juridictions de jugement ⁽³⁸⁾.

Nous déplorons le caractère facultatif en matière délictuelle du dossier de personnalité.

Cependant, même si la loi venait à le prévoir, obligatoirement la jurisprudence aurait réduit à néant les intentions du législateur à l'instar de ce qui s'est produit en matière criminelle.

2) Le «Laxisme» de la jurisprudence

L'article 81 du C.P.P. établit le caractère obligatoire pour les crimes de la constitution d'un dossier de personnalité. Cependant, malgré la clarté de ce texte, la jurisprudence l'interprète de façon telle qu'aujourd'hui il est considéré comme facultatif.

⁽³⁸⁾ L.H.C. Hulsman, H.W.R. Beerling et Erica Van Dijk, «the Dutch criminal system from comparative legal perspective» in «introduction to Dutch law for foreign lawyes» décembre 1979 p. 289 et svts.

En effet, la chambre criminelle de la Cour de Cassation, a estimé que l'inobservation du caractère obligatoire du dossier de personnalité découlant de l'article 81 du C.P.P. ne doit pas être, sanctionné par la nullité de la procédure⁽³⁹⁾.

Cette position de la chambre criminelle est compréhensible puisque ces enquêtes de personnalité ne visent pas à rassembler des éléments sur la culpabilité de l'agent et par conséquent, l'inobservation des prescriptions légales ne porte pas atteinte aux droits de la défense.⁽⁴⁰⁾

Toutefois, cette jurisprudence est critiquable dans la mesure où elle contribue pour une large part à l'ineffectivité du dossier de personnalité.

3) *Le service «d'enquêtes rapides»*

Avec les nouvelles alternatives à l'emprisonnement, créés par la loi du 10 juin 1983, la nécessité des enquêtes sociales se fait de plus en plus sentir au stade présentiel. C'est pourquoi, nous plaçons ici nos espoirs dans la future création de service «d'enquêtes rapides».

Déjà pour l'application des jours-amendes, la Commission Schmelck avait proposé l'établissement d'une fiche standard par l'officier de police judiciaire lors de «l'audition de la personne soupçonnée».

Un service d'enquêtes rapides a été mis en place par le comité de probation et d'assistance aux libérés de Lyon.

Ce service avait réalisé durant l'année 1983, 97 enquêtes dans le cadre de la mise en oeuvre de mesures prononcées à titre présentiel, notamment le contrôle judiciaire socio-éducatif.⁽⁴¹⁾

La création de services identiques devraient être envisagé sur l'ensemble du territoire. Il en est question à Bordeaux et à St. Etienne.

⁽³⁹⁾ Ch. Crim. 29 avril 1960 — Bull. n° 223.
Ch. Crim. 1^{er} décembre 1960 — Bull n° 556.

⁽⁴⁰⁾ Voir l'article D-16 du C.P.P. in fine.

⁽⁴¹⁾ Ministère de la Justice — Direction de l'Administration Pénitentiaire — rapport général sur l'exercice 1983 p. 242.

Au stade présentenciel en France, la constitution facultative du dossier de personnalité explique la faiblesse du recours aux alternatives conditionné par la connaissance de l'individualité du délinquant.

Au Portugal, la réforme pénale a introduit des préceptes légaux nouveaux et mis en place un organe spécialisé, chargé entre autre d'appuyer techniquement les tribunaux.

Mais le recours aux services de l'Institut de Réinsertion Sociale est facultatif au stade présentenciel et les enquêtes de personnalité sont encore officieuses.

B — LES ENQUETES OFFICIEUSES DE PERSONNALITE AU PORTUGAL

1) Les rapports présentenciels à la demande des tribunaux

Dans son domaine d'intervention, l'Institut de Réinsertion Sociale doit fournir un appui technique aux tribunaux dans l'application des mesures non institutionnelles.

C'est le «técnico de reinserção social» qui est chargé de cet appui (3^e a. de l'annexe à l'article 73 du décret-loi n.º 204/83 du 20 mai 1983).

Bien que les textes portugais ne consacrent pas actuellement l'élaboration de l'enquête de personnalité, certains tribunaux ont fréquemment sollicité à l'Institut de Réinsertion Sociale, l'établissement des rapports présentenciels. Lorsqu'ils étaient demandés par le Tribunal d'Instruction Criminelle, ces rapports ont contribué à la décision de suspension ou de révocation de la détention provisoire.

Lorsqu'ils étaient sollicités par les juridictions de jugement, les enquêtes sociales étaient destinées à éclairer les magistrats sur la personne du prévenu, son histoire personnelle, son milieu socio-professionnel.

Parfois même, le juge les demandaient dans le but de l'éclairer sur la possibilité d'appliquer à un cas concret une alternative à l'emprisonnement.

Le «técnico de reinserção social» lorsque le tribunal sollicitait un rapport, réalisait des entrevues avec l'intéressé et prenait contact directement avec son milieu familial et social.

Dans son rapport, il pouvait prendre parti sur l'adéquation au délinquant d'une alternative.

Le «técnico de reinserção social» venait ensuite à l'audience de jugement bien que son statut à l'audience de jugement ne soit pas défini par la loi, dans le but d'éclairer le tribunal sur le contenu du rapport.

Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal jusqu'au 31 mars 1985, 959 rapports présentenciels ont été élaborés par l'Institut de Réinsertion Sociale, 261 au cours de l'année 1983 et 571 en 1984.

Malheureusement, ces enquêtes de personnalité sont non seulement facultatives mais de plus non réglementées par les textes.

De tout côté, on souhaite cette réglementation et sa consécration dans le code de procédure pénale qui est en cours de révision.

2) La réforme du Code de procédure pénale et les propositions de l'Institut de Réinsertion Sociale.

La réforme du Code de procédure pénale portugais placée sous la présidence de Jorge de Figueiredo Dias ⁽⁴²⁾ devrait consacrer le dossier de personnalité, élément procédural indispensable à la mise en oeuvre de la philosophie du nouveau Code pénal.

D'après l'article 3 du décret-loi n.º 204/83, l'Institut de réinsertion sociale dispose dans ses attributions d'un pouvoir de participation dans l'élaboration de mesures législatives relatives à la réinsertion sociale et à la prévention criminelle. Une des propositions formulées par l'Institut est la consécration dans le nouveau Code de procédure pénale des enquêtes sociales et la définition du statut du «técnico de reinserção social» dans le procès pénal ⁽⁴³⁾.

Le problème est alors de savoir quand le législateur devra considérer l'enquête de personnalité obligatoire.

(42) Voir l'article de M. Figueiredo Dias: «Para uma reforma global do processo penal português» in «Para uma nova Justiça Penal» — Almedina — Coimbra 1983 p. 189-242.

(43) I.R.S. objetivos e áreas de intervenção — «A juventude. Seu enquadramento. Que respostas? Fundação Calouste Gulbenkian. Novembro de 1984.

José Antonio Barreiros⁽⁴⁴⁾ propose de rendre obligatoire l'enquête de personnalité lorsque éventuellement serait applicable une alternative à l'emprisonnement⁽⁴⁵⁾ ou lorsque l'application de la sanction dépend de la connaissance de la personnalité du délinquant; c'est le cas dans le code pénal des week-end prison (article 44 n.º 1) de la suspension de l'exécution de la peine (article 48 n.º 2) de la probation (article 53 n.º 1).

L'insuffisance de moyens procéduraux indispensables au prononcé des alternatives est une des raisons du dysfonctionnement des mesures. Des problèmes de moyens se révèlent également dans leur exécution.

§ 2: INSUFFISANCE DES MOYENS MIS EN OEUVRE DANS L'EXECUTION DES ALTERNATIVES

A — EN FRANCE

L'insuffisance des moyens mis en oeuvre est une constatation qui saute aux yeux tant elle est évidente et dénoncée par tous.

On la retrouve au niveau de l'exécution de la semi-liberté ainsi qu'au niveau du rôle du comité de probation.

1) *L'application de la semi-liberté se heurte à un problème de moyens*

Les semi-libres n'ont à leur disposition en France, seulement que 11 centres autonomes. Ceci étant largement insuffisant. Certaines maisons d'arrêt sont dotées de quartiers de semi-liberté.

Ainsi les semi-libres après leur travail restent dans les maisons d'arrêts qui sont des prisons classiques avec ce climat si malsain pour la resocialisation de l'individu.

(44) Cf. l'article de l'auteur «a ressocialização e o processo penal» in «Cidadão Delinquente: Réinserção Social? I.R.S.

(45) A l'instar du droit danois et norvégien. Cf l'article 800° a) du Code de procédure pénale danois et l'article 264°, 2 du Code de procédure pénale norvégien.

En France, métropolitaine, en 1983, il y eut 1369 décisions d'admission en semi-liberté ab initio: 914 regagnaient le soir des quartiers de semi-liberté, seulement 455 condamnés étaient placés dans des centres autonomes (dont 19 à Bordeaux).

C'est à cause du manque de places, insuffisance grave de ce système, que la semi-liberté est pratiquement inexistante à Paris, où il n'y a même pas un centre autonome pour les semi-libres.

Un magistrat parisien avoue ne jamais prononcer de mesure de semi-liberté car elle est irréalisable. Il n'y a pas de places et la liste d'attente est de six mois pour une place à Villejuif, Corbeil ou Melun ⁽⁴⁶⁾.

2) *L'insuffisance des moyens mis en oeuvre au niveau du cadre de contrôle, le comité de probation*

Dans le cadre des sanctions prononcées en vertu de l'article 43.1 à 43.4 du Code pénal, aucune mesure de contrôle n'est prévue. De nombreux présidents ou substituts ont souligné que cette absence empêchait «le prononcé de suspension du permis de conduire» par exemple ⁽⁴⁷⁾.

Quand ce contrôle est prévu, l'insuffisance des moyens en présence font que souvent, celui-ci est réduit ou bâclé. La première réaction est alors d'incriminer les agents chargés du contrôle, de les rendre responsables des anomalies du système. L'organe de contrôle des mesures envisagées dans le cadre de notre étude est le comité de probation.

Celui-ci, mis à part sa participation à des actions de prévention et au dispositif inter-ministériel d'insertion sociale et professionnelle, à une fonction traditionnelle: la prise en charge des libérés conditionnels et des probationnés (c'est cette catégorie qui nous intéresse ici) et une fonction toute nouvelle relative à la mise en place du T.I.G. ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Etude de Mme Bernat de Celis.

⁽⁴⁷⁾ Etude de Mme Bernat de Celis.

⁽⁴⁸⁾ Pour une étude détaillée. Cf. Thèse de doctorat d'Etat de Mr Jacques Faget: «Probation et contrôle judiciaire la Justice buissonnière». Université de Bordeaux I — 1978.

a) *La fonction traditionnelle du comité de probation*

On a déjà pu constater que le nombre de délinquants soumis a un sursis avec mise à l'épreuve restait à un taux constant. Ceci apparaît lié à la connaissance des magistrats des difficultés de personnel des comités de probation.

«La probation qui est la meilleure chose du monde est submergée...» dit un président.

Un juge d'application des peines de Paris a même déclaré: «Le comité de probation est peu écouté, peu entendu. Nous avons très peu de moyens».

Il n'est pas suffisant d'affirmer l'insuffisance, la précarité même de l'institution du comité de probation, il faut le prouver. Les chiffres parlent d'eux-mêmes.

Au 31 décembre 1983, le personnel socio-éducatif des comités de probation et d'assistance aux libérés, était composé de 595 agents à plein temps et de 222 agents a temps partiel ou vacataires⁽⁴⁹⁾.

Malgré un renforcement de 32 fonctionnaires a plein temps en 1983, le nombre des cas suivis par chaque délégué a augmenté puisqu'il est passé de 85 au 31 décembre 1982 à 94 au 31 décembre 1983. Or, le nombre moyen que peut traiter un agent est situé à 70 condamnés.

