

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

DIREITO COMUNITÁRIO

MARIA JOÃO DO ROSÁRIO ESTORNINHO

**REPERCUSSÕES DOS ALARGAMENTOS
DAS COMUNIDADES**

— Uma Perspectiva Comunitária —

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

OS ALARGAMENTOS DAS COMUNIDADES: CRISE, REFLEXÃO E DESAFIO

CAPÍTULO II

ESFORÇOS DE RENOVAÇÃO: UMA EUROPA A VÁRIAS VELOCIDADES?

NOTAS

CRONOLOGIA DOS ALARGAMENTOS

BIBLIOGRAFIA

Em princípio, este relatório* deveria ser apenas a passagem a escrito do trabalho que foi apresentado oralmente. No entanto, preferi introduzir-lhe alterações e modificá-lo quase por completo, dividindo-o em duas partes:

No primeiro capítulo, pressupondo aquilo que foi exposto oralmente e prescindindo agora da descrição das sucessivas adesões, farei algumas considerações acerca daquelas que me parecem ser as principais implicações dos alargamentos das Comunidades, respondendo a três questões:

- porque é que as Comunidades aceitam novas adesões: porque voluntariamente lançam esse desafio ou porque, pelo contrário, o alargamento se impõe como uma necessidade?
- o que está por detrás de cada alargamento: os grandes ideais afirmados ou os interesses imediatos dos Estados membros?
- a par das consequências específicas de cada alargamento, existem repercussões que a todos sejam comuns?

No segundo capítulo, abordarei uma das consequências mais actuais e mais significativas do alargamento das Comunidades — o problema da “Europa a várias velocidades” — inserindo-a na perspectiva dos esforços de renovação que se verificaram a propósito de cada alargamento.

* Relatório do Mestrado de Direito Internacional Público

Neste trabalho cuida-se apenas da perspectiva comunitária do problema dos alargamentos, o que exclui do seu âmbito as consequências internas para cada um dos Estados membros.

Espero sobretudo conseguir transmitir o interesse que o tema suscita e o seu carácter complexo, controvertido e até contraditório.

CAPÍTULO I

OS ALARGAMENTOS DAS COMUNIDADES: CRISE, REFLEXÃO E DESAFIO

1. *Necessidade ou Desafio?*
2. *Sob o Signo do Imediato.*
3. *Alargamento: Diluição ou Esforço de Renovação?*

1. Necessidade ou Desafio?

“Desafio” é uma ideia constante ao longo do processo de integração e terá sido provavelmente a palavra mais utilizada a propósito dos sucessivos alargamentos das Comunidades⁽¹⁾, sobretudo na recente adesão dos três países mediterrânicos. Desde o risco que os nove correram — ao acolher três países de nível de desenvolvimento baixo — até ao esforço que estes últimos têm de fazer para atingir o padrão comunitário, tudo foi considerado desafio⁽²⁾.

(1) A cronologia dos alargamentos é apresentada num anexo ao trabalho.

(2) Cfr. José - Alain Fralon, “Les grands dossiers de l’élargissement”, Bruxelas, 1979, pág. 3 e segs.

Em geral, são apontados como desafios que a Europa tem hoje de enfrentar: a necessidade de superar a nostalgia e o “status quo” e de procurar novas soluções; a exigência de uma identidade europeia e de um conceito europeu de segurança que garantam uma posição sólida na cena política mundial⁽³⁾; as dificuldades dos sucessivos alargamentos; a necessidade de repensar as políticas comuns; a indispensabilidade de equilíbrio no sistema orçamental e de eficiência no funcionamento das instituições⁽⁴⁾.

No entanto, a Europa dos anos 80 — a “Europa do desafio”, segundo a expressão de Willy Hélin⁽⁵⁾ — está numa situação delicada, tendo sido enfraquecida pelo decurso de um século de problemas.

É já lugar comum afirmar que ao longo do séc. XX a Europa foi progressivamente deixando de ser o centro do Mundo: se no séc. XX era rica em recursos naturais, possuía técnica não igualada e difundia a sua cultura ancestral, a Europa de hoje encontra-se numa situação de dependência económica, técnica, estratégica e política.

Após a guerra, a Europa viu-se confrontada com a necessidade da reconstrução e com graves problemas decorrentes do êxodo rural, da urbanização acelerada, do atraso face aos EUA e da descolonização. E se nos “golden sixties” se registou um crescimento económico sem precedentes⁽⁶⁾, na década de 70 foi necessário aceitar mudanças radicais: a modificação do ambiente internacional, os efeitos dos choques petrolíferos, a fraqueza do sistema monetário internacional, os problemas de abastecimento de energia, matérias-primas e alimentos. Esta situação repercutiu-se nos

(3) Cfr. Pieter Dankert, “The European Community — Past, Present and Future”, ed. por Loukas Tsoukalis, Oxford, 1983, pág. 11.

(4) Cfr. Michel Vanden Abeele, “Elargissement et relance de l’Europe”, Institut d’Etudes Européennes de l’Université Libre de Bruxelles, 1984, pág. 12.

(5) Cfr. Willy Hélin, “L’Europe des années 80: celle du défi” in “Europe 85”, Luxemburgo, 1984, pág. 9. Para Hélin, a Comunidade continua a ser a única solução válida para os desafios que a Europa enfrenta, embora reconheça a necessidade de uma resposta original.

(6) Seria interessante reflectir sobre o facto de, nessa época favorável à expansão económica, os industriais e responsáveis políticos terem recusado ou, pelo menos, bloqueado o fomento de estratégias e políticas de dimensão europeia.

impasses orçamentais, nos índices de desemprego e inflação e na crise de sectores tradicionais tais como os têxteis, a indústria naval e a siderurgia⁽⁷⁾.

As dificuldades a superar e a escassa liberdade de escolha que a Europa normalmente possui parecem indicar que os alargamentos das Comunidades terão sido o resultado de uma necessidade e não de qualquer desafio. Um desafio lança-se, é voluntário⁽⁸⁾: os sucessivos alargamentos das Comunidades têm, pelo contrário, sido fruto de uma necessidade que substitui até o entusiasmo.

Afirmando a sua vocação aberta, a Comunidade propôs-se desde o início abranger outros países da Europa⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾ e um certo sentimento de fatalidade parece estar subjacente aos sucessivos alargamentos.

Em 1961 o Governo conservador de Harold Macmillan empreendeu esforços no sentido da aproximação da Grã-Bretanha à Europa. Nesta altura, a Inglaterra estava já consciente do declínio do Império e sentia que, embora estivesse a fazer uma escolha livre, o curso da História estava marcado e tal opção era inevitável. Por seu lado, os membros da Comunidade dos Seis já esperavam esta aproximação e o envolvimento britânico era tomado como certo desde o início. Assim, quando a adesão britânica finalmente se concretizou, o sentimento generalizado foi o de que a Grã-Bretanha havia finalmente compreendido que o seu lugar era ao lado dos parceiros europeus.

Este sentimento de fatalidade parece ter sido ainda mais nítido no segundo alargamento das Comunidades. A Europa defrontava-se com problemas graves e ainda não tinha tido tempo de se recompor do pri-

(7) A crise reflectiu-se na tendência — perigosa em termos europeus — de cada país se virar para si próprio; este fenómeno esteve também relacionado com a intervenção crescente dos poderes públicos nas economias nacionais.

(8) Cfr. José-Alain Fralon, "Les grands dossiers...", cit., pág. 3.

(9) A propósito dos requisitos geográfico, político e institucional exigidos para uma eventual adesão, cfr. Roger Goffin, "Une Communauté Européenne à dimensions variables" in "Europe 85", Luxemburgo, 1984, pág. 109.

(10) Importa também ter presente o processo previsto nos art.º 237.º CEE, 98.º CECA e 205.º CEEA para a adesão de novos Estados membros. É curioso notar que o sentimento profundo, enraizado ao longo da história, pelo qual se consideram as anexações de território como uma evolução favorável e se ressentem as suas perdas como algo de negativo parece ter-se reflectido nos tratados iniciais de construção europeia: apesar de se fixar o processo e as condições de adesão, a hipótese de uma exclusão é pura e simplesmente esquecida.

meiro alargamento: o período de transição desse primeiro alargamento só terminava, aliás, em 1 de Janeiro de 1978 e as candidaturas grega, portuguesa e espanhola foram apresentadas respectivamente a 12 de Junho de 1975, 28 de Março de 1977 e 28 de Julho de 1977. Como prova de que tais consequências ainda não haviam sido totalmente assimiladas, havia o facto de a Grã-Bretanha continuar a pretender ser dispensada de uma parcela das obrigações comunitárias.

Os nove descobriram com surpresa que a Comunidade era um forte pólo de atracção para os seus vizinhos do Sul e que se esperava que ela desempenhasse papel activo na área. Tal atracção resultou do impacto que a atitude da Comunidade face ao “Regime dos Coroneis” teve sobre os movimentos que se opunham aos regimes da Europa do Sul. Aliás, o processo de integração europeia tem sido identificado com a defesa dos valores democráticos, sendo a Comunidade encarada não só como exemplo de uma democracia parlamentar organizada mas também como entidade capaz de fomentar e defender a democracia.

Tendo sido apanhada de surpresa pelos novos pedidos de adesão, a Comunidade recebeu-os com indiferença e falta de entusiasmo. Num primeiro momento, o problema do alargamento foi até relegado para um plano longínquo e, embora tratado com certa condescendência, não foi encarado com realismo. Nos dois primeiros anos tratava-se apenas da Grécia e, pela sua dimensão reduzida, esperava-se que o processo tivesse um efeito marginal sobre a Comunidade (embora se receasse que a sua entrada fosse abalar o equilíbrio delicado que a Comunidade havia procurado manter no Mediterrâneo)⁽¹¹⁾. Afirmou-se abertamente que o momento não era oportuno: a Comunidade atravessava um período de crise económica, verificando-se quer o insucesso do projecto de União Económica e Monetária, quer a incapacidade dos Estados membros para adoptarem uma política energética comum. O entusiasmo que marcara o início da década de 70 — união monetária, primeiro alargamento, reforço das políticas comuns — ia esmorecendo devido a razões de carácter externo (crise do petróleo) e interno (atitude britânica e renegociação).

(11) Tanto mais que os nove estavam a desempenhar papel moderador entre a Grécia e a Turquia, a propósito da questão de Chipre.

No entanto, a Comunidade “resignou-se” a aceitar a adesão dos três países candidatos porque, embora não fosse o momento oportuno e não existissem condições favoráveis, entendia-se que o alargamento era indispensável⁽¹²⁾ para garantir a estabilidade política nas jovens democracias dos três países mediterrânicos. De facto, a situação internacional explosiva e a crise económica não permitiam que os países ocidentais arriscassem deixar escapar da sua esfera de influência três países cuja importância estratégica é patente.

Este sentimento de fatalidade, presente ao longo do processo de integração europeia, torna-se mais intenso à medida que os problemas a resolver são mais graves e quer os seis quer os nove parecem ter realizado mais e melhor sob a pressão da necessidade do que sob a do entusiasmo.

2. Sob o Signo do Imediato

A propósito de cada alargamento, a Comunidade Europeia procurou reafirmar os ideais e os objectivos que conduziram à sua criação.

Muitas foram as razões da criação da Comunidade Europeia: as relações entre os Estados europeus; a criação de um mercado com as dimensões necessárias às economias modernas; o surto de uma entidade que desempenhasse papel de relevo entre as grandes potências⁽¹³⁾.

Equilibrando-se em torno do eixo-renano, símbolo da reconciliação franco-alemã, a Comunidade dos Seis visava a harmonia entre os povos da Europa, a melhoria do seu nível de vida e a reafirmação do seu poderio político e comercial. Assim, no preâmbulo do Tratado de Roma fixam-se

(12) “É inevitável” parece ter sido a resposta mais usual quer da Comissão Europeia, quer de Madrid, Lisboa e Atenas. Cfr. José-Alain Fralon, “Les grands dossiers...”, cit. pág. 3.

(13) Cfr. “La Construction Européenne — de l'économie à l'homme”, Commission des Communautés Européennes, Bruxelas, 1979, pág. 7 e segs.

como principais objectivos da Comunidade: a união entre os povos, o progresso económico e social, a melhoria do nível de vida e das condições de emprego e a salvaguarda da paz e da liberdade.

A preocupação imediata dos Estados fundadores das Comunidades Europeias foi estabelecer uma verdadeira união económica (pressupondo a livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais bem como o estabelecimento de regras comuns nos domínios da agricultura, concorrência, transportes, relações comerciais com o exterior, fiscalidade e energia). Na origem destes objectivos imediatos estava o desejo de criar uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus, fundada na solidariedade e na perspectiva de um destino comum. Esta relação entre os métodos económicos e os objectivos políticos de integração ficou clara desde o início. Jean Monnet⁽¹⁴⁾ escreveu na época que “par la mise en commun de productions de base et l’institution d’une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l’Allemagne et les pays qui y adhèreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d’une fédération européenne indispensable à la préservation de la paix”.

As Comunidades, de acordo com o que já havia sido expresso na Declaração Schuman, deveriam contribuir para a realização dessa integração dos Estados membros numa união económica e política — cuja natureza não ficou, aliás, definida à partida.

A par desses grandes ideais reafirmados, importa também ter presentes os interesses imediatos subjacentes a cada alargamento.

O sistema comunitário de decisão é um contínuo processo de negociações baseado frequentemente numa complicada teia de acordos que conduzem a um delicado equilíbrio de perdas e ganhos que, obviamente, pode ser afectado pela adesão de novos membros. Assim, a propósito de cada “item” haverá os defensores do “status quo” e os que, pelo contrário, querem usar o alargamento como oportunidade para provocar mudanças.

No recente alargamento aos países mediterrânicos, foram invocados motivo de carácter essencialmente histórico, cultural e político. De facto, sob o ponto de vista económico, o alargamento encontrava bastante menos justificação: a Grécia e Portugal representavam a introdução de um desequilíbrio significativo na Comunidade e a adesão da Espanha traduzia-

(14) Citado em “La Construction Européenne — de l’économie à l’homme”, cit., pág. 9.

-se numa saturação de certos sectores económicos da CEE (frutos, legumes, têxteis e siderurgia).

No entanto, apesar da invocação desses ideais como justificação para o novo alargamento, verificou-se que o “importante” cedeu muitas vezes perante o “imediato”. A este propósito, Loukas Tsoukalis⁽¹⁵⁾ faz duas afirmações curiosas mas significativas: “ao abrir os dossiers, as grandes propostas e considerações geo-políticas a longo prazo deram lugar à concentração sobre assuntos imediatos” e “a retórica sobre os ideais democráticos ocidentais foi dando gradualmente lugar a acesas discussões sobre o preço dos pêssegos e do azeite”.

A posição dos Estados membros perante os sucessivos alargamentos das Comunidades parece depender essencialmente de três ordens de razões⁽¹⁶⁾:

Em primeiro lugar, é influenciada pela própria atitude que o Estado perfilha face ao problema da integração europeia. Nesta matéria, os defensores do livre comércio tendem a ser mais favoráveis ao alargamento da Comunidade do que os integracionistas; por outro lado, os países mais pequenos são os que maior receio demonstram face a um enfraquecimento das instituições comunitárias que se traduziria num acréscimo de poder por parte dos países mais fortes.

Em segundo lugar, os governos nacionais são influenciados pela pressão exercida pelos partidos políticos a nível interno. E aqui, a questão fundamental parece ser a dos laços criados entre os partidos políticos de um determinado Estado membro e os do Estado candidato: a propósito das negociações do segundo alargamento convém ter presentes as relações que se estabeleceram entre partidos políticos portugueses e alemães e, por outro lado, entre partidos franceses e espanhóis⁽¹⁷⁾.

Finalmente, a posição dos Estados membros perante o alargamento da Comunidade é ainda determinada por considerações de carácter político e pelos interesses sectoriais envolvidos. Vejamos, a título de exemplo, a posição defendida pelos Estados membros perante o segundo alarga-

(15) Cfr. Loukas Tsoukalis, “The European Community and its Mediterranean enlargement”, Oxford, 1981, pág. 136 e 137.

(16) Cfr. Emanuele Gazzo, “Enlargement of the Community: attitudes of member states” in “From nine to twelve: Europe’s destiny”, ed. por J. W. Schneider, Alphen aan den Rijn, 1980, pág. 11 e segs..

(17) Cfr. Emanuele Gazzo, ob. cit., pág. 15.

mento — as suas reacções às três candidaturas, os interesses envolvidos e as formas de os manifestar.

O alargamento aos países mediterrânicos implicava para a Comunidade — e sobretudo para a RFA — um preço político e económico que seria tanto maior quanto fosse necessário indemnizar prejuízos resultantes para países terceiros ou alterar a própria organização do mercado de produtos mediterrânicos.

No entanto, procurando desempenhar papel activo na Europa mediterrânica, a Alemanha apoiou os Estados candidatos. Aliás, associado à estabilidade política e ao reforço da aliança atlântica, o alargamento não foi posto em causa pelos partidos políticos alemães. Era mais ou menos evidente que o alargamento poderia proporcionar à Alemanha inúmeras vantagens: tratava-se de um seguro para os investimentos que a indústria alemã tinha nos três países; a liberalização do comércio e a abertura do mercado espanhol eram boas oportunidades para a indústria alemã, exportadora para os países candidatos; a especialização dessa indústria alemã em produtos de alta tecnologia e bens de capital permitia que o seu potencial de exportações fosse maior e que não precisasse temer a concorrência dos produtos dos países candidatos; como importadora de produtos agrícolas mediterrânicos esperava beneficiar da baixa dos preços provocada pela concorrência.

A França, por seu turno, esperava que o alargamento lhe proporcionasse de novo um papel central e uma posição de relevo uma vez que a adesão dos novos Estados provocaria uma deslocação para sul do centro e gravidade da Comunidade. No entanto, os riscos eram muitos: receava-se que, em vez da solidariedade, prevalecessem as divergências, temia-se mesmo uma cumplicidade entre a Espanha e os países do Norte, consumidores dos seus produtos, para manter baixos os preços; e, embora a indústria francesa fosse favorável ao acesso ao mercado espanhol, havia receio de uma possível invasão de trabalhadores estrangeiros.

Os italianos foram os primeiros a manifestar entusiasmo pela oportunidade de reequilibrar a Europa do Sul, garantindo a zona de paz no Mediterrâneo. No entanto, foram igualmente os primeiros a querer travar o processo de adesão grega, por causa das reacções nas suas próprias regiões mediterrânicas. Apesar de tudo, a Itália foi favorável ao alargamento porque entendia que a mudança no equilíbrio de forças facilitaria as reformas internas da Comunidade: traria novos defensores da reforma da

PAC, pela qual lutava há vários anos e suscitaria o problema das disparidades entre o Norte e o Sul da Comunidade.

A Inglaterra seria provavelmente dos Estados membros menos afetados pelo alargamento porque a sua agricultura é complementar da dos países candidatos e porque, enquanto país importador, tinha interesse nos preços baixos. Os ingleses estavam interessados numa possível reforma da PAC e associavam o alargamento ao reforço da aliança atlântica, mas a sua maior preocupação era o custo orçamental do novo alargamento.

A Irlanda receava perder o lugar de único país pobre da Comunidade, passando a ter de repartir com outros os fundos comunitários. Este receio era no entanto temperado pela esperança de um reforço das políticas regionais.

Os países do Benelux e a Dinamarca mostraram alguma indiferença perante o processo de adesão dos três países mediterrânicos embora receassem eventuais ameaças ao “acquis” comunitário e ineficiência no sistema de decisão.

3. Alargamento: Diluição ou Esforço de Renovação?

A adesão britânica veio pôr termo a vinte anos de hesitações, pedidos e recusas de adesão por parte dos ingleses, divergências entre os Estados originários e interrogação na opinião pública. Pretendia-se que fosse um ponto de viragem: para a Grã-Bretanha porque assumia a diluição dos laços especiais com os EUA, o enfraquecimento da coesão da Commonwealth e a lentidão no ritmo de crescimento económico; para a Irlanda porque rompia o seu relativo isolamento face a um vizinho poderoso; para a Dinamarca porque, sem pretender quebrar a tradicional solidariedade nórdica, criava novos laços no Sul. Ponto de viragem também importante para a Comunidade porque punha termo a um período de discussão que ameaçavam o seu próprio funcionamento e desenvolvimento.

No entanto, as negociações⁽¹⁸⁾ raramente incidiram sobre essas questões de fundo: discutiu-se o ritmo de desarmamento alfandegário, o paralelismo entre o alargamento da união aduaneira e a aplicação integral da PAC, as percentagens das contribuições financeiras, passaram-se em revista centenas de textos comunitários, tentando encontrar a tradução correcta para inglês ou dinamarquês de certos termos técnicos.

Temas como os da vontade europeia dos Estados candidatos, dos males económicos e monetários de alguns deles, dos seus laços com os EUA, da própria “teoria do cavalo de Tróia”, do papel da Europa no mundo, raramente foram afluídos. Compreende-se aliás que, após as duas tentativas malogradas de 61 e 67, se pretendesse evitar a todo o custo que as discussões ultrapassassem o estritamente necessário. Assim, as negociações não visavam reformular aspectos institucionais essenciais ou traçar grandes linhas políticas e económicas para o futuro da Europa. Procurava-se apenas definir as condições de inserção dos Estados candidatos num edifício comunitário que deveria permanecer nos mesmos moldes, apenas sofrendo as medidas de adaptação e transição necessárias.

O primeiro alargamento repercutiu-se no entanto de forma relevante na evolução da Comunidade, tendo introduzido não só uma concepção nova da Europa mas também modos de pensar e métodos políticos diferentes.

Passou a prevalecer a ideia de concertação⁽¹⁹⁾, concebida para dissimular a rejeição de políticas e instrumentos comuns — foi o Projecto de União Europeia de 1974, foi a manutenção da PAC sujeita a críticas crescentes devido aos seus custos, foi o SME respondendo a interesses da França, Alemanha e Benelux. A Comissão, que desempenhava papel fundamental concebendo soluções e propondo compromissos, falhou quer a

(18) Quanto ao processo das negociações no 1.º alargamento, Cfr. Jean Pierre Puissechet, “L’élargissement des Communautés Européennes”, Paris, 1974, pág., 45 e segs., onde se chama a atenção para os princípios contidos nos primeiros artigos do Acto de Adesão e para o facto de as dificuldades serem solucionadas através de medidas transitórias, passando-se depois a descrever os sectores que foram objecto das negociações.

(19) Da procura de políticos comuns passa-se à procura da convergência, sendo tudo pesado em termos de custos e benefícios. A cooperação varia de área para área, consoante os governos membros sentem que os benefícios que resultam da acção comum (nomeadamente em termos de maior eficácia) superam os custos das restrições adicionais à sua liberdade de acção.

propósito da supranacionalidade⁽²⁰⁾, quer quando propôs políticas energéticas ou de transportes, quer ainda quando as perdas e ganhos não se equilibravam⁽²¹⁾.

Por outro lado, o primeiro alargamento agravou o problema económico da Comunidade. A CEE resultou do surto económico e da ordem liberal do pós-guerra, instaurada sob tutela norte-americana sendo até difícil distinguir, em termos de causa e efeito, a liberalização do comércio que se seguiu ao tratado de Roma e às altas taxas de crescimento económico durante os seus primeiros quinze anos⁽²²⁾. A posterior recessão económica não atingiu todos os Estados comunitários por igual e ampliou as divergências existentes entre eles porque as nações reagiram como entidades políticas autónomas, consoante as suas estruturas económicas e as suas capacidades. O alargamento de seis para nove membros veio, sem dúvida, agravar essas disparidades.

Em relação ao alargamento da Comunidade aos países mediterrânicos apenas enunciaremos as principais repercussões (uma vez que a elas teremos de voltar no Cap. II): a extensão da zona geográfica da “pax europeia”, tornando a Comunidade mais representativa da realidade e diversidade europeias; os problemas orçamentais relacionados com o seu custo⁽²³⁾; as repercussões na agricultura⁽²⁴⁾ e no sector industrial⁽²⁵⁾, os problemas do afluxo de mão-de-obra devido à perspectiva de imigração para a Comunidade; os aspectos linguísticos pois a adopção das línguas dos novos membros como línguas oficiais da Comunidade implica a necessidade de traduzir toda a legislação em vigor; a questão da união aduaneira;

(20) Por exemplo, na revisão do Tratado Euratom.

(21) Foi o caso do problema orçamental britânico.

(22) Os dois processos estiveram intimamente relacionados embora seja plausível entender que foi o surto económico o responsável pela abertura das fronteiras nacionais e não o inverso.

(23) Numa época em que todos os países lutam com dificuldades orçamentais, não é fácil reunir verbas suplementares para fazer face aos ajustamentos estruturais.

(24) Com um crescimento do output agrícola devido ao aumento de 55% do número de agricultores, 49% da superfície cultivada e 24% da produção agrícola total.

(25) Os novos membros exportam sobretudo para sectores em recessão ou já largamente saturados — têxteis, indústria naval, siderurgia e certos sectores agrícolas.

os problemas das relações exteriores, nomeadamente o incremento das relações com a América latina e países mediterrânicos; o risco de ineficiência no funcionamento da Comunidade e de alterações na própria natureza da construção europeia.

Mais importante do que os problemas específicos de cada nova adesão parece-me ser o facto de os alargamentos da Comunidade revelarem as dificuldades já existentes na Europa. O mal de que esta sofre, a sua dificuldade de ser, revela-se e agrava-se⁽²⁶⁾ a propósito de cada alargamento.

Já em 1961, o alargamento implicava, antes de mais, uma questão de vontade política e representava a oportunidade de responder ao problema de saber qual a Europa que se pretendia.

Havia já algum tempo que De Gaulle, nas suas propostas para a “União Política”, procurava operar uma transformação na Comunidade através de reformas institucionais que visavam uma mudança qualitativa na direcção. O seu objectivo parecia ser o de dar prioridade à liberdade de escolha política e substituir a integração pela cooperação entre os Governos. Mas, permitindo aos Estados resolver os seus próprios assuntos, estava-se afinal a tentar dar à França a supremacia na Europa, procurando pôr cobro ao manifesto crescimento económico alemão.

A adesão britânica atrapalhava estes planos porque representava o reconhecer do sucesso do plano inicial de Jean Monnet. Aliás, havendo acordo quer sobre os princípios básicos da PAC, quer sobre a tarifa externa comum e o desenvolvimento do comércio interno, era inevitável que se pretendesse reforçar as bases institucionais — isto ameaçava afectar as possibilidades francesas de liderança.

A questão fundamental em cada novo alargamento é a de saber se ele contribuirá para o reforço da unificação europeia ou se, pelo contrário, a enfraquecerá⁽²⁷⁾. Quantitativamente, o primeiro alargamento representou uma mudança significativa pois a população aumentou em 1/3 e o número de países membros em 50%; no segundo alargamento a população comuni-

(26) Agrava-se porque o ambiente económico e as dificuldades internas da Comunidade tornam cada vez mais difíceis as adaptações necessárias.

(27) As hesitações que precederam a adesão britânica reflectiram esse facto: durante anos, o próprio desenvolvimento interno da Comunidade parece ter sido afectado pelas divergências entre os membros que pretendiam “alargar” antes de “aprofundar” e aqueles que, pelo contrário, preferiam reforçar os laços de solidariedade comunitária antes de os estender a novos membros.

tária aumentou apenas em 1/5 e o número de países em 1/3. No entanto, em ambos os alargamentos o mais importante foi o problema qualitativo da homogeneidade, especialmente grave no segundo alargamento.

Os riscos de lentidão e paralisia foram grandes porque o reforço do peso da Comunidade ameaçava provocar a ruptura na organização logística e no funcionamento das instituições⁽²⁸⁾. Os problemas do segundo alargamento ressuscitaram as clivagens tradicionais no seio da Comunidade: entre defensores das trocas livres e partidários de maior intervencionismo; entre contribuintes e beneficiários dos fundos comunitários; entre produtores e consumidores de produtos agrícolas; entre partidários de certa dose de supranacionalidade e defensores da soberania nacional; entre os fiéis à “Europa europeia”⁽²⁹⁾ e partidários da inserção num conjunto atlântico mais vasto.