Ainsi, l'application du sursis probatoire restera a un taux constant puisque celui-ci semble correspondre a l'utilisation la plus extrême des comités de probation. Quand donc le Budget prévoiera-t-il une amélioration au niveau du personnel?

Et alors que va-t-il se passer avec l'apparition d'une nouvelle mesure du T.I.G. qui devra être pris en charge par le comité?

b) *La fonction nouvelle du comité de probation: la mise en place du T.I.G.*

L'institution de cette mesure de travail d'intérêt général qui peut être prononcée à titre principal dans le cadre du sursis probatoire peut inquiéter.

Pour l'application future et possible du T.I.G., il est nécessaire que le comité de probation dispose d'un volant de postes suffisamment important. En

(49) D'après le rapport général sur l'exercice 1983. Direction de l'Administration Pénitentiaire. Ministère de la Justice.

effet, de nombreuses questions pratiques se posent: passations de conventions avec les municipalités et les associations, souscriptions d'assurances contre le risque d'accident du travail et de responsabilités, choix des travaux contacts avec les chantiers, organisation du transport des repas... C'est le comité de probation qui devra régler tous ces problèmes ponctuels tout en assurant le suivi du délinquant.

La machine est construite, donnons lui le carburant pour aller de l'avant.

Si les juges d'application des peines n'ont pas les moyens et le personnel — par exemple des bénévoles — pour contrôler le T.I.G. celui-ci risque d'aboutir à un échec. La tâche n'est pas facile, mais vaut la peine d'être entreprise pour que le T.I.G. constitue une véritable alternative à l'emprisonnement.

B — AU PORTUGAL

Le nouveau Code pénal a déjà ses trois premiers printemps. Sa jeunesse ne justifie cependant pas la faible application des alternatives à l'emprisonnement. La phase d'adaptation ne devrait pas se prolonger outre mesure.

C'est le signe en fait de l'insuffisance des moyens mis en oeuvre dans l'exécution des mesures nouvelles.

Cette insuffisance est inquiétante en ce qui concerne l'exécution des mesures semi-détentives. Pourtant, pour ce qui est de l'organe de contrôle. l'Institut de Réinsertion Sociale, le législateur semblait vouloir lui donner des moyens intéressants; son futur est désormais menacé.

1) *Le manque de moyens dans l'exécution des mesures semi-détentives*

a) *La semi-détention*

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code, une unique et historique semi-détention a été prononcée par un tribunal criminel portugais.

Mesure historique, mais aussi de circonstance, puisqu'il était question d'un jeune délinquant auquel était applicable le régime pénal spécial pour les jeunes de 16 à 21 ans (régime prévu par le décret-loi n° 401/82 du 23 septembre 1982). Celui-ci devait être placé dans le centre de détention pour jeunes ce qui posait trop de problèmes pratiques.

L'application de la semi-détention semble se heurter à une certaine résistance des magistrats, résistance principalement fondée sur le fait qu'il n'existe pas à l'heure actuelle des structures d'accueil adéquates.

L'acuité du problème de la sur-population est également un facteur de dissuasion pour les juges.

La direction générale de l'administration pénitentiaire portugaise (Direcção — Geral dos Serviços Prisionais) ayant conscience de toutes ces difficultés, avait formulé une proposition qui concernait les établissements où devraient être exécutées les mesures de week-end prison et de semi-détention. Ce document fut approuvé par le Ministre de la Justice le 9 février 1983, transmis au Conseil Supérieur de la Magistrature et diffusé au sein du Ministère Public.

Il mentionnait tous les efforts faits par l'administration pénitentiaire pour réglementer le plus rapidement possible, l'exécution des nouvelles mesures prévues dans le Code.

Les établissements d'accueil devaient faire l'objet d'une détermination; puis, reprenant le décret-loi n° 402/82, le document prévoyait que c'est le tribunal qui devait dans la décisions de placement, spécifier tous les éléments nécessaires pour rendre possible la semi-détention ou les week-end prisons.

Le début de l'exécution de la mesure pouvait par ailleurs être ajourné jusqu'à trois mois lorsque se posaient des problèmes au niveau du placement immédiat dans l'établissement pénitentier.

Cependant, malgré toutes ces précautions, les tribunaux estimaient que la semi-détention, restait toujours impraticable et l'aggravation actuelle de la sur-population carcérale n'arrange rien au problème.

Le régime prévu par les textes misait trop sur la capacité d'accueil des établissements pénitentiers. Il faudrait des centres d'hébergement autonomes suffisamment dispersés sur le territoire portugais, pour être proches du domicile des éventuels délinquants auxquels serait applicable la semi-détention.

Or, rien, de tel ne semble avoir été envisagé et c'est surtout pour des raisons d'éloignement entre la résidence du prévenu et l'établissement pénitentier, susceptible de l'accueillir en semi-détention que les magistrats portugais dédaignent cette alternative.

Des problèmes du même ordre se posent pour l'exécution des week-end prison.

b) *Les week-end prison*

Une étude effectuée sur les 14 mesures prononcées en 1983 révèlent les insuffisances de moyens et les difficultés pratiques qu'ont suscitées les week-end prison ⁽⁵⁰⁾.

L'auteur avait envoyé un court questionnaire au Directeur de l'établissement pénitentiaire régional de Leiria qui avait reçu 6 des 14 condamnés.

L'établissement avait réussi à assurer le régime cellulaire intégral et la séparation absolue des autres détenus, même pendant les récréations. Mais on a dû pour cela loger les intéressés dans le secteur féminin de l'établissement et effectuer alors des transferts.

La capacité d'accueil des prisons portugaises, compromise par la surpopulation carcérale conditionne le faible nombre de décisions de placement aussi bien en semi-détention qu'en régime de week-end prison.

Si des structures adéquates pour l'exécution des mesures semidétentives ont été ignorées, il en va autrement pour la mise en place d'un organe de contrôle de l'application des autres alternatives disposant de moyens intéressants au départ.

2) *L'Institut de Réinsertion Sociale: un organe de contrôle au futur menacé*

Le décret-loi n.º 319/82 du 11 août 1982 donna le jour à l'Institut de Réinsertion Sociale pour une période de trois ans pouvant être prorogée. Ce décret-loi instituait un régime d'installation qui était transitoire.

Moins d'un an après le décret-loi n.º 204/83 du 20 mai 1983, réglementait définitivement l'institut de Réinsertion Sociale. Nous verrons que si au départ le législateur portugais avait mis en oeuvre des moyens intéressants, l'avenir de cet Institut semble être compromis.

⁽⁵⁰⁾ Etude de Maria Rosa Lemos Crucho de Almeida: «Novas medidas detentivas e semidetentivas no primeiro ano de vigência do Código Penal». Lisboa 1985.

L'application de la semi-détention semble se heurter à une certaine résistance des magistrats, résistance principalement fondée sur le fait qu'il n'existe pas à l'heure actuelle des structures d'accueil adéquates.

L'acuité du problème de la sur-population est également un facteur de dissuasion pour les juges.

La direction générale de l'administration pénitentiaire portugaise (Direcção — Geral dos Serviços Prisionais) ayant conscience de toutes ces difficultés, avait formulé une proposition qui concernait les établissements où devraient être exécutées les mesures de week-end prison et de semi-détention. Ce document fut approuvé par le Ministre de la Justice le 9 février 1983, transmis au Conseil Supérieur de la Magistrature et diffusé au sein du Ministère Public.

Il mentionnait tous les efforts faits par l'administration pénitentiaire pour réglementer le plus rapidement possible, l'exécution des nouvelles mesures prévues dans le Code.

Les établissements d'accueil devaient faire l'objet d'une détermination; puis, reprenant le décret-loi n° 402/82, le document prévoyait que c'est le tribunal qui devait dans la décisions de placement, spécifier tous les éléments nécessaires pour rendre possible la semi-détention ou les week-end prisons.

Le début de l'exécution de la mesure pouvait par ailleurs être ajourné jusqu'à trois mois lorsque se posaient des problèmes au niveau du placement immédiat dans l'établissement pénitencier.

Cependant, malgré toutes ces précautions, les tribunaux estimaient que la semi-détention, restait toujours impraticable et l'aggravation actuelle de la sur-population carcérale n'arrange rien au problème.

Le régime prévu par les textes misait trop sur la capacité d'accueil des établissements pénitenciers. Il faudrait des centres d'hébergement autonomes suffisamment dispersés sur le territoire portugais, pour être proches du domicile des éventuels délinquants auxquels serait applicable la semi-détention.

Or, rien, de tel ne semble avoir été envisagé et c'est surtout pour des raisons d'éloignement entre la résidence du prévenu et l'établissement pénitencier, susceptible de l'accueillir en semi-détention que les magistrats portugais dédaignent cette alternative.

Des problèmes du même ordre se posent pour l'exécution des week-end prison.

b) *Les week-end prison*

Une étude effectuée sur les 14 mesures prononcées en 1983 révèlent les insuffisances de moyens et les difficultés pratiques qu'ont suscitées les week-end prison ⁽⁵⁰⁾.

L'auteur avait envoyé un court questionnaire au Directeur de l'établissement pénitentiaire régional de Leiria qui avait reçu 6 des 14 condamnés.

L'établissement avait réussi à assurer le régime cellulaire intégral et la séparation absolue des autres détenus, même pendant les récréations. Mais on a dû pour cela loger les intéressés dans le secteur féminin de l'établissement et effectuer alors des transferts.

La capacité d'accueil des prisons portugaises, compromise par la surpopulation carcérale conditionne le faible nombre de décisions de placement aussi bien en semi-détention qu'en régime de week-end prison.

Si des structures adéquates pour l'exécution des mesures semidétentives ont été ignorées, il en va autrement pour la mise en place d'un organe de contrôle de l'application des autres alternatives disposant de moyens intéressants au départ.

2) *L'Institut de Réinsertion Sociale: un organe de contrôle au futur menacé*

Le décret-loi n.º 319/82 du 11 août 1982 donna le jour à l'Institut de Réinsertion Sociale pour une période de trois ans pouvant être prorogée. Ce décret-loi instituait un régime d'installation qui était transitoire.

Moins d'un an après le décret-loi n.º 204/83 du 20 mai 1983, réglementait définitivement l'Institut de Réinsertion Sociale. Nous verrons que si au départ le législateur portugais avait mis en oeuvre des moyens intéressants, l'avenir de cet Institut semble être compromis.

(50) Etude de Maria Rosa Lemos Crucho de Almeida: «Novas medidas detentivas e semidetentivas no primeiro ano de vigência do Código Penal». Lisboa 1985.

a) *La mise en oeuvre au départ de moyens intéressants — un organe autonome aux attributions spécialisées*

La philosophie du Code pénal rendait nécessaire la création d'un service spécialisé aux compétences spécifiques concernant l'exécution des nouvelles alternatives à l'emprisonnement.

Par ailleurs, le besoin s'était fait sentir d'un service social autonome d'assistance pénitentiaire et post-pénitentiaire.

L'Institut de Réinsertion Sociale est un organisme public autonome sous la tutelle du Ministère de la Justice. Sa nature juridique est énoncée à l'article 1^{er} du décret-loi n.º 204/83.

«L'Institut de Réinsertion Sociale est une personne collective de droit public dotée d'autonomie administrative et financière et d'un patrimoine propre...»

Les compétences relatives au service social pénitentiaire et des mineurs ont été transférées à l'Institut de Réinsertion Sociale. L'Institut de Réinsertion Sociale dispose de délégations, régionales à Lisbonne, Porto, Coimbra et Evora, et de structures décentralisées.

Organe autonome des autorités judiciaires et de l'administration pénitentiaire contrairement au Comité de Probation et d'assistance aux libérés français, ses attributions présentent beaucoup d'originalités.

Il doit principalement:

- contribuer à la définition des politiques de réinsertion sociale et de prévention criminelle, et participer à l'élaboration de mesures législatives et réglementaires en rapport avec la réinsertion sociale et la prévention criminelle.
- développer des plans et programmes nécessaires à la promotion de la réinsertion sociale des délinquants et à la prévention criminelle.
- intervenir dans l'exécution des mesures pénales:
 - = non institutionnelles qui lui sont confiées de part la loi (probation, travail d'intérêt général)
 - = institutionnelles, nommément celles accomplies en établissement pénitentiaire et institutions psychiatriques
 - = qui sont applicables aux jeunes délinquants. •

L'intervention de l'Institut de Réinsertion Sociale dans l'exécution de ces mesures est réalisée au travers d'un appui technique auprès des tribunaux et le contrôle des délinquants accomplissant des mesures alternatives à l'emprisonnement. Son action doit d'après la loi s'articuler avec celle des autres services publics et institutions privées poursuivant des objectifs complémentaires dans le processus de réinsertion sociale et de prévention criminelle.

L'Institut de Réinsertion Sociale regroupe ainsi les instances sociales collaborant avec la justice et l'assistance publique sociale.

Une autre originalité de l'institution, c'est la création de la fonction de «técnico de reinserção social».

— *la création de la fonction de «técnico de reinserção social»*

L'article 73 du décret-loi n. 204/83 prévoit la fonction de «técnico de regime de prova e reinserção social».

En annexe à ce décret-loi, le tableau relatif au personnel de l'Institut de Réinsertion Sociale prévoyait la mise en place future de 300 «técnicos de reinserção social» dont 100 dès l'année 1983.

Leur formation est assurée par l'Institut.

En principe, l'Institut de Réinsertion Sociale aurait dû fonctionner à plein rendement en 1986, doté de moyens financiers et humains suffisants pour l'application effective des mesures pénales nouvelles prévues dans le nouveau code.

Cependant, ne faisons pas preuve d'optimisme exagéré, son avenir apparaît déjà menacé.

b) *Un organe au futur menacé*

Lors du 3^{ème} séminaire de la Conférence permanente européenne de la Probation on faisait déjà allusion à des problèmes dus à l'insuffisance de recours financiers adéquats pour la réalisation des objectifs poursuivis en ce qui concerne les moyens humains et patrimoniaux⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ Conférence permanente européenne de la Probation — 3^{ème} séminaire, Berne Suisse — 22, 26 octobre 1984 — Communication présentée par l'I.A.S.: «Cooperação entre as autoridades judiciais e o serviço de Probation em Portugal».

Mais l'avenir de l'Institut de Réinsertion Sociale semble compromis par la volonté actuelle du gouvernement de le faire dépendre de la «Direcção Geral dos serviços prisionais» (direction générale de l'administration pénitentiaire).

Ainsi, l'Institut perdrait son autonomie à cause de réductions budgétaires nécessaires pour faire face à la crise économique que traverse le Portugal.

Il est alors à craindre que le nombre de 300 «técnicos de reinserção social» initialement prévus ne soit jamais atteint. L'Institut de Réinsertion Sociale, ne disposant pas des moyens humains nécessaires ne pourra jamais fonctionner à plein rendement.

La probation et la prestation de travail en faveur de la communauté, principales alternatives dont l'Institut a la charge, risquent alors de continuer à être faiblement appliquées.

Il y a lieu de ce fait d'être bien pessimiste quant à une éventuelle augmentation de l'application de ces alternatives si cette décision officieuse du gouvernement vient à être consacrée législativement.

Le seuil de l'Enfer est maintenant franchi.

TITRE II

DANS L'ANTRE DU DEMON: LA REVELATION DE LA FACE CACHEE DES ALTERNATIVES

Abordons hardiment le voyage souterrain pour pénétrer dans le coeur même des Enfers: l'antre du démon.

Ayant traversé le Styx pour pénétrer dans le Tartare nous découvrons la vraie face des alternatives, face qui s'est réfugiée dans les Profondeurs pour mieux nous échapper.

Elle croyait nous satisfaire en nous donnant un os à ronger: la Réinsertion Sociale. Mais tel Cerbère, le chien tricéphale des Enfers à la dent féroce, nous n'avons pas lâcher prise, afin de mettre à jour la vraie fonction des alternatives.

Vade retro, Santana

(Saint Mathieu, IV, 10 Saint Marc, VIII, 33)

CHAPITRE I — LE MYTHE DE LA REINSERTION SOCIALE

Il faut récupérer, réintégrer; réadapter les délinquants, hommes libres et responsables, violeurs lucides du pacte social.

Tels sont les discours publics qui prônent le développement des alternatives comme instrument de lutte contre la prison criminogène, desocialisante etc...

Mais qui récupérer? Qui donc resocialiser?

Réadapter le voleur dans une société basée sur les inégalités économiques?

Réintégrer le chômeur dans une société de chômage ou le travail est un bien rare?

Resocialiser le délinquant violent dans une société génératrice et complice de toutes formes de violence institutionnelle («passage à tabac», violation des droits de l'homme...)?

Le concept de réinsertion sociale ne masque-t-il pas en réalité une stratégie de soumission et de disciplinarisation des classes défavorisées?

C'est dans cet ordre d'idées, que se situe la controverse autour de la réinsertion sociale marquée par le courant de la criminologie radicale.

La menace croissante, transparait ici, d'un Etat qui se métamorphose en agent de contrôle totalitaire derrière la fausse préoccupation de bien-être des citoyens.

En effet, les alternatives nécessitent pour être appliquées, une connaissance effective de la personnalité des délinquants et la mise en place d'organes spécialisés pour contrôler l'exécution des mesures.

Ne s'agit-il pas là d'une extension du regard social sur une nouvelle catégorie formée par les délinquants, une nouvelle forme de «voyeurisme» institutionnalisé?

Le mythe de la réinsertion sociale nous apparaît d'une part, au travers de l'élargissement du contrôle social, d'autre part, au travers de l'empiétement des alternatives sur la liberté.

SECTION I — L'ELARGISSEMENT DU CONTROLE SOCIAL

La mise en place des alternatives à l'emprisonnement nécessite une structure, un mécanisme bien approprié.

On a pu constater l'inexistence de mesures de contrôle dans le cadre des alternatives prévues par la loi du 11 juillet 1975. La loi du 10 juin 1983 a institué de nouvelles mesures dont le travail d'intérêt général mais dans ce cas le contrôle se précise.

En fait, tant en France qu'au Portugal, c'est surtout au travers de deux mesures que le contrôle social nous apparaît: la probation et le travail d'intérêt général. On va donc préciser la coexistence de la fonction d'assistance et de la fonction de contrôle avant de cerner l'ouverture sur le monde non judiciaire par le biais de l'élargissement du contrôle social.

§ 1: DE L'ASSISTANCE AU CONTROLE SOCIAL

Le Comité de Probation et son équivalent portugais l'Institut de Réinsertion Social paraissent oeuvrer dans le même sens tout en maniant la politique de la carotte et du bâton.

1) *France-Portugal: même combat*

a) Le Comité de Probation et l'Institut de Réinsertion Sociale assistent le probationnaire en l'aidant dans la recherche d'un emploi, d'un logement...

L'article R. 57 du Code de procédure pénal français précise cette fonction: «Les mesures d'assistance ont pour objet de susciter et de seconder les efforts du condamné en vue de son reclassement social et notamment de sa réadaptation familiale et professionnelle.

Elles s'exercent sous la forme de l'aide morale et s'il y a lieu de l'aide matérielle apportées par l'agent de probation et par le comité de probation ou sur leur intervention par tout organisme d'assistance ou d'aide sociale».

Quant au droit portugais, il prévoit, nous l'avons déjà vu, un plan de réadaptation sociale contenu dans la décision du tribunal ou élaboré par un agent de l'Institut de Réinsertion Sociale. Ce plan a un objectif d'assistance du délinquant dans son but de réinsertion.

La réinsertion est le thème directeur des mesures d'assistance; l'article R. 58 du Code de procédure pénale français nous indique deux types d'assistance possible: à travers l'obligation d'exercer une activité professionnelle (1^{er}) et l'obligation de se soumettre à des mesures de contrôle de traitement ou de soins même sous le régime de l'hospitalisation notamment aux fins de désintoxication (3^{ème}).

L'article 49 n.º 1 du Code pénal portugais prévoit que le «tribunal peut décider un internement dans des institutions adéquates...»

b) *L'assistance est donc prévue* par les textes bien qu'en fait le comité de probation et l'Institut de Réinsertion Social ont de grandes peines pour réaliser son objectif d'aide à la recherche d'un emploi.

La situation économique française et portugaise est telle qu'il apparaît bien délicat d'assister un délinquant.

Ainsi, le Comité de Probation s'adjoint un certain nombre de collaborateurs: entreprises, A.N.P.E., centres de formation professionnelle des adultes, maisons de travaux temporaires...⁽⁵²⁾. Mais l'assistance est bien pauvre:

⁽⁵²⁾ Cf. Etude de Mr Faget Op. Cit.

l'A.N.P.E. n'arrive point à resorber les chômeurs délinquants ou non, les centres de formation professionnelle des adultes présentent des listes d'attente impressionnante,...

D'après l'étude effectuée par Mr Jacques Faget, l'assistance la plus importante apportée par le comité de probation concerne la résolution des problèmes familiaux, les traitements médicaux (soins, alcoolisme, toxicomanie) l'aide à la recherche d'un emploi, et l'aide à la résolution de problèmes financiers. Nous n'avons pu obtenir malheureusement de chiffres concernant l'analyse détaillée des mesures d'assistance au Portugal, mais il semblerait que c'est la recherche d'un emploi qui serait la mesure d'aide la plus courante.

Au regard des difficultés rencontrées dans la recherche d'un emploi, c'est bien entendu les organismes médicaux et de traitement qui apparaissent dans les chiffres comme les premiers collaborateurs des comités de probation; les mesures de traitement médicaux étant plus faciles à mettre en oeuvre.

Derrière cette façade d'assistance, la réinsertion sociale nous apparaît comme un mythe car c'est la fonction de contrôle qui prédomine.

2) comité de probation et Institut de Réinsertion Sociale: la politique de la carotte et du bâton

Certes, on peut présenter le comité de probation et l'Institut de Réinsertion Sociale comme des temples de la réinsertion où l'agent de probation, Samson mystique, oeuvre pour le bien de la Communauté. Mais c'est un «Samson chauve» sans moyens pour réaliser leur idéal avoué de réadaptation.

Réinsérer c'est réintroduire un délinquant dans une société, lui redonner une «image de marque», le remettre en contact et puis briser totalement les chaînes de l'emprisonnement possible. La réinsertion réussie est celle qui fait disparaître ses traces de mise en place dans la vie du délinquant. L'agent de probation ne devient qu'une ombre le délinquant reprend sa place au sein d'une Communauté qui ne le rejette plus. Il devient responsable: la rédemption passe par la punition des péchés. Celle-ci étant subie, on doit être lavé du péché originel.

Mais dans l'ancre du Démon, rien n'est facile. Les humains enchaînés par leur même faute expient sans cesse le trouble qu'ils ont apporté à la chère «politis» ⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Politis: cité (grec).

Soyons réalistes: le comité de probation ou l'Institut de Réinsertion Sociale n'oeuvrent pas dans le but d'une vraie assistance (la situation économique ne leur en donne ni les moyens, ni les possibilités), c'est d'un contrôle qu'il s'agit. L'aspect préventif d'assistance est bien moindre face à la fonction de contrôle.

b) L'assistance pourrait être conçue comme une fonction première si l'emprisonnement ne demeurerait pas tapi, prêt à prendre le relais en cas de défaillance du délinquant face à ses obligations ou en cas de récidive.