Pode dizer-se que cada alargamento retarda — momentaneamente — a marcha em frente da Comunidade: a entrada de um novo membro numa Comunidade dinâmica pode ser um factor benéfico mas o alargamento de uma Comunidade que luta com dificuldades pode significar a sua estagnação. Cada alargamento é, como consta do título deste cap. I, um momento de *crise* que implica a necessidade de *reflexão* e envolve *desafios*.

(28) Basta pensar na multiplicação das línguas de trabalho, na diversificação de interesses a conciliar pela PAC, na necessidade de os países ricos efectuarem mais transferências de recursos financeiros.

(29) A expressão é de Françoise de La Serre e William Wallace, “Les candidatures de la Grèce, du Portugal et de l’Espagne aux Communautés Européennes: élargissement ou dilution?” in “Revue Française de Science Politique”, 1978, vol. 28 n.º 4, pág. 694.

CAPÍTULO II

ESFORÇOS DE RENOVAÇÃO:

UMA EUROPA A VÁRIAS VELOCIDADES?

1. A União Económica e Monetária de 1974
2. A Europa dos Doze: perspectivas de futuro
3. A institucionalização da diferença
 - a) Conceito
 - b) As regiões da Europa
 - c) Admissibilidade

1. A União Económica e Monetária de 1974

No capítulo anterior afirmámos que cada alargamento é um momento de pausa e de reflexão, obrigando a um repensar da própria Comunidade, dos seus objectivos, organização e funcionamento.

Existe frequentemente a tentação de ser minimalista ou seja, pretender ser possível enquadrar novos membros na Comunidade apenas com ajustamentos marginais nas políticas correntes, adiando as consequências para mais tarde; ou, pura e simplesmente, aceitar ceticamente que os membros

dos governos, devido às suas preocupações do dia-a-dia, não podem ir mais longe.

O método real da Comunidade parece ser muitas vezes o de ir lidando apenas com os problemas que não podem ser evitados, deixando tudo o resto para depois⁽³⁰⁾. No entanto, a necessidade de proceder a alterações é, por vezes, inevitável e, nos momentos em que devido aos alargamentos se corre o risco de diluição, fazem-se geralmente esforços de aprofundamento: foi o que se verificou a propósito de ambos os alargamentos.

É interessante notar que, paradoxalmente, foram os ingleses que permitiram que o projecto de União Económica e Monetária se concretizasse.

No período do pós-guerra, a Grã-Bretanha procurou manter o seu papel de potência mundial e, ao falar da Europa, pensava-se apenas no Continente sem incluir a Grã-Bretanha. O discurso de Churchill na Universidade de Zurique em 19 de Setembro de 1946 é exemplo disso: “Great Britain, the British Commonwealth of Nations, mighty America and I trust soviet Russia... must be the friends and sponsors of the new Europe”.⁽³¹⁾ Os ingleses, invocando a sua responsabilidade para com a Commonwealth, esforçavam-se por manter o equilíbrio europeu (que reconduziam à questão da reconciliação franco-alemã) sem contudo se considerarem parte integrante dele. Até meados da década de 50, tendo recusado a sua adesão quer à CECA quer ao Tratado de Roma e adoptando por vezes uma atitude céptica, negativa e até hostil em relação às Comunidades, a Grã-Bretanha pretendia estar no centro de três grupos de países — a Commonwealth, a Europa livre e o espaço atlântico.

Posteriormente as condições mudaram e a Grã-Bretanha, após as experiências de descolonização e da crise do Suez, apercebeu-se da sua incapacidade económica e militar crescente. A política britânica⁽³²⁾ precisava de tomar outro rumo, tendo assim surgido as propostas de aproximação às Comunidades em 1961 e 1967. Contudo, a complexidade do pro-

(30) Tenha-se, por exemplo, presente o facto de as negociações para a adesão britânica terem abrangido apenas o estritamente indispensável.

(31) Cfr. Colectânea de discursos dos primórdios da construção europeia feita por Henri Brugmans in “L’idée Européenne 1920-1970”, Bruges, 1970.

(32) Que, aliás, não terá tido o apoio americano pretendido para tentar restaurar o equilíbrio europeu clássico, opondo-se a uma federação europeia.

cesso de adesão reflectiu os conflitos de interesse e, por outro lado, os ingleses pretendiam desempenhar o papel central, procurando substituir o antigo equilíbrio de poder pela forma moderna de equilíbrio do poder de voto.

Georges Pompidou havia corrido um risco ao alargar a Comunidade aos ingleses e receava-se que esta adesão provocasse um desmembramento no Mercado Comum.

Por outro lado, até aos anos sessenta a cooperação entre os Seis limitava-se à troca de informações e ao confronto de experiências que altos funcionários faziam em comissões especializadas, raramente tomando decisões concretas. Aliás, isto era suficiente porque as economias europeias funcionavam e os “milagres” sucediam-se: a recuperação alemã, francesa, até mesmo italiana. Com a desvalorização do franco francês em Agosto de 1969, seguida da revalorização do marco alemão, os seis compreenderam que era fundamental aproximar as suas políticas económicas e monetárias.

Tornava-se necessário reforçar os laços comunitários e, na reunião de Haia em Dezembro de 1969, foi encarregado um grupo de peritos — futuro Comité Werner — de preparar um plano de União Económica e Monetária⁽³³⁾.

O início dos trabalhos ocorreu em Março de 1971 e o objectivo era realizar até 1980 uma “zona no interior da qual as pessoas, bens, serviços e capitais circulassem livremente, sem engendrar desequilíbrios estruturais e regionais”. A Comunidade deveria tornar-se, nessa altura, “um conjunto monetário individualizado... caracterizado pela convertibilidade total e irreversível das moedas”.

Para alcançar tal objectivo foi prevista uma série de medidas a implementar numa primeira etapa de três anos⁽³⁴⁾ mas os meios para aplicar este plano ambicioso parecem ter sido esquecidos.

(33) Sobre o projecto de União Económica e Monetária, cfr. José-Alain Fralon, “A Europa, acabou-se”, trad. port., Lisboa, 1976, pág. 45 e segs., máx. pág. 47 onde afirma que todos tinham o seu próprio plano: não só o Comité Werner mas também a Comissão Europeia, o ministro alemão das finanças, o Sr. Karl Schiller...

(34) Nessa altura dever-se-ia fomentar, por exemplo: o reforço da coordenação das políticas económicas, a harmonização fiscal, a coordenação das políticas dos Estados membros em relação aos mercados financeiros, a implantação de instrumentos de política regional, a diminuição das margens de flutuação entre as moedas comunitárias, a adopção de posições comuns nas relações monetárias com o exterior e o estabelecimento de cooperação financeira mútua.

As indispensáveis alterações institucionais não foram previstas e, por isso, era duvidoso que os objectivos pretendidos pudessem ser realizados com base na máquina administrativa comunitária dos anos sessenta: de facto, não era provável que as comissões especializadas passassem, sem mais, da reflexão à acção.

O plano, que parecia comprometido desde o início, tornou-se praticamente inviável a partir da crise do dólar, mas os Europeus continuaram a insistir na sua prossecução.

Costumam ser apontadas quatro explicações⁽³⁵⁾ para justificar o insucesso das tentativas de união económica e monetária: a ausência de vontade política, aliada a certa falta de confiança recíproca; o “laissez faire”⁽³⁶⁾; o alargamento da Comunidade⁽³⁷⁾; o papel dos EUA, nomeadamente através da supremacia do dólar e do impacto das suas vicissitudes.

Estas explicações são, no entanto, passíveis de dúvidas⁽³⁸⁾ porque o insucesso do projecto teve provavelmente menos que ver com noções vagas como as de “ausência de vontade política” ou mesmo com a situação económica negativa dos anos 70, do que com o facto de qualquer progresso sério nessa área implicar uma restrição à liberdade dos Estados membros (reduzindo, por exemplo, a capacidade de os governos nacionais exercerem livremente as funções de distribuição e estabilização económicas).

2. A Europa dos Doze: perspectivas de futuro

A Comunidade Europeia foi inicialmente concebida apenas como um grande mercado. De facto, a única solução que suscitou consenso foi a da

(35) Cfr. José-Alain Fralon, “A Europa, acabou-se”, cit., pág. 52 e segs..

(36) Para levar a cabo o projecto de União Económica e Monetária seria indispensável que os nove aceitassem uma disciplina rígida.

(37) Neste sentido, o vice-presidente da Comissão Europeia, Reymond Barre, afirmou na altura que o Tratado de Adesão da Grã-Bretanha era insuficiente, nomeadamente quanto ao problema da libra.

Por outro lado, a recuperação da economia britânica não durou muito e as vicissitudes que se seguiram à eleição de Wilson prejudicaram as perspectivas de construção da União Económica e Monetária.

(38) Cfr. Loukas Tsoukalis, “Looking into the crystal ball” in “The European Community: Past, Present and Future”, Oxford, 1983, pág. 234.

integração económica, esperando-se que a unidade política viesse a decorrer dela.

Os primeiros vinte e cinco anos de existência da Comunidade demonstraram a falsidade do ponto de vista de Hallstein segundo o qual, dada a estrutura económica, as condições políticas e institucionais adequadas apareceriam naturalmente à medida que a Europa se fosse tornando economicamente saudável.

No momento em que se confrontou com o segundo alargamento, a Comunidade apercebeu-se de que poucos progressos haviam sido feitos e de que continuava a não passar de um conjunto mercantil que, podendo ser útil quando tudo corre bem, se revela insuficiente em tempos de crise. Quando a prosperidade desapareceu, a Europa tomou consciência da falta de uma estrutura adequada para as decisões políticas: a falta de unidade política interna estava a provocar a desagregação da Comunidade, numa época em que as decisões políticas seriam a única forma de resolver os problemas económicos e as suas repercussões sociais.

A base de qualquer comunidade reside não apenas nas instituições sólidas, como também na capacidade de resposta aos problemas internos e na solidariedade na reacção às ameaças externas. Assim, a única solução viável para a Europa parecia ser a do reforço da solidariedade, tanto mais que os elementos primários do poder — espaço, número, recursos naturais — tendiam a acentuar-se.

No fundo, a questão que se punha a propósito do segundo alargamento era a da integração⁽³⁹⁾. Esta só pode obviamente realizar-se se existir uma forte motivação bem assim como uma configuração política favorável e uma vontade de tomar decisões. No momento em que se verificou o segundo alargamento, tais motivações pareciam já não existir: a solução para o conflito franco-alemão tinha deixado de ser encarada como incentivo e passado a ser tomada como dado adquirido; os políticos estavam mais interessados em proteger os seus interesses nacionais do que em fomentar verdadeiras iniciativas europeias. Se anteriormente havia uma

(39) Acerca das três perspectivas possíveis sobre a integração — a do economista, a do político e a do burocrata, cfr. Hugh Corbet, "An enlarged European Community: reinforcement or weakening?" in "Southern Europe and the enlargement of the EEC" publ. por José Girão, Lisboa, 1980.

forte motivação política, agora tudo parecia pautar-se pela manutenção do “status quo”.

Várias eram as perspectivas plausíveis para o futuro da Comunidade: a ruptura, a estagnação, o progresso e a “Europa a várias velocidades”.

A perspectiva da ruptura pura e simples da Comunidade, embora possível, parecia pouco provável. No entanto, não era de excluir a eventualidade de um agravamento radical do diferendo orçamental ou do insucesso do Sistema Monetário Europeu; ou a possibilidade de a Política Agrícola Comum se tornar inviável devido aos excedentes de certos produtos; ou o facto de a União Aduaneira não resistir às diferentes evoluções nos vários sistemas industriais; ou o agravamento da ineficiência das Instituições Comunitárias; ou, ainda, a possibilidade de os Estados membros se dispersarem, estabelecendo relações privilegiadas com países terceiros”⁽⁴⁰⁾.

Bastante mais plausível que a ruptura da Comunidade, parecia ser a hipótese da sua estagnação.

Tal situação resultaria das inúmeras divergências existentes na Comunidade e que seriam provavelmente agravadas pelo alargamento aos países mediterrânicos: diversidade de estruturas económicas, orientações internas desconexas e solidariedades exteriores diferentes. Por outro lado, a Comunidade mostrava não ser capaz de responder eficazmente a tais dificuldades. Faltava não apenas uma atitude comum face aos problemas internos mas também a uniformidade na resposta às ameaças externas. E, o que era mais grave, a ineficiência no funcionamento das instituições comunitárias tendia a agravar-se⁽⁴¹⁾. Assim, os problemas do alargamento, da sobrevivência da União Aduaneira, da PAC e do SME, absorviam completamente a escassa energia comunitária.

A verificar-se esta hipótese, a Europa continuaria a ser uma zona de comércio livre em que se sobreporiam as políticas nacionais e comunitárias e em que cada Estado membro procuraria proteger o seu mercado nacional. As próprias instituições seriam mantidas, sofrendo apenas alguns ajust-

(40) Cfr. Jacques Pelletier et Gérard Tardy, “L’Europe les vingt prochaines années”, Paris, 1980 onde preconizam como possibilidades futuras da Comunidade: a sua ruptura, a integração política ou novos alargamentos.

(41) Em situações de crise, o duplo mecanismo de decisão — comunitário e nacional — revela-se lento e ineficaz.

tamentos marginais para evitar o bloqueamento total. A estagnação significaria, no fundo, a manutenção do ritmo de crescimento lento, do aumento do número de desempregados e do agravamento dos défices orçamentais, continuando a Europa a desempenhar um papel modesto na cena política mundial.

No momento em que se realizou o segundo alargamento, afirmou-se que só uma cooperação europeia reforçada permitiria resolver as dificuldades com que a Europa se debatia. Os domínios da energia, da indústria e da política comercial comum pareciam ser aqueles onde uma acção mais enérgica da Comunidade poderia ser possível e útil.

O esforço necessário para a realização desta cooperação seria muito grande e implicaria a aceitação pelos Estados membros dos custos e dos riscos inerentes, bem como a aceitação de uma disciplina acrescida e de reestruturações institucionais na Comunidade. Antevendo o insucesso da cooperação reforçada, foi prevista na altura do segundo alargamento uma outra via que, embora menos satisfatória do que as políticas comuns tradicionais, representaria a possibilidade de algum progresso: o sistema da “Europa a várias velocidades”.

3. A institucionalização da diferença

a) Conceito

A primeira referência à Europa a duas dimensões foi feita em 19 de Novembro de 1974 pelo Chanceler Willy Brandt, num discurso proferido na Organisation Française du Mouvement Européen. Tal ideia foi também analisada e defendida no elatório Tindemans de 1975 e no Relatório dos Três Sábios que, embora rejeitasse o sistema em termos gerais, considerou útil a introdução de certas diferenciações no contexto das políticas comuns.

No entanto, apesar destas referências anteriores, foi Raymond Barre que relançou e revitalizou a ideia de uma Europa a várias dimensões. Em 20 de Junho de 1980, a propósito do alargamento da Comunidade aos

países mediterrânicos, Raymond Barre afirmou num encontro com industriais alemães: “Si nous voulons créer une Communauté organisée, faut-il pour autant que tous les États membres soient tenus de faire tout en même temps et de la même façon? Dans le vaste ensemble que constituera la Communauté à douze, ne peut-on concevoir divers regroupements fonctionnels, comme nous l’avons fait pour le système monétaire européen?”⁽⁴²⁾

Os defensores deste sistema apresentam-no como a única solução possível para o problema crucial das divergências existentes entre o centro e a periferia da Comunidade que, até hoje, não foram ultrapassadas. Este problema é tanto mais grave quanto é certo que a existência de um desfazamento a nível económico e político entre os Estados membros se traduz na incapacidade para prosseguir objectivos comuns.

Na opinião desses autores, a Europa a várias dimensões, embora menos satisfatória que as políticas comuns nos moldes tradicionais, seria provavelmente uma das poucas vias de progresso da Comunidade. Neste sentido, o Relatório Tindemans afirmava que: “il est impossible de présenter aujourd’hui un programme d’action crédible si on considère comme absolument nécessaire que, dans tous les cas, toutes les étapes soient franchies par tous les États en même temps. La divergence objective des situations économiques et financières est telle que, si cette exigence est posée, le progrès devient impossible et l’Europe continuera à s’effriter”⁽⁴³⁾.

Afirma-se ter chegado ao fim a era da “convergência de economias”, tornando-se necessário passar a aproveitar os benefícios da diversidade de situações. Esta ideia de especialização tornar-se-ia mais vantajosa do que a procura de homogeneidade e uniformidade numa legislação que acabaria por revelar-se artificial. Para estes autores, a realidade estaria a afastar-se cada vez mais do mito do “instrumento único” válido para toda a Comunidade.

Foi assim preconizado um sistema de mecanismos de diferenciação baseado numa série de variáveis que vão além do factor tempo. A ideia fundamental era a de que, em vez de se enfraquecer a legislação através de

(42) Citado em Pascal Fontaine, “Une course sans retour”, Lausanne, 1981, pág. 66.

(43) Citado em Jacques Pelletier et Gérard Tardy, “L’Europe les vingt prochaines années”, cit., pág. 210.

“válvulas de escape”, seria preferível admitir à partida a possibilidade de o objectivo comum não ser alcançado.

O sistema da Europa a duas dimensões traduz-se, assim, na aceitação da hipótese de nem todos os Estados membros poderem ou quererem seguir o ritmo de integração e de evolução social e económico desejados pelos mais dinâmicos de entre eles⁽⁴⁴⁾.

Deste sistema deverá distinguir-se a figura da “Europa a geometria variável” que, tal como tem sido concebido, consiste na realização de projectos comuns por um pequeno número de países apenas. A implementação deste sistema tem sido considerada mais vantajosa e menos arriscada que a do anterior porque visaria sobretudo os domínios industrial e tecnológico onde nem todos os países estarão interessados ou em condições de participar em determinados projectos concretos.

A propósito do alargamento da Comunidade aos países mediterrânicos, a Europa apercebeu-se da necessidade de introduzir modificações ao Tratado de Roma que, elaborado em 1957 para a Europa dos Seis, não se encontrava já adaptado às condições económicas, políticas e sociais dos nossos dias. Surgiram assim, entre os dirigentes europeus, os defensores da elaboração de um novo tratado de união europeia e os adeptos da introdução de simples modificações nas regras actuais, tendo a Grã-Bretanha, a Grécia e a Dinamarca manifestado a sua oposição.

Não tendo sido gerado consenso na Conferência de Milão em Junho de 1985, antevia-se a manutenção das divergências na Conferência programada para Dezembro pelo que alguns Estados — nomeadamente a França — defenderam a solução de uma Europa a duas velocidades. O Presidente francês afirmou nessa altura que “si la marche vers l’Europe politique n’intéresse pas tous les douze, seuls les intéressés y participeront”⁽⁴⁵⁾. Também Altiero Spinelli se mostrou favorável a essa solução: “si les Anglais et autres recalcitrants ne veulent pas du traité d’Union Européenne, il faut l’adopter sans eux”⁽⁴⁶⁾.

(44) Esta corresponde à noção apresentada por Jacques Pelletier et Gérard Tardy, “l’Europe les vings prochaines années”, cit. pág. 210.

(45) Citado em Collette Cova, “L’Europe à l’heure des choix” in “Revue du Marché Commun”, n.º 289, Julho-Agosto 1985, pág. 366.

(46) Citado em Collette Cova, “L’Europe à l’heure des choix” in “Revue du Marché Commun”, n.º 289, Julho-Agosto 1985, pág. 366;

Havia a consciência que a criação da Europa da diferença destruiria o edifício institucional que havia sido previsto nos tratados iniciais⁽⁴⁷⁾. Defendia-se a ideia de que o direito de veto não deveria continuar a ser admitido quando se traduzisse no bloqueio em permanência do próprio mecanismo de decisão. A prática do consenso deveria assim substituir a da unanimidade, o que teria por efeito colocar o Estado recalcitrante à margem da Comunidade⁽⁴⁸⁾.

b) As regiões da Europa

Apesar de serem os Estados as partes contratantes nos Tratados que instituíram a Comunidade Europeia, o espaço europeu assim criado não se reduz a essa perspectiva, sendo igualmente necessário tomar em consideração a dimensão regional. Não há, aliás, nenhuma contradição entre a existência de um grande espaço europeu e a manutenção de zonas mais restritas que estão até, porventura, mais próximas da realidade humana⁽⁴⁹⁾. E importa não esquecer que, se existem diferenças acentuadas entre as economias dos Estados membros, maiores serão as diferenças entre as várias regiões que exprimem a sua diversidade.

Não existe uma definição universal para a “região”, entendida nesta perspectiva europeia. Aliás, a palavra “região” tem sido utilizada numa série de sentidos que vão desde as próprias regiões que compõem os vários

(47) Cfr. Michel Vanden Abeele, “Elargissement et relance de l’Europe”, Institut d’Etudes Européennes de l’Université Libre de Bruxelles, 1984, pág. 18 e segs.

(48) Apontam-se como exemplos o caso da Grã-Bretanha no SME e o caso da Dinamarca na política de educação.
Cfr. Pascal Fontaine, ob. cit., pág. 68.

(49) A consciência da realidade regional tem vindo a aumentar. Cfr. Kormoss, “Politique régionale ou régionalization des politiques?” in “From nine to twelve: Europe’s destiny”, ed. por J. W. Schneider, 1980, pág. 21.

Estados membros⁽⁵⁰⁾, até à sua reunião em regiões mais amplas⁽⁵¹⁾ ou mesmo ao agrupamento dos próprios Estados segundo critérios mais ou menos rígidos.

Na Conferência sobre poderes locais e regionais na Europa que foi promovida pelo Conselho da Europa e que teve lugar em Estrasburgo em 1978, afirmou-se que: “Différente parfois d’un pays à l’autre, la notion de région... correspond généralement à une Communauté humaine, localisée sur l’unité territoriale la plus vaste à l’intérieur de chaque nation. Cette communauté se caractérise par une homogénéité d’ordre historique ou culturel, géographique ou économique... que confère à la population une cohésion... L’institution de la région ne devrait que constater sur le plan juridique la réalité sociologique”.

A Comunidade Europeia apresenta uma enorme diversidade de estruturas regionais que podem ser autonomizadas segundo critérios de repartição da população, de tipos de actividades económicas, de índices de desemprego ou de nível médio de rendimento.

Em relação à população era habitual distinguir, na Comunidade dos Nove, uma zona central que, estendendo-se entre Manchester e Estugarda, correspondia a cerca de 15% do território comunitário. Nesta área estimava-se o número de habitantes em cem milhões ou seja, cerca de 40% da população comunitária. A densidade populacional era, assim, de aproximadamente 450 habitantes por km².

Em zonas como a região parisiense ou a Lombardia a média era ainda superior a 250 habitantes por km².

(50) Assim, consideravam-se na Europa dos Nove 85 regiões - 11 alemãs, 22 francesas, 20 italianas, 11 inglesas, 9 irlandesas, 4 holandesas, 4 dinamarquesas, 3 belgas e 1 luxemburguesa; a par destas grandes regiões, havia quem considerasse 354 regiões de menores dimensões. Cfr. “La Construction Européenne — de l’économie à l’homme”, cit., pág. 111.

(51) Kormoss preconiza a autonomização de quatro regiões mais necessitadas da Europa dos Doze: “Caledonia” (ilhas britânicas e irlandesas), “Iberia” (regiões espanholas e portuguesas), “mezzogiorno” (grandes ilhas do Mediterrâneo e sul da Itália continental) e “Arcadia” (Grécia e, eventualmente Chipre). Cfr. “From nine to twelve: Europe’s destiny”, cit. pág. 39.

(52) Em relação aos dados estatísticos, cfr. Edgar Pisani, “Défi du monde — campagne d’Europe”, Paris, 1979, pág. 83 e segs.

Pelo contrário, noutras regiões francesas, da Irlanda e no norte da Escócia, as densidades eram inferiores a 50 habitantes por km², vivendo cerca de 7% da população em 20% do território comunitário.

Finalmente, nas restantes áreas, a densidade parecia oscilar entre 100 e 200 habitantes por km² (53).

Em relação às estruturas económica, referiremos apenas de forma sucinta, a situação dos três sectores produtivos (54).

A agricultura ocupava na Europa dos nove cerca de 8% de população activa comunitária. No entanto, enquanto que na Grã-Bretanha, Bélgica, Holanda e parte da Alemanha, essa percentagem oscilava entre 3% e 5%, em áreas como as do Sul de Itália, da Irlanda e do oeste francês, ela atingia valores entre os 20% e os 30% (55).

A indústria tomava 42% da população activa, concentrando-se sobretudo na zona que se estende desde a Escócia à Toscana, ao passo que o sector terciário ocupava aproximadamente 50% da população comunitária activa, estando os serviços distribuídos de forma muito desigual. De facto, nas zonas das capitais dos Estados membros e nas zonas dos grandes portos, encontravam-se concentrados cerca de 62% a 70% dessas estruturas.

Em relação aos níveis de rendimento, partindo de um valor convencional de 100 como média comunitária, verificavam-se discrepâncias significativas. Assim, a par da zona das capitais dos Estados membros e das grandes cidades, onde o índice dos rendimentos variava entre 20 e 200, existiam regiões como o Mezzogiorno italiano ou o oeste da Irlanda cujos níveis variavam entre 40 e 50. Verificava-se, deste modo, uma disparidade global de 1 a 5 entre as regiões mais ou menos desenvolvidas.

(53) Ainda em relação à população, importa considerar factores como os dos movimentos migratórios que estão intimamente relacionados com as próprias estruturas económicas regionais; sabe-se que as principais zonas de emigração situam-se na periferia da Comunidade, o que corresponde, aliás, ao facto de a taxa de desemprego aumentar à medida que nos afastamos da zona central da Comunidade. Cfr. "La Construction Européenne — de l'économie à l'homme", cit. pág. 112.

(54) Importaria ainda tomar em consideração os principais focos de estagnação ou declínio económico.

(55) É ainda fundamental ter presente a tendência decrescente no sector agrícola — o número de pessoas ocupadas na agricultura baixou de 18 milhões em 1958, para 9 milhões em 1975 o que é, sem dúvida, significativo.

Verificava-se que na Irlanda, Dinamarca e França, só a região da capital tinha níveis de rendimentos superiores à média comunitária; por outro lado, todas as regiões da Itália, Grã-Bretanha e Irlanda possuíam níveis inferiores a essa média; nos restantes países, a média era superior à média comunitária, com excepção de algumas regiões.

Da conjugação dos vários factores enunciados infere-se que os principais problemas regionais europeus eram o sub-desenvolvimento relativo das regiões mais dependentes da agricultura (traduzindo-se em desemprego, emigração e baixo nível de rendimentos), o declínio das antigas regiões industriais, as dificuldades das regiões fronteiriças internas e os problemas decorrentes da concentração de riqueza e pobreza em alguns aglomerados urbanos.

Apesar da previsibilidade dos problemas regionais que iriam surgir em virtude das discrepâncias existentes, os inspiradores dos Tratados não conceberam à partida — pelo menos em termos de política comum — a política regional. Aliás, os Estados membros tinham as suas políticas regionais internas e não eram favoráveis a uma transferência de soberania nessa matéria.

Devido às fortes disparidades económicas e sociais existentes entre as várias regiões europeias, a Comunidade foi-se dotando progressivamente de uma política regional que se traduzia essencialmente na acção de coordenação dos esforços dos Estados, completando-se através de intervenções financeiras da Comunidade.

Na Comunidade dos Doze as disparidades regionais passaram a ser bastante mais acentuadas.⁽⁵⁶⁾

Em termos de nível de rendimentos, enquanto que a disparidade na Comunidade dos Nove era, como vimos, de 1 para 6 (entre o oeste irlandês e Hamburgo), agora essa diferença passou a ser de 1 para 12 (entre Vila Real-Bragança e Hamburgo). A Comunidade passou a contar com sensivelmente mais 53 milhões de habitantes vivendo em regiões cujo produto médio por habitante é semelhante ou mesmo inferior ao do Mezzogiorno italiano ou do Oeste irlandês.

(56) Em relação às alterações geográfica e demográficas provocadas pelo alargamento da Comunidade aos países mediterrânicos, Cfr. Kormoss, "Politique régionale ou régionalisation des politiques?" in "From nine to twelve: Europe's destiny?", cit., pág. 23 e segs.