En France, le délinquant connaît la durée de l'emprisonnement qui le menace. Au Portugal, la menace est plus imprécise donc plus inquiétante puisque la fixation de la peine n'est pas encore intervenue.

Comme dans le théâtre de Guignol, on voit apparaître l'ombre du gendarme armé d'un gourdin.

Ainsi, en matière de probation, la «répression est dans le texte, il suffit d'en privilégier la mise en oeuvre» dit Mr Faget⁽⁵⁴⁾.

Le chantage à l'incarcération fausse la relation agent de probation-délinquant. L'agent reste imprégné d'une odeur répressive dont il ne peut se défaire. Il est le contrôleur avant d'être le réadaptateur.

L'alternative à l'emprisonnement qui sublimerait la réinsertion en oubliant totalement la prison changerait le «visage» de l'agent de probation.

Pourtant, si le spectre punitif reste présent, on peut noter que les cas de révocation du sursis restent faibles⁽⁵⁵⁾. Le comité de probation et l'Institut de Réinsertion Sociale rempliraient-ils donc leur rôle de façon si parfaite?

En fait, les agents de probation hésitent à envisager l'emprisonnement pour des fautes commises, souvent très légères. La lourdeur de la procédure les en dissuade. Ainsi, si le délinquant est soumis à une probation durant plusieurs mois, il pourra s'apercevoir des failles du système, des hésitations pour le recours au tribunal.

Il pourra refuser de se rendre à un contrôle, y être contraint par les services de police et ne subir qu'une simple remontrance.

Le contrôle social pourtant va s'élargir, s'étendre pas seulement par le biais du comité de probation, dont les agents apparaissent comme des lions édentés faisant illusion les premières mois.

⁽⁵⁴⁾ Op. Cit.

⁽⁵⁵⁾ Cf. — Etude de Mr. Faget Op. Cit.

c) La fonction de contrôle des comités de probation l'a obligée à s'adjoindre des collaborateurs spécialisés, tels que les services de police et de gendarmerie, le percepteur des amendes et des autorités militaires... La fonction repressive se dessine nettement.

En effet, les deux armes du contrôle social français et portugais, comité de probation et Institut de Réinsertion Sociale ne peuvent seuls réaliser pleinement leur objectif de contrôle. Ils ont recruté des collaborateurs dans des services tous désignés à cette fonction: police et gendarmerie mais ils ont élargi le domaine en faisant appel aux entreprises et services médicaux, traditionnellement revêtus d'une fonction d'assistance.

La création de la mesure du travail d'intérêt général va entraîner un élargissement du contrôle social avec une ouverture sur un monde non judiciaire encore accru.

§ 2: LE CONTROLE SOCIAL ELARGI: L'OUVERTURE SUR UN MONDE NON JUDICIAIRE

Le travail social réduit le recours au judiciaire mais ne couvre-t-il pas une réalité «l'extension du judiciaire, raffinement des procédés, ramification infinie de ses pouvoirs»⁽⁵⁶⁾. Les nouvelles mesures développent le contrôle social.

Il apparaît un lien mathématique: plus le contrôle social s'avère précis, plus la mesure est employée. Les juges nous l'ont précisé; ils n'emploient les alternatives que quand le contrôle est effectué⁽⁵⁷⁾.

1) Ainsi, le travail d'intérêt général est soumis à un contrôle social encore plus poussé...

Il est prévu que l'agent de probation visite le condamné à un travail d'intérêt général. Le délinquant doit répondre aux convocations du juge d'application ou au juge de l'exécution des peines, et doit justifier de ses changements d'emploi ou de résidence.

⁽⁵⁶⁾ Donzelot J. «La police des familles» Edition de Minuit. Paris 1977. Ouvrage cité par Mr Faget Op. Cit.

⁽⁵⁷⁾ Cf. — notre étude relative à la réalité des pratiques II^{ème} partie — 2^{ème} section.

Mais en plus le contrôle va s'effectuer par le biais de l'organisme bénéficiaire de ce travail. Celui-ci va délivrer à l'agent de probation un document attestant la fin du travail. Le contrôle social s'élargit, il ne concerne plus strictement des organismes spécialisés.

a) Une mairie bénéficiant d'une mesure de travail d'intérêt général va devoir contrôler la réalisation.

Mme Christine Lazerges, professeur à la faculté de droit de Montpellier, conseiller municipal et déléguée au Conseil Communal de prévention et de relations avec les tribunaux, affirme que «le T.I.G. est une des premières sanctions à supposer pour sa mise en oeuvre et son contrôle un élan de solidarité. La justice répressive fait appel à la société civile, la proposition rendre la justice au peuple français prend un contenu» ⁽⁵⁸⁾.

A Montpellier, si les élus étaient très favorables à cette mesure, les chefs de service ont considéré qu'il s'agissait d'une charge nouvelle leur incombant.

b) Par contre, dans la petite ville de Briançon, ce problème de contrôle à effectuer sur un délinquant se rajoutant au travail habituel n'a guère posé de problèmes. Le Garde-Champêtre était favorable à cette mesure d'autant plus que le T.I.G. consistait en une aide qui lui était apportée, un poste ne pouvant être créé à cet effet.

2) *C'est une ouverture sur le monde non judiciaire qu'implique l'élargissement du contrôle social.*

a) Ce sont les municipalités qui sont les relais obligatoires en matière d'offre du travail au profit des citoyens surtout à l'heure de la décentralisation qui seront les premières sollicitées. Les associations notamment celles qui oeuvrent dans le domaine de la réinsertion vont être également soumises à des demandes ⁽⁵⁹⁾.

Les juridictions développent ainsi leur contact avec l'ensemble du tissu social. L'idée a même été lancée que les services juridiques devraient prendre contact avec de grandes centrales syndicales pour obtenir des offres dans le

⁽⁵⁸⁾ «Le T.I.G. et les alternatives à l'emprisonnement». R. Boudry Revue Actes; février 1985.

⁽⁵⁹⁾ Cf. — Le Monde — Dossiers et documents n° 110. Avril 1984, Article de Mr Michel Castaing «Remplacer la détention par un travail d'utilité publique».

cadre du T.I.G. Toutes ces aides nécessaires à l'instauration du T.I.G. en tant que mesure fiable et applicable ne font que renforcer le contrôle social.

b) Il est prévu que ce travail sera surveillé par l'organisme en faveur duquel il sera accompli.

N'est-il pas à craindre que les employés ou ouvriers municipaux chargés de cette tâche répugnent à se transformer en «gardes-chiourmes?»

Or, la réinsertion passe par une relation privilégiée entre le délinquant et ses compagnons de travail. Il ne doit pas se retrouver dans une prison sans murs entourée de «mâtons» renfermés dans une tâche de contrôle.

Pour que l'expérience réussisse, la collectivité publique ou l'association ne doivent pas avoir comme seuls rôles le contrôle mais la pédagogie et l'incitation à l'effort et au travail. Tant que le délinquant soumis à une mesure de T.I.G. restera soumis à l'éventuelle punition d'enfermement, les organismes qui le recevront risquent de privilégier leur fonction de surveillance.

L'ouverture des portes de prison actuellement ne développe qu'un renforcement du contrôle social.

Dans ce contexte, la réinsertion sociale devient donc une illusion, un mythe.

Mythe d'autant plus mirifique que les alternatives tendraient plutôt à empiéter sur le domaine de la liberté.

SECTION 2 — L'EMPIETEMENT DES ALTERNATIVES SUR LA LIBERTE

La réinsertion sociale est un trompe l'oeil.

Rappelons-nous les propos du Professeur Eduardo Correia ⁽⁶⁰⁾ qui pour écarter l'idée de clémence liée aux alternatives disait que les délinquants resentaient les peines non détentives comme des mesures très dures.

⁽⁶⁰⁾ Cf. — L'introduction du Projet de Code Pénal de 1965 p. 46-47.

D'ailleurs, il ne serait pas surprenant qu'un condamné préfère exécuter une courte peine d'emprisonnement ferme plutôt que d'être soumis à une longue probation qui implique un contrôle astreignant de tous les aspects de sa vie.

La première fonction des alternatives nous l'avons vu, est de réduire le recours à l'incarcération. La greffe que propose le législateur devrait donc gagner du terrain sur la prison. Or, il semblerait que ce n'est pas le cas, ce n'est pas sur la prison que les alternatives viendraient à empiéter. De plus, on constate que les nouvelles mesures proposées tendent à usurper une partie du domaine régi par les substituts traditionnels.

§ 1 — LES ALTERNATIVES N'EMPIETERAIENT PAS SUR LA PRISON

Si leur domaine de prédilection est les courtes peines d'emprisonnement, celles-ci auraient dû être réduites de façon significative.

Malheureusement, tel n'est pas le cas, ni en France, ni au Portugal.

Les alternatives empiéteraient alors sur le terrain de la liberté.

C'est une hypothèse, un argument que nous allons essayer de soutenir.

A — PAS DE REDUCTION SIGNIFICATIVE DES COURTES PEINES

Il semblerait même qu'en France, la pratique judiciaire soit attachée à la doctrine du «SHORT — SHARP-SHOCK» anglaise. Reportons-nous aux statistiques concernant les peines d'emprisonnement prononcées par les tribu-

naux correctionnels après la mise en place des «substituts aux courtes peines d'emprisonnement» de la loi du 11 juillet 1975.

Quelle a donc été sa répercussion sur l'incarcération de courte durée?

En 1977-1978, on a observé une légère diminution des peines de prison de 3 mois à 1 an qui sont passées de 44% à 42,4% du total des condamnations à un emprisonnement.

Par contre, les peines de 2 à 3 mois sont restées stationnaires à 13%.

Quant aux très courtes peines, elles ont augmenté, elles sont passées:

- de 15% en 1977 à 16% en 1978 pour les peines de 1 à 2 mois;
- de 8% à 9% pour les peines de 10 jours à 1 mois;
- de 3,6% à 3,8% pour les peines de moins de 10 jours.

La loi de 1975 n'a donc pas atteint son but qui était de réduire surtout les courtes peines d'emprisonnement.

Le Portugal quant à lui, ne connaît plus désormais de peines de prison inférieures à 1 mois, excepté le cas du week-end prison.

Une baisse du taux des courtes peines est donc ici prévisible. Elle s'est en effet produite mais de façon insignifiante si l'on prend en compte cette considération.

Ainsi, les peines d'emprisonnement inférieures à 6 mois ont baissé au cours de l'année 1983: 59% contre 61% en 1982 du total des condamnations à un emprisonnement prononcé par les tribunaux criminels portugais.

Mais ces 2% de baisse correspondent à une diminution sans rapport direct avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, puisqu'auparavant, une tendance à la baisse s'était observée.

En effet, les 2% de variation ont été constatés de 1981 à 1982, les peines inférieures à 6 mois représentant respectivement 63% et 61%.

Les alternatives même faiblement appliquées n'auraient pas alors empiéter sur la prison.

B — EMPIETEMENT SUR LA LIBERTE?

Si on observe aucune diminution significative des courtes peines de prison, c'est sans doute que les alternatives ont dû empiéter sur la liberté.

«En somme, les alternatives «mordent» davantage sur la liberté que sur la privation de liberté à l'instar du contrôle judiciaire et de la détention provisoire» ⁽⁶¹⁾.

Il ne s'agit ici, que d'un argument qui peut être soutenu tant que des études de sentencing ne sont pas encore venues prouver le contraire (du moins à notre connaissance).

Ouvrons ici la porte à des recherches futures ayant pour but de prouver que pour un certain nombre de cas, le juge aujourd'hui envisage le prononcé d'une alternative pour le même type d'affaire où autrefois il prononçait une relaxe.

Mais cet empiètement sur la prison qui ne se vérifie pas ne signifie pas uniquement que les alternatives ont tendance à se greffer sur le terrain de la liberté totale.

Les alternatives peuvent également «mordre» ailleurs, par exemple, empiéter sur le domaine de mesures concurrentes.

§ 2 — LES NOUVELLES ALTERNATIVES EMPIETERAIENT SUR LES PLUS ANCIENNES

Dans plusieurs pays, on a observé que l'élargissement de l'éventail des sanctions autres que la prison ne conduit pas forcément à une pénalisation plus clémentine des cas soumis aux tribunaux.

Là où hier, les juges auraient appliqué une amende, ils sont tentés d'opter pour les nouvelles mesures qui leur sont proposées.

⁽⁶¹⁾ Cf. — l'article de Jean Pradel: «les nouvelles alternatives à l'emprisonnement créées par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983» Op. Cit.

— Signalons ici qu'en ce qui concerne le contrôle judiciaire et son empiètement, sur la liberté, Mr Delmas Saint-Hilaire a corrigé cette constatation. Voir cours de Politique Criminelle du D.E.A. droit Pénal.

En somme, les alternatives seraient alors des modalités d'intervention plus graves du fait de leur existence même. Ainsi, les nouvelles options pénales auraient vocation à empiéter davantage sur le domaine d'anciennes mesures concurrentes moins restrictives de liberté que sur la prison elle-même.

Par exemple, le sursis probatoire gagnerait du terrain sur le sursis simple ou l'amende.

Une étude de Maria Rosa Lemos Crucho de Almeida ⁽⁶²⁾ portant sur les dossiers des condamnés à une peine de week-end prison, nous montre cette tendance de la part des juges portugais. Ainsi, dans certains cas, constate l'auteur, le week-end prison représente une aggravation par rapport aux peines antérieurement appliquées aux mêmes personnes pour des infractions indentes.

C'est le cas d'individus qui avaient à nouveau commis des infractions au code de la route et auparavant condamnés à une peine de prison assortie du sursis ou à une peine d'amende.

Cette fois-ci, pour des infractions de même gravité, les juges portugais ont réagi par la prison même si celle-ci était accomplie de façon discontinue.

La même réaction s'était vérifiée pour l'auteur d'un vol qui avait dans le passé été condamné pour la même infraction à une peine de prison avec sursis.

Le mirage de la réinsertion sociale se dissipe mettant à jour la fonction occulte des alternatives.

CHAPITRE II — LA FONCTION OCCULTE DES ALTERNATIVES

Les tentatives de mise en oeuvre de politiques de réinsertion sociale au travers de mesures pénales variées, ont failli aux objectifs poursuivis. La prison demeure avec ses anachronismes, son stigmate et ses souffrances injusti-

⁽⁶²⁾ Op. cit. note ⁽⁵⁰⁾.

fiées. Au-delà des critiques portées aux programmes de resocialisation dont les échecs répétés ont été dénoncés aussi bien aux Etats-Unis qu'en Europe ⁽⁶³⁾, les législateurs français et portugais, imperturbables, continuent à croire en la potentialité réintégrante des mesures pénales.

Pourtant, si la capacité récupératrice de la prison mis en avant au XIX^e siècle, n'a plus la faveur des pénalistes, l'argument est repris pour instituer les alternatives. Ne s'agit-il pas là de mesures moins coûteuses, plus facilement admissibles et peut-être alors plus efficaces dans la subtile stratégie du pouvoir?

Derrière, les discours humanistes se cachent des buts machiavéliques. Nous proposons de lever les masques en exorcisant les semeurs de trouble pour mettre à jour la face cachée des alternatives. Leur fonction occulte est de légitimer le durcissement de la politique criminelle.

Mais ce dessein machiavélique qui se dissimule derrière une politique criminelle humaniste est-il aussi irréversible? L'échec est-il inévitable? N'y aurait-il pas une possibilité de rédemption pour les alternatives?

SECTION 1 — LA FONCTION DE LEGITIMATION D'UN DURCISSEMENT DE LA POLITIQUE CRIMINELLE

C'est ici que se révèle le côté satanique des alternatives. Pour évoquer leur fonction occulte, nous partirons d'une constatation: celle de la simultanéité de l'apparition des alternatives et des politiques répressives. Puis pour vérifier la fonction de légitimation, nous analyserons le durcissement de la politique criminelle sous l'angle comparatif.

(63) Cf. — Martinson, Brody, Farrington, Baratta.

§ 1 — L'APPARITION SIMULTANEE DES ALTERNATIVES ET DES POLITIQUES REPRESSIVES

Un auteur italien Pavarini a constaté le paradoxe entre l'apparition des alternatives et en même temps le développement de politiques répressives.

Paradoxe inexplicable? Non, au contraire, l'explication qui peut être alors ici avancée c'est la fonction de légitimation que poursuivraient les alternatives.

A — LE CONSTAT DE M. PAVARINI

M. Pavarini fait partie d'un groupe de chercheurs pour la plupart de l'Université de Bologne comme c'est le cas du plus connu d'entre eux, le professeur Alessandro Baratta.

Leurs écrits sont publiés dans une revue: «La questioné Criminale».

Cet auteur italien a constaté le paradoxe d'une part entre l'apparition simultanée des mesures non-détentives et des prisons de haute sécurité, et d'autre part, le développement parallèle des alternatives et de la détention provisoire.

1) *L'apparition simultanée des mesures non détentives et des prisons de haute sécurité.*

M. Pavarini a traduit en italien l'oeuvre de Rusche et Kirchheimer, deux allemands, qui ont fui l'Allemagne nazie pour se réfugier aux Etats-Unis où ils ont édité «Peine et structure sociale». Dans l'appendice ⁽⁶⁴⁾ M. Pavarini attire l'attention sur le fait que les prisons de haute sécurité sont apparues aux Etats-Unis en même temps que les mesures non détentives. Paradoxe, contra-

(64) M. Pavarini «Concentrazione e diffusione del penitenziario» in G. Rusche et O. Kirchheimer: «Pena e struttura sociale» Bologna: Il Mulino 1978.

diction, cette apparente complémentarité entre la volonté de voir disparaître la prison et son utilisation comme instrument de terreur pénale.

D'un côté, la prison est dite criminogène et on institue des mesures non détentives à vocation substitutive. De l'autre, on construit des prisons de haute sécurité qui sont la mort de toute idéologie de récupération selon M. Pavarini.

2) Le développement parallèle des alternatives et de la détention provisoire.

La même contradiction est relevée par M. Pavarini ainsi qu'un auteur espagnol Munoz Conde, entre l'extension démesurée de nos jours de la détention provisoire et de la mise en place des nouvelles alternatives.

Il est paradoxal d'une part, de parler de réinsertion sociale et d'évitement de l'incarcération pour les condamnés, et d'autre part, de recourir dans la pratique à une détention de plus en plus systématique pour les non condamnés.

La détention provisoire, véritable fléau, dans toutes les administrations pénitentiaires semble contaminer toute l'Europe.

Jamais, elle n'a atteint des pourcentages aussi élevés. En tête de file, l'Italie qui au 1^{er} septembre 1984 dénombrait 71% de prévenus dans ses prisons⁽⁶⁵⁾.

Cependant, ce paradoxe ne doit pas rester inexplicé; il trouve son explication dans la fonction occulte des alternatives.

B — L'EXPLICATION DU PARADOXE: LA FONCTION DE LEGITIMATION

La fonction des alternatives est en fait de légitimer les politiques qui se veulent davantage répressives. Elles sont «l'alibi des excès de sévérité dans certains secteurs de la délinquance ou vis à vis de certains délinquants. Si elles ne fonctionnent pas ou fonctionnent mal, c'est qu'elles sont presque nécessairement vouées à l'échec.

⁽⁶⁵⁾ Voir les statistiques du Conseil de l'Europe, bull, d'information pénitentiaire n° 4 — décembre 1984 — tableau n° 3 p. 35.

1) *Les alternatives légitiment des excès de sévérité sectoriels.*

Le développement des alternatives n'est pas seulement inspiré par des soucis d'humanisation et d'individualisation de la sanction pénale. Ce sont là des discours de façade.

Si elles apparaissent en même temps que des politiques répressives, c'est qu'elles sont conçues comme devant légitimer un excès de répression dans certains secteurs.

A l'heure actuelle, on met en oeuvre des politiques criminelles qui se veulent différencier entre la petite délinquance et la grande délinquance.

Le processus employé est le maintien des peines de prison longues pour ceux qui sont considérés comme vraiment dangereux, ce qui facilite l'acceptation par l'opinion publique des alternatives qui finalement, ne sont appliquées qu'aux non dangereux.

Mais la subtile stratégie de ces politiques criminelles, de bifurcation, est de mettre en place d'un côté, une douceur symbolique, et de l'autre une sévérité qui est bien réelle vis à vis de délinquants sélectionnés.

Il s'agit en fait d'effectuer une séparation nette entre la population plus ou moins obéissante aux lois et les «vrais» délinquants c'est-à-dire ceux que l'on incarcère, qui récidivent, que l'on stigmatise.

2) *Les alternatives sont alors vouées à l'échec.*

Fonctionnant comme alibis de la dureté du système punitif l'échec de leur application n'est guère surprenant. Il devient inévitable voire même voulu, les alternatives étant des symboles de douceur pénale. Leur faillite finit même par renforcer les excès de sévérité: la prison semble ne pas pouvoir être remplacée; elle est un mal dont il faut s'accommoder.

Pour illustrer nos propos, nous citerons les réflexions de M. Menjuq⁽⁶⁶⁾ qui au sujet de l'application de la loi du 11 juillet 1975 disait:

«une telle loi est condamnée à la réussite, car son échec confirme la population et le corps judiciaire dans la croyance que rien ne peut remplacer la prison, En statistique, 10% cela n'existe pas. C'est un échec épouvantable...

⁽⁶⁶⁾ Cf. — L'article intitulé: «les substituts aux courtes peines d'emprisonnement et l'application de la loi du 11 juillet 1975. «In Rev. Pénit. et de D. Pen. 1978 p. 317.

La seconde branche de l'alternative n'existant pas, la première s'en trouve renforcée alors que nous avons une loi qui permettait de penser que les jours de la prison étaient comptés pour un certain nombre de cas: il est grave de rater ainsi une occasion car cela fortifie l'institution que nous voulons combattre».

Il convient à présent de vérifier la fonction de légitimation au travers de notre étude comparative.

§ 2 — LE DURCISSEMENT DE LA POLITIQUE CRIMINELLE: ETUDE COMPARATIVE

Il s'agit de situer les alternatives dans le contexte historique et socio-politique des deux pays. Le constat est le même: elles légitiment un durcissement de la politique criminelle

A — LE DURCISSEMENT EN FRANCE

La loi du 11 juillet 1975 est une loi qui malgré ses 10 ans d'application, suscite un manque d'engouement de la part des tribunaux qui est ici révélateur. C'est l'exemple même de la loi «alibi». Elle préparait une politique criminelle répressive dominée par un discours sur la sécurité.

De nos jours, les indices de ce durcissement sont la surpopulation carcérale et la persistance des mises en détention provisoire ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁷⁾ Voir le VII Congrès de la section française de l'A.I.D.P. sur les atteintes à la liberté de l'inculpé. Cahiers du droit 1985.

1) *Les événements concomitants à la loi de 1975.*

Au cours du printemps de l'année 1975, les prisons françaises ont été le théâtre d'une vague de violence et de regrettables incidents qui alarmèrent les pouvoirs publics: mutineries, prises d'otages, tueries. Les prisonniers se révoltaient vis à vis des conditions de détention.