As características dos problemas que agora se colocam são igualmente diferentes pois acrescem as dificuldades ligadas à emigração e ao desenvolvimento de regiões montanhosas ou periféricas, exclusivamente agrícolas e sem contacto com a sociedade industrial.

A agricultura foi o sector que apresentou maiores dificuldades de ajustamento tendo o desequilíbrio sido sentido sobretudo pelas regiões mediterrânicas da Comunidade. Criou-se uma verdadeira diferenciação regional em desfavor das regiões mediterrânicas: os produtos agrícolas do Norte da Comunidade passaram a ter melhores perspectivas de mercado enquanto que para os produtos específicos das regiões mediterrânicas a concorrência foi reforçada⁽⁵⁷⁾.

São também extremamente significativos quer o facto de o número de agricultores na Comunidade⁽⁵⁸⁾ ter sofrido um aumento de 7,5 milhões para 12 milhões ou seja, um acréscimo de aproximadamente 62,5%⁽⁵⁹⁾, quer o facto paralelo de a superfície comunitária agrícola aumentar cerca de 49%.

Em relação à indústria põem-se problemas semelhantes pois os países aderentes, precisando de enormes desenvolvimentos sobretudo em matéria de infra-estruturas, são essencialmente produtores de matérias já largamente excedentárias no mercado comunitário. São, de facto, as indústrias tradicionais que prevalecem (siderurgia, têxteis, petroquímica, calçado) e não aquelas de que a Comunidade mais precisa (energia, matérias-primas, informática).

(57) Isto, obviamente, porque sendo os três países candidatos mediterrânicos e produtores de vinho, legumes e fruta, o risco de formação de excedentes no mercado comunitário aumentou e ainda porque, possuindo mão-de-obra barata tais países ameaçam poder produzir a custos mais baixos.

(58) Que, como vimos anteriormente, estava a decrescer de forma acentuada.

(59) A população activa ocupada na agricultura representava na Comunidade dos Nove cerca de 9% ao passo que nos três países candidatos era respectivamente de 22% em Espanha, 28% em Portugal e 35,5% na Grécia.

c) Admissibilidade

O alargamento aos países mediterrânicos estendeu a periferia geográfica e económica da Comunidade, tendo acentuado as divergências existentes entre os Estados membros.

A União Económica e Monetária, cuja conclusão estava prevista para 1980, parecia cada vez mais distante e mais difícil de atingir. E as características dos três países candidatos apontavam no sentido de a sua contribuição a favor da Comunidade ser bem inferior à assistência que eles próprios poderiam legitimamente esperar, à luz do espírito de solidariedade comunitária.

Isto implicava um esforço enorme no sentido do reforço da solidariedade financeira e dos quadros institucionais: o alargamento deveria servir como ocasião para promover a aproximação entre o Norte e o Sul da Comunidade, o que implicava não só a unidade no plano político e económico, como também a própria unidade espiritual.

Se todos sentiam esta necessidade, muitos eram os que duvidavam da sua exequibilidade e punham a questão em termos de opção⁽⁶⁰⁾: ou se aceitava a proposta da Europa a várias dimensões ou, pelo contrário, dever-se-ia aceitar a impossibilidade de convergência de políticas e economias num futuro próximo. Neste último caso, o alargamento significaria uma evolução na própria função económica da Comunidade: esta deixaria de procurar melhorar o nível de vida dos países mais industrializados, para passar a fazer com que os menos desenvolvidos alcançassem o nível dos primeiros (dar-se-ia, assim, primazia aos meios de ajuda ao desenvolvimento e aos meios estruturais e não à abertura de mercados ou à concorrência ilimitada).

Se esta situação de relativa estagnação se afigurava como desfavorável, a consagração do sistema da Europa a várias velocidades tinha também sérios inconvenientes.

A institucionalização da diferenciação entre os Estados membros poderia vir complicar a vida comunitária que já admitia, a par dos Trata-

(60) Cfr. Françoise de la Serre e William Wallace, "Les candidatures de la Grèce, du Portugal et de l'Espagne aux Communautés Européennes: élargissement ou dilution?" in "Revue Française de Science Politique", vol. 28 n.º 4, 1978.

dos e Actos de adesão, a possibilidade de inúmeras interrogações e períodos de transição. Por outro lado, ela viria provavelmente diminuir a possibilidade de compromissos globais e enfraquecer as instituições e a posição internacional da Comunidade — em última instância a pluralidade poderia mesmo conduzir à cisão.

Uma das principais objecções a tal sistema era a ideia do risco que ele envolveria de criar e cristalizar diferentes “classes” entre os Estados-membros⁽⁶¹⁾. Tornava-se necessário evitar a criação de dois blocos de países entre os quais se estabelecessem relações de assistentes — assistidos que poderiam evoluir no sentido de um verdadeiro “mini-diálogo Norte-Sul”⁽⁶²⁾ na própria Comunidade.

Receava-se que a regulamentação e dotação dos fundos comuns da CEE, tal como existia aquando do alargamento, não permitisse a necessária redistribuição de recursos financeiros para pôr cobro às disparidades entre zonas de desenvolvimento desigual. Os próprios meios de que a Comunidade se dotou para garantir a solidariedade entre os países membros eram insuficientes e as práticas liberais instauradas, se por um lado melhoravam o nível de vida, poderiam por outro acentuar o desnível existente entre os mais e os menos desenvolvidos. As próprias políticas comuns pareciam não satisfazer inteiramente, representando uma parcela restrita do orçamento da Comunidade. A solidariedade tornava-se cada vez mais difícil e os Estados receavam continuar os seus esforços de integração: os Estados fortes não queriam continuar a financiar a recuperação dos mais fracos e estes queixavam-se da supremacia dos primeiros.

Por outro lado, deve colocar-se o problema da compatibilidade da Europa a várias velocidades com os próprios Tratados, porque tal sistema parece contrariar a ideia de Comunidade, ligada à exigência de unidade e solidariedade e ao respeito pelo princípio da igualdade.

Os defensores da diferenciação argumentam que a necessidade de acordo dos Estados membros sobre os objectivos visados e sobre o afastamento temporário de alguns deles da sua realização, satisfaria a exigência de unidade. Por outro lado, a solidariedade traduzir-se na implementa-

(61) As classes de países seriam: RFA, França e Benelux: Itália, Espanha, Portugal, Grécia e Irlanda; GB e Dinamarca. Este último grupo seria constituído pelos “refractários” i.e. aqueles que evitam envolver-se em políticas demasiado absorventes.

(62) Segundo a expressão de Pascal Fontaine, “Une course sans retour”, cit., pág. 61.

ção de medidas de assistência visando a recuperação dos Estados membros menos desenvolvidos. Finalmente, entendem que o princípio da igualdade apenas exige que situações idênticas sejam tratadas da mesma forma: o que justificaria a introdução do sistema das várias velocidades seria precisamente a diferenciação objectiva de determinadas situações⁽⁶³⁾.

No entanto, parece-me ser dificilmente compatível com os Tratados aceitar a ideia da Europa a várias velocidades como um princípio geral. Logo no preâmbulo do Tratado CEE os povos da Europa propõem-se estabelecer os fundamentos de uma união mais estreita entre si, visando a melhoria das condições de vida e de emprego. Para tal, afirmam a necessidade e a intenção de reforçar a unidade das suas economias, assegurando o seu desenvolvimento harmonioso e a redução do afastamento entre as diferentes regiões e do atraso das menos desenvolvidas.

Optando por uma interpretação menos formalista e mais flexível dos Tratados poder-se-ia dar preferência à realização dos objectivos da Comunidade, relegando para segundo plano o problema dos métodos a adoptar. Aliás, o próprio Tratado refere a “coordenação” das políticas económicas (art.º 6.º) e a sua “progressiva aproximação” (art.º 2.º).

Se a aceitação da Europa a várias velocidades não é admissível como princípio geral, pode ainda colocar-se a hipótese de diferenciação em certos sectores da vida comunitária. Em relação aos próprios alicerces da Comunidade e, nomeadamente no que diz respeito ao estabelecimento e funcionamento do Mercado Comum, a regulamentação feita no Tratado torna difícil a possibilidade de introdução de diferenciações. Pelo contrário, tal já se afigura possível na vasta área da coordenação das políticas económicas, bem como à luz de certa indeterminação das “disposições adequadas” que o art.º 235.º do Tratado de Roma prevê que sejam tomadas pelo Conselho para colmatar certas lacunas do próprio Tratado.

Também é verdade que ninguém defendeu o sistema da Europa a várias dimensões sem lhe introduzir restrições mais ou menos apertadas. Todos são unânimes em considerar que, apesar de a eficácia da gestão obrigar a que apenas um pequeno número de países leve a cabo determinada acção, os esforços de integração visam objectivos comuns que têm de

(63) Cfr. Eberhard Grabitz e Bernd Langenheine, “Legal problems related to a proposed two-tier system of integration within the European Community” in “Common Market Law Review”, vol. 18 n.º 1, 1981, pág. 39 e segs.

ser definidos por todos os Estados membros⁽⁶⁴⁾. Por outro lado, os Estados que não estejam em condições de participar em todas as medidas comuns deverão afastar-se com o seu próprio consentimento. Exige-se ainda que o sistema tenha carácter aberto ou seja, não exclua indefinidamente a possibilidade de outros Estados participarem nas medidas implementadas. A solidariedade comunitária implica que a ajuda mútua seja reforçada, com vista à remoção dos obstáculos e à recuperação dos Estados menos desenvolvidos. Finalmente, entendia-se que o sistema da diferenciação deveria procurar aproveitar, na medida do possível, as vantagens da dimensão comunitária — por exemplo, a nível da comercialização dos produtos.

É indiscutível que o Direito Comunitário tem de tomar em consideração as diferenças existentes entre os vários Estados e as várias regiões, nomeadamente no que se relaciona com os seus sistemas económicos. A lei não pode, de facto, ultrapassar estas divergências através de legislação uniforme que apenas serve para a generalidade⁽⁶⁵⁾.

É assim possível conceber uma escala de graus de integração que vai desde uma integração totalmente uniforme até divergências incompatíveis com os Tratados. Entre essas duas situações — limite, é possível preconizar uma série de diferenciações admissíveis entre os sistemas legais nacionais.

A regra geral é que em relação às áreas de políticas expressamente previstas nos Tratados, a integração é em princípio uniforme, dando todos os Estados membros os mesmos passos ao mesmo tempo.

No entanto, tem vindo a ser admitida — sobretudo no direito derivado — a possibilidade de Estados membros serem excluídos da aplicação de regras comuns, por um período de tempo limitado ou mesmo ilimitado.

Essas últimas, não estando em bom rigor de acordo com o espírito dos Tratados, são no entanto admitidas por serem consideradas inofensivas. São os casos da 6.^a Directiva do Conselho que exclui do pagamento

(64) Tindemans afirmou no seu Relatório a necessidade de todos os Estados membros chegarem a acordo: “il ne s’agit pas ici d’une Europe à la carte — l’accord de tous sur le but final à atteindre en commun lie chacun, ce n’est que l’exécution qui est échelonnée dans le temps”.

(65) É preciso no entanto não esquecer que, obviamente, para que uma lei seja aplicada é preciso que se preencham as condições previstas para a sua aplicabilidade o que, podendo não se verificar em determinadas regiões, introduz algumas diferenciações.

de algumas taxas certos territórios da Dinamarca, Itália e RFA e do Protocolo sobre comércio interno alemão que, aprovado por todos os membros a par do Tratado de Roma e tendo natureza de direito originário, permite à RFA negociar com a RDA em termos de comércio interno. Estas divergências visam permitir ao Estado membro resolver os seus problemas internos durante o período de excepção porque as adaptações a situações políticas e económicas diferentes tendem a ser morosas.

Admitem-se, por outro lado, diferentes níveis de exigências feitas aos Estados membros em função de certas condições naturais, geográficas, históricas, sociais ou políticas. São, por exemplo, os casos de regulamentação alternativa tais como a 4.^a Directiva do Conselho pela qual certas empresas podem optar entre diferentes formas de elaborar os seus balanços. São igualmente os casos em que apenas se fazem exigências de mínimos a alcançar (sobretudo a nível de protecção do ambiente) e ainda os casos de certas áreas da actividade estadual que ficam fora do alcance das regras comunitárias (é o fenómeno da reserva de direitos soberanos).

Estas modalidades de diferenciação são admitidas apenas porque, baseando-se em manifestações unânimes de vontade, não põem em causa o funcionamento global do mercado comum. Pelo contrário, são até instrumentos adequados para alcançar um maior nível de conformidade com os objectivos de integração, tomando em consideração dificuldades internas ou geográficas que não podem ser ignoradas. As diferenciações que, de alguma forma, se consideram contrárias ao Tratado apenas se admitem pela sua pequena relevância económica e porque não põem em causa os objectivos fundamentais da Comunidade.

Setembro 1986

CRONOLOGIA DOS ALARGAMENTOS

ANO	DATA	FACTOS
1961	9 Julho	Assoc. Grécia-CEE (art.º 238.º Trat. CEE)
	31 Julho	PM Macmillan anuncia intenção de abrir negoc.
	3 Agosto	Parlamento britânico vota a favor da candidatura
	9 Agosto	GB pede admissão na CEE. Pedido prudente negoc. de Portugal
	8-9 Novembro	Abertura oficial das negoc. GB-CEE
1963	14 Janeiro	Confer. de Imprensa de De Gaulle
	29 Janeiro	Suspensão das negociações
	11 Fevereiro	Sem efeito negoc. com Portugal
1966	21 Abril	Gov. britânico declara-se apto a entrar na CEE, sob certas condições
	10 Novembro	PM H. Wilson anuncia intenção de nova aproximação. Portugal mantém pedido de negoc. de 61.
1967	10-11 Maio	Candidatura oficial de GB, Dinm, Irl.; Noruega em Julho
	16 Maio	Novo veto de De Gaulle
	19 Dezembro	Cons. de Min. não chega a acordo. Diligência diplomática de Portugal sem efeito

ANO	DATA	FACTOS
1969	5 Fevereiro	Portugal apresenta "aide-memoire" junto da CEE
	28 Abril	De Gaulle abandona o poder
	23 Julho	Cons. Min. examina as várias candidaturas
	1 Outubro	Comissão emite parecer sobre o alargamento
	1-2 Dezembro	Conferência de Haia: reabertura de negociações
	31 Dezembro	Fim do período de transição de 12 anos para estabelecimento do Mercado Comum
1970	28 Maio	Gov. Português envia "memorandum" à CEE definindo intenções
	8-9 Junho	Decisão do Cons. fixando o proc. de negociações.
	30 Junho	Sessão inicial das negoc. no Luxemburgo
1971	20 Maio	Encontro em Paris de Edward Heath e G. Pompidou
	21-22 Junho	Acordo sobre os aspectos fund. das negociações
	Julho	"White Paper" do Gov. britânico em apoio da adesão
	28 Outubro	Parlamento britânico vota a favor da adesão; trabalhistas: "No entry on tories terms"
	17 Dezembro	Início das negoc. Portugal - CEE
1972	19 Janeiro	Parecer da Comissão
	22 Janeiro	Decisão do Conselho e assinatura dos Tratados de Adesão
	26 Setembro	Referendo nacional na Noruega: não à adesão
	17 Outubro	"European Communities act" recebe o "Royal Assent"
	19-20 Outubro	Conferência dos "Nove" em Paris traça linhas gerais para o futuro
1973	1 Janeiro	Comunidade dos "Nove" entra em vigor
1974	2 Fevereiro	Eleições britânicas: maioria trabalhista
	1 Março	Gov. decide renegociar adesão

ANO	DATA	FACTOS
	1 Abril	GB pede renegociação
	4 Junho	Formulação de exigências
	26 Novembro	Karamanlis manifesta intenção de adesão grega
1975	10-11 Março	Reunião Cons. da Europa em Dublin: pontos finais da renegociação
	18 Março	Gov. britânico recomenda permanência na CEE
	9 Abril	Parlamento vota a favor da permanência
	5 Junho	Referendo nacional na GB
	12 Junho	Grécia solicita adesão
	24 Junho	Min. dos “Nove” dão “talvez” ao pedido grego
1976	28 Janeiro	Parecer da Comissão
	27 Julho	Início das negoc. com a Grécia
1977	28 Março	Pedido de adesão de Portugal
	5 Abril	Conselho põe o proc. em marcha
	Junho	Parecer favorável do Conselho
	28 Junho	Pedido de adesão da Espanha
	31 Dezembro	Fim do período de transição para a GB, Dinamarca e Irlanda
1978	20 Abril	Comunicação da Com. ao Cons. sobre o 2.º alargamento: “Reflexões de conjunto”
	29 Maio	Parecer da Com. sobre a adesão de Portugal
	5 Junho	Resposta favorável do Cons. no sentido da abertura das negociações
	17 Outubro	Abertura oficial das negoc. com Portugal
1979	5 Fevereiro	Abertura oficial das negoc. com Espanha
	3 Abri	Fim das negoc. com a Grécia
	28 Maio	Assinatura do Tratado de Adesão da Grécia
1981	1 Janeiro	Grécia é 10.º membro

ANO	DATA	FACTOS
1982	22 Março	Gov. grego apresenta “memorandum” sobre rel. entre a Grécia e a Comunidade
	22 Junho	Comunicação da Com. sobre a política Mediterrânica na Comunidade alargada
	15 Novembro	Comunicação da Com. sobre probl. do alargamento: inventário e sugestões
	3-4 Dezembro	Cons. Europeu em Copenhaga: adia a reforma do “acquis” comunitário
1984	30 Março	Relatório da Com. sobre as orientações para reforço da pol. mediterrânica
	11 Abril	Comunicação da Com. sobre orientações para reforço das relações com a América Latina
1985	31 Maio	Parecer da Com. sobre os pedidos de adesão de Portugal e Espanha
	11 Junho	Decisões do Cons. das Comunidades
	12 Junho	Assinatura do Tratado de Adesão e do Acto relativo às adaptações dos Tratados
	3 Dezembro	Compromisso no Luxemburgo sobre a revisão do Tratado de Roma: Acto Único Europeu
1986	1 Janeiro	Europa dos “Doze” entra em vigor

BIBLIOGRAFIA

- ABAD, Mariano**, “Les consequences budgétaires pour la Communauté et les pays candidats” in “A Community of twelve? The impact of further enlargement on the European Communities”, Bruges, 1978.
- ADES, Didier** “Demain l’Europe” Paris, 1979.
- BERNOS, Roger** “Gaullist foreign policy in retrospect” in “The World Today”, vol. 30 n.º 8, Londres, Agosto 1974.
- BIEHL, Dieter** “The impact of enlargement on regional development and regional policy in the European Community” in “A Community of twelve? The impact of further enlargement on the European Communities”, Bruges, 1978.
- BLAKER, Peter** “Labour’s renegotiation policy: a Conservative view” in “The World Today”, vol. 30 n.º 8, Londres, 1974.
- BONAZZA, Patrick** “The entry of Great Britain into the European Communities” in “European News Agency”, vol. 3, Bruxelas, 1972.
- BRUGMANS, Henry** “L’idée européenne, 1920-1970”, Bruges, 1970.

- CAMPOS, Mota de "Direito Comunitário", Lisboa, 1983.
- CORBET, Hugh "An enlarged European Community: reinforcement or weakening?" in "Southern Europe and the enlargement of the EEC" publi. Por José Girão, Lisboa, 1980.
- COVA, Colette "L'Europe à l'heure des choix" in "Revue du Marché Commu", n.º 289, Paris, 1985.
- DANKERT, Pieter "The European Community — Past, Present and Future" in "The European Community — Past, Present and Future", ed. Loukas Tsoukalis, Oxford, 1983.
- DELMAS, Claude "Retards et progrès de la construction européenne" in "Le Monde Moderne", n.º 16, Paris, 1978.
- DENIAU, Jean François "L'Europe Interdite", Paris, 1977.
- DE LA SERRE, Françoise "Les candidatures de la Grèce, du Portugal et de l'Espagne aux Communautés Européennes: élargissement ou dilution?" in "Revue Française de Science Politique", vol. 28, n.º 4, Paris, 1978.
- ECKSTEIN, Anne M. "Retrouvailles timides entre les presque douze et l'Amerique Latine" in "Revue du Marché Commun", n.º 286, Paris, 1985.
- EHLERMANN, Claus-Dieter "Problèmes institutionnels actuels de la Communauté" in Cahiers de Droit Européen", n.º 3, Bruxelles, 1972.
- ESSER, Klaus "Comunidade Europeia e países aderentes da Europa do Sul", publ. do Instituto Alemão de Desenvolvimento, Berlim, 1978.
- FERRAN, Gabriel "El informe Tindemans sobre la union europea" in "Revista de Instituciones Europeas", vol. 3 n.º 2, Madrid, 1976.

- FITZGERALD, Garret "A Community of Twelve? The opportunities and risks of enlargement" in "A Community of twelve? The impact of further enlargement on the European Communities", Bruges, 1978.
- FONTAINE, Pascal "L'élargissement au sud de la Communauté Européenne" in "Défence Nationale", 34.º ano, Paris, Março 1978.
"Une course sans retour", Lausanne, 1981.
- FRALON, José-Alain "Les grands dossiers de l'élargissement", Bruxelles, 1979.
"A Europa, acabou-se", trad. port., Lisboa, 1976.
- GAZO, Emanuele "Enlargement of the Community: attitudes of member states" in "From nine to twelve: Europe's destiny" ed. J. W. Schneider, Alphen aan den Rijn, 1980.
- GLAESNER, Hans J. "L'Acte Unique Européen" in "Revue du Marché Commun", n.º 298, Paris, Junho 1986.
"Unity and disunity of the European Legal Order" in "Common Market Law Review", vol. 18 n.º 1, Leyden, 1981.
- GOFFIN, Roger "Une Communauté Européenne à dimensions variables" in "Europe 85" Luxemburgo: Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1984.
- GOYBET, Catherine "Luxembourg: le Sommet de la relance de l'Europe?" in "Revue du Marché Commun", n.º 292, Paris, Dezembro, 1985.
- GRABITZ, Eberhard "Legal problems related to a proposed two — tier system of integration within the European Community" in "Comon Market Law Review", vol. 18, n.º 1, Leyden, 1981.
- HALLSTEIN, Walter "L'Europe inachevée" trad. do alemão, Paris, 1970.
- HELIN, Willy "L'Europe des années 80: celle du défi" in "Europe 85", Luxemburgo: Office des publications officielles des Communautés Européennes, 1984.

- HILLENBRAND, Wolfgang "The american response to further enlargement of the European Community towards the Mediterranean" in "A Community of twelve? The impact of further enlargement on the European Communities", Bruges, 1978.
- KOHLER, Beate "Decision-making in an enlarged Community" in "Southern Europe and the enlargement of the EEC", Lisboa, 1980.
- KOVAR, Robert "L'impact de l'élargissement sur les institutions et le droit des Communautés Européennes" in "A Community of twelve? The impact of further enlargement on the European Communities", Bruges, 1978.
- LOUIS, Jean-Victor "A Ordem Jurídica Comunitária", 2.^a edição, trad., port., Bruxelas, 1983.
- MARTINS, Victor "Jornadas sobre a Grécia na CEE — 3 anos depois", Lisboa, 1984.
- PELLETIER, Jacques "L'Europe les vingt prochaines années", Paris, 1980.
- PHILIP, Christian "Les institutions européennes", Paris, 1981.
- PISANI, Edgar "Défi du monde — campagne d'Europe", Paris, 1979.
- PUISSOCHET, J-Pierre "L'élargissement des Communautés Européennes", Paris, 1974.
- SANCHEZ, Gonzalez "Las negociaciones de adhesion de España a las Comunidades Europeas desde Abril de 1984 hasta su conclusion" in "Revista de Instituciones Europeas", vol. 12 n.º 2, Madrid, 1985.
- SCHNEIDER, Johannes Wilhelmus "From nine to twelve: Europe's destiny?", Alphen aan den rijn, 1980.

SIOTUS, Jean “Le rôle politique de la Commission et l’élargissement” in “La Commission des Communautés Européennes et l’élargissement de l’Europe”, Bruxelles, 1974.

SPINELLI, Altiero “Le rôle politique de la Commission et l’élargissement” in “La Commission des Communautés Européennes et l’élargissement de l’Europe”, Bruxelles, 1974.

TSOUKALIS, Loukas “Looking into the crystal ball” in “The European Community: Past, Present and Future”, Oxford, 1983.
“The European Community and its Mediterranean enlargement”, Oxford, 1981.

VANDEN ABEELE, Michel “Elargissement et relance de l’Europe”, Institut d’Etudes Européennes de l’Université Libre de Bruxelles, 1984.

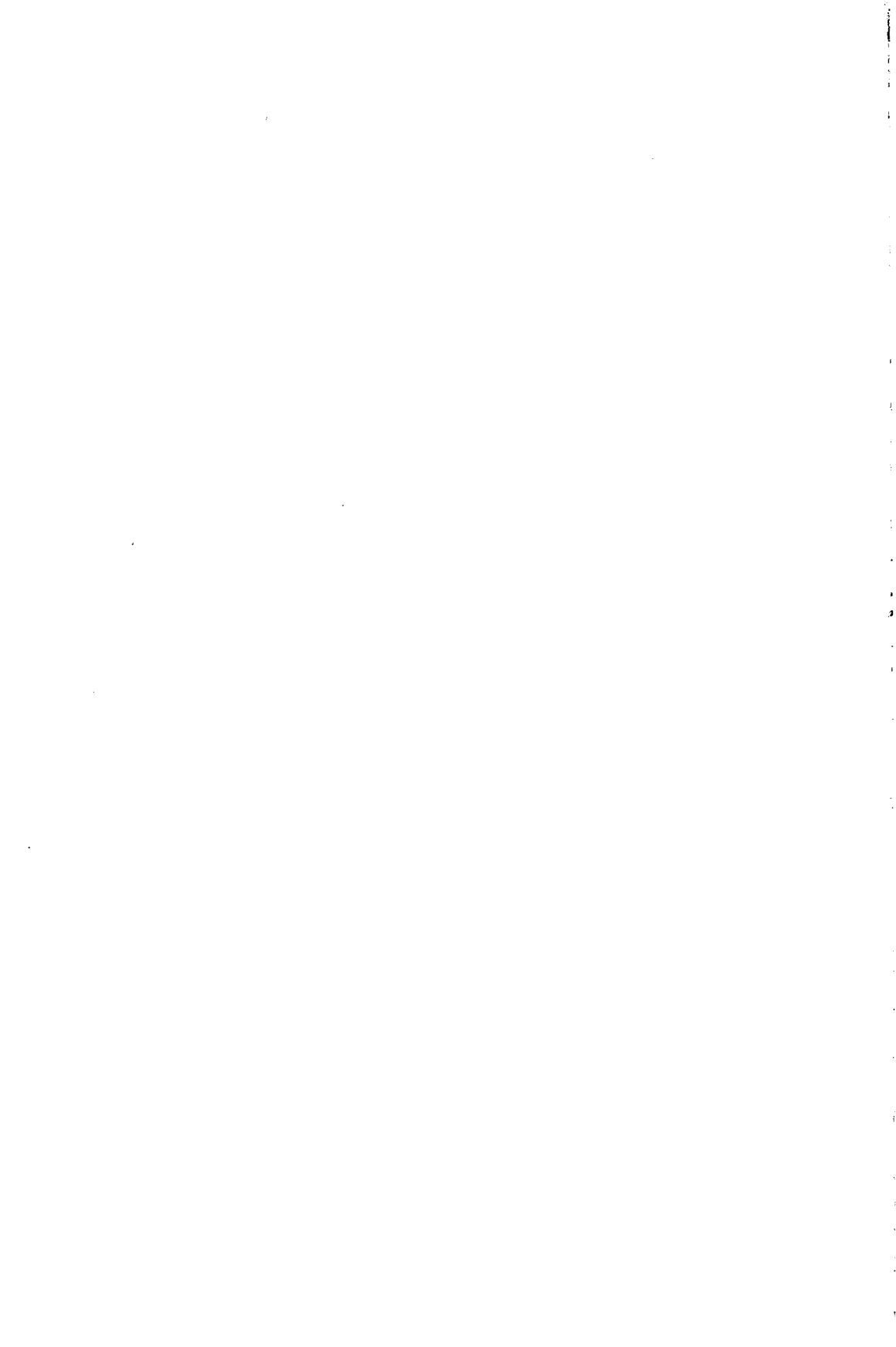
VAN DEN BEMPT, Paul “L’élargissement de la Communauté et l’Union économique et monétaire” in “A Community of twelve? The impact of further enlargement on the European Communities”, Bruges, 1978.