En réaction, contre cette agitation, un décret du 23 mai 1975 est venu marquer un cran d'arrêt dans la politique pénitentiaire humaniste issue de l'après-guerre.

Le décret, en reformant les établissements pénitentiaires avait complètement bouleversé le régime progressif.

Il procédait d'un esprit de spécialisation des établissements pénitentiaires. Deux sortes d'établissements étaient créés: les centres de détention et les maisons centrales où la sécurité régnait.

Par ailleurs, le pouvoir d'affectation ou de transfert d'une prison à une autre appartenait désormais à la seule administration pénitentiaire.

C'est ainsi que le pouvoir du J.A.P. de faire passer un détenu d'une phase à une autre du régime progressif n'avait plus aucune signification.

Le même décret créait dans les maisons centrales, les quartiers de sécurité renforcée (article D. 70.1 alinéa 2 du C.P.P.). C'est ici que se vérifie le constat de M. Pavarini entre la simultanéité des prisons de haute sécurité et l'apparition des mesures non détentives. En effet, la loi du 11 juillet 1975 introduisit pour la première fois en France, les «peines de substitution» aux courtes peines d'emprisonnement.

En réalité, les sanctions de la loi de 1975, ont servi d'alibi à une politique répressive.

2) *La loi de 1975 et le début du mouvement de durcissement vis à vis des délinquants dits dangereux.*

Cette loi s'inscrit dans le cadre d'un mouvement de souplesse vis à vis des petits délinquants.

Mais elle a pour but surtout, de «camoufler» les excès de répression dans certains secteurs de la délinquance.

Elle prépare ainsi des réformes davantage répressives.

C'est surtout le discours de la sécurité qui a permis aux promoteurs de ces réformes de désigner ceux qu'il faut réprimer plus sûrement, plus sévèrement, «cette dangereuse cohorte des criminels et de délinquants violents»⁽⁶⁸⁾.

Ce discours «scientifique» autour de la délinquance⁽⁶⁹⁾, exploitant le sentiment d'insécurité, est né moins d'un an après la loi du 11 juillet 1975.

En parallèle, des dispositions législatives et réglementaires entament le mouvement de durcissement. C'est surtout l'institution du J.A.P. qui est visée:

- la loi du 28 juillet 1978 est venue abroger la seule référence législative du régime progressif (deuxième phrase de l'article 722 du C.P.P.), ceci dans un but de protection contre l'éventuelle illégalité du décret de 1975⁽⁷⁰⁾.
- on encadre la J.A.P. qui depuis la loi du 29 décembre 1972 était maître de ses décisions: un décret du 25 mai 1977 introduisit le parquet et le chef de l'établissement pénitentiaire dans la commission de l'application des peines; leur mission était alors consultative.

Puis la loi du 22 novembre 1978 fait de ces deux nouveaux personnages des membres de droit de la commission de l'application des peines ayant voix délibérative pour décider de l'octroi des permissions de sortie.

- la loi du 22 novembre 1978 institue une «période de sûreté» venant compléter, ainsi, l'arsenal des quartiers de sécurité renforcée et des brigades de sécurité renforcée. Dans l'institution de la prison régnet les notions de sûreté et de sécurité.

C'est une période pendant laquelle le condamné ne peut bénéficier d'aucune des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortie, la semi-liberté ou la libération conditionnelle.

Ce régime de sûreté était applicable, d'après la loi du 22 novembre 1978 automatiquement aux peines d'emprisonnement dépassant 10 ans prononcées pour certaines infractions particulièrement graves.

(68) Exposé des motifs de la loi «Sécurité et Liberté» p. 3.

(69) Thèse de Doctorat de 3^e cycle en Droit de Chakib el Aoufir «la politique criminelle française (1975-1981) Discours et pratiques — Bordeaux I — Novembre 1983 — voir 1^{re} partie — chap 1 — Section III.

(70) J.C.P. 1979, II, 19 242.

Par ailleurs, il pouvait être prononcé facultativement si la peine était supérieure à 3 ans.

La loi du 11 juillet 1975 préparait la loi «Sécurité et Liberté» qui instituait un droit pénal d'exception vis à vis de «la délinquance de violence».

Le durcissement de la politique criminelle se concrétise par le vote de la loi du 2 février 1981.

3) *Le durcissement se concrétise avec la loi «Sécurité et Liberté»*

C'est le point d'aboutissement législatif du discours public sur la sécurité.

L'encadrement du J.A.P. se poursuit avec l'extension du droit de veto du parquet et du chef de l'établissement pénitentiaire à toutes les mesures qu'il pouvait prendre en maître.

La période de sûreté est désormais applicable automatiquement aux peines privatives de liberté dépassant 5 ans et la liste des «infractions est allongée par d'autres «infractions de violence».

Mais la loi «Sécurité et Liberté» est surtout venue établir un droit pénal d'exception pour les délinquants dits dangereux, c'est-à-dire les «délinquants violents», auteurs d'actes de violence» contre les personnes et les biens.

«Ces incriminations prioritaires vont être enveloppées dans des définitions à formule d'une étendue et d'une imprécision que jamais le droit pénal n'en a connu» (71).

Ce droit pénal d'exception touche tous les niveaux du domaine répressif: il touche la procédure (garde à vue, saisine directe, contrôle de la chambre d'accusation sur le juge d'instruction par l'institution de délais) et le jugement (incriminations prioritaires).

Mais ce sont surtout les peines qui font l'objet de dispositions spéciales pour les infractions «de violence».

D'une part, on correctionnalise certains crimes afin de les soustraire à la clémence des Cours d'Assises et de les réprimer plus sûrement.

D'autre part, et dans le but de réprimer plus sévèrement, on vise les mécanismes de modulation de la peine: c'est ainsi que le régime de récidive générale est étendu aux «délits de violence».

(71) Voir thèse précitée de Chakib El Aoufir p. 109.

Par ailleurs, pour les mêmes délits de violence, une circulaire du 7 février 1981 vient instituer un régime spécial des circonstances atténuantes renforcé par un régime tout aussi spécial du sursis prévu dans la loi du 2 février 1981.

Aujourd'hui, la loi «Sécurité et Liberté» a été en partie abrogée ou révisée par la loi du 10 juin 1983.

De même, les quartiers de sécurité renforcée ont été supprimés par le décret du 26 février 1982.

Cependant, au-delà des réformes humanistes qui ont surgi après le 10 mai 1981, le mouvement de durcissement se poursuit dans la pratique judiciaire: des indices nous le démontre.

4) Les indices du durcissement dans la pratique judiciaire

La surpopulation carcérale est le signe le plus flagrant de ce durcissement. On recourt encore et toujours plus à l'emprisonnement.

L'amnistie suite à l'élection présidentielle avait réduit cette surpopulation. Les prisons se sont à nouveau remplies et aujourd'hui, le surencombrement a atteint un niveau alarmant.

A Fleury Mérogis dans le secteur féminin, on dénombre trois détenues par cellule.

Le sentiment d'insécurité largement véhiculé par les médias est exploité par les discours des opposants politiques. Le corps judiciaire tout comme la population y est sensible: la prison est un «mal» dont les tribunaux semblent s'accommoder plutôt que de voir la justice être taxée de laxisme. Le surencombrement des prisons est surtout dû au problème des détentions provisoires qui place la France avec un taux de 52%, juste après l'Italie.

La détention provisoire constitue la source principale de l'entrée en prison: 83% des entrants en prison étaient des prévenus en 1983 ⁽⁷²⁾.

Les réformes se succèdent mais le mal s'enracine. Il est à craindre que la mise en place d'un débat contradictoire par la loi du 9 juillet 1984 soit également impuissante à infléchir, la persistance des mises en détention provisoire.

(72) Cf. — La communication de Philippe Robert au VII Congrès de la section française de l'A.I.D.P. Cahiers du droit 1985 p. 105-128: «l'incidence des pratiques».

Dans ce contexte, l'institution par la loi du 10 juin 1983 et le récent projet de loi du Garde des Sceaux de nouvelles alternatives apparaît ici en contradiction. Attitude de défense ou de légitimation?

Tournons-nous à présent du côté du Portugal où un durcissement de la politique criminelle peut être également constaté.

B — LE DURCISSEMENT AU PORTUGAL

La réforme pénale portugaise procédait d'un mouvement de décriminalisation et de déjudiciarisation. Le droit pénal était présenté comme «l'ultima ratio» des réactions sociales ⁽⁷³⁾. Mais le Code pénal lui-même qui semble être un code ultra moderne n'est pas aussi libéral qu'il ne paraît.

Il est marqué par un durcissement sectoriel de la politique criminelle.

Avant de l'analyser, il convient d'envisager les événements concomitants à entrée en vigueur du nouveau Code pénal de 1982.

Des indices de durcissement apparaissent par ailleurs dans la pratique judiciaire.

1) Les événements concomitants à l'entrée en vigueur du code pénal

Au Portugal, on remarque également une tendance croissante à l'exploitation politique du crime et des émotions ataviques qu'il suscite.

Le discours sur la sécurité est apparu avec l'entrée en vigueur du code.

Dans la campagne électorale pour les élections parlementaires de 1983, les thèmes de légalité et de sécurité, étaient particulièrement développés.

Par ailleurs, on constate qu'en même temps, les mass-medias véhiculaient l'image d'une vague de criminalité sans précédent. Les quotidiens portugais publiaient alors des articles aux titres chocs tels que:

⁽⁷³⁾ Voir Jorge de Figueiredo Dias — Article précité.

«Le Code pénal est trop évolué pour notre pays»
«La police se plaint des lois»
«Le désaccord vis à vis du Code pénal s'accroît»

La presse annonçait 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.

L'exemple le plus caricatural est le «Diário Popular», qui titrait le 3 mars 1983:

«Le Ministre de la Justice a attentivement remis les portugais aux criminels. Nous avons déjà la législation sociale la plus avancée du monde, nous avons désormais, le droit pénal le plus innovateur de l'Univers».

Les responsables du Parti Socialiste portugais dans leurs déclarations publiques, promettaient «la modernisation des forces de sécurité et la substitution de lois écartant ainsi les régimes pénitentiaires permissifs». ⁽⁷⁴⁾

Dans ce contexte, les alternatives à l'emprisonnement ne peuvent devenir «qu'un investissement en capital symbolique (d'humanisation) et la contrepartie de la dureté punitive vis à vis de certains types de crimes». ⁽⁷⁵⁾

Ce discours sur la sécurité vient ici renforcer le durcissement de la politique criminelle qui s'observait pourtant déjà dans les textes eux-mêmes.

2) *Le durcissement dans les textes du nouveau Code pénal*

Code permissif? Certainement pas. On peut constater un durcissement dans la version définitive par rapport au projet initial.

a) En ce qui concerne la partie générale du Code, le point le plus révélateur est l'aggravation de la durée maximum de la peine privative de liberté.

En effet, le projet d'Eduardo Correia proposait 10 ans comme durée maximum de l'emprisonnement (article 48 du projet), à l'exception de cas spéciaux par ailleurs prévus.

Mais il convient ici de rappeler que la limite maximale normale de la peine de prison prévue dans *l'ancien code penal de 1884** était de 12 ans.

⁽⁷⁴⁾ Cf. — L'article de Teresa Pizarro Belezinha in «Cidadão delinquente: reinserção social?» I.R.S.

⁽⁷⁵⁾ Déclaration du 14 mars 1983.

La proposition de loi n.º 117/1 du 28 juillet 1977 avait élevé à 20 ans cette durée.

Finalement, le nouveau Code pénal a retenu un maximum de 20 ans, pour la peine de prison sauf le cas de la peine relativement indéterminée, ainsi, que trois crimes (le génocide, le crime de guerre contre la croix rouge et d'autres institutions humanitaires et le terrorisme).

Par ailleurs, l'article 40-3^e du Code prévoit la possibilité d'une peine supérieure à 25 ans.

Cette aggravation de la durée maximale d'emprisonnement doit être compris comme le prix politique du vote du projet par le Parlement.

Il convient également de relever un durcissement de la politique criminelle vis à vis de délinquants sélectionnés. On institue la peine relativement indéterminée vis à vis des délinquants dits dangereux (délinquants «par tendance» article 83, alcooliques article 86, et drogués article 88).

Cette mystérieuse innovation prend comme référence la peine de prison concrètement applicable au cas pour l'amoinrir (pas de beaucoup) et la relever (ici beaucoup plus).

D'après l'article 83-2^e pour les délinquants «par tendance» ⁽⁷⁶⁾, le tribunal fixe le minimum et le maximum de la peine relativement indéterminée. Le minimum est égal aux 2/3 de la peine de prison concrète.

Le maximum est la peine concrète à laquelle on ajoute 6 ans. Le quantum exact de la privation de liberté sera déterminé au cours de l'exécution. L'Institut de Réinsertion Sociale se voit conférer des pouvoirs décisifs quant à sa durée effective (article 20 du décret-loi n.º 402/82); il doit par ailleurs élaborer un plan individuel de réinsertion sociale, soumis à l'homologation du tribunal.

Il faut remarquer ici que la peine relativement indéterminée a été vivement critiquée par la doctrine à cause du non respect évident de la règle de la prévisibilité de la norme pénale.

b) Une aggravation de certaines peines peut être observée dans la partie spéciale du Code. Elle révèle un excès de sévérité dans certains secteurs de la

(*) *erratum* — lire: «la reforme pénale de 1884».

⁽⁷⁶⁾ ou «incorrigibles».

délinquance. Il s'agit notamment, des infractions contre les biens, le terrorisme et les crimes contre l'Etat.

Tout d'abord, le vol est excessivement réprimé. Les circonstances qui font du vol un vol aggravé ou qualifié sont très variées et parfois très vagues.

A titre d'exemple, le a) de l'article 297 du Code Pénal:

*«Si la valeur du bien est considérablement élevée»
ou encore le b) du même article qui prévoit le vol d'un bien.
«Particulièrement accessible à l'agent»*

Notons ici que très souvent le code pénal fixe une fourchette très ouverte entre le minimum et le maximum légal d'une peine.

C'est le cas en ce qui concerne les infractions contre les biens, les crimes contre l'Etat et le terrorisme (exemple, le vol aggravé: 1 à 10 ans).

Dans le domaine des crimes contre l'Etat et du terrorisme les peines sont lourdes. Par ailleurs, parfois la tentative est assimilée à l'infraction consommée et les actes préparatoires sont spécialement incriminés. (articles 380, 342, 288 n.º 6, 277 n.º 7).

Le durcissement se concrétisera dès l'entrée en vigueur du nouveau code pénal dans les pratiques judiciaires.

3) Les indices du durcissement: la pratique judiciaire

Le discours sur la sécurité apparut simultanément à la mise en oeuvre de la réforme pénale aura une repercussion considérable sur les pratiques.

Alors que le surencombrement ne semblait pas toucher les prisons portugaises, il atteint aujourd'hui un niveau tout aussi inquiétant qu'en France.

Le 1^{er} janvier 1983, date à laquelle est entrée en vigueur le nouveau code pénal, les prisons portugaises contenaient 5087 détenus pour 8035 places.

En l'espace de deux ans, le nombre des détenus a presque doublé et ce, en dépit de la mise en place des alternatives, du critère «d'ultima ratio» de la prison, malgré le mouvement de décriminalisation et de déjudiciarisation.

Ce constat est à lui seul révélateur du durcissement qui s'est opéré dans la pratique judiciaire depuis l'entrée en vigueur du code.

Une des causes de l'accroissement de la population carcérale est la dureté du système punitif en ce qui concerne les infractions contre les biens, lot quotidien des tribunaux.

La jurisprudence portugaise a appliqué d'une façon extensive les critères qui font du vol simple un vol aggravé⁽⁷⁷⁾.

Cet accroissement est également le fait d'une progression des mises en détention provisoire avant le jugement.

En effet, la détention provisoire a vu son taux progresser de manière significative.

En 1980, il était de 30% environ. Au 31 septembre 1982, il était de 31,9% et au 31 décembre 1983 de 40,2%.

La détention s'est développée en parallèle avec la mise en place de nouvelles alternatives à l'emprisonnement.

Dans ce contexte, elles apparaissent comme une douceur symbolique du système punitif portugais ayant pour fonction de légitimer les excès de sévérité.

Le Portugal est un pays en crise. Le durcissement de la politique judiciaire provoqué par l'apparition d'un discours sur la sécurité correspond en fait à un sentiment plus profond d'insécurité économique et politique.

Les alternatives camouflent des politiques davantage répressives. Ce sont des investissements en capital symbolique.

Leur échec est-il aussi inévitable?

SECTION 2: ECHEC INEVITABLE?

Victor Hugo dans son livre «quatre-vingt treize» disait:

«Mieux vaudrait un Enfer intelligent qu'un Paradis bête...»

Joignons notre pensée à la sienne et organisons notre Enfer. Nous ne pouvons rejoindre le Paradis subitement en niant les réalités. Ce sont elles que nous devons accepter et essayer de modifier quant elles nous apparaissent trop contraires à nos aspirations.

Si l'on reprend les titres développés dans cette deuxième partie: élargissement du contrôle social, empiètement des alternatives sur la liberté, légiti-

⁽⁷⁷⁾ Voir les Acordãos do Supremo Tribunal de Justiça du 17 février 1983, du 4 mai 1983, du 7 juillet 1983, du 15 juillet 1983.

tion d'un durcissement de la politique criminelle..., il apparaît que les alternatives à l'emprisonnement sont un échec si l'on considère que leurs objectifs primordiaux sont la réinsertion des délinquants, le désencombrement des prisons et une diminution des courtes peines...

Les sanctions prévues par la loi de 1975 n'ont été pratiquement pas appliquées en France; c'était l'exemple même de loi «alibi», impraticable.

Les tribunaux portugais appliquent de façon dérisoire les alternatives créées par le nouveau Code pénal. Mais sa promulgation est récente. Il faut espérer que l'avenir sera davantage ouvert à ce type de mesures.

Actuellement, nous avons des raisons d'espérer en le travail d'intérêt général.

§ 1: DES RAISONS D'ESPERER: LE TRAVAIL D'INTERET GENERAL

C'est le travail d'intérêt général qui nous paraît la mesure d'avenir des alternatives.

Ce type de sanction peut devenir un véritable instrument de politique criminelle et amener le législateur français à envisager la suppression des courtes peines de prison à l'image de certains pays d'Europe, qui mettent en oeuvre effectivement un critère «d'ultima ratio» pour les peines inférieures à 6 mois⁽⁷⁸⁾.

Cependant, tant en France qu'au Portugal, le T.I.G. doit disposer de moyens matériels. Pas de réforme de portée quelconque sans dotations budgétaires.

Le Comité de Probation pièce-maîtresse de la mise en place du T.I.G. en France, a trop de problèmes de personnel.

Il faudrait faire appel à des bénévoles pour apporter une aide primordiale...

⁽⁷⁸⁾ R.F.A. par exemple.

Mais la France, n'est pas un pays où la vie associative est très développée. Vouloir compter sur des bénévoles est alors aléatoire et ne peut être que du domaine du provisoire...

Les comités de probation devraient être dotés davantage de spécialistes, psychologues, éducateurs pour la prise en charge des délinquants.

Espérons que des créations de postes interviendront. Un effort a été fait en 1983. Un renforcement de 32 fonctionnaires à temps plein est intervenu. Mais malheureusement, le nombre de cas traités par chaque délégué est passé de 85 à 94 de 1982 à 1983. Les agents sont encore trop surchargés.

L'Institut de Réinsertion Sociale au Portugal se heurte lui aussi au même problème de personnel.

Son avenir, semble menacé par la crise. Espérons qu'avec l'entrée du Portugal dans la C.E.E. prévue pour janvier 1986, les problèmes économiques se résoudront. Il faut lui souhaiter de conserver son statut d'indépendance par rapport à la direction générale de l'administration pénitentiaire.

Pour éviter l'échec du T.I.G. mis à part les problèmes matériels, il faut prendre certaines précautions et prôner quelques améliorations.

§ 2: EVITER L'ECHEC

Essayons d'éviter l'échec. Tant en France qu'au Portugal, le terrain des réformes doit être préparé. Aucune n'est viable sans cela. Il est certes important de réformer, mais il faut se donner les moyens de les réaliser et de les faire accepter.

1) *Tout d'abord il est nécessaire de sensibiliser l'opinion publique*

C'est d'ailleurs une des fonctions de l'Institut de Réinsertion Sociale au Portugal en parallèle avec l'action préventive. Il est ici nécessaire d'indiquer clairement que le T.I.G. n'est ouvert qu'aux petits délinquants. Oter de l'esprit de l'homme de la rue qu'il ne s'agit pas de pratiquer une politique d'aveuglement laxiste en laissant la porte ouverte de la prison. Nous avons montré que tel n'est pas le but du législateur.

L'opinion publique doit le comprendre. Si le sentiment d'insecurité subsiste, le T.I.G. est une greffe qui ne prendra pas.

Pour atteindre les objectifs poursuivis, le milieu où le délinquant sera «injecté» par la mesure de T.I.G. ne doit pas lui être psychologiquement réfractaire. Il doit trouver sur le lieu de travail un contexte adapté à sa structure mentale.

2) Il est alors important de ne pas donner n'importe quel travail

On a proposé l'aménagement de l'environnement; entretien et rénovation des espaces verts.

Mais attention à ne pas donner des tâches dégradantes. Il ne s'agit pas d'instaurer des mesures punitives pires que l'enfermement.

Prendre conscience de sa faute est une chose, être sanctionné par l'humiliation en est une autre.

La sanction, le T.I.G. doit exister mais ne doit pas être l'instauration d'une nouvelle sorte de travaux forcés.

3) Il n'est pas prévu que le T.I.G. soit rémunéré

On pourrait, cependant, envisager que la commune ou l'organisme au profit duquel il sera effectué, verse un salaire qui servira à dédommager la victime.

Deux aspects positifs seront alors remplis:

- ne pas renforcer l'esprit de victimisation. La victime ne doit pas avoir le sentiment d'être bafouée car le délinquant ne va pas en prison. Elle doit s'apercevoir que le délinquant puni travaille afin de réparer, de «payer» son acte en quelque sorte.
- le délinquant en travaillant aura une participation active à sa réinsertion. Il travaille, il répare sa faute, il rend service à la société..

4) Le T.I.G. ne doit pas être présenté comme une mesure de clémence

Il faut dissiper les préjugés des magistrats et les inciter à appliquer cette mesure.

A cet égard, il convient de faire en sorte que le T.I.G. soit une peine «lourde». Ce n'est que par la condamnation à un nombre d'heures important que le T.I.G. sera:

- considéré par les juges comme une mesure efficace et répressive;
- réellement ressentie par le condamné comme une peine. Il faut permettre «l'éclosion d'une prise de conscience et éviter les attitudes de façade facile à maintenir sur une brève période» (79).

5) Rétablir le lien avec l'infraction

Un pourrait aussi concevoir que le juge propose une tâche ayant un lien même infime avec la nature de l'infraction.

C'est de cette façon seulement que l'on peut espérer que la fonction éducative du T.I.G. soit remplie.