VERNANT, Jacques “L’Europe et la Méditerranée” in “Défense Nationale” ano 34, Paris, Março, 1978.

VISINE, François “Comment fonctionne l’Europe”, Paris, 1979.

WALLCE, William “The reaction of the Community and of member governments” in “A Community of twelve? The impact of further enlargement on the European Communities”, Bruges, 1978.

WEILER, Joseph “Institutional reform: consensus or majority” in “European Law Review”, vol. 10, n.º 5, Londres, Outubro, 1985.



**PROTECÇÃO
DOS
DIREITOS DO HOMEM**



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



TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

126⁽¹⁾

ERKNER E HOF AUER CONTRA A AUSTRIA

- I. Não pode o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem conhecer, por escapar à sua competência, de queixas não submetidas antes à Comissão Europeia dos Direitos do Homem.
- II. O artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é aplicável sempre que o desfecho do processo é determinante para direitos e obrigações de carácter civil, nomeadamente para o direito de propriedade.
- III. O período a ter em conta, para determinação da razoabilidade da duração do processo, abrange o conjunto do processo, nomeadamente nas instâncias de recurso.
- IV. Para determinar do “respeito pelos bens” — 1.ª frase da 1.ª alínea do art.º 1.º do 1.º Protocolo Adicional — importa averiguar do justo equilíbrio entre as exigências do interesse geral da comunidade e os imperativos do respeito pelos direitos fundamentais do invidíduo.

(1) Cour. eur. D.H. série A, n.º 117.

V. O mesmo facto pode importar violação de mais de um preceito da Convenção e seus Protocolos Adicionais.

DATA DA DECISÃO: 23 de Abril de 1987.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Mather, austríaco, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, C. Russo, italiano.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem foi de parecer que se verificava violação do art.º 6.º § 1.º da Convenção (unanimidade) e do art.º 1.º do 1.º Protocolo (11 votos contra 1).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do homem decidiu, por unanimidade, ter havido violação do art.º 6.º, § 1.º, da Convenção no que se refere ao prazo razoável, bem como do art.º 1.º do Protocolo n.º 1.

127⁽²⁾

POISS CONTRA A AUSTRIA

- I. Cabe no domínio de aplicação do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem o processo em que se discutam questões de reforma agrária, nomeadamente as de emparcelamento.
- II. Não tem o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem competência para se ocupar de queixas derivadas de factos não apreciados pela Comissão, quando da decisão sobre a admissibilidade.
- III. Importa ter em conta, na apreciação da razoabilidade da duração do processo, a complexidade do caso, o comportamento dos requerentes, bem como o das autoridades competentes.
- IV. Não merece crítica a utilização pelo requerente de todos os meios de recurso admitidos pelo direito interno.
- V. O art.º 1.º do 1.º Protocolo contém 3 normas distintas:
 - 1) Respeito da propriedade;

(2) Cour. eur. D.H. série A, n.º 117.

- 2) Privação da propriedade sob certo condicionalismo;
- 3) Regulamentação do uso dos bens em conformidade com o interesse geral.

As regras 2.^a e 3.^a devem ser interpretadas à luz do princípio consagrado na primeira.

DATA DA DECISÃO: 23 de Abril de 1987.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, C. Russo, italiano.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem foi de parecer que se verificava a violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção (unanimidade) e do art.º 1.º do 1.º Protocolo n.º 1 (11 votos contra 1).

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade, ter havido violação do § 1.º do art.º 6.º, da Convenção no que respeita ao prazo razoável, bem como do art.º 1.º do 1.º Protocolo.

128⁽³⁾

LECHNER E HESS CONTRA A AUSTRIA

- I. Para efeitos de apreciação da “duração razoável” do pleito, o prazo contar-se-á desde a propositura da acção até à notificação da decisão final.
- II. Para decidir sobre a “razoabilidade” da demora, há que atender à complexidade (de facto e de direito) do caso, ao comportamento do requerente (não é reprovável o uso de todos os recursos permitidos pela lei interna, mas a utilização de tais recursos é um facto objectivo não imputável ao Estado, entrando em linha de conta na determinação da “razoabilidade”), bem como ao comportamento das autoridades, sendo certo que ao Estado compete assegurar a boa organização da justiça.
- III. Ainda que o requerente haja contribuído para alguma demora do processo, mantém-se a responsabilidade do Estado se as autoridades tiverem culpa na demora além do razoável.
- IV. A perda de oportunidades reais como consequência da demora do processo justifica reparação nos termos do art.º 50.º da Convenção.

(3) Cour. eur. D.H. série A, n.º 117.

DATA DA DECISÃO: 23 de Abril de 1987.

JUZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), Thór Vilhjálmsson, islandês, F. Matscher, austríaco, L.-E. Pettiti, francês, C. Russo, italiano, J. Gersing, dinamarquês, A. Spielmann, luxemburguês.

PARECER DA COMISSÃO:

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

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade:

- a) que fora violado o § 1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
- b) que a Austria devia pagar ao requerente 200 000 schillings, por danos e 150 000 por despesas e encargos.

129⁽⁴⁾

CAPUANO CONTRA A ITÁLIA

- I. Nada obsta a que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se ocupe da duração “razoável” do processo, ainda na pendência deste.
- II. Mesmo que o processo interno seja regido pelo “princípio dispositivo”, não ficam os juízes dispensados de assegurar as exigências do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no que concerne à decisão dentro de “prazo razoável”.
- III. É da responsabilidade do Estado a demora da peritagem ordenada pelo tribunal.

DATA DA DECISÃO: 25 de Junho de 1987.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), J. Cremona, maltês, D. Bindschedler-Robert, suíça, F. Matscher, austríaco, L.-E. Pettiti, francês, C. Russo, italiano, J. Gersing, dinamarquês.

(4) Cour. eur. D.H. série A, n.º 119.

PARECER DA COMISSÃO:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem opinou, por unanimidade, pela violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção.

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do homem decidiu, por unanimidade ter sido violado o § 1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dever a Itália entregar ao requerente, como satisfação equitativa, 8 000 000 de liras.

130⁽⁵⁾

BAGGETA CONTRA A ITÁLIA

- I. O período a considerar para determinar da “razoabilidade” da duração do processo não pode ter início antes da data que o Estado admitiu para o recurso individual, embora se haja de atender ao estado do processo nesta data.

- II. A acumulação passageira de processos não envolve responsabilidade internacional do Estado, se, com a necessária prontidão, houver tomado medidas eficazes para pôr termo a essa anómala situação.

DATA DA DECISÃO: 25 de Junho de 1987.

JUZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês (presidente), J. Cremona, maltês, D. Bindschedler-Robert, suíça, F. Matscher, austríaco, L.-E. Pettiti, francês, C. Russo, italiano, J. Gersing, dinamarquês.

(5) Cour. eur. D.H. série A, n.º 119.

PARECER DA COMISSÃO:

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

DECISÃO:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade, ter sido violado o § 1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dever a Itália pagar ao requerente 15000000 de liras com satisfação equitativa.

PINHEIRO FARINHA

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO KOSTOVSKI CONTRA A HOLANDA

- I. Os elementos de prova devem, em princípio, ser produzidos em audiência pública perante o acusado.
- II. Viola o art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a condenação baseada no depoimento de testemunhas anónimas, prestado perante a polícia e o Juíz de instrução.
- III. A ignorância pela defesa da identidade das testemunhas de acusação priva-a da possibilidade de demonstrar a parcialidade ou hostilidade da testemunha ou que ela não é merecedora de crédito.

P.F.

En l'affaire Kostovski,

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*,
J. Cremona,
Thór Vilhjálmsson,
Mme. D. Bindschedler-Robert,
MM. F. Gölcüklü,
F. Matscher,
J. Pinheiro Farinha,
L.-E. Pettiti,
B. Walsh,
Sir Vincent Evans,
MM. R. MacDonald
C. Russo,
R. Bernhardt,
A. Spielmann,
J. De Meyer,
J.A. Carrillo Salcedo,
N. Valticos,
S.K. Martens,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 24 juin et 25 octobre 1989,

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

PROCEDURE

1. L'affaire a été portée devant la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") et le gouvernement néerlandais ("le Gouvernement"), les 18 juillet et 15 septembre 1988 respectivement, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 § 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"). A son origine se trouve une requête (n.º 11454/85) dirigée contre le Royaume des Pays-Bas et dont un ressortissant yougoslave, M. Slobodan Kostovski, avait saisi la Commission en mars 1985 en vertu de l'article 25.

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration néerlandaise de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (article 46), la requête du Gouvernement à l'article 48. Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent un manquement de l'État défendeur aux exigences de l'article 6 de la Convention.

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 § 3 d) du règlement, le requérant a exprimé le désir de participer à l'instance et a désigné son conseil (article 30).

3. La chambre à constituer comprenait de plein droit M. S.K. Martens, juge élu de nationalité néerlandaise (article 43 de la Convention), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 29 septembre 1988, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir MM. J. Cremona, J. Pinheiro Farinha, L.-E. Pettiti, R. MacDonald et C. Russo, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 4 du règlement).

4. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 § 5 du règlement), M. Ryssdal a consulté par l'intermédiaire du greffier l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et la représentante du requérant au sujet de la nécessité d'une procédure écrite, (article 37 § 1). Conformément à l'ordonnance ainsi rendue, le greffe a reçu, le 13 mars 1989, les mémoires respectifs du Gouvernement et du requérant. Ce dernier a déposé le sien en néerlandais car le président l'y avait autorisé le 6 mars (article 27 § 3).

Par une lettre du 18 mai, le secrétaire adjoint de la Commission a indiqué au greffier que le délégué s'exprimerait lors des audiences.

5. Le 23 mai 1989, la chambre a résolu de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière (article 50 du règlement).

6. Le 29 mai, le président a fixé au 20 juin 1989 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir recueilli l'opinion des comparants par les soins du greffier (article 38).

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

Ont comparu:

— *pour le Gouvernement*

Mlle D. S. Van Heukelom, conseiller juridique adjoint,
ministère des Affaires étrangères, *agent,*
MM. J.L. De Wijkerslooth De Weerdesteijn,
Landsadvocaat, *conseil,*
J.E.E. Schutte, ministère de la Justice,
E.P. Von Brucken Fock, ministère de la Justice, *conseillers;*

— *pour la Commission*

M. C.L. Rozakis, *délégué;*

pour le requérant

Mme T. Spronken, avocat et avoué, *conseil,*
M. G.P.M.F. Mols, professeur de droit pénal,
université de Maastricht, *conseiller.*

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, M. De Wijkerslooth de Weerdesteijn pour le Gouvernement, M. Rozakis pour la Commission et Mme Spronken pour le requérant.

8. A la demande de la Cour, la Commission a produit plusieurs documents les 25 mai et 20 juin 1989, le Gouvernement à cette dernière date. Le requérant en a fourni de son côté le 16 juin.

EN FAIT

I. Les circonstances de l'espèce

9. Ressortissant yougoslave né en 1953, M. Slobodan Kostovski a un casier judiciaire très chargé. Y figurent notamment des condamnations

pour diverses infractions aux Pays-Bas, dont l'attaque à main armée d'une bijouterie en 1979, qui lui valut six ans d'emprisonnement.

En novembre 1980, le tribunal d'arrondissement (*arrondissements-rechtbank*) d'Amsterdam avait déclaré recevable une demande de la Suède tendant à l'extradition de l'intéressé en vue de son procès pour des crimes commis à Stockholm en septembre 1979, à savoir deux vols à main armée et complicité dans l'évasion d'une personne hors de l'enceinte d'un tribunal, qui avaient tous comporté une tentative de meurtre.

Le 8 août 1981, le réquerant s'enfuit de la prison de Scheveningen avec un certain Stanley Hillis et d'autres détenues; on ne le reprit qu'au mois d'avril suivant.

10. Le 20 janvier 1982, trois hommes masqués attaquèrent à main armée une banque à Baarn et emportèrent une somme considérable en espèces et en chèques.

Les soupçons de la police se dirigèrent sur Stanley Hillis et ses acolytes: comme ils se trouvaient en fuite, ils avaient sans doute besoin d'argent et quelques années auparavant, le premier avait été directement impliqué dans une attaque opérée contre la même banque et selon la même technique qu'en 1982. Ces soupçons se renforcèrent le 25 janvier, au moment où la police d'Amsterdam reçut un coup de téléphone anonyme d'un homme qui déclara:

"Il y a quelques jours, un braquage a eu lieu dans une banque à Baarn. Les responsables en sont Stanley Hillis, Paul Molhoek et un Yougoslave. Stanley Hillis et le Yougoslave s'étaient évadés de la prison de La Haye en août dernier."

11. Le 26 janvier 1982, un homme se rendit à un poste de police de La Haye. Le 18 mars, l'agent concerné relata ainsi l'entretien:

"Le 26 janvier a comparu devant moi un homme qui, par crainte de représailles, désire garder l'anonymat mais dont je connais l'identité. Il m'a dit ceci:

"Voilà quelques mois, quatre hommes se sont évadés de la maison d'arrêt (*huis van bewaring*) de La Haye, dont un Yougoslave et un Amstellodamois. Ils vivent aujourd'hui à Utrecht chez une de leurs connaissances, dont j'ignore l'adresse. Ils sont également en

contact avec Paul Molhoek de La Haye. Le Yougoslave et l'Amstellodamois passent parfois la nuit chez Aad Denie qui habite Paul Krugerlaan à La Haye. Paul Molhoek y dort presque chaque nuit. Le Yougoslave et l'Amstellodamois pilotent actuellement une voite BMW bleue dont j'ignore le numéro d'immatriculation. Paul Molhoek conduit une voiture de sport Mercedes neuve, de couleur blanche. Le Yougoslave, l'Amstellodamois et Paul Molhoek ont commis contre une banque à Baarn, il y a quelques jours, un braquage au cours duquel le personnel a été enfermé. Aad Dennie, qui sans cela n'avait rien à voir avec l'affaire, conduit Paul Molhoek chez les deux hommes à Utrecht chaque jour parce que Paul Molhoek ne possède pas de permis de conduire; il pilote une BMW gris argent, immatriculée sous le numéro 84-FF-88.'

Je désire ajouter que sur présentation de plusieurs photographies versées au dossier, l'intéressé a sorti celles des personnes suivantes: Slobodan Kostovski (...), comme le Yougoslave dont il parlait; Stanley Marshall Hillis (...), comme l'Amstellodamois en question."

12. Le 27 janvier, la police d'Utrecht, informée que Stanley Hillis se cachait dans une maison de la ville en compagnie d'un frère de Paul Molhoek, descendit sur les lieux. Elle n'y trouva personne, mais y découvrit les empreintes de Stanley Hillis et Paul Molhoek.

13. Le 23 février 1982, quelqu'un se rendit à un poste de police de La Haye. Le 22 mars, les deux agents compétents relatèrent ainsi l'entretien:

"Le mardi 23 février 1982 a comparu devant nous un individu qui, pour des raisons de sécurité, désire garder l'anonymat, mais dont nous connaissons l'identité. Il/elle a affirmé savoir que Stanley Hillis, Slobodan Kostovski, Paul Molhoek et Aad Denie, connus de lui/d'elle, sont coupables du braquage d'une succursale de la Nederlandse Mid-denstands Bank, 1 Nieuwstraat à Baarn, le 19 janvier 1982 ou vers cette date. Selon l'intéressé(e), les trois premières personnes citées ont exécuté le braquage et Aad Denie leur a servi de chauffeur ou, en tout cas, les a prises en voiture après l'opération.

Il/elle a précisé que le butin, environ 600.000 florins, a été divisé en parts plus ou moins égales entre Hillis, Kostovski et Molhoek et qu'Aad Denie en a reçu une petite fraction, de l'ordre de 20.000 florins. Il/elle a jouté que Hillis, Kostovski et Molhoek se connaissent depuis leur incarcération à la prison de Scheveningen.

Hillis et Kostovski se sont évadés de cette prison le 8 août 1981 et Molhoek a été libéré ultérieurement. D'après l'intéressé(e), Paul Molhoek vivait en général chez Aad Denie à La Haye, 216 Paul Krugerlaan. Hillis et Kostovski auraient loué un logement sous un autre nom. Un frère de Paul Molhoek, Peter, y aurait lui aussi habité. Ledit individu a déclaré à ce propos que la police d'Utrecht avait perquisitionné à cet endroit, mais sans y découvrir les personnes susmentionnées. Selon lui/elle, Hillis, Kostovski et Molhoek se tenaient dans une pièce d'un étage supérieur du même immeuble de l'Oude Gracht au moment de la descente de la police, laquelle n'avait pas fouillé cet étage. La personne en question a dit également que Hillis passait pour vivre maintenant à Amsterdam.

Toujours d'après elle, Paul Molhoek et Hillis s'y voyaient très régulièrement, près de la gare d'Amstel, leur lieu habituel de rencontre.

Selon l'intéressé(e), Hillis, Kostovski et Molhoek étaient puissamment armés. Il/elle savait que Hillis et Kostovski possédaient chacun une mitraillette Sten, entre autres, et Paul Molhoek un revolver, peut-être un Colt 45.

La personne interrogée par nous a déclaré qu'elle serait peut-être en mesure de fournir plus tard de plus amples renseignements sur les susnommés et sur les infractions commises par eux."

14. Le 1^{er} avril 1982, Stanley Hillis et Slobodan Kostovski furent appréhendés ensemble à Amsterdam. Ils se trouvaient dans une voiture conduite par un certain V., qui les avait aidés à s'évader de prison et avait eu avec eux divers contacts en janvier 1982 et après.

Au moment de son arrestation, Slobodan Kostovski portait un revolver chargé. On découvrit aussi par la suite des armes à feu chez Paul Molhoek, qui fut arrêté le 2 avril, chez V. et dans une autre pièce de la maison déjà fouillée à Utrecht.

Comme le requérant, Stanley Hillis, Paul Molhoek, Aad Denie et V. ont tous un casier judiciaire très chargé.

15. Une instruction judiciaire préparatoire (*gerechtelijk vooronderzoek*, paragraphe 23 ci-dessous) s'ouvrit au sujet de Stanley Hillis, Slobodan Kostovski, Paul Molhoek et Aad Denie. Le 8 avril 1982, le juge d'instruction (*rechter-commissaris*), M. Nuboer, interrogea, en présence de la police mais en l'absence du parquet, du requérant et de son avocat, le témoin qui avait déposé devant la police de La Haye le 23 février (paragraphe 13 ci-dessus). Il ignorait l'identité de l'intéressé(e); estimant légitimes ses craintes de représailles, il respecta son désir de conserver l'anonymat. Son procès-verbal d'audition signala que le témoin avait fait sous serment la déclaration suivante:

“Le 23 février 1982, j'ai fait à la police de La haye une déclaration qui a été insérée dans un procès-verbal du 22 mars 1982. Vous me l'avez lue. J'ai affirmé qu'elle correspondait à la vérité et que je persistais, étant précisé que j'ignorais que la banque de Baarn se trouvait au n.º 1, Nieuwstraat. Ce que je sais, je le tiens de Stanley Hillis, Paul Molhoek et Aad Denie, qui m'ont tout raconté sur le braquage. Ils m'ont dit avoir pris non seulement des espèces, mais encore des chèques américains de voyage et des eurochèques. J'ai moi-même vu quelques-uns de ces derniers.”

16. Le 2 juin 1982, le juge d'instruction adressa aux avocats des personnes en cause une lettre à laquelle il joignit une copie des procès-verbaux, y compris les dépositions du témoin anonyme ouï par lui. Il les engageait à présenter des questions écrites fondées sur ces dépositions, tout en soulignant qu'il ne les inviterait pas à comparaître à l'audience devant lui. Parmi ceux qui répondirent figurait Me Spronken, conseil de M. Kostovski; elle formula quatorze questions dans une missive du 14 juin.

Le 22 juin, à la suite de ces questions, le témoin anonyme que M. Nuboer avait entendu fut interrogé derechef, cette fois par M. Weijnsfeld, juge d'instruction suppléant M. Nuboer, en présence de la police mais non du parquet, ni du requérant ou de son défenseur. Le procès-verbal d'audition établi par le magistrat indiquait que le témoin — dont l'anonymat fut

respecté à cette occasion également — avait fait sous serment la déclaration que voici:

“Je persiste dans ma déclaration du 8 avril 1982 au juge d’instruction d’Utrecht. je réponds ainsi aux question de Me Spronken:

Je ne suis pas la personne qui a téléphoné de manière anonyme au central de la police à Amsterdam le 25 janvier 1982, ni celle qui a fait une déclaration le 26 janvier 1982 au commissariat de police de La Haye. Je n’ai pas déclaré à la police que je savais la banque située à Baarn, 1 Nieuwstraat. Je la savais située à Baarn, mais j’ignorais le nom de la rue. Je l’ai appris par la police et c’est par erreur qu’on l’a inséré dans ma déposition. Bien que Me Spronken ne l’ait pas demandé, j’ajoute que je n’ai pas donné d’informations à la police municipale d’Utrecht.

Quant aux questions de Van Straelen, je renvoie d’abord à ce que je viens de dire. Je connais Hillis, Kostovski, Molhoek et Denie et n’éprouve aucun doute sur leur identité.”

En définitive, seules reçurent une réponse deux des quatorze questions de Me Spronken, dont la majorité concernaient les circonstances dans lesquelles le témoin avait obtenu ses renseignements. A cet égard, M. Weijnsfeld ajoutait dans son procès-verbal:

“Les questions envoyées mais restées sans réponse, dont celles de S.M. Hillis, tantôt je ne les ai pas posées, en juge d’instruction soucieux de protéger l’anonymat du témoin, tantôt ce dernier, pour le même motif, n’y a pas répondu.”

17. Les débats relatifs aux poursuites intentées contre Stanley Hillis, Slobodan Kostovski et Paul Molhoek s’ouvrirent devant le tribunal d’arrondissement d’Utrecht le 10 septembre 1982. Pour des raisons de procédure il examina chaque cause séparément et prononça trois jugements distincts, mais il tint une séance unique; les déclarations faites devant lui s’appliquaient donc aux trois suspects.

Au nombre des témoins entendus se trouvaient MM. Nuboer et Weijnsfeld, juges d’instruction (paragraphe 15-16 ci-dessus), et M. Weijman,

l'un des policiers qui avaient mené l'interrogatoire du 23 février (paragraphe 13 ci-dessus). Ils avaient été cités à la demande du requérant, mais le tribunal, en vertu de l'article 288 du code de procédure pénale (paragraphe 25 b) ci-dessous), n'autorisa pas la défense à leur poser certaines questions destinées à déterminer la crédibilité et les sources d'information des témoins anonymes, lorsque les réponses eussent révélé l'identité de ceux-ci.

M. Nuboer déclara croire le témoin qu'il avait vu le 8 avril 1982 et qui lui avait laissé une "bonne impression"; ne pas en connaître l'identité et estimer authentique la crainte de représailles invoquée par lui pour conserver l'anonymat; avoir le sentiment que l'intéressé(e) avait déposé de son plein gré à la police; avoir refusé d'interroger, comme le lui offrait celle-ci, l'homme qu'elle avait vu le 26 février 1982 (paragraphe 11 ci-dessus), car il ne pouvait garantir l'anonymat de ce dernier.

M. Weijnsfeld affirma que le témoin — dont il ignorait l'identité — interrogé par lui le 22 juin 1982 (paragraphe 16 ci-dessus) ne lui semblait "pas indigne de foi"; lui aussi considérait comme fondée la crainte de représailles nourrie par l'intéressé(e).

Quant à M. Weijman, il qualifia de "totalement crédible" la personne qu'il avait questionnée avec un collègue le 23 février 1982 (paragraphe 13 ci-dessus), car elle avait fourni en outre sur d'autres affaires des renseignements qui s'étaient révélés exacts. Il ajoutait que le procès-verbal avait passé sous silence certains des dires de cette personne afin de ne pas en divulguer l'identité.

18. Les témoins anonymes ne furent pas eux-mêmes entendus au procès. En dépit d'une objection de la défense, les procès-verbaux de leur audition par la police et par les juges d'instruction servirent de pièces à conviction. De plus, les déclarations sous serment de l'un d'entre eux devant lesdits juges furent lues à haute voix et réputées faites à l'audience par un témoin, conformément à l'article 295 du code de procédure pénale (paragraphe 26 ci-dessous).

Dans ses jugements du 24 septembre 1982, le tribunal d'arrondissement d'Utrecht reconnut, quant à l'utilisation des dires des témoins anonymes, que l'on ne pouvait contrôler leurs sources de renseignements, qu'il ne pouvait se former sa propre opinion sur leur crédibilité et que les accusés n'avaient pas la possibilité d'une confrontation avec eux. Pour justifier sa

décision d'admettre néanmoins ces dépositions comme preuves, le tribunal s'affirma convaincu de la culpabilité de M. Kostovski, estimant que les déclarations se renforçaient et, en partie, se complétaient les unes les autres et eu égard aux sentiments exprimés devant lui quant à la crédibilité de l'un des témoins anonymes (paragraphe 17 ci-dessus). Ayant relevé de surcroît que M. Kostovski avait déjà été condamné pour des infractions analogues, le tribunal lui infligea, ainsi qu'à chacun de ses coaccusés, six ans de prison pour vol à main armée.

19. Sur recours de MM. Hillis, Kostovski et Molhoek — qui ont toujours protesté de leur innocence —, la cour d'appel (*Gerechtshof*) d'Amsterdam mit les jugements à néant car elle aboutit à une appréciation différente des preuves. Après un nouveau procès au cours duquel elle examina les trois affaires ensemble, elle conclut toutefois elle aussi, par un arrêt du 27 mai 1983, à la culpabilité du requérant et des ses coaccusés; elle prononça la même peine que le tribunal d'arrondissement.

Le 13 mai, elle avait oui plusieurs témoins ayant déposé en première instance et qui confirmèrent leurs dires antérieurs. Comme le tribunal, elle n'avait pas autorisé la réponse à certaines questions de la défense lorsque l'identité des témoins anonymes s'en serait trouvée révélée. En outre M. Alferink, commissaire principal de la police municipale de La Haye, avait déclaré devant elle:

“Des consultations précèdent l'interrogatoire de témoins anonymes. J'ai l'habitude d'établir l'identité du témoin à interroger afin d'apprécier s'il court un risque. En l'espèce, les témoins anonymes couraient un danger véritable. La menace était réelle. Tous deux ont décidé de leur propre initiative de déposer. Contact a été pris avec le parquet, mais je ne me souviens pas de qui il s'agissait. La déposition des témoins anonymes est présentée au juge d'instruction après consultation du parquet. Les deux témoins anonymes m'ont fait une impression favorable.”

La cour d'appel n'entendit pas, elle non plus, les témoins anonymes mais à son tour elle accepta comme preuves, malgré une objection de la défense, le procès-verbal de leurs auditions par la police et les juges d'instruction. Elle releva que les témoins, qui avaient déposé de leur propre initiative, avaient lieu de redouter des représailles; nota qu'ils avaient

donné à M. Alferink l'impression d'être crédibles et à M. Nuboer celle d'être assez crédibles; et tint compte des liens entre leurs déclarations et de la concordance de celles-ci.

20. Le 25 septembre 1984, la Cour de cassation (*Hoge Raad*) rejeta le pourvoi du requérant. Selon elle, la cour d'appel d'Amsterdam avait suffisamment motivé l'admission des procès-verbaux en cause (paragraphe 32 ci-dessous). Elle ajouta que l'article 6 de la Convention n'empêchait pas un juge, s'il l'estimait nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de limiter quelque peu l'obligation de répondre aux questions et, en particulier, d'autoriser un témoin à ne pas répondre à des questions relatives à l'identité de certaines personnes.

21. Le 8 juillet 1988, après avoir subi 1461 jours de sa peine, M. Kostovski pouvait prétendre à la libération conditionnelle, mais à cette date il fut extradé par les Pays-Bas vers la Suède pour y purger une peine de huit ans de prison.

II. DROIT ET PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. *Le code de procédure pénale*

22. Le code néerlandais de procédure pénale (C.P.P.) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1926. Les citations qu'en donne le présent arrêt viennent de la version applicable à l'époque des poursuites contre le requérant.

23. Aux termes de l'article 168, chaque tribunal d'arrondissement comprend un ou plusieurs juges d'instruction à qui sont confiées les affaires

pénales. La cour d'appel compétente les désigne, por deux ans, parmi les membres du tribunal d'arrondissement.

L'article 181 habilite le parquet à demander ce que l'on dénomme — pour la distinguer de l'instruction définitive pendant le procès — une “instruction préparatoire”, à mener par un tel juge. En pareil cas, celui-ci entend le suspect, les témoins et les experts dans les meilleurs délais et aussi souvent qu'il le faut (article 185). Ministère public et avocat de la défense ont en principe le droit d'assister à ces auditions (articles 185 § 2 e 186) et, même s'ils sont absents, d'indiquer les questions qu'ils souhaitent voir poser.

L'instruction préparatoire fournit une base à la décision relative à la marche ultérieure des poursuites; elle sert en outre à tirer au clair des points qui se prêtent mal à une instruction au moment du procès. Le magistrat doit agir de manière impartiale, en recueillant aussi les éléments de preuve à décharge.

Si les résultats de l'instruction préparatoire paraissent au parquet justifier la continuation des poursuites, il en avertit l'inculpé et saisit la juridiction de jugement, devant laquelle se déroulera l'instruction définitive.

24. Pour constater que l'accusé a commis les actes incriminés, le juge doit, selon l'article 338 du C.P.P., en avoir acquis la conviction à l'issue de l'instruction conduite à l'audience, par le contenu de “moyens légaux de preuve”. D'après l'article 339, ils comprennent exclusivement

- i) ce que le juge a lui-même observé;
- ii) les déclarations de l'accusé;
- iii) la déposition d'un témoin;
- iv) les dires d'un expert; et
- v) les pièces écrites.

Les preuves de la troisième catégorie sont définies à l'article 342, ainsi libellé:

- “1. La déposition d'un témoin s'entend de la relation par lui, pendant l'interrogatoire à l'audience, de faits ou circonstances qu'il a lui-même vus ou vécus.
2. Pour estimer établi que l'accusé a commis l'acte incriminé, un juge ne peut se fonder uniquement sur la déposition d'un seul témoin.”

25. Au sujet de l'interrogatoire des témoins pendant le procès, les articles 280 et 281 à 295 du C.P.P. renferment diverses clauses dont il échet de mentionner ici les suivantes:

- a) Le président du tribunal doit inviter le témoin à indiquer, après ses nom et prénoms, son âge, sa profession et son adresse (article 284 § 1); la même obligation pèse sur un juge d'instruction qui entend des témoins (article 190).
- b) Les articles 284, 285 et 286 précisent que l'accusé a le droit de poser des questions à un témoin. En principe, les témoins sont interrogés d'abord par le président du Tribunal; toutefois, un témoin non entendu pendant l'instruction préparatoire et convoqué à la demande de la défense est interrogé en premier lieu par l'accusé, puis par le président (article 280 § 3). En toute hypothèse, l'article 288 habilite le tribunal "à empêcher de répondre à une question de l'accusé, de son conseil ou du parquet".
- c) L'article 292 permet au président du tribunal, sans avoir à motiver sa décision, d'enjoindre à un accusé de quitter la salle d'audience afin qu'un témoin puisse être interrogé hors de sa présence. En pareil cas, l'avocat de la défense peut interroger le témoin; "l'accusé est aussitôt averti de ce qui s'est passé en son absence et l'instruction reprend alors seulement". (article 292 § 2). A son retour dans la salle, l'accusé peut donc se prévaloir de son droit de poser des questions au témoin en vertu de l'article 285.

26. L'article 295 ménage une exception à la règle exigeant l'audition des témoins pendant le procès (article 342, paragraphe 24 ci-dessus):

"Est réputée faite au procès, à condition d'y être lue à voix haute, la déposition antérieure d'un témoin qui, après avoir prêté serment ou avoir été invité à dire la vérité conformément à l'article 216 § 2, est décédé ou, de l'avis du tribunal, ne peut comparaître à l'audience."

Au sujet des témoins hors d'état de se présenter à la barre, l'article 187 prévoit ce qui suit:

"Si le juge d'instruction croit à l'existence de bonnes raisons de présumer que le témoin ou expert ne pourra comparaître au procès, il

invite le parquet, l'accusé et son conseil à assister à l'audition devant lui, à moins que l'intérêt de l'instruction n'empêche de la retarder."

27. La cinquième catégorie des moyens de preuve énumérés à l'article 339 du C.P.P. (paragraphe 24 ci-dessus) se trouve définie à l'article 344, dont voici les passages pertinents:

"1. Par pièces écrites, on entend:

1.º ...;

2.º les procès-verbaux et autres documents, établis sous la forme légale par des organes et personnes investis de la compétence requise et qui contiennent leur exposé de faits ou circonstances vus ou vécus par eux-mêmes;

3.º ...;

4.º ...;

5.º tous autres documents, mais ceux-ci ne valent que combinés avec d'autres moyens de preuve.

2. Pour estimer établi que l'inculpé a commis l'acte incriminé, le juge peut se fonder sur le procès-verbal d'un fonctionnaire instructeur."

Une déclaration anonyme consignée dans un procès-verbal de police relève de l'alinéa 2.º du paragraphe 1 de ce texte.

B. La procédure pénale en pratique

28. Aux Pays-Bas, la procédure pénale suit en pratique un cours nettement différent de celui qui ressort des textes mentionnés aux paragraphes 23 à 27 ci-dessus. Cela résulte, dans une large mesure, d'un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1926, année de l'entrée en vigueur du C.P.P. (*Nederlandse Jurisprudentie* [NJ] 1927, p. 85). Il énonce les règles suivantes, toutes pertinentes en l'espèce:

a) pour que la déclaration d'un témoin soit réputée faite au procès en vertu de l'article 295 du C.P.P. (paragraphe 26 ci-dessus), peu

importe que le juge d'instruction ait ou non observé l'article 187 (*ibidem*);

- b) la déposition d'un témoin relatant ce que lui a dit un tiers (témoignage par oui-dire) peut servir de preuve, mais la plus grande vigilance s'impose en la matière;
- c) il est licite d'utiliser comme preuve les déclarations de l'accusé ou d'un témoin à un policier, telles que les consigne le procès-verbal de celui-ci.

29. Cette jurisprudence permet d'employer comme "moyens légaux de preuve", au sens des articles 338 et 339 du C.P.P. (paragraphe 24 ci-dessus), les dépositions faites par un témoin non pendant le procès mais devant un policier ou le juge d'instruction, à condition qu'elles figurent dans un procès-verbal lu à haute voix à l'audience. Elle a eu pour effet de réduire en pratique l'importance de l'instruction définitive (qui ne se déroule jamais devant un jury). Dans la grande majorité des cas, les témoins ne sont pas entendus au procès mais seulement par la police ou, de plus, par le magistrat instructeur.

30. La loi n'exige pas la présence de l'avocat de la défense pendant l'enquête de police, ni pendant l'instruction préparatoire (voir pourtant le paragraphe 23 ci-dessus). Toutefois, de nos jours la plupart des juges d'instruction invitent l'accusé et son conseil à assister à l'audition des témoins.

C. *Le témoin anonyme: jurisprudence*

31. Le code ne régit pas explicitement les dépositions de témoins anonymes.

Avec l'augmentation de la délinquance violente et organisée, on a cependant ressenti la nécessité de protéger, en leur assurant l'anonymat, les témoins fondés à craindre des représailles. La Cour de cassation l'a permis par une série d'arrêtés.

32. Un arrêt du 17 janvier 1938 (NJ 1938, p. 709) apparaît comme un précurseur: selon lui, les témoignages par oui-dire (paragraphe 28 b ci-dessus) peuvent être acceptés même si leur auteur ne révèle pas le nom de son informateur. Des décisions analogues ont été rendues dans les années 80.

Par un arrêt du 5 février 1980 (NJ 1980, p. 319), relatif à une affaire dans laquelle le juge d'instruction avait garanti l'anonymat à un témoin entendu par lui en l'absence de l'accusé et de son conseil, la Cour de cassation a précisé — dans la ligne de son arrêt du 20 décembre 1926 (paragraphe 28 ci-dessus) — que l'inobservation de l'article 187 du C.P.P. (paragraphe 26 ci-dessus) n'empêche pas d'utiliser comme preuve le procès-verbal du magistrat, "encore qu'avec la vigilance voulue pour apprécier la valeur probante de pareil élément". Le 4 mai 1981 (NJ 1982, p. 268), elle a pris une décision identique dans une affaire où le témoin avait été entendu anonymement tant par la police que par le juge d'instruction; à cette occasion elle a estimé aussi, en harmonie avec son arrêt précité du 17 janvier 1938, que l'absence de mention du nom du témoin dans les procès-verbaux d'audition ne constitue pas à elle seule un obstacle à leur emploi comme de preuve, sous la même condition de vigilance.

On peut déduire d'un arrêt du 29 novembre 1983 (NJ 1984, p. 476) que la circonspection requise n'implique pas forcément la nécessité d'une audition préalable des témoins anonymes par le juge d'instruction.

Les arrêts suivants de la série sont ceux que la Cour de cassation a prononcés le 25 septembre 1984 au sujet de M. Kostovski et de ses coaccusés (l'un d'entre eux se trouve reproduit dans NJ 1985, p. 426). Ils introduisent les innovations que voici:

- a) le simple fait que le juge d'instruction ignorait l'identité du témoin n'empêche pas d'utiliser comme preuve le procès-verbal d'audition établi par lui;
- b) si la défense conteste au procès la crédibilité des dépositions d'un témoin anonyme telles que les relate le procès-verbal de l'audition, mais que le tribunal décide néanmoins de les accepter comme preuve, il doit motiver sa décision.

La Cour de cassation a confirmé ces principes par un arrêt du 21 mai 1985 (NJ 1986, p. 26); elle y a précisé qu'elle jouit seulement d'une compé-

tence marginale en matière de contrôle des raisons avancées pour admettre comme preuves des déclarations anonymes.

D. Réforme législative

33. Dans les conclusions précédant certains des arrêts résumés au paragraphe 32 ci-dessus, divers avocats généraux ont marqué leur préoccupation tout en reconnaissant l'impossibilité de ne jamais garantir aux témoins l'anonymat et la nécessité de s'y résoudre parfois comme à un moindre mal. Les annotateurs les ont imités, soulignant que les tribunaux doivent montrer une extrême prudence. Cependant, les arrêts ont aussi soulevé des critiques.

34. En 1983, l'association des magistrats a exprimé son inquiétude devant l'augmentation du nombre des affaires dans lesquelles des témoins se trouvaient menacés et de ceux d'entre eux qui refusaient de déposer si l'on ne préservait pas leur anonymat. Elle a recommandé au législateur de se pencher sur la question des témoins anonymes.

En conséquence, le ministre de la Justice a institué en septembre 1984 une commission consultative externe, "la commission sur les témoins menacés", chargée d'examiner le problème. Dans son rapport du 11 juin 1986, soumis depuis lors pour avis à plusieurs organes concernés par l'application du droit pénal, elle aboutit à la conclusion ci-après, désapprouvée par un seul de ses membres:

"Dans certains cas, on ne peut éviter l'anonymat des témoins. Nous songeons au fait (déjà souligné par le ministre) qu'il existe aujourd'hui des formes de délinquance organisée d'une gravité que le législateur de l'époque n'aurait pas jugée possible."

La commission ajoute que "dans un État de droit, on ne saurait consentir à voir le cours de la justice entravé ou, plus précisément, déjoué de la sorte".

Elle préconise d'interdire en principe d'employer comme preuves les déclarations de témoins anonymes. On devrait cependant pouvoir ménager

une exception lorsque le témoin courrait un risque inacceptable en cas de révélation de son identité. Dans une telle hypothèse, une déclaration anonyme pourrait être admise comme preuve quand le témoin aurait été entendu par un juge d'instruction; contre la décision de ce dernier d'accorder l'anonymat, un recours s'ouvrirait à l'accusé. le rapport comprend un projet de loi tendant à modifier le code de procédure pénale (avec un projet de notes explicatives), ainsi que des données comparatives.

Selon le Gouvernement, la procédure législative en la matière a été différée dans l'attente de la décision de la Cour en l'espèce.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

35. Dans sa requête du 18 mars 1985 la Commission (n.º 11454/85), M. Kostovski alléguait un manquement aux exigences de l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention, notamment faute d'avoir eu l'occasion de faire interroger les témoins anonymes et d'avoir pu contester leurs dépositions.

36. La Commission a retenu la requête le 3 décembre 1986.

Dans son rapport du 12 mai 1988 (article 31), elle relève à l'unanimité une violation du paragraphe 1 de l'article 6, combiné avec le paragraphe 3 d). Le texte intégral de son avis et de l'opinion concordante dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt. *

* *Note du greffier*: Pour des raisons d'ordre pratique, il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume n.º 166 de la série A des publications de la Cour), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

EN DROIT

I. Sur la violation alléguée de l'article 6

34. M. Kostovski se plaint en substance de n'avoir pas bénéficié d'un procès équitable. Il invoque surtout les clauses suivantes de l'article 6 de la Convention:

"1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [et] publiquement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...).

(...)

3. Tout accusé a droit notamment à:

(...)

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

(...)"

La Commission arrive à la conclusion, combattue par le Gouvernement, qu'il y a eu infraction au paragraphe 1 de l'article 6, combiné avec le paragraphe 3 d).

38. A l'origine de l'allégation du requérant figure l'emploi comme preuve, par le tribunal d'arrondissement d'Utrecht et la cour d'appel d'Amsterdam, du procès-verbal de dépositions de deux personnes anonymes, ouïes par la police puis, pour l'une d'elles, par le juge d'instruction mais non par les juridictions de jugement (paragraphe 11, 13, 15, 16, 18 et 19 ci-dessus).

39. Il faut rappeler d'emblée que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne (arrêt Schenk du 12 juillet 1988, série A n.º 140, p. 29, § 46). De même, il revient en principe aux juridic-

tions nationales/d'apprécier les éléments recueillis par elles (arrêt Barberà, Messegué et Jabardo du 6 décembre 1988, série A n.º 146, p. 31, § 68).

A la lumière de ces principes, la Cour estime qu'en l'espèce sa tâche ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si les déclarations en cause furent correctement admises et interprétées, mais à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable (*ibidem*).

Comme là réside le problème fondamental, et que les exigences du paragraphe 3 de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable, garanti par le paragraphe 1 (voir notamment le même arrêt, p. 31, § 67), elle examinera les griefs de l'intéressé sous l'angle de ces deux textes combinés.

40. En droit néerlandais, un seul des auteurs des déclarations en cause — celui dont la déposition fut lue à haute voix en première instance — était considéré comme "témoin" (paragraphe 18 ci-dessus). Toutefois, le sens autonome à donner à ce terme (arrêt Bönisch du 6 mai 1985, série A n.º 92, p. 15, §§ 31-32)⁽¹⁾ amène à les regarder tous deux comme affirmations, lues ou non à l'audience, se trouvaient en fait devant les juges, lesquels les prirent en compte.

41. Les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire (arrêt Barberà, Messegué et Jabardo, précité, série A n.º 146, p. 34, § 78). Il n'en résulte pourtant pas que la déclaration d'un témoin doit toujours se faire dans le prétoire et en public pour pouvoir servir de preuve: utiliser de la sorte des dépositions remontant à la phase de l'instruction préparatoire ne se heurte pas en soi aux paragraphes 3 d) et 1 de l'article 6, sous réserve du respect des droits de la défense.

En règle générale, ces droits commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Unterpertinger du 24 novembre 1986, série A n.º 110, pp. 14-15, § 31).⁽²⁾

(1) Sumariada em Documentação e Direito Comparado 27/28, 324.

(2) Sumariada em Documentação e Direito Comparado 31.

42. Or le requérant ne bénéficia pas d'une telle occasion, bien que l'on ne pût douter de son désir de contester le témoignage des personnes anonymes dont il s'agit et de les questionner. Non seulement elles ne furent pas entendues pendant le procès, mais leurs déclarations avaient été recueillies, par la police ou le juge d'instruction, en l'absence de M. Kostovski et de son conseil (paragraphe 11, 13, 15 et 16 ci-dessus), lesquels ne purent donc les interroger eux-mêmes à aucun stade des poursuites.

Devant le tribunal d'arrondissement d'Utrecht puis devant la cour d'appel d'Amsterdam, la défense put certes interroger l'un des policiers et les deux juges d'instruction qui avaient enregistré les déclarations (paragraphe 17 et 19 ci-dessus). Elle put aussi, mais pour une seule des personnes anonymes, présenter des questions écrites par l'intermédiaire du juge d'instruction (paragraphe 16 ci-dessus). La nature et l'étendue des questions qu'elle put poser de l'une ou l'autre manière se trouvèrent toutefois considérablement limitées par la décision de préserver l'anonymat des dites personnes (paragraphe 16, 17 et 19 ci-dessus).

Ce dernier aspect de l'affaire aggrava les difficultés rencontrées par le requérant. Si la défense ignore l'identité d'un individu qu'elle essaie d'interroger, elle peut se voir privée des précisions lui permettant justement d'établir qu'il est partial, hostile ou indigne de foi. Un témoignage ou d'autres déclarations chargeant un accusé peuvent fort bien constituer un mensonge ou résulter d'une simple erreur; la défense ne peut guère le démontrer si elle ne possède pas les informations qui lui fourniraient le moyen de contrôler la crédibilité de l'auteur ou de jeter le doute sur celle-ci. Les dangers inhérents à pareille situation tombent sous le sens.

43. En outre, l'absence des dites personnes anonymes empêcha les juges du fond d'étudier leur comportement pendant un interrogatoire, donc de se former eux-mêmes une opinion sur leur crédibilité. Assurément, ils recueillirent des preuves sur ce dernier point (paragraphe 17 et 19 ci-dessus) et ils apprécèrent les déclarations en cause avec prudence, comme le veut le droit néerlandais (paragraphe 32 ci-dessus), mais cela ne saurait guère passer pour remplacer une observation directe.

A la vérité, des juges d'instruction avaient ouï l'un des intéressés. Il échet pourtant de révéler — en sus de l'absence du requérant et de son conseil lors des interrogatoires — qu'ils ignoraient eux-mêmes son identité

(paragrapes 15-16 ci-dessus); cela ne put manquer d'influer sur le contrôle de sa crédibilité. Quanto à l'autre personne anonyme, seule l'entendit la police (paragrapes 11 et 17 ci-dessus).

Dès lors, on ne saurait dire que la procédure suivie devant les autorités judiciaires ait compensé les obstacles auxquels se heurtait la défense.

44. Le Gouvernement souligne qu'aux Pays-Bas, la jurisprudence et la pratique en matière de dépositions anonymes découlent de l'intimidation croissante des témoins et recherchent un équilibre entre les intérêts de la société, des accusés et des témoins. En l'espèce, il appert selon lui que les auteurs des déclarations en cause avaient de bonnes raisons de craindre des représailles (paragraphe 19 ci-dessus).

Ici non plus (voir exemple l'arrêt *Ciulla* du 22 février 1989, série A n.º 148, p. 18, § 41), la Cour ne sous-estime pas l'importance de la lutte contre la délinquance organisée, mais bien que non dépourvu de poids le raisonnement du Gouvernement ne la convainc pas.

Si l'expansion de la délinquance organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées, la thèse du Gouvernement semble à la Cour attacher trop peu de prix à ce que le conseil du requérant appelle "l'intérêt de chacun, dans une société civilisée, à une procédure judiciaire contrôlable et équitable". Dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente (arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970, série A n.º 11, p. 15, § 25)⁽³⁾ qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. La Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire, sur des sources telles que des indicateurs occultes, mais l'emploi ultérieur de déclarations anonymes comme des preuves suffisantes pour justifier une condamnation soulève un problème différent. En l'espèce, il a conduit à restreindre les droits de la défense d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6. De fait, le Gouvernement reconnaît que la condamnation du requérant se fondait "à un degré déterminant" sur les dépositions anonymes.

45. La Cour conclut donc que dans les circonstances de la cause, les droits de la défense subirent de telles limitations que M. Kostovski ne

(3) Sumariada em *Documentação e Direito Comparado* 4, 271.

saurait passer pour avoir joui d'un procès équitable. Partant, il y a eu violation du paragraphe 3 d) de l'article 6, combiné avec le paragraphe 1.

II.SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50

46. Aux termes de l'article 50,

“Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlent de la (...) Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable.”

En vertu de ce texte, le requérant sollicite une réparation pour dommage moral. Il ne formule aucune prétention pour préjudice matériel ni pour frais et dépens; or pareille question n'appelle pas un examen d'office (voir notamment l'arrêt Brogan et autres du 29 novembre 1988, série A n.º 145-B, p. 36, § 70).

47. Selon M. Kostovski, si la Cour constatait une violation dans son chef cela signifierait qu'il aurait dû bénéficier d'un acquittement faute de preuve. Sur cette base, il réclame 150.000 florins pour le tort moral que résulterait de sa détention injustifiée. Toutefois, il invite aussi la Cour à dire que les Pays-Bas n'auront pas besoin de payer l'indemnité à fixer par elle s'ils obtiennent de la Suède l'imputation du nombre de jours passés par lui en prison dans le premier État, par suite de sa condamnation, sur la peine qu'il purge actuellement dans le second (paragraphe 21 ci-dessus).

Le délégué de la Commission ne présente aucune observation sur le terrain de l'article 50. En ordre principal, le Gouvernement plaide l'absence d'un lien de causalité suffisant entre le préjudice allégué et le manquement relevé: rien n'établirait que M. Kostovski eût été acquitté si l'on n'avait pas écarté certaines des questions posées aux auteurs des déclarations anonymes, et même si l'on n'avait pas garanti l'anonymat des intéressés. A titre subsidiaire, le Gouvernement juge exorbitante la somme revendiquée; pour le cas où la Cour jugerait bon d'en allouer une, il lui laisse le soin d'en déterminer le montant.

48. La détention du requérant ayant découlé directement d'une administration des preuves incompatible avec l'article 6 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Unterpertinger* précité, série A n.º 110, p. 16, § 35),⁽⁴⁾ la Cour ne saurait souscrire à la thèse principale du Gouvernement.

Toutefois, les comparants ne lui ont fourni aucun renseignement sur le point de savoir si et, dans l'affirmative, à quel degré le droit interne de l'État défendeur permet d'effacer les conséquences de la violation constatée en l'espèce. Elle estime donc que la question de l'application de l'article 50 ne se trouve pas en état et qu'il échet de la réserver.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation du paragraphe 3 d) de l'article 6 de Convention, combiné avec le paragraphe 1;
2. par dix-sept voix contre une, que la question de l'application de l'article 50 ne se trouve pas en état;

en conséquence,

- a) la *réserve* en entier;

(4) Sumariada em Documentação e Direito Comparado 31.

- b) *invite* le Gouvernement et le requérant à lui adresser, dans les trois mois à venir, leurs observations écrites sur la question, et notamment à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient aboutir;
- c) *réserve* la procédure ultérieure et *délègue* à son président le soin de la fixer au besoin.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 20 novembre 1989.

Marc-André EISSEN
Greffier

Rolv RYSSDAL
Président

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

PETER DARBY CONTRA A SUÉCIA⁽¹⁾

PARECER

- I. O sistema de Igreja do Estado não viola, em si mesmo, o art.º 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II. Ninguém pode ser obrigado a tornar-se membro da Igreja do Estado, nem impedido de deixar de ser membro da Igreja do Estado.
- III. Impõe-se que o não fiel da Igreja do Estado tenha a possibilidade de se exonerar de qualquer contribuição para as actividades religiosas de tal Igreja.

P.F.

I. INTRODUCTION

1. On trouvera ci-après un résumé de la cause telle qu'elle a été exposée devant la Commission européenne des Droits de l'Homme, ainsi que de la procédure devant la Commission.

(1) O caso corre termos perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A. *La requête*

2. Le requérant est un citoyen finlandais d'origine britannique, né en 1926. Il réside dans l'archipel d'Ahvenanmaa (Åland), en Finlande, depuis 1966 et exerce la profession de médecin.

3. La requête est dirigée contre la Suède. Le Gouvernement défendeur est représenté par son agent, M. Hans Corell, ambassadeur, sous-secrétaire au ministère des Affaires étrangères à Stockholm.

4. L'affaire porte sur la contestation par le requérant de l'obligation qui lui est faite de payer, dans le cadre d'une contribution fiscale générale, une taxe confessionnelle, à une Eglise dont il n'est pas membre. Le seul moyen pour lui d'obtenir une exonération de la taxe confessionnelle est de se faire enregistrer comme domicilié en Suède. Le requérant considère que cela constitue une violation de ses droits civils individuels et il s'estime victime d'une discrimination en tant que citoyen finlandais résidant dans l'archipel d'Ahvenanmaa (Åland) et travaillant en Suède. Il allègue des violations des articles 9 et 14 de la Convention.

B. *La procédure*

5. La requête a été introduite devant la Commission le 20 novembre 1984 et enregistrée le 18 juin 1985. Le 5 mai 1966, la Commission a décidé, conformément à l'article 42 par. 2 b) de son Règlement intérieur, de donner connaissance de la requête au Gouvernement défendeur et de l'inviter à présenter par écrit avant le 18 août 1986 ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête.

6. Après prolongation du délai, le Gouvernement a présenté ses observations en date du 8 septembre 1986; les observations en réponse du requérant sont datées du 6 octobre 1986.

7. Le 7 octobre 1987, la Commission a décidé d'inviter les parties à une audience sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête.

Au cours de l'audience, qui s'est tenue le 11 avril 1988, le Gouvernement était représenté par son agent, M. Hans Corell, Ambassadeur, Sous-secrétaire aux affaires juridiques et consulaires au ministère des Affaires étrangères assisté par Mme Christina Westerling, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, conseils. Le requérant a présenté lui-même sa cause.

8. Le 11 avril 1988, la Commission a décidé de déclarer recevables les griefs du requérant fondés sur les articles 9 et 14 de la Convention. Pour le surplus (griefs fondés sur l'article 6 de la Convention et l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention), la requête a été déclarée irrecevable.

9. La Commission a ensuite invité les parties à présenter, si elles le souhaitaient, d'éventuelles observations complémentaires sur le bien-fondé de la requête.

10. Le Gouvernement a présenté des observations complémentaires par lettre du 13 octobre 1988, ce qu'avait également fait le requérant le 3 octobre 1988. Copie des observations de chaque partie a été communiquée à l'autre pour information.

11. Après avoir déclaré la requête recevable, la Commission, conformément à l'article 28 b) de la Convention, s'est mise à la disposition des parties en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire. Vu l'attitude adoptée par les parties, la Commission constate qu'il n'existe aucune base permettant d'obtenir un tel règlement.

C. Le présent rapport

12. Le présent rapport a été établi par la Commission, conformément à l'article 31 de la Convention, après délibérations et votes en séance plénière, en présence des membres suivants:

MM. J.A. FROWEIN, *Président en exercice*
S. TRECHSEL
E. BUSUTTIL
A.S. GOZÜBÜYÜK
A. WEOTZEL
J.-C. SOUER
H.G. SCHERMERS
H. DANELIUS
Mme. G.H. THUNE
Sir. BASIL Hall
MM. F. MARTINEZ
C.L. ROZAKIS
Mme. J. LIDDY

Le texte du rapport a été adopté par la Commission le 9 mai 1989 et sera transmis au Comité des Ministres conformément à l'article 31 par. 2 de la Convention.

13. Ce rapport a pour objet, conformément à l'article 31 par. 1 de la Convention:

- i. de constater les faits et,
- ii. de formuler un avis sur le point de savoir si les faits constatés révèlent, de la part du Gouvernement défendeur, une violation des obligations qui lui incombent aux termes de la Convention.

14. Son joints au présent rapport un tableau retraçant l'historique de la procédure devant la Commission (Annexe I) et le texte de la décision de la Commission sur la recevabilité de la requête (Annexe II).