La mesure serait alors davantage à l'image de formules expérimentées dans d'autres pays (80).

Il ne nous reste plus qu'à espérer que la politique criminelle française et portugaise suive cette direction en recourant à cette mesure d'intérêt général.

Mais nous attendons surtout avec impatience, là réforme du Code pénal français. Il faut arrêter la politique des réformes au coup par coup sous l'impulsion ponctuelle.

Il ne s'agit pas non plus de voter un Code Pénal sans le doter des moyens procéduraux adéquats. Ici, aussi, nous portons nos espoirs sur le nouveau Code de procédure pénale en cours d'élaboration au Portugal.

Une politique criminelle qui se construit doit avoir un axe de direction et quelques routes divergentes, mais pas tout un réseau entremêlé de voies, labyrinthe géant dont le juge ne possède pas le fil d'Ariane pour éviter de s'y perdre.

Sans ce, elle devient une machine infernale ne connaissant qu'une seule et unique voie qui a pour issue fatale la prison.

(79) Jacques Faget. «Voyages en politique criminelle» I Le Quebec. Institut de Sciences Criminelles. BX 1. Juin 1983.

(80) Comme aux Etats-Unis. Ainsi, à Miami, une femme coupable d'avoir abandonné un vieux réfrigérateur dans lequel est mort étouffé un enfant de trois ans, a dû trouver dix réfrigérateurs abandonnés et les signaler à la voirie.

CONCLUSION

Les alternatives sont pareilles à la boîte offerte à Pandore par Zeus.

Nous avons joué le rôle d'Épiméthée et ouvert la boîte fatale d'où se sont échappés tous les Biens et tous les Maux.

Au fond de la boîte reste l'espérance. Espérance, suscitée par des perspectives d'orientation nouvelle: le mouvement abolitionniste en est la voie la plus radicale.

Ainsi Louk Hulsman, un des chefs de file de ce mouvement, préconise la suppression totale de l'Institution judiciaire et pénitentiaire ⁽⁸¹⁾.

Le système pénal lui paraît critiquable sur plusieurs points:

Il a pour objet de produire une souffrance stérile inégalement répartie. La victime est mise «hors circuit».

Certes, la proposition abolitionniste peut paraître utopique. Mais à la différence de l'institution de la prison qu'elle dénonce avec force, sa critique n'est pas stérile.

Elle permet de voir plus clair, comprendre, susciter la polémique.

Ouvrir les portes vers le monde de demain, un monde qui sans optimisme exagéré nous apparaît peut-être meilleur, «Graças a Deus!».

⁽⁸¹⁾ Du moins pour les infractions «banales».

BIBLIOGRAPHIE

En plus des articles déjà cités,

FRANCE

Ouvrages et traités

- Merle et Vitu — traité de droit criminel — Paris Cujas — 1978, tome I
- Pinatel (J) — traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale — Paris — 1950
- Schmelck (R) et Picca (G) — Pénologie et droit pénitentiaire — Paris Cujas 1967.
- Jean Marc Varant. La prison pourquoi faire? Edition de la table ronde — 1972.
- Hulsman (L) et Bernat de Celis (J) — Peines perdues. Le système pénal en question. Edition Centurion — Paris 1982.
- Foucault (M) — Surveiller et Punir — Naissance de la prison. Edition Gallimard — Paris 1979.

Thèses et mémoires

- Jacques Faget — Probation et Contrôle judiciaire, la justice buissonnière — Thèse d'Etat — Bordeaux I — 22 juin 1979.
- El Aoufir (Chakib) — la politique criminelle française (1975-1981). Discours et pratiques — Thèse de 3^{ème} cycle — Bordeaux I — 1983.

- Salahy (Djavid) — Substituts à l'emprisonnement — Thèse 3^{ème} cycle — Bordeaux I — 1984.
- Djavid Salahy et Hamid Reza Eshazi. Substituts et modalités nouvelles de la peine privative de liberté: exemple de l'amende et du fractionnement — D.E.A. — droit pénal — Rapport de recherches — Septembre 1981.
- Larbi (Camélia) — Le travail au profit de la Communauté — D.E.A. droit pénal — Rapport de recherches — Septembre 1982.
- Jacques Faget — Voyages en politique criminelle — I. Le Quebec — Juin 1983 — Institut de sciences criminelles — Bordeaux I.
- Lorvellec (Soizic) — L'évolution des mouvements de décriminalisation et de dépénalisation en Europe depuis la seconde guerre mondiale — Centre de sciences criminelles de Pau 1984.

PORTUGAL

Ouvrages et traités

- Maia Gonçalves, Código Penal Português anotado e comentado e legislação complementar — 1984.
- Eduardo Correia — Direito Criminal — Almedina Coimbra 1971, Tome I et II.
- Cidadão Delinquente: Reinserção Social? I.R.S. 1983
- Para uma Nova Justiça Penal — Almedina Coimbra 1983
- Jornadas de Direito Criminal — O novo Código Penal Português e Legislação Complementar — Fase 1 — Centro de Estudos Judiciários — Lisboa 1983

Rapports, études, articles

- III^é Journées Latines de droit pénal d'Aix-en-Provence (septembre 1982)
- Anabela Rodrigues: «La néocriminalisation dans le nouveau Code pénal portugais et ses relations avec l'exécution des peines privatives de liberté».

- Eduardo Correia: «La déjudiciarisation, la dépénalisation, la décriminalisation, l'institutionnalisation, etc.».
- Manuel António Lopes Rocha: «Le mouvement de décriminalisation en temps de crise économique».
- Eduardo Correia: «La prison, les mesures non institutionnelles et le projet du Code pénal portugais de 1963» Estudos in memoriam do Professor Beleza dos Santos, Coimbra 1966 p. 229 et svts.
- Eduardo Correia — Código Penal — Projecto da parte geral — Sept. Boletim Ministério da Justiça 1963.
- Mário Bigotte Chorão — «Probation» — alguns aspectos jurídicos, criminológicos e sociais — In Boletim da F.D.L. Supl. 12, 1960.
- Maria Rosa Almeida: «O tratamento prisional: uma ideia em crise» — in Raiz e Utopia n.º 17, 18, 19 — Lisboa 1981
- João Carlos Sousa: «Notas à margem da prisão de homens» in Raiz e Utopia, 17, 18, 19 — Lisboa 1981
- Manuel António Lopes Rocha: «La réforme pénale portugaise et sa réception dans la société» — IX Congrès international de Criminologie — Vienne — Septembre 1983.

P L A N

INTRODUCTION

1^{ERE} PARTIE A la gloire de Dieu ou la séduction des alternatives

TITRE I Vers le Grand Pardon: les alternatives ab initio

CHAPITRE 1 Les mesures anciennes utilisées comme substituts

Section 1: l'amende

§ 1: l'extension de la peine d'amende

§ 2: le domaine et le mécanisme du jour-amende

Section 2: les peines accessoires et complémentaires

§ 1: la loi du 11 juillet 1975

§ 2: le silence de droit portugais

CHAPITRE 2 Les mesures nouvelles à vocation substitutive exclusive.

Section 1: le travail d'intérêt général

A: domaine d'application du T.I.G

B: mécanisme du T.I.G.

C: régime applicable en cas d'échec

Section 2: l'admonestation et la dispense de peine

§ 1: l'admonestation

§ 2: la dispense de peine

TITRE II La faveur de Dieu:

Les alternatives dans l'exécution de la peine privative de liberté

CHAPITRE 1 Les alternatives conditionnelles

Section 1: le sursis

§ 1: le domaine d'application du sursis

§ 2: cas de révocation du sursis

Section 2: le sursis avec mise à l'épreuve et la probation

§ 1: le sursis avec mise à l'épreuve en France

§ 2: la probation en droit portugais

CHAPITRE 2 Les mesures aménageant la peine privative de liberté

Section 1: le fractionnement de la peine privative de liberté

§ 1: le fractionnement de la peine privative de liberté en France

§ 2: les arrêts de fin de semaine au Portugal

Section 2: la semi-liberté

§ 1: la semi-liberté ab initio en France

§ 2: la semi-détention au Portugal

2^{ème} PARTIE A la gloire de Satan ou la perversion de l'application

TITRE I La descente aux enfers: le dysfonctionnement des mesures

CHAPITRE 1 Discours et pratiques éclatés

Section 1: objectifs poursuivis et discours

§ 1: le désencombrement des prisons

§ 2: individualisation de la sanction et réinsertion du délinquant

- § 3: équilibre entre la répression et la réinsertion sociale du délinquant
- § 4: vers une suppression des courtes peines

Section 2: la réalité des pratiques

- § 1: la zone de clarté: l'application des mesures classiques reste inchangée
- § 2: la zone de pénombre: la faible application des autres alternatives
- § 3: aux portes de l'Enfer: la progression du nombre des détenus

CHAPITRE 2 Les raisons du dysfonctionnement

Section 1: l'application problématique des textes

- § 1: les difficultés textuelles françaises
- § 2: les difficultés textuelles portugaises

Section 2: l'insuffisance des moyens mis en oeuvre

- § 1: au niveau présentiel: la constitution facultative du dossier de personnalité
- § 2: l'insuffisance des moyens mis en oeuvre dans l'exécution des alternatives

TITRE II Dans l'autre du démon: la révélation de la face cachée des alternatives

CHAPITRE 1 Le mythe de la réinsertion sociale

Section 1: l'élargissement du contrôle social

- § 1: de l'assistance au contrôle social
- § 2: le contrôle social élargi: l'ouverture sur un monde non judiciaire

Section 2: l'empiètement des alternatives sur la liberté

§ 1: Les alternatives n'empièteraient pas sur la prison

§ 2: Les nouvelles alternatives empièteraient sur les plus anciennes

CHAPITRE 2 La fonction occulte des alternatives

Section 1: fonction de légitimation d'un durcissement de la politique criminelle

§ 1: l'apparition simultanée des alternatives et des politiques répressives

§ 2: le durcissement de la politique criminelle: étude comparative

Section 2: Echec inévitable?

§ 1: les raisons d'espérer: le T.I.G.

§ 2: éviter l'échec

CONCLUSION

ÍNDICE

Assinaturas podem ser pedidas a
Subscriptions may be addressed to
Abonnements pourront être adressés à

**GABINETE DE GESTÃO FINANCEIRA — MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
PRAÇA DO COMÉRCIO — 1100 LISBOA — PORTUGAL**

A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
Ohter communications concerning this Revue should be addressed to
Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
RUA DA ESCOLA POLITÉCNICA, 140-4.º — 1200 LISBOA — PORTUGAL
(Tel 67 28 62/67 47 79) — Telex 42701 PROCUR P**

DIREITO COMUNITÁRIO

Observations critiques sur l'«Acte Unique Européen»	7
<i>Pierre Pescatore</i>	
Acto Único Europeu	25

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 91 a 95	73
<i>De Cubber contra a Bélgica</i>	73
<i>Rasmussen contra a Dinamarca</i>	75
<i>Spörrong e Lönroth contra a Suécia (art.º 50.º)</i>	76
<i>Colozza contra a Itália</i>	78
<i>Rubinat contra a Itália</i>	80

Sumário e texto da decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem na queixa de Lorenzo Bozano contra a Itália 81

Sumário e texto da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Lighthow e outros contra o Reino Unido 93

Sumário e texto da decisão do Comité de Ministro no caso Bernard Leo McVeigh, Oliver Anthony O'Neill e Artur Walter Evans contra o Reino Unido — Resolução DH (82) 1 195

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Bilan des Activités de la Cour 199

ESTUDOS

Les alternatives à l'emprisonnement — étude comparative entre la France et le Portugal 217

Lucie Blanquer e Evelyne Monteiro

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
LISBOA