15. Le texte intégral de l'argumentation écrite et orale des parties, ainsi que les pièces soumises, sont conservés dans les archives de la Commission.

II. ETABLISSEMENT DES FAITS

A. Les faits de la cause

16. En 1977, le requérant a commencé à travailler à Gävle, en Suède, comme médecin du travail aux Chemins de fer suédois. Il louait un appartement à Gävle, mais passait ses week-ends en famille à Ahvenanmaa (Åland). A partir de fin 1981, il a exercé la médecine à Norrtälje, en Suède et, depuis août 1986, il travail dans l'archipel d'Ahvenanmaa (Åland).

17. A partir de 1977, tant que le requérant a travaillé en Suède, il a été imposé en Suède conformément à la législation fiscale suédoise. La Convention conclue avec la Finlande aux fins de prévenir les doubles impositions (SFS 1977: 812) ne stipulait aucune exonération dans ce cas. Le requérant obtint une déduction fiscale au titre des frais d'entretien de deux résidences ainsi que pour ses frais de déplacement entre l'archipel d'Ahvenanmaa (Åland) et son lieu de travail. Etant donné que son séjour en Suède n'était pas considéré comme permanent, il a été jusqu'en 1980 imposé dans le District Commun (*gemensamma distriktet*), et sa taxe locale a été réduite en conséquence. Cette situation présentait certains désavantages pour le réquerant, qui n'avait pas droit à l'intégralité des prestations sociales, notamment aux prestations de maladie et de vieillesse.

18. A la suite d'un amendement de la législation fiscale en 1978 (1978: 812), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1979, le requérant a été, aux fins de la fiscalité, considéré comme domicilié en Suède et a cessé de bénéficier du type de déductions fiscales qui lui avaient été accordées précédemment. De plus, la réduction de taxe locale fut elle aussi supprimée au requérant et celui-ci dut donc acquitter l'intégralité de la taxe locale, y compris la taxe confessionnelle. Le requérant fut avisé par l'administration fiscale qu'il ne pouvait prétendre à une exonération de la taxe confessionnelle que s'il était officiellement inscrit comme résident en Suède. Le requérant expose que, bien que considéré par l'administration fiscale comme domicilié en Suède, il était considéré par la Caisse d'assurances sociales comme domicilié en Finlande et cond exclu du régime intégral de prestations sociales.

19. Ultérieurement, le requérant obtint, le 19 février 1982, une décision de l'administration nationale des Impôts (riksskatteverket) aux termes de laquelle s'il faisait quotidiennement l'aller et retour entre l'archipel d'Ahvenanmaa (Åland) et son lieu de travail en Suède, il serait imposé comme non-résident en Suède. Cependant, le requérant expose qu'il lui était impossible de faire quotidiennement le trajet jusqu'à Gävle et qu'en conséquence, il prit un poste moins intéressant et moins bien payé à Norrtälje, ce qui lui permettait juste de faire tout les jours la navette.

20. Pour ce qui est de ses impôts sur ses revenus de l'année 1979, le requérant a exercé un recours devant les juridictions administratives suédoises. Initialement, il était imposé par l'administration des impôts (taxeringsnämnden) comme s'il était résident à Gävle. Le requérant a formé un recours devant le tribunal communal mixte en matière fiscale (mellankommunala skatterätten) en alléguant qu'il ne devait pas être considéré comme résidant en Suède. Dans un jugement du 25 février 1982, le tribunal communal mixte en matière fiscale a rejeté le recours du requérant.

21. Celui-ci a interjeté appel devant la cour d'appel administrative (kammarrätten) de Sundsvall qui l'a débouté, par un arrêt du 22 octobre 1982.

22. Le requérant a alors saisi la Cour administrative suprême (regeringsrätten) qui, dans une décision du 15 octobre 1984, a pour une part refusé au requérant l'autorisation d'introduire un pourvoi et d'autre part refusé que ses griefs soient examinés dans le cadre de la procédure spécifique de recours prévue par la loi sur la fiscalité (taxeringslagen).

23. Parallèlement à la procédure ci-dessus, le requérant a, pour ce qui concerne l'année d'imposition 1979, attaqué devant le tribunal administratif départemental (länsrätten) du comté de Gävleborg l'avis de mise en recouvrement de la taxe confessionnelle. Il faisait valoir qu'il n'était pas membre de l'Eglise suédoise, ni citoyen suédois, et qu'il ne résidait pas en Suède. Par jugement du 19 mai 1981, le tribunal administratif départemental du comté de Gävleborg a débouté le requérant, au motif que la loi sur certaines réductions d'impôts pour les personnes n'appartenant pas à l'Eglise suédoise (lag 1951: 691 om viss lindring i skattskyldigheten för den

som icke tillhör svenska kyrkan, ci-après dénommée “loi fiscale des Dissidents”) ne lui était pas applicable.

24. Le requérant a interjeté appel devant la cour d’appel administrative de Sundsvall qui, le 22 octobre 1982, a confirmé le jugement du tribunal administratif départemental. Le requérant s’est alors adressé à la Cour administrative suprême qui, le 9 octobre 1984, lui a refusé l’autorisation d’introduire un pourvoi.

25. Le requérant a également saisi le médiateur parlementaire à la Justice (justitieombudsmannen) sur la question du dégrèvement fiscal pour les personnes n’appartenant pas à l’Eglise suédoise. Après enquête, le médiateur a, dans une lettre adressée au Gouvernement, proposé d’amender la loi fiscale des Dissidents, de manière à ne plus exiger qu’une personne soit enregistrée comme résidant en Suède pour obtenir un dégrèvement de taxe confessionnelle. De la décision du médiateur parlementaire, en date du 16 avril 1982, il ressort ce qui suit: l’article premier de la loi fiscale des Dissidents exige que, au début de l’année d’imposition, le contribuable n’appartienne pas à l’Eglise suédoise et qu’il soit inscrit comme résident en Suède. Le médiateur parlementaire a relevé que cette condition avait été remise en cause à plusieurs reprises, notamment au Parlement. Il a d’autre part observé que cette disposition de la loi avait des incidences pour les personnes qui venaient s’installer en Suède ou quittaient le pays. Le médiateur a estimé que cette disposition, bien qu’insatisfaisante, ne violait pas les clauses de non-discrimination que la Suède avait adoptées dans le cadre des conventions de double imposition. Il n’y avait aucune discrimination fondée sur la nationalité, mais le médiateur parlementaire pouvait comprendre le grief du requérant. Le médiateur parlementaire concluait que le problème soulevait une question limitée, mais qu’il s’agissait d’une incohérence foncière de la législation fiscale. Aucune raison objective ne justifiait la règle en vigueur et l’irritation qu’elle suscitait était compréhensible.

26. Le requérant a acquitté une taxe confessionnelle d’un montant de 1 336 couronnes suédoises au titre de l’année d’imposition 1979. S’il avait

été exonéré d'une partie de la taxe confessionnelle conformément à la loi fiscale des Dissidents, il aurait été redevable de 401 couronnes suédoises.

27. Pour 1980 et 1981, le requérant a acquitté respectivement 1 717 et 1 325 couronnes suédoises. S'il avait été exonéré d'une partie de la taxe confessionnelle conformément à la loi fiscale des Dissidents, il aurait payé respectivement 515 et 397 couronnes suédoises.

B. Le droit national applicable

28. Les dispositions relatives aux impôts locaux sur le revenu en général figurent dans la loi sur la fiscalité locale (kommunalskattelagen) de 1928. Cette loi a été amendée à plusieurs reprises au cours des années.

29. S'agissant de l'assujettissement à l'impôt en Suède, l'article 53 par. 1 de la loi sur la fiscalité locale stipule que toute personne résidant en Suède est imposable en Suède sur la totalité de ses revenus. Les personnes qui ne résident pas en Suède sont imposables en Suède sur, notamment, leurs revenus tirés d'un emploi dans un service public suédois, y compris dans un conseil de comté ou une paroisse.

30. Conformément à l'article 19 de la convention fiscale alors applicable avec la Finlande en vue de prévenir les doubles impositions, le droit d'imposer les revenus tirés de l'emploi dans un service public appartient — sous réserve de certaines exceptions dépourvues de pertinence en l'occurrence — à l'État qui verse la rémunération.

31. Pour ce qui est du lieu d'imposition en Suède, l'article 59 par. 1 et 3, de la loi sur la fiscalité locale disposait, dans son libellé applicable pendant la période considérée, que les revenus du travail gagnés par une personne alors qu'elle réside en Suède sont imposés au lieu de son domicile. Les revenus du travail perçus par une personne alors qu'elle ne réside pas en Suède sont imposés à Stockholm à des fins locales d'intérêt commun. A cet effet, un district fiscal spécial a été créé, le District commun.

32. Les dispositions définissant qui peut être considéré comme résident en Suède ainsi que le “lieu du domicile” figurent, s’agissant de la mise en recouvrement de l’impôt pour l’exercice fiscal 1980, à l’article 68, à l’article 66 et au paragraphe 1 des instructions relatives à l’article 66 de la loi sur la fiscalité locale.

33. Depuis 1978, ces dispositions ont été modifiées deux fois. Avant 1979, les personnes résidant temporairement en Suède étaient imposées, au titre des revenus de leur travail, dans le District commun, avec pour corollaire un taux d’imposition inférieur aux taux normal. A partir de 1979, ces personnes ont été imposées sur la même base que tout résident en Suède, et aux mêmes taux. Depuis 1987, ces personnes sont à nouveau imposées dans le District commun, non seulement sur leurs revenus tirés de leur travail, mais aussi sur les revenus du capital — intérêts par exemple — ou des revenus immobiliers.

34. Une petite fraction des impôts locaux est constituée par les taxes confessionnelles, dont le taux est fixé par le conseil de paroisse compétent. Ce système, né d’une longue tradition, est fondé sur le fait que l’Eglise luthérienne de Suède est ce qu’on appelle couramment une “Eglise d’État” et que ses paroisses ont un statut communal en vertu de la Constitution, y compris le droit de lever des impôts. Depuis que les registres de population (*folkbokföringen*) ont été créés au seizième siècle, ils ont été tenus par les paroisses. Celles-ci sont également chargées de gérer et d’entretenir les cimetières et autres lieux publics de sépulture, non seulement pour les membres de l’Eglise mais pour l’ensemble de la population.

35. En application de la loi fiscale de 1951, dite des “Dissidents”, telle qu’elle a été ultérieurement modifiée, la taxe confessionnelle peut être réduite. L’article premier de la loi est ainsi libellé:

(Suédois)

“Sådan församlingsskatt enligt lagen (1961:436) om församlingsskatt, som efter kyrkofullmäktiges beslut eller eljest debiteras efter samma grunder som gälla för debitering av kommunalskatt, skall

påföras den, som vid ingången av inkomståret icke tillhörde svenska kyrkan och som är mantalsskriven här i riket för inkomståret, efter endast trettio procent av det för debiteringen bestämda beloppet”.

(Traduction française)

“Conformément à la loi (1961: 436) relative à l’administration des paroisses, la taxe confessionnelle mise en recouvrement en vertu d’une décision du conseil de paroisse ou autrement recouvrée en vertu des dispositions applicables au recouvrement des impôts locaux, sera acquittée par toute personne n’appartenant pas à l’Eglise de Suède au début de l’année d’imposition et enregistrée dans ce pays pour l’année d’imposition, à concurrence de 30% seulement du montant fixé.”

Pour qu’une personne assujettie à la taxe puisse bénéficier du dégrèvement, il faut donc qu’elle ne soit pas membre de l’Eglise de Suède au début de l’année d’imposition et qu’elle soit enregistrée en Suède pour ladite année. Il s’ensuit que la loi fiscale des Dissidents ne s’applique pas aux personnes qui sont imposées dans le District commun. Selon les travaux préparatoires de la loi, les raisons de cette disposition sont les suivantes: tout d’abord, la demande de dégrèvement ne pourrait être défendue avec la même force pour les personnes qui ne résident pas en Suède que pour les résidents, et deuxièmement, la procédure serait considérablement compliquée si la réduction de taxe s’appliquait à cette catégorie de personnes.

Le reliquat de taxe confessionnelle qui subsiste après réduction se rapporte aux dépenses supportées par les paroisses pour la tenue des registres de population et l’administration des cimetières, lesquels sont évalués à 30% en moyenne de l’ensemble du budget paroissial.

36. Depuis le 1^{er} janvier 1987, l’article 1^{er} de la loi fiscale des Dissidents n’exige plus, par suite d’un amendement, qu’une personne soit enregistrée comme domiciliée en Suède pour pouvoir prétendre à la réduction de taxe confessionnelle.

37. Pour ce qui est de la taxe perçue à des fins locales d’intérêt commun, son taux est de 10% conformément à la loi relative aux impôts perçus à des fins locales d’intérêt commun (lagen om skatt för gemensamt kommunalt ändämål). Cette taxe n’est pas répartie entre taxe municipale,

taxe de comté et taxe confessionnelle mais sert à équilibrer le poids de l'impôt entre différentes municipalités ou autres entités administratives.

38. Tout enfant suédois dont les parents sont membres de l'Eglise de Suède est enregistré comme membre, sauf décision contraire des parents. Dès qu'il atteint l'âge de la majorité, il peut choisir de rester membre ou de cesser de l'être. Dans ce dernier cas, il lui suffit d'annoncer sa démission à la paroisse à laquelle il appartient. Les personnes qui ne sont pas membres de l'Eglise peuvent demander à le devenir.

39. L'article 6 par. 1 de la loi sur la liberté de religion (*religionsfrihetslagen*) stipule que seuls, les citoyens suédois ou les personnes domiciliées en Suède peuvent être membres de l'Eglise de Suède.

40. En vue d'informer les intéressés sur la façon dont il convient d'interpréter différentes dispositions fiscales dans tel ou tel cas particulier, l'administration nationale des impôts peut rendre des décisions dites "pré-alables" (*förhandsbesked*), lesquelles s'imposent à l'administration des impôts et aux juridictions fiscales.

III. AVIS DE LA COMMISSION

A. *Les points en litige*

41. Les points à examiner sont les suivants:

- y a-t-il eu violation de l'article 9 de la Convention?
- y a-t-il eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 de la Convention?
- y a-t-il eu violation de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention combiné avec l'article 14 de la Convention?

B. Article 9 de la Convention

42. Le requérant allègue que l'obligation de payer une taxe spéciale à l'Eglise d'État suédoise, bien qu'il ne soit pas membre de cette Eglise, viole son droit à la liberté de religion tel qu'il est garanti par l'article 9 de la Convention.

Le Gouvernement réplique que le grief est mal fondé. Le requérant aurait pu se soustraire au paiement de la taxe en devenant résident en Suède. De plus, la taxe confessionnelle n'est qu'un aspect mineur du contentieux qui oppose le requérant à l'administration suédoise, et la taxe qu'il a dû acquitter était d'un montant insignifiant. L'État doit être libre d'employer les impôts à des fins que telle ou telle personne peut juger critiquables.

43. L'article 9 de la Convention est ainsi libellé:

"1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

44. Le paragraphe 1 de l'article 9 peut être scindé en deux parties. Le premier segment du paragraphe 1 garantit un droit général à la liberté de religion. En vertu du deuxième segment du paragraphe 1, c'est un droit plus spécifique, celui de changer de religion et de manifester sa religion qui est protégé. Le paragraphe 2 de l'article 9 se borne à autoriser certaines restrictions à la liberté de manifester sa religion. En conséquence, dans le cadre de l'article 9 par. 1, tout État contractant est tenu de respecter le droit général de toute personne à la liberté de religion et ce droit ne peut faire l'objet de restrictions.

45. On ne saurait considérer qu'en soi, un système d'Eglise d'État viole l'article 9 de la Convention. En fait, un tel système existe dans plusieurs États contractants où il était déjà en vigueur lorsque la Convention a été rédigée et que ces États y sont devenues parties.

Cependant, pour satisfaire aux exigences de l'article 9, un système d'Eglise d'État doit comporter des garanties spécifiques pour la liberté de religion de l'individu. En particulier, nul ne peut être contraint de devenir membre, ni empêché de cesser d'être membre, d'une Eglise d'État.

46. La Commission a déjà eu à connaître d'affaires dans lesquelles un membre d'une Eglise avait été contraint de verser des contributions à cette Eglise. Dans l'une d'elles (N.º 9781/82, déc. 14.5.84, D.R. 37, p. 40), la Commission a affirmé.

“L'obligation (d'acquitter une contribution à l'Eglise) peut être évitée s'ils choisissent de quitter l'Eglise, possibilité que la législation de l'État a expressément prévue. Avec cette possibilité, l'État a introduit des garanties suffisantes pour assurer à l'individu l'exercice de sa liberté de religion.”

47. Dans un autre type d'affaire, il avait été allégué devant la Commission que l'emploi par un État des ressources fiscales à une fin spécifique viole les droits garantis à tout contribuable par la Convention. Par exemple, dans une affaire où il était allégué que l'obligation de contribuer par les biais des impôts à l'acquisition d'armes violait les dispositions de l'article 9, la Commission a affirmé (N.º 10358/83, déc. 15.12.83, D.R. 37, p. 153):

“L'obligation d'acquitter l'impôt est une obligation d'ordre général qui n'a en elle-même aucune incidence précise au plan de la conscience. En ce sens, sa neutralité est illustrée également par le fait qu'aucun contribuable ne peut influencer l'affectation de ses impôts, ni en décider une fois le prélèvement effectué. En outre, par l'article 1 du Protocole additionnel, le système de la Convention reconnaît expressément à l'État le pouvoir de lever l'impôt.

Il s'ensuit que l'article 9 ne confère pas au requérant le droit d'invoquer ses convictions pour refuser de se soumettre à une législation dont la Convention prévoit la mise en oeuvre et qui s'applique de

manière générale et neutre dans le domaine public, sans empiéter sur les libertés garanties par l'article 9."

48. La présente espèce diffère de l'un et l'autre de ces types d'affaires sur des points importants. Tout d'abord, le requérant dans la présente affaire n'était pas membre de l'Eglise d'État suédoise à laquelle il a dû contribuer en payant une taxe. Deuxièmement, le requérant ne critique pas le fait qu'une partie des ressources fiscales sert à une fin qui est contraire à ses convictions mais celui d'être tenu de payer une taxe spécifique à l'Eglise. En fait, la taxe confessionnelle est imposée en vertu du pouvoir de lever l'impôt dont jouit en Suède l'Eglise elle-même. Elle est versée à l'administration fiscale, sous la forme d'une fraction faible mais identifiable de ce qu'on appelle les "taxes locales", puis reversée à l'Eglise.

49. Il s'e suit que la question que doit examiner la Commission est de savoir si l'obligation faite au requérant de payer une taxe confessionnelle à une Eglise dont il n'est pas membre est compatible avec son droit à la liberté de religion garanti par l'article 9 de la Convention.

50. La Commission considère que le paiement par le requérant d'une taxe confessionnelle, sur la base de l'obligation qui lui en est faite par la loi, ne saurait être qualifié de "manifestation" de sa religion. Ce qui est en cause ici est donc le droit général du requérant à la liberté de religion visé par le premier segment de l'article 9 par. 1.

51. De l'avis de la Commission, ce droit protège toute personne contre l'obligation qui pourrait lui être imposée de participer directement à des activités religieuses contre son gré, sans être membre de la communauté religieuse qui dirige ces activités. Le paiement de taxes à une Eglise en vue du financer ses activités religieuses dans les conditions ci-dessus exposées (par. 48) doit être considéré comme une telle participation.

52. Le Gouvernement fait valoir que le requérant aurait pu ne pas payer l'intégralité de la taxe confessionnelle s'il était devenu résident en

Suède. La Commission n'est pas convaincue par cet argument. On ne peut admettre qu'une personne soit contrainte de déménager et d'installer sa résidence dans l'État considéré pour pouvoir exercer son droit au respect de sa liberté de religion par cet État.

53. Le Gouvernement avance également que le requérant était en désaccord avec l'administration suédoise essentiellement sur le point de savoir s'il devait ou non être considéré comme résident en Suède à des fins fiscales. La question de la taxe confessionnelle était, selon les conclusions du Gouvernement, une question accessoire. La Commission estime suffisant de souligner que le requérant a déjà soulevé à l'échelon interne la question de la taxe confessionnelle. Que cet aspect soit plus ou moins important que la question de son obligation de payer les impôts de caractère général en Suède est indifférent pour déterminer s'il y a eu violation de l'article 9.

54. Le Gouvernement allègue aussi que, pour examiner si les droits garantis au requérant par l'article 9 de la Convention ont été violés, il faut tenir compte du fait que le grief est lié à la législation fiscale que est de nature complexe, qui doit être appliquée à une multitude de situations différentes et qui peut, dans telle ou telle situation, révéler certaines imperfections. Il prétend par ailleurs qu'il faut tenir compte du fait que les conséquences pour le requérant de la taxe confessionnelle ont été d'ordre mineur en soulignant que si le requérant avait été exonéré de la taxe confessionnelle en 1979, il aurait versé 401 couronnes suédoises au lieu de 1 336 couronnes suédoises, d'où il résulte que les conséquences financières n'ont représenté que 935 couronnes suédoises.

55. La Commission ne peut accepter ces arguments. Le fait que la législation fiscale soit compliquée ne peut dégager l'État de son obligation de respecter le droit à la liberté de religion. De plus, hormis le fait que le requérant a dû acquitter la taxe confessionnelle non seulement pour 1979 mais aussi pour 1980 et 1981 (cf. par. 26 et 27 ci-dessus), le droit à la liberté de religion ne se prête pas à une évaluation en termes financiers.

56. Le Gouvernement ajoute que l'État doit être libre d'employer les impôts qu'il recouvre à des fins qui peuvent être critiquables pour telle ou telle personne. Cet argument semble à la Commission pertinent pour ce qui est de la fiscalité générale (cf. décision N.º 10358/83 citée supra). L'obligation de payer des impôts de caractère général qui ne sont pas affectés à une fin religieuse déterminée ne peut, de l'avis de la Commission, soulever aucun problème sous l'angle de la liberté de religion, même si l'État emploie des ressources, recouvrées par voie fiscale, pour soutenir des communautés religieuses ou des activités religieuses. S'agissant des impôts de caractère général, il n'existe aucun lien direct entre le contribuable privé et la contribution de l'État aux activités religieuses.

57. La situation est différente lorsque, comme dans la présente affaire, l'Eglise est elle-même autorisée à lever des impôts. Dans une telle situation, la personne est obligée de contribuer directement à l'Eglise et à ses activités religieuses. Cette distinction entre les impôts de caractère général et des taxes confessionnelles spécifiques n'est pas uniquement formelle. Pour la personne concernée, elle peut avoir une importance considérable.

58. Dans de tels cas, l'article 9 par. 1 de la Convention exige qu'un État respecte les convictions religieuses des personnes qui n'appartiennent pas à l'Eglise, par exemple en leur donnant la possibilité d'être exonérées de l'obligation de verser des contributions à l'Eglise pour ses activités religieuses.

59. Dans le cadre du système suédois, c'est ce que permet en principe la loi fiscale des Dissidents qui prévoit un dégrèvement partiel de taxe confessionnelle. Toutefois, à l'époque considérée, la loi fiscale des Dissidents n'était pas applicable à la situation du requérant au motif que celui-ci n'était pas enregistré comme résident en Suède. Ce n'est cependant pas une raison qui peut justifier une exception à l'obligation posée à l'article 9 de la Convention de respecter le droit du requérant à la liberté de religion.

60. En conséquence, la Suède n'a pas respecté le droit du requérant à la liberté de religion tel qu'il est garanti par l'article 9 par. 1 de la Convention. Il n'y a pas lieu de rechercher une éventuelle justification sur le fondement de l'article 9 par. 2 (cf. par. 44 et 50).

CONCLUSION

61. La Commission conclut, par dix voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 9 de la Convention.

C. Article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 de la Convention

62. Le requérant prétend avoir été victime de discrimination en tant que citoyen finlandais domicilié à Ahvenanmaa et travaillant en Suède. S'il avait été enregistré comme domicilié en Suède, il n'aurait pas acquitté l'intégralité de la taxe confessionnelle. Le requérant allègue une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9.

Le Gouvernement réplique que la loi fiscale des Dissidents s'applique également aux citoyens suédois et aux étrangers. La distinction entre résidents et non-résidents en Suède avait un but légitime et était justifiée au regard de l'article 14 de la Convention.

63. L'article 14 de la Convention dispose:

“La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente 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.”

64. La Commission a déjà conclu (par. 61 ci-dessus) à une violation de l'article 9. Elle estime nécessaire, dans les circonstances d'espèce, d'examiner aussi le grief du requérant au regard de l'article 14 combiné avec l'article 9.

65. Conformément à la jurisprudence des organes de la Convention, l'article 14 de la Convention n'a pas d'existence autonome, mais joue un rôle important de complément des autres dispositions de la Convention et des Protocoles. L'article 14 protège les individus, placés dans des situations analogues, contre toute discrimination dans la jouissance des droits énon-

cés dans ces autres dispositions. Une mesure qui en soi pourrait être conforme à la disposition normative peut donc cependant violer cette disposition combinée avec l'article 14, si elle est appliquée d'une manière discriminatoire. C'est comme si l'article 14 formait partie intégrante de chacune des dispositions énonçant les droits et libertés spécifiques. Les organes de la Convention ont de surcroît constamment affirmé qu'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'existe pas de "rapport raisonnable de proportionnalité" entre les moyens employés et le but visé (voir notamment Cour Eur. D.H., arrêt "Affaire relative à certains aspects du régime linguistiques en Belgique" du 23 juillet 1968, série A n.º 6, p. 33-34, par. 9 et 10).

66. Le traitement discriminatoire allégué par le requérant tient à la différence qui est faite entre lui-même, en tant que non-résident en Suède, et les résidents dans la jouissance du droit à réduction de la taxe confessionnelle prévue par la loi fiscale des Dissidents.

67. Par cette loi, les pouvoirs publics suédois ont eux-mêmes créé un système d'exonération, pour des motifs religieux, d'une partie de la taxe confessionnelle. Un tel système ne doit pas être discriminatoire.

68. Les raisons invoquées par le Gouvernement pour justifier la distinction établie tiennent au fait qu'il était commode de lier le droit d'exonération à un enregistrement en Suède. Le système devait être simple. Le problème pratique qui se posait était de savoir comment l'administration fiscale pouvait savoir quelles personnes n'appartenaient pas à l'Eglise de Suède sans leur imposer l'obligation d'informer les autorités elles-mêmes. Ce problème a été résolu de la façon suivante, en demandant aux paroisses, qui tiennent les registres de population et qui ont par ailleurs accès aux données relatives à l'appartenance à l'Eglise, d'informer l'administration fiscale à cet égard. C'est pour cette raison que les personnes qui n'étaient pas enregistrées comme résidentes en Suède, selon les registres de population, sont restées en dehors du système. Si elles avaient dû bénéficier du droit d'être exonérées de la taxe confessionnelle, il leur aurait fallu en faire elles-mêmes la demande, et chacune de ces demandes aurait dû être examinée individuellement. Un tel système aurait été très difficile à administrer à une époque où le système de gestion fiscale n'avait pas encore été informa-

tisé. Le Gouvernement n'a avancé aucune autre explication à la différence de traitement dont se plaint le requérant.

69. La Commission estime que la question de la distinction entre résidents et non-résidents est un trait essentiel et saillant de la présente affaire. Les raisons invoquées par le Gouvernement ne suffisent pas à justifier la distinction dans la jouissance du droit à la liberté de religion.

70. En conséquence, il y a également eu violation du droit garanti au requérant par l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 de la Convention.

CONCLUSION

71. La Commission conclut, par neuf voix contre quatre, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 de la Convention.

D. Article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention

72. L'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention protège le droit de toute personne au respect de ses biens. L'obligation de payer des impôts entre par conséquent dans le champ d'application de cet article.

73. On pourrait se demander si, au vu des faits de la présente affaire, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel.

74. La Commission estime cependant que, eu égard à ses conclusions énoncées ci-dessus aux paragraphes 61 et 71, il n'y a pas lieu d'examiner l'affaire sur ce fondement.

CONCLUSION

75. La Commission conclut, par onze voix contre deux, qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention.

E. Récapitulation

76. — La Commission conclut, par dix voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 9 de la Convention (par. 61).
- La Commission conclut, par neuf voix contre quatre, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 9 de la Convention (par. 71).
- La Commission conclut, par onze voix contre deux, qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention (par. 75).

Le Secrétaire de la Commission
(H.C. KRÜGER)

Le Président en exercice
de la Commission
(J.A. FROWEIN)

OPINION EN PARTIE DISSIDENTE DE M. TRECHSEL

Tout en approuvant de manière générale le point de vue de la majorité de la Commission, j'ai voté contre la conclusion constatant une violation de l'article 9 combiné avec l'article 14 (par. 71). A mon avis, l'article 14 forme partie intégrante des autres articles de la Convention. S'il y a eu violation d'un de ces articles, il n'y a pas lieu d'examiner séparément l'article 14 combiné avec ledit article.

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHERMERS ET DE SIR BASIL HALL

Nous ne pouvons approuver l'avis de la majorité de la Commission selon lequel il y a eu dans la présente affaire violation de l'article 9 de la Convention. Le fait que le requérant a dû payer une taxe pour couvrir les dépenses supportées par les conseils de paroisse de l'Eglise ne viole pas à notre avis un droit qui lui est conféré par l'article 9. Il n'a pas cessé d'avoir la liberté de pratiquer une religion, de manifester une religion, ou de s'abstenir de pratiquer une religion.

Nous ne pensons pas que les faits en cause entrent dans le champ d'application de l'article 9; nous en concluons que l'article 14 est donc inapplicable combiné avec cet article.

Il faut dès lors envisager s'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention. Conformément à la jurisprudence de la Commission, le recouvrement d'impôts entre dans la sphère générale du Protocole additionnel et constitue en principe une ingérence dans le droit conféré par son premier paragraphe. Il en résulte que l'interdiction énoncée à l'article 14 de la Convention s'applique aux prélèvements fiscaux.

Il est certain que les personnes qui travaillent en Suède subissent une différence de traitement quant à leur assujettissement à la taxe confessionnelle selon qu'elles sont enregistrées comme domiciliées en Suède ou qu'elles ne le sont pas.

Le médiateur parlementaire suédois a conclu qu'il n'existait aucune raison objective justifiant la règle. Nous aussi concluons qu'aucune justification objective et raisonnable de la différence de traitement n'a été avancée.

Il s'ensuit que dans la présente affaire, il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention.

OPINION DISSIDENTE DE M. MARTINEZ

A mon très grand regret je ne partage pas l'avis de la majorité de la Commission.

La majorité voit dans le cas d'espèce un problème de liberté de religion, alors que je n'y vois qu'une question fiscale.

Pour le problème qui nous concerne, c'est-à-dire la taxe de l'Eglise, il y a en Suède deux catégories de contribuables: les résidents et les non-résidents.

Les premiers (nationaux ou étrangers) sont soumis à l'impôt sur tous leurs revenus, qu'ils soient acquis en Suède ou à l'étranger; les non-résidents ne sont soumis à l'impôt que sur certains revenus notamment sur ceux qu'ils acquièrent en Suède d'un emploi public (voir rapport de la Commission, par. 29).

Les résidents — qui paient l'impôt sur tous leurs revenus — ont par ailleurs certains autres désavantages ainsi que certains avantages. Parmi les désavantages, on peut citer une taxe locale plus élevée. Par contre les résidents ont de plus larges avantages sociaux.

Une petite partie de la taxe locale constitue l'impôt en faveur de l'Eglise luthérienne de Suède, considérée comme l'église d'État (voir rapport de la Commission, par. 34).

Les résidents peuvent bénéficier d'une réduction (70%) de la partie de la taxe locale dévolue à l'église s'ils n'appartiennent pas à l'Eglise de Suède (rapport de la Commission, par. 35). Cette possibilité n'est pas offerte aux non-résidents. En d'autres termes, les résidents qui n'appartiennent pas à l'église officielle peuvent bénéficier d'une certaine réduction de la taxe locale, tandis que les non-résidents ne peuvent en bénéficier, qu'ils professent ou non la religion officielle.

C'est sur cette différence de régime que repose tout le problème.

La majorité voit dans cette différence une atteinte à la liberté de religion garantie par l'Article 9 de la Convention. En ce que me concerne, je n'y vois rien d'autre qu'une différence à porter au bilan des avantages et des inconvénients attachés à la situation des contribuables qui sont résidents et de ceux qui ne le sont pas.

Des allégations du requérant ne se dégagent pas l'impression qu'il déclare souffrir dans sa foi ou sa conscience. Ses soucis semblent essentiellement financiers, car il voudrait bien pouvoir alléger le fardeau de la taxe locale qu'il a à payer, comme peuvent le faire les résidents qui n'appartiennent pas à l'église.

Le requérant s'en prend au système fiscal suédois. Que celui-ci soit considéré comme bon ou mauvais, comme juste ou injuste, il n'en est pas moins hors de domaine couvert par la Convention.

La Commission trouve une violation de la liberté de religion proclamée par l'Article 9 de la Convention parce qu'elle considère que l'individu est protégé de l'obligation d'avoir à contribuer *directement* aux activités religieuses d'une communauté à laquelle il n'appartient pas (voir rapport de la Commission, par. 51).

Ce propos de la Commission me semble trop général. Cela dit, je ne vois pas que le requérant soit obligé de payer une somme d'argent déterminée en faveur des activités de l'église suédoise. Il n'est obligé à rien d'autre qu'à payer les impôts qui correspondent aux revenus, qui

proviennent précisément des fonds publics de la Suède, et à les payer dans les conditions que la loi suédoise établit selon que le contribuable est résident ou non-résident.

Le requérant (qui n'est pas ressortissant suédois) est allé travailler en Suède de son propre gré. Il y a trouvé un emploi public avec la rétribution et les charges fiscales établies par les lois suédoises.

S'il éprouve un conflit de conscience, rien ne l'oblige à persister dans une activité rémunérée par un État dont les impôts ont, dans une certaine mesure, un but ecclésiastique. (D'après les allégations du Gouvernement — non contredites par le requérant — la Suède contribue aussi à d'autres cultes que celui de l'église d'État).

Le requérant n'a pas été forcé de changer sa résidence et d'habiter en Suède pour avoir un emploi public en Suède.

Le requérant cherche à payer le moins d'impôts possible mais je ne trouve pas que sa foi religieuse, sa conscience ou sa pensée aient subi quelque violence.

COMITÉ DE MINISTROS

RESOLUÇÃO

- I. O Comité de Ministros poderá ter por cumprida a tarefa que lhe impõe o artigo 54.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, logo que o estado haja pago à vítima a satisfação pecuniária arbitrada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e informado o Comité das medidas legislativas ou administrativas tomadas para obstar a novas violações da Convenção.

P.F.

RESOLUTION DH (89) 22

**RELATIVE A L'ARRET DE LA COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME
DU 26 OCTOBRE 1988
DANS L'AFFAIRE MARTINS MOREIRA**

*(adoptée par le Comité des Ministres le 19 septembre 1989,
lors de la 428^{ème} réunion des Délégués des Ministres)*

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

Vu l'arrêt de la Cour européenne des Droits de L'Homme rendu le 26 octobre 1988 dans l'affaire Martins Moreira et transmis à la même date au Comité des Ministres;

Rappelant qu'à l'origine de cette affaire se trouve une requête dirigée contre le Portugal, introduite devant la Commission européenne des Droits de L'Homme le 24 juillet 1984, en vertu, de l'article 25 de la Convention, par M. José Martins Moreira, ressortissant portugais, qui s'est plaint qu'une procédure civile entamée par lui suite à un accident de la circulation ait duré au-delà d'un délai "raisonnable" au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention;

Rappelant que l'affaire a été portée devant la Cour par la Commission le 18 décembre 1987 et par le Gouvernement du Portugal le 29 janvier 1988;

Considérant que dans son arrêt du 26 octobre 1988 la Cour, à l'unanimité:

- a dit qu'il a eu violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention;
- a dit que l'État défendeur devait verser au requérant, deux millions d'escudos pour dommage et lui rembourser, pour frais et dépens, 435.000 escudos, moins 5.180 francs français à convertir en escudos au taux applicable le jour prononcé de l'arrêt;
- a rejeté la demande de satisfaction équitable pour le surplus;

Vu les Règles adoptées par le Comité des Ministres relatives à l'application de l'arrêt 54 de la Convention;

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

Considérant que, lors de l'examen de cette affaire par le Comité des Ministres, le Gouvernement du Portugal a donné à celui-ci les informations reproduites à l'Annexe à la présente Résolution;

S'étant assuré que le Gouvernement du Portugal a versé au requérant les sommes prévues dans l'arrêt,

Déclare, après avoir pris connaissance des informations fournies par le Gouvernement du Portugal, qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 54 de la Convention dans la présente affaire.

ANNEXE A LA RESOLUTION DH (89) 22

Informations fournies par le Gouvernement du Portugal lors de l'examen de l'affaire Martins Moreira par le Comité des Ministres

Les sommes prévues dans l'arrêt de la Cour du 26 octobre 1988 ont été versées au requérant le 19 décembre 1988.

Le Gouvernement du Portugal attire également l'attention sur les mesures prises au cours des dernières années pour accélérer les procédures civiles.

En vertu du Décret-Loi N.º 214-88 du 17 juillet 1988 et de l'Arrêté Ministériel N.º 537/88 du 10 août 1988, les tribunaux locaux qui ont été appelés à examiner l'affaire Martins Moreira — à savoir, le tribunal de première instance d'Évora et la cour d'appel d'Évora — ont vu leurs effectifs augmenter tant en juges qu'en personnel administratif. Par ailleurs, le nombre de juges à la Cour suprême a également été accru de manière significative.

Des réformes ont aussi été apportées aux Instituts de médecine légale pour en faire des auxiliaires adaptés à une administration efficace de la Justice. A la suite du Décret-Loi N.º 169/83 du 30 avril 1983 et de l'Arrêté Ministériel N.º 316/87 du 16 avril 1987, ils ont été dotés des ressources humaines et matérielles indispensables. En outre, en application du Décret-Loi N.º 387/C/87 du 29 décembre 1987, des réformes ont été effectuées au niveau de l'organisation des instituts afin de les rendre aptes à répondre rapidement aux demandes qui leur sont présentées.

**ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS
DO HOMEM**

LOUIS PETTITI(*)
Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme

**L'OEUVRE DE LA COUR EUROPEENNE
ET LES DROITS DE L'HOMME(**)**

(*) Documentação e Direito Comparado honra-se com a publicação da presente comunicação do Bastonário Louis Pettiti.

O Bastonário Pettiti foi Bastonário do Colégio de Advogados de Paris; é Presidente do Movimento Internacional de Juristas Católicos e Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Tem consagrado o seu saber e entusiasmo à defesa dos direitos do homem, participando em Congressos e proferindo conferências em vários Países, nomeadamente Portugal.

Agradece-se ao Bastonário Pettiti a autorização concedida, por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, para a publicação da presente comunicação.

(**) É da responsabilidade da redacção indicarem-se as decisões referidas no texto já publicadas ou sumariadas em "Documentação e Direito Comparado".



L'OEUVRE DE LA COUR EUROPEENNE ET LES DROITS DE L'HOMME(*)

Il peut être présomptueux de la part du communicant et fastidieux pour votre compagnie, de retrouver, après les remarquables communications qui vous ont été lues sur les Droits de l'Homme en cette année du Bicentenaire un ajout portant *encore* sur les Droits de l'Homme.

Ceux-ci ont été tellement dévoyés en 1989 tant par l'abus sémantique et conceptuel que par leur utilisation falsificatrice au quotidien que le seul énoncé de la formule pourrait provoquer un réflexe de rejet. Nous savons mieux aujourd'hui que sous le concept Droits de l'Homme en a volontairement confondu à des fins idéologiques des notions aussi différentes que libertés publiques au sens conféré par la 3^{ème} République, devoirs "avers" de la médaille des droits, nouvelles aspirations utopiques recouvertes du terme 3^{ème} ou 4^{ème} génération. Nous constatons chaque jour que la thématique Droits de l'Homme est employée par des hommes politiques européens comme alibi et prétexte pour faire oublier qu'ils entreprennent peu de concret pour assurer même en démocratie la pleine sauvegarde et la promotion des libertés fondamentales telles que proclamées dans la pensée judéo chrétienne, dans les philosophies rationalistes issues de John Locke et ayant enfin trouvé leur majeure expression dans la Déclaration universelle de 1948 sous l'impulsion de John Hunphrey et de René Cassin.

Aussi vais-je tenter de présenter un aspect moins connu de cette thématique, au travers du seul mécanisme international contemporain ouvrant aux individus un recours effectif contre les États violateurs devant une

(*) Communication à l'Institut de France Académie des Sciences Morales et Politiques.

juridiction transnationale, outre l'exercice des recours inter-étatiques.

Il s'agit à partir d'un panorama de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, organe juridictionnel du Conseil de l'Europe et des 23 États membres ayant ratifié la Convention européenne de Sauvegarde, de présenter aussi une réflexion sur les principes philosophiques qui sous-tendent cette action jurisprudentielle et participent à la définition d'un concept des sociétés démocratiques.

La Cour conformément au Traité de Vienne dispose de l'autonomie d'interprétation de la Convention.

A l'origine de la création de la Convention et de la Cour était la conviction des Dirigeants des États alliés qu'il incombait aux États de faire en sorte que le cri de Churchill, de Pierre Henry Teitgen "plus jamais ça" plus jamais d'Holocauste, soit entendu; et donc construire un appareil international de protection puisque l'histoire démontrait que même l'État de droit, tel celui de la constitution de la République de Weimar pouvait être utilisé par un Hitler à des fins diaboliques. En même temps les dirigeants avaient conscience des exactions commises depuis 1935 et donc que tous les États Européens étaient responsables du mépris des droits des gens. Là aussi un sacrifice d'abandon partiel de souveraineté, une renonciation au principe de non ingérence s'imposait.

Mais en prévoyant de donner un statut à la Cour européenne, les parlementaires se montraient ou sceptiques ou cyniques. A quoi bon une Cour disait son futur Président Rolin nos démocraties sont au dessus de tout soupçon, il n'y aura jamais que quelques saisines. D'autres auteurs des projets de textes verrouillaient le système par la règle du non épuisement des voies de recours interne et par la dévolution de certains pouvoirs ou Comité des Ministres perverse, intrusion politique dans un mécanisme destiné aux Droits de l'Homme. Mais la machine était lancée et ne devait plus s'arrêter. Plus d'une centaine d'arrêts constataient des violations imputables dans la plupart des États Membres. C'est alors que ceux-ci adoptaient une deuxième ligne de défense. Au lieu de tenir le plus grand compte du préambule ils tentaient un effet réducteur.

Ils n'extrapolaient pas les décisions prises contre un autre État pour corriger spontanément leurs déviations du même ordre. Ils n'amplifiaient pas aux cas similaires la décision rendue sur une requête individuelle, ils limitaient la portée de l'arrêt à ses conséquences immédiates se réfugiant derrière le cas d'espèce et la norme de la marge d'appréciation. Certains

internationalistes ont pu dire qu'en 1989 plusieurs des 23 États Membres ne ratifieraient plus la Convention.

La réflexion sur les Droits de l'Homme requiert d'autant plus de modestie que la notion en est terriblement dévoyée, par le discours. Ce dévoiement est intrinsèquement pervers car il renforce les sceptiques et décourage les militants.

La confusion sémantique que l'abus des mots et du discours politique a favorisé entraîne une perte de crédibilité en l'action pour la défense des valeurs, banalise la violation, uniformise par l'image du Média le retentissement de l'évènement.

Le système né de la Convention Européenne vient rétablir l'ordre et la hiérarchie. Il s'agit d'instaurer une protection internationale au sein de sociétés démocratiques par un mécanisme juridictionnel transnational, et non supra national. Nous ne sommes pas dans la sphère des génocides, ni dans le domaine de la révision des erreurs judiciaires inévitables dans chaque système, mais dans celui de la confrontation de normes éthiques européennes à des normes nationales moins exigeantes ou dont les administrations devient le contenu par excès d'autoritarisme et du triomphalisme. Déjà en 1712 l'abbé de Saint Pierre dans son mémoire sur la Paix, approuvé par Leibniz, préfigurait une institution européenne de cet esprit.

La Cour a servi de révélateur chimique par des confrontations successives d'État à État. On pouvait croire qu'à partir de régimes politiques identiques et de mêmes Ecoles de Droit issues d'enseignements de deux souches "common law" et droit romain, on aboutirait dans les années 60 à des institutions et des pratiques similaires. Or dans le droit des personnes, dans les mécanismes sociaux, dans les systèmes de contrôle ou de recours, on découvrait à l'occasion de requêtes émanant même de marginaux refusant la "normalité" artificielle, que certaines de ces institutions aboutissaient à des manquements graves. Si l'on remontait dans l'échelle des causes on apercevait que l'origine de ces déviations était, parfois, ancienne, ancrée dans les soubassements de l'inconscient populaire, résidus de traditions régaliennes, de croyances primitives ayant conditionné pour plusieurs siècles les rapports parents enfants, administration-citoyens. L'oubli de l'anthropologie dans la formation des Juges a provoqué des erreurs d'analyse importantes. Nous sommes téléguidés par ce que nos ancêtres ont inscrit dans le tissu social. Ce n'est pas par simple coïncidence qu'un constat semblable peut être dressé pour le Tiers-Monde. De récents conflits

en Afrique ont révélé qu'au delà des motifs religieux et politiques surgissaient du passé les souvenirs des mythes, des clans forgerons-bergers qui depuis Cain et Abel séparaient les destins et qui se perpétuent encore dans la répartition des emplois en Afrique animiste.

D'autres facteurs sont intervenus: l'inaptitude antérieure à prendre conscience que certains comportements acceptés par habitude, sclérose des corps intermédiaires, pouvaient être contraires à la notion de dignité humaine que soutend la Convention. Ainsi les pratiques d'humiliation lors des enfermements, de discrimination sexuelle, tolérées alors parce que non illégales, sont maintenant perçues comme contraires au droit.

Plus encore la justice qui avait pour exigences d'appliquer la loi dans l'indépendance et l'impartialité connaît des impératifs supplémentaires. Selon notre Cour, il faut qu'elle soit rendue dans un délai raisonnable et plus encore suivant la formule britannique, il ne suffit pas qu'elle soit rendues, il faut encore qu'elle donne l'apparence d'être bien rendue et être ressentie comme telle par l'opinion.

La règle de publicité n'est plus conçue simplement comme garantie d'une justice rendue publiquement et non dans le secret ou la clandestinité, mais aussi d'une justice qui doit être comprise comme exemplaire par ceux qui assistent à l'audience ou en lisant le compte rendu. L'exemplarité dépasse le seuil des parties en cause.

En premier temps j'évoquerai quelques normes et lignes directrices.

Le mécanisme original de la Convention et de ses organes va permettre, ce qui paraissait impossible jusqu'en 1950 de constater que l'individu peut interpellier l'État, dont il est le ressortissant ou qui l'accueille et faire juger par une juridiction internationale agréée par une pluralité d'État, le comportement de ses propres autorités, après épuisement des voies de recours interne. Mieux ce mécanisme est ouvert à toute personne quelle que soit la nationalité, étape vers l'universalisme.

Le système du recours ouvert à l'individu ou à son juge pour contester la constitutionnalité de la loi, est déjà en exercice à Strasbourg lorsqu'il s'agit de contester la conformité de la loi nationale aux principes fondamentaux du texte international.

Peut-on procéder à une analyse philosophique que juridique de la Convention et de la jurisprudence qui en est issue.

Le préambule de la Convention y autorise car il est la proclamation d'une philosophie politique des États.

Deux grandes orientations se sont dégagées en dix ans que les auteurs de la Convention n'avaient peut-être pas prévu ou n'avaient pas voulu prévoir par prudence pour obtenir l'adhésion des États.

La première est la dimension horizontale s'ajoutant à la dimension verticale née du texte même. La pensée originaire était la protection de l'individu contre l'État pour les droits fondamentaux, légitime méfiance envers les gouvernements qui de 1933 à 1945 avaient démontré leurs capacités de turpitudes. Système à protection interne mieux connu et assuré dans le droit français administratif que dans les droits d'autres pays.

La première période d'activités de la Cour sous les présidences de Rollin, de René Cassin connaîtra des affaires de "sûreté" et de liberté, contre les internements, les rétentions, les gardes à vues des personnes puis leur protection dans le domaine des libertés publiques classiques.

La dimension horizontale plus récente au contraire est la reconnaissance du risque de violations émanant non de l'État et de ses corps, mais des communautés et groupes provoquant ou secrétant des atteintes aux droits des autres, par surcroît de puissance financière ou politique et déséquilibrant les rapports États citoyens. D'où la nécessité de comprendre la Convention comme étant l'instrument de protection généralisée et non seulement celui d'une prise de position contre le monstre froid, contre l'État Moloch, Thèse soutenue par le Professeur Sperduti et moi-même à la Première conférence générale de l'UNESCO à Vienne sur l'éducation mondiale en Droits de l'Homme en 1978.

Il en découle des interventions à l'encontre de groupements privés (sociaux d'intérêt corporatiste). Cette tendance aura sans doute le support de nouvelles requêtes dans le secteur de l'audio visuel et des satellites transfrontières. Il en résulte aussi un renforcement de l'État dans sa lutte contre la criminalité dans la mesure où ses règles sont mieux définies et légitimées.

La deuxième orientation est marquée par le passage de l'obligation négative de l'État (qui est au coeur de la Convention pour protéger l'individu contre toute ingérence illégitime), à l'obligation positive.

La Cour, à partir de l'affaire X... concernant les Pays-Bas,⁽¹⁾ (il s'agissait d'un vide législatif pour la protection d'une mineure malade mentale) a initié une jurisprudence qui souhaite que l'État ait à assumer une obliga-

(1) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 24, 27, sob n.º 97.

tion positive d'assurer, plus que la sauvegarde, mais bien la promotion des Droits. Ainsi en serait-il peut être face aux manipulations génétiques à transmission héréditaire et commercialisées qu'un législateur imprudent voudrait tolérer.

Ainsi de l'éradication des préjugés qui portent atteinte au respect d'autrui. Ira-t-on plus loin, ce qui cependant dans le système actuel resterait tributaire des requêtes et des cas d'espèce. Non pas le simple contrôle des abus, mais la surveillance des démissions, du refus d'intervention, des refus de légiférer, afin de combler les lacunes ou les distorsions causes de violations potentielles.

Le temps n'est pas encore venu d'une contrainte interétatique, exercée a priori mais des courants se dessinent en ce sens. L'article 57 de la Convention y prépare, la Convention du Conseil de l'Europe contre la Torture comporte déjà un mécanisme d'intervention et de saisine d'office.

II. Les orientations et normes étant ainsi rappelées, traçons à larges traits les grands courants de la jurisprudence de la Cour en retenant trois domaines:

En premier lieu, celui de la protection de la vie privée, de l'image personnelle, de la sphère intime en application de l'article 8.

La Cour est très attentive dans les cas qui lui sont soumis pour limiter les ingérences de l'État, même légitimes par des motifs d'intérêt général.

La Cour a délimité l'usage des fichiers (aff. Leander),⁽²⁾ les droits à l'accès à ceux-ci (aff. Gaskin). Elle est dans la ligne de la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection de la vie privée qui a inspiré la création de la CNIL.

Même vigilance en matière d'interceptions téléphoniques ou de télécommunications (affaires Klass,⁽³⁾ Malone)⁽⁴⁾. Nous examinons actuellement le système français dans le domaine des écoutes judiciaires (Affaires Kruslin et Huvig).

Le deuxième domaine parcouru est celui de la protection de la vie familiale.

(2) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 33, sob n.º 124.

(3) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 8 119, sob n.º 29.

(4) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 21, 150.

La Cour a eu une tâche beaucoup plus vaste que celle prévue par les États signataires, en raison de l'accroissement des retraits de garde d'enfants et de l'extension de prise de pouvoirs des services sociaux entravant la restitution des enfants quand la famille avait repris une conduite normale (affaire W.O.R. Grande Bretagne Olson Suède). On chiffre actuellement à plusieurs centaines de milliers par an les cas de violences inter familiales et 30.000 les prostitutions d'enfants).

La Cour a eu la même exigence de protection de la vie familiale s'agissant de la loi d'immigration et de regroupement familial (Aff. Abdulaziz Grande Bretagne)⁽⁵⁾ ou du retentissement d'une expulsion sur la survie du lien parents-enfants (Berrehab Pays Bas).

C'est dans ce domaine que ressurgissent les sédiments des vieilles traditions expliquant les lacunes assez incroyables de législations européennes même en 1989.

L'antique coutume nordique qui établissait une sorte de droit de propriété des parents sur leurs enfants explique la réaction postérieure étatique pour en corriger les excès; et la plus grande latitude laissée aux services sociaux de retirer la garde des enfants (affaire Olson) critiquée par la Cour.

Le mépris de la condition et de la qualité féminine entretenue de longue date dans certains cantons suisses explique le texte qui permettait au juge d'interdire le remariage dans un certain délai sous prétexte de protéger la femme (affaire Y. c/ Suisse).

D'une façon générale on peut identifier que les dispositions ou pratiques qui se révèlent maintenant contraires à la C.E.D.H. traduisent des courants sociologiques anciens et profonds que le droit national admettait ou ne parvenait pas à corriger.

Dans le cycle des affaires de protection de vie familiale et de la sphère de la vie privée et intime, la Cour a affirmé notamment dans l'affaire Gaskin le droit à connaître et à reconstituer son passé et sa personnalité par accès aux dossiers et fichiers administratifs. Il s'agissait de la requête d'un adulte autrefois mineur handicapé mental mis sous tutelle sociale.

Le troisième grand courant est celui de la liberté d'expression comprise au sens large de la liberté de communication embrassant les secteurs de la presse écrite et parlée et de l'enseignement.

(5) Sumariada em *Documentação e Direito Comparado*, 20, 68.

Défense de l'écrivain et du journaliste contre les excès de législation de la presse pouvant aboutir à des censures ou à des poursuites abusives en diffamation. Dans l'affaire *Lingens Autriche*,⁽⁶⁾ la Cour considère qu'exiger, ce qui était le cas en Autriche, la preuve d'une vérité par nature subjective dépasse au détriment du journaliste l'exigence de preuve de la bonne foi, au sens de l'article dix. Quelques affaires économiques sont venues devant la Cour par application du Protocole n.º 1, sur saisine des États, saisine qui lie la Cour. Ils concernaient notamment les nationalisations britanniques et le statut foncier qui intéressait un million de locataires au pays de Galles. D'autres affaires moins capitales nous étaient déférées parce qu'il s'agissait de statuer sur le principe de la portée des droits et obligations de caractère civil application des règles du procès équitable aux commissions et juridictions administratives.

Dans le cas *Barthold Autriche*,⁽⁷⁾ la reconnaissance de la publicité commerciale comme étant un des éléments possibles de la liberté d'expression est un jalon de ce qui animera plus tard la bataille des quota et des interruptions publicitaires dans la négociation du Panorama audio visuel européen.

La Cour européenne assure, pour le citoyen placé à l'échelle internationale, ce qui est souhaité par certains responsables politiques, à savoir un recours plus large sur la base de l'anticonstitutionnalité de la loi, mais c'est par la notion de compatibilité avec la Convention que se situe la possibilité de contrôle par la Cour européenne, même des décisions rendues par les Cours constitutionnelles nationales dont certaines ont cependant intégré la Convention. (Autriche)

Je ne m'attarderai pas sur les normes déjà classiques déjà dégagées par la Cour Européenne et qui vous sont familières.

Sécurité juridique, prévisibilité et Qualité de la loi, confiance légitime en l'État que celui-ci doit justifier par une législation loyale, effectivité de la norme, non discrimination et par dessus tout proportionnalité.

Ce mot n'est pas inscrit dans la Convention, mais il domine la jurisprudence.

(6) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 29/30, 399 sob n.º 111.

(7) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 24, 25, sob n.º 96.

Les critiques opposés au système sont nombreuses et évitent toute vision triomphaliste européen cientiste.

L'objection que présentait dès 1960 le Professeur René Jean Dupuy du Collège de France, ancien Membre de la Commission Européenne reste pertinente. Le système européen n'est-il pas un produit de luxe protégeant des droits supplémentaires non indispensables, alors que le Tiers monde multiplie les violations majeures. Il faut en effet prendre garde au danger d'une telle dérive. Cependant en droits de l'Homme il y a des différences de degré et non de nature. Si les démocraties ne sont pas extrêmement vigilantes pour la protection de droits de deuxième urgence, elles peuvent rapidement succomber aux tentations oppressives (Grèce des Colonels, Turquie à majorité musulmane).

Après des années de controverses doctrinales sur la hiérarchie, la chronologie des Droits fondamentaux, la reconnaissance de la contestation des droits dits des 3^{ème} et 4^{ème} génération on est revenu les du 40^{ème} anniversaire de la Déclaration à un certain consensus doctrinal. Indivisibilité des Droits, interdépendance, concomittance de la protection des droits civils, privés et politiques et des droits économiques et sociaux. Dans ce contexte tout progrès qui est accompli pour des droits même ceux n'appartenant pas au "Noyau dur" est un acquis supplémentaire pour la dignité de l'Homme. C'est aussi l'enseignement du Bureau International du Travail. Il en résulte aussi une possibilité de transfert géographique et géopolitique au-delà des compétences territoriales des Traités et des Organes.

Je ne cite que pour mémoire le courant jurisprudentiel élargissant la notion de droits civils et obligations pour y accorder les règles du procès équitable. Controverse née des deux langues officielles et de deux notions distinctes "Civil rights", droits civils, privés, ayant un retentissement sur la vie professionnelle ou familiale.

Nous mesurons à Strasbourg la quasi impossibilité d'une complète transposition des termes dans les deux langues, car la sémantique ne peut traduire des concepts juridiques et des traditions presque antagonistes. Le fossé subsiste toujours entre le système d'habeas corpus et la cross examination d'une part, et à nos procédures inquisitoires. Le mérite de la Cour Européenne aura été de pouvoir élaborer des arrêts donnant la même interprétation de la Convention tout en la rendant recevable et incorporable en common law comme en droit continental écrit.

La pensateur sociale des institutions juridiques nationales est considérable. L'histoire de la Cour est l'histoire du cheminement des règles morales au travers des traditions. On perçoit alors que les droits internes les plus modernes ne peuvent toujours surmonter ces ancrages par sclérose, compromission, connivence des autorités. Il faut passer au degré international pour imposer la réforme que le bon sens européen ou l'éthique commande. Mais les particularités nationales restent vives — en témoignent les débats à la chambre des Communes après les arrêts Sunday Times,⁽⁸⁾ Brogan, et Soering et les accents "Thatchériens" pour s'insurger contre les décisions de la Cour, mais pour finalement les respecter avec loyauté.

Notre droit des libertés publiques, notre organisation judiciaire nous mettent plus à l'abri au moins dans la majorité des cas, de trop radicales censures. La Cour reconnaît que l'État reste souverain pour définir un système législatif et ses sources de droit primaires et secondaires.

Pour la France, avec le recul de 25 ans (ratification de la Convention) et de 8 ans (acceptation du recours individuel) on peut constater que bien des inquiétudes ont disparu. Loin de porter atteinte à la tradition juridique française, la jurisprudence globale s'est inspirée en partie de l'École du droit et de la Doctrine française et les a enrichis par l'application de la subsidiarité. L'article 55 Constitution n'a pas posé de problème. Comment pouvait-il en être autrement puisque les valeurs de la Convention se confondaient avec celles de notre culture et civilisation.

Mais l'unification ne peut aller plus loin car l'on retrouve alors la force des traditions au-delà des formulations juridiques. On ne peut envisager de passer d'un système inquisitoire à l'autre accusatoire ou le contraire, car leurs fondements ne sont pas d'ordre procédural, mais d'ordre philosophique. Ce qui motive la "cross examination" civile ou pénale c'est la valeur de l'affidavit, du serment, la justice fondée sur le régime des preuves et non des intimes convictions.

L'un des vôtres, Messieurs, exprimait à juste titre une autre inquiétude:

"La doctrine des droits de l'homme a sans doute commis l'erreur de prendre des droits, qui étaient des droits des citoyens, pour des droits de l'homme. Mais c'était une erreur dont elle a tiré bénéfice, car cette illusion a permis la relance indéfinie de la doctrine et a accru l'efficacité de ses

(1) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 9, 43, sob n.º 31.

oeuvres. En revanche, la doctrine des droits de l'homme a commis une faute, dont mourra peut être notre civilisation, la faute d'avoir dissocié les droits du citoyen de ses devoirs*, et d'avoir subordonné ses devoirs à ses droits. Revendiquer des droits sans proclamer des obligations, c'est vouloir l'impossible ou jouer à l'utopie ou à la catastrophe. C'est vouloir l'avant de la médaille sans vouloir son revers. En vérité il ne faut parler ni seulement des droits de l'homme, ni seulement des devoirs du citoyen. Les tentatives de réalisations de ces abstractions unilatérales et incomplètes entraînent des conséquences toujours catastrophiques. il faut parler de la valeur de l'homme, principe des devoirs inséparables des droits des citoyens”.

La Cour européenne ne peut encourir le reproche d'ignorer la notion des devoirs.

Dans la thématique de la Convention les droits de l'État et des citoyens inscrits dans la Convention ont pour corollaire, par avers, les devoirs ou plutôt suivant la formule du Professeur Rivero Les Obligations.

Expressément les § 2 des articles sur les libertés publiques réservent les droits d'autrui au sens large et les devoirs de l'État et des citoyens.

L'obligation positive faite à l'État dans le respect du préambule implique que celui-ci doit veiller à l'équilibre et au “do ut des”. On peut dire que la philosophie de la convention est respectueuse des devoirs.

La jurisprudence à venir sur la télévision, cables et radios doit faire une large place à ces droits d'autrui qui revêtiront encore plus d'importance dans le cadre de la Convention européenne sur les Satellites de communication transfrontières.

Ceci correspond à une orientation générale du droit international des Droits de l'Homme.

L'apport africain du concept droits et devoirs a été important et a contribué à inscrire les devoirs de solidarité dans le droit positif international, sa meilleur expression se trouve dans la Déclaration de l'Organisation unité Africaine dite Charte Africaine, Droits de l'Homme; De semblables accents ont été ceux des Communautés chrétiennes à l'époque de l'école de Salamanque et de Las Casas.

Je n'évoque que d'un mot l'interférence des trois systèmes Europe, Amérique, Afrique et des Cours suprêmes, États-Unis, Canada, Europe,

renforcées par la toute récente adhésion du Canada au système interaméricain.

La décision de la Cour inter américaine dans l'affaire des disparitions rendue contre le Honduras fait référence aux devoirs des Autorités et des responsables pour intervenir même contre les ordres reçus afin d'épargner des victimes et en tous cas après la constatation de la violation pour assurer l'identification et la recherche des disparus et la restitution in integrum des états civils.

Le légalisme même constitutionnaliste sans système de protection internationale ne peut, à lui seul, garantir les droits de la personne. La coalition des intérêts peut paralyser tous les verrous de sécurité. Ni l'État ni ses serviteurs ne peuvent se résoudre à reconnaître des pratiques dites de traitements inhumains et dégradants, sauf à les rejeter sur quelques boucs émissaires. Pour la première fois ce fût la Cour Européenne qui sanctionna le Royaume Uni pour la conduite de l'armée en Irlande du Nord.

Le Code Noir de Golbert qui protégeait et réglementait l'esclavage était, hélas, un modèle de pur légalisme.

La Cour Inter Américaine en 1988 fût la première à sanctionner les disparitions dont l'État s'était rendu responsable. Pendant des années les faits avaient été contestés à Genève malgré les 30.000 disparitions et les recours internes étaient restés impuissants.

Dans l'affrontement de la raison d'État invoquée pour justifier les ingérences et les raisons provenant des autorités morales ou religieuses ou des ordres professionnels revendiquant leur monopole de la défense de l'éthique, l'État n'est pas toujours le coupable. Les exigences des corps constitués et des corps intermédiaires sont parfois sectaires, corporatives réductrices.

Le danger du seul légalisme isolé dans un contexte national est immense. Ainsi le Reichtag avait-il approuvé la loi qui légalisait les exécutions en tant que mesures exceptionnelles pour la défense de l'État, alors qu'il savait que les exécutions avaient eu déjà lieu massivement. Ainsi l'institution parlementaire donnait l'autorisation de tuer et faisait du dictateur la seule source de la Loi en 1934.

On peut espérer que la conscience universelle disposant d'instruments internationaux réagirait autrement 60 ans plus tard.

La jurisprudence de la Cour présente une autre originalité. Celle de comporter la publication avec les arrêts des opinions séparées concordantes

et discordantes, ce qui permet de capter: le sens de la motivation fruit du consensus majoritaire, les motivations laissées non écrites et même de tracer l'évolution prévisible de la Cour.

★ ★ ★

Dans la futurologie du dessin européen, peut-on formuler des hypothèses sur les grandes questions qui pourraient demain surgir et donner lieu à saisine des organes de Strasbourg.

Sans crainte d'erreur on peut estimer que le problème des tests génétiques se posera (articles 6 et 8 de la CEDH) non pour leur utilisation en criminologie, médecine légale, droit pénal, ce qui est déjà acquis, mais pour leur future utilisation en droit privé, avec le risque de porter atteinte à la législation de la filiation et de bouleverser celle-ci.

Dans un monde capable de toutes les horreurs depuis la solution finale jusqu'au génocide de "Pot-pot", pour mesurer les forces du légalisme frappé de dévoisement, il suffit de se remémorer les utilisations diaboliques qui ont été faites à partir des textes innocents de Weimar ou de la loi Nationale socialiste sur la restauration de la Terre et du Sang.

L'une a servi de base aux massacres de la "Purge Brune". L'autre a été l'instrument des internements conduisant à l'extermination et à la Schoah. Certes les crimes des tyrans sont toujours possibles, mais lorsqu'ils utilisent l'alibi de la loi ancienne, le pouvoir parvient à occulter un certain temps la transgression. La soumission révérentielle à un tel pouvoir a été bien souvent complice d'extactions en 1973 autant qu'en 1934.

Seules les vieilles nations dont les Ecoles de Droit ont tracé dès le 16^{ème} siècle les règles de contre point et qui se sont dotées dès l'ancien régime, de contrôles juridictionnels administratifs du type Conseil d'État ont su résister à ces tentations et ont inspiré les traités de la C.E.D.H. La tendance actuelle de saisines élargies des Cours constitutionnelles et Conseils constitutionnels va dans le même sens avec de précises références de réception directe ou indirecte dans l'ordre interne de la norme de la Convention C.E.D.H. Mais pour affronter les problèmes du terrorisme d'Irlande du Nord, de Catalogne, de Brigades rouges et noires, des corruptions quasi étatiques, il est significatif que les Chancelleries ou les organisations non gouvernementales se soient tournées vers Strasbourg pour voir dire le

droit (Affaire Barbera, Irlande du Nord,⁽⁹⁾ Brogan, Guzzardi,⁽¹⁰⁾ Klass, Lockheed).

Deux messages cette année ont illustré la place du système des Droits fondamentaux. M. Gorbatchev reçu au Conseil de l'Europe, analysant nos conventions disait "le contenu humanitaire du processus européen est un des éléments primordiaux pour que les droits de l'homme ne soient pas lésés.

"Telle que nous la concevons la maison européenne commune est une communauté de droit, gardant son intégrité au point de vue du droit international. A cette fin il faut instituer un groupe de travail ad hoc, institut européen de droit humanitaire comparatif". Cette déclaration même si elle est de pure tactique va préluder en 1990 à l'adhésion des Pays de l'Est à certaines des conventions ouvertes du Conseil de l'Europe. Hongrie dès le 16 novembre, Jean-Paul II dans la même période, reçu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme tenait un langage à la fois spiritualiste et laïc.

Il utilisait pour la première fois dans un document du magistrè la formule Droits de l'Homme de la 3^{me} génération dont les pionniers appartenaient à une autre école de pensées il reconnaissait l'apport de la Cour pour la défense des valeurs fondamentales et s'y référait. Sans établir de relation entre ces deux évènements, il n'est pas indifférent d'observer que ces derniers jours à la C.S.C.E. SOFIA l'annonce d'accords Saint Siège et Kremlin paraissait imminente pour la partie Droits de l'Homme Liberté de relation de l'Acte final d'Helsinki.

Citons comme exemple le plus récent d'évolution jurisprudentielle l'affaire Soering Grande Bretagne qui comportait deux ordres internationaux Convention Bilatérale États-Unis, Royaume Uni et Convention Européenne avec pour arrière plan la Peine de Mort et l'entrée dans le couloir de la mort.

Le problème était d'ordre philosophique autant que juridique. L'État engagé par le Préambule de la Convention qui lie les États Membres pour sauvegarder les Droits fondamentaux, engage-t-il sa responsabilité en extradant un ressortissant européen vers les États-Unis (ce qui lui est per-

(9) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 8, 111, sob n.º 26.

(10) Sumariada em Documentação e Direito Comparado, 11, 45, sob n.º 41.

mis par la Convention bilatérale), s'agissant d'un État tiers et non signataire de l'abolition de la Peine de Mort.

C'est sans doute l'affaire qui permettra le plus de réflexions doctrinales sur la portée en morale internationale et en "jus cogens" de traités régionaux multilatéraux.

La procédure Soering par les réactions provoquées en Grande Bretagne, États-Unis, Allemagne évoquait pour les Français le souvenir de la visite à Paris du jeune Marquis de Beccaria Cesare pionnier de l'abolition de la peine de mort.

Il disait à Muyart de Vouglans et Morellit en 1766 "me fortunato se potro inspirare quel fremito".

"J'espère exercer ce frémissements avec lequel les âmes sensibles écoutent les voix des défenseurs de l'humanité."

Les débats entre abolitionnistes et partisans de la peine de mort dans les années tourmentées de la Révolution ont trouvé semblable écho à la Chambre des Communes en 1989 après l'arrêt Soering pour justifier la législation américaine et la Cour suprême des États-Unis, rappelant l'assaut en 1793 Petion Duport Pelletier de Saint Fargeau s'opposant à Robespierre et Brillat Savarin, partisans de la Peine capitale pour conclure "rendez l'homme respectable à l'homme (archives parlementaires).

Cet arrêt marque un courant vers l'interdépendance des textes internationaux.

L'autre avancée se situe dans le domaine de la liberté d'expression. Après quelques siècles de combat entrepris bien avant 1789 pour assurer à l'écrivain sa liberté, après la consolidation du droit de la presse que la Cour a affiné par ses arrêts Sunday Times et Lingens (Autriche), nous sommes entrés dans deux phases entièrement nouvelles:

En premier lieu la liberté au sens de l'art. 10 C.E.D.H. n'est-elle pas aussi le droit du public à la communication, droit à l'accès mais aussi droit à l'information objective sinon à la vérité. Peut-on aller aussi loin dans la protection, faire entrer dans le droit interne l'obligation positive pour l'État de circonscrire les forces des groupes de pression qui tentent d'imposer la désinformation.

Peut-on lutter contre les monopoles du type des "Big Brother" d'Orwel effaçant des archives de la mémoire historique les données, essentielles ino-

culant le virus informatique aux logiciels et qui demain pourraient commander les bibliothèques mondiales.

En deuxième lieu quelles interprétations de cette liberté resteront possibles face aux nouvelles technologies: comment vont évoluer le droit d'auteur, les droits dérivés dans un monde de la communication qui va perdre le support du signe, de la matérialisation du message qui était l'ancrage juridique. Monde d'hologrammes, flux des télé-communications, images, sons autofabriqués par des ordinateurs, robots presque sans référence aux créateurs, invasion de satellites surpassant les lois territoriales de la presse écrite. L'aventure est pour demain. Certains conflits nous sont déjà posés (Affaire Groppera) Suisse Novembre 1979.

Quel avenir peut-on prévoir pour l'institution?

Imaginons des corps d'État formés non seulement aux richesses des doctrines nationales mais y ajoutant et intégrant les fruits de la sagesse d'autres nations et de la convention européenne. L'adéquation serait porteuse de grands progrès.

Ou dans une vision moins optimiste au lieu du mouvement vertical, sommet inter étatique vers la base judiciaire, on peut connaître le mouvement inverse la base judiciaire nationale formée à la nouvelle école, se ressourçant à celle-ci, édifierait au quotidien une philosophie juridique et judiciaire une éthique humaniste remontant vers les corps supérieurs de l'État et de l'Europe.

Il a fallu deux siècles et l'explosion de la Déclaration universelle de 1948 pour qu'enfin la notion de dignité jusqu'alors absente sauf en théologie morale apparaisse puis soit reconnue, elle est devenue dans la jurisprudence de la Cour avec la notion de proportionnalité, la dominante des réflexions.

C'est cette notion de dignité qui va fonder le droit de la C.E.D.H. sur les traitements inhumains et dégradants, sur la protection de la vie privée et familiale, sur la non discrimination (art. 3, 8, 14) et la convention contre la torture et son dispositif original.

A cet effet la Cour a affirmé le droit au Tribunal, le droit à une justice effective et au besoin gratuite.

Ainsi se trouve reconnu cette revendication, pierre de l'humanité, illustrée dans la genèse de chaque grande religion pour laquelle la première

interrogation est toujours de la part du premier homme à son Dieu. Je suis ton fils et je demande justice.

Porra-t-on aller plus loin dans la protection internationale ou celle-ci deviendra-t-elle platonique.

Ce qui caractérise notre époque c'est la remontée de l'irrationnel dans les comportements humains qui déterminent les phénomènes violateurs.

Le système qui tendent à sacrifier les droits fondamentaux au profit des raisons d'état ou d'intérêts de groupes n'obéissent plus aux thèmes traditionnels. Volonté du pouvoir, mépris des autres, égocentrisme des puissants, solidarité dans la hiérarchie et dans la corruption, ils ont de nouveaux outils. D'autres forces ou pulsions enfouies dans l'inconscient collectif resurgissent et sont captées par des oppresseurs de vérité.

Les juristes et internationalistes qui ont délaissé l'anthropologie même juridique découvrent qu'ils ont fait erreur, que l'institutionnalisation des Droits de l'Homme ne peut suffire à réjoindre les équilibres nécessaires entre État/Nation et peuple.

Vouloir plaquer des mécanismes conventionnels correcteurs pour enrayer la poursuite des violations était une illusion, si en même temps, on refusait un système éducatif. Celui-ci ne devait pas être descriptif, historique, linéaire, mais partir des forces traditionnelles les plus anciennes, ancrées dans la mémoire des hommes qui ont fait l'Europe et le nouveau monde. L'éducation, la formation sont indissociables d'un système de droits de l'homme et commanderont l'avenir des générations. L'UNESCO lui donne maintenant une place prioritaire.

Une autre remanence est apparue dans nos procédures relatives au protocole n.º 1 protection des biens celle de la tradition des sociétés liées à la terre, aux mythes qui de tous temps ont uni peuples et terroirs.

Au travers de législations modernes sur les biens, sur les expropriations, les nationalisations, les analystes pourraient découvrir au delà des motivations actuelles des traces de l'histoire du régime foncier, de la dévolution des terres, des systèmes de dîmes.

Car les codes ne sont que l'habillage des mémoires des hommes, ce qui est perceptible, même en ce domaine spécifique.

Pour le juriste la compréhension de la relativité des solutions législatives l'incite à rechercher un fondement philosophique à sa norme et non seulement technique.

Le mythe a apporté au travers des tragédies grecques l'explication des comportements humains, notre thématique est dans une certaine mesure la suite de cette exploration recherche des motivations, dans les rapports entre l'homme et la Cité.

Le labyrinthe qui fige le temps et arrête l'histoire n'est-il pas une figure de la justice qui fixe en un temps donné et un espace complexe l'équilibre des valeurs et suspend les violences, comme autrefois la justice du "bouc émissaire".

De même le phénomène de l'individualisation qui va traverser toute la justice et que déjà Héraclite présentait "l'âme de l'homme est un pays lointain qu'on ne peut approcher ni explorer". C'était sa première affirmation, qu'il faisait suivre d'une méthode d'investigation du comportement.

Hawkins, Reeves, les post Eisteiniens nous décrivent par les équations les bases de l'infini du temps et de l'éternité de la matière.

Mais ce développement de la pensée scientifique contemporaine ne va pas au rebours des croyances. Les mathématiciens en donnent une image symbolique, celle du Bouddha décrivant l'éternité par une légende qui se retrouve dans l'équation mathématique la plus récente.

En parallèle on peut estimer que la science juridique enrichie des sources et enseignements mondialisés tire le meilleur parti des traditions pour donner à celle-ci une dimension plus humaniste. Mais que ceci implique un retour à l'éducation de base axée sur des valeurs et l'altruisme et une volonté du corps social de traduire en acte la leçon de solidarité.

Il y a deux mille cinq cent ans Confucius proclamait: "L'homme ne doit enseigner et prêcher que ce qu'il a déjà mis en oeuvre".

6 Novembre 1989

EVELYNE MONTEIRO
*Institut de sciences criminelles de l'Université de
Bordeaux I*
et
ELIETTE CAVAGNA
*Equipe de recherche sur la politique criminelle
de l'Université de Montpellier I*

**LA RECEPTION DES TEXTES ET DE
LA JURISPRUDENCE DES INSTANCES EUROPEENNES
DANS LA PENINSULE IBERIQUE (*)**

(*) Estudo apresentado no âmbito do seminário organizado pela «Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales» e pelo «Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris 2» subordinado ao tema «Modèles et mouvements de politique criminelle — Politique criminelle et Droits de l'Homme» — na sessão de 30 de Setembro de 1988.



SOMMAIRE

INTRODUCTION

I. LA CONVENTION FACE AUX ORDRES JURIDIQUES DE LA PENINSULE IBERIQUE

- A. Une valeur normative identique**
 - a. Le caractère self-executing
 - b. La place de la convention dans les sources du droit
- B. Un impact différencié dans la protection constitutionnelle des droits de l'homme**
 - a. Espagne: Une interprétation constitutionnelle des droits de l'homme
 - b. L'autonomie plus marquée de la protection constitutionnelle portugaise

II. L'EFECTIVITE DU SYSTEME EUROPEEN DE PROTECTION DANS LA PENINSULE IBERIQUE

- A. Lutte contre le terrorisme et affaires de presse en Espagne**
 - a. Affaires de presse: une protection conforme à l'idéal démocratique
 - b. La lutte contre le terrorisme: un respect moins strict de l'idéal démocratique
- B. Affaires de moeurs au Portugal: essai d'une évaluation**
 - a. Evolution hors esprit européen
 - b. Evolution dans l'esprit européen

CONCLUSION



LA RECEPTION DES TEXTES ET DE LA JURISPRUDENCE DES INSTANCES EUROPEENNES DANS LA PENINSULE IBERIQUE

INTRODUCTION

Fado et Flamenco peuvent-ils accorder leurs guitares? A priori, l'harmonie semble bien difficile... Et pourtant, l'unité de la péninsule ibérique est évidente à un triple point de vue, justifiant ainsi le choix opéré de traiter de façon coordonnée la réception des textes et de la jurisprudence des instances européennes en Espagne et au Portugal.

1. L'unité géographique et culturelle vient immédiatement à l'esprit

Les linguistes nous dirons que jusqu'au 13.^o siècle le galaïco-portugais était une langue commune à l'angle Nord-Ouest de la péninsule ibérique. L'isolement géographique expliquerait bien que ce ne soit pas là l'unique motif, la lente pénétration de la conscience européenne.

2. L'unité historique ne doit pas non plus être perdue de vue

Le Portugal est né, rappelons-le de la rébellion au XIII siècle d'un noble espagnol Alfonso Henriques vis à vis de son cousin Alfonso VII, roi de Castille et Léon. Quatre siècles plus tard en 1580, suite à une crise dynastique, le Portugal tombait sous domination espagnole.

3. Mais c'est surtout l'unité politique qui vient éclairer notre sujet

En effet, les deux pays ont connu les régimes autoritaires qui se sont maintenus le plus longtemps en Europe. La conséquence immédiate

est la ratification tardive de la C.E.S.D.H.. Une fois ces régimes déçus, et le jour même de leur adhésion au Conseil de l'Europe, le Portugal et l'Espagne signèrent la convention (respectivement le 22 septembre 1976 et le 24 novembre 1977).

Par la suite, le Portugal ratifia la C.E.S.D.H. et les 5 premiers protocoles additionnels le 13 octobre 1978⁽¹⁾. A cette époque de nombreuses réserves furent formulées en rapport avec les articles 4 par. 3-b, 5, 7, 10 et 11 de la C.E.S.D.H. et avec les deux premiers articles du protocole n.º 1. En revanche, le recours individuel devant la commission ainsi que la compétence juridictionnelle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme étaient aussitôt reconnus par le gouvernement portugais. D'après les renseignements fournis le protocole n.º 6 aurait été ratifié le 2 octobre 1986 et les protocoles 7 et 8 signés par la République portugaise. Quant aux réserves initiales, la loi n.º 12/87 du 7 avril 1987 les a pratiquement toutes retirées de l'ordre juridique interne⁽²⁾. Il ne resterait que deux réserves aux articles 5 et 7 de la convention. La première est relative à l'emprisonnement disciplinaire imposé par les militaires conformément au règlement de discipline militaire. La seconde concerne l'incrimination et le jugement des agents et responsables de la P.I.D.E./D.G.S. suivant l'article 298 de la constitution portugaise. A ce sujet, la commission des affaires constitutionnelles de l'Assemblée de la République a envisagé une possibilité de retrait.

L'Espagne quant à elle, a procédé à la ratification de la convention le 4 octobre 1979. Le droit de recours individuel ne fut reconnu que le 1^{er} juillet 1981. Elle a émis plusieurs réserves aux articles 5, 6 et 11, et des déclarations interprétatives concernant les articles 10, 15 et 17.

Les protocoles additionnels n.º 1 et 4 sont signés depuis 1978, mais non encore ratifiés. Le deuxième fut ratifié le 6 avril 1986 et le sixième le 14 janvier 1985.

L'unité politique demeure sous-jacente lorsqu'on analyse les constitutions des deux pays.

Elles sont animées par une volonté identique de réserver une large partie de l'articulé aux droits libertés et garanties fondamentales des citoyens.

(1) Diário da República. 1978 I Série — numéro 236.

(2) Diário da República. 1987 I Série n.º 81 (7-05-1987)

La constitution devient alors un véritable instrument de reconnaissance de l'État de droit d'essence démocratique. Elles présence de ce fait des aspects discursifs visant ainsi la consolidation de la démocratie dans la péninsule ibérique qui s'est implantée de façon parallèle même si le processus observé comportait bien des différences (processus révolutionnaire au Portugal, processus de transition démocratique en Espagne).

D'ores et déjà, on peut avancer l'hypothèse d'un effet réel de la C.E.S.D.H. mais aussi de la D.U.D.H. * sur le système juridique péninsulaire puisque les normes constitutionnelles portugaises et espagnoles renvoient à la substance même des droits protégés.

Ainsi la Constitution portugaise du 25 avril 1976⁽³⁾ consacre sa première partie aux droits et devoirs fondamentaux (article 12 à 79), dans lesquels figurent des droits, libertés et garanties largement inspirés de la D.U.D.H. et de la C.E.S.D.H.

La démarche du constituant espagnol fut la même dans la Constitution de 1978 (voir le titre 1^{er}, article 10 à 55).

Ces constitutions étant des instruments de consolidation de la démocratie, il va de soi que le contrôle de constitutionnalité mis en place sera particulièrement sophistiqué.

Au Portugal, toutes les normes juridiques peuvent faire l'objet d'un contrôle de la constitutionnalité au sens organique, matériel et formel (art. 277 de la CRP). Ce dernier intervient soit a priori, soit a posteriori⁽⁴⁾.

- Un contrôle préventif est prévu à la demande du Président de la République ou des Ministres (art. 278 CRP).
- Le contrôle a posteriori quant à lui peut survenir à tout moment pour les normes en vigueur et revêt deux modalités:

* Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

(3) Voir traduction de la Constitution portugaise in "Maurice Duverger — La Constitution portugaise du 25 avril 1976. Documentation française 1977. N.D. n.º 4387 - 4388

(4) Cf. J. de Figueiredo Dias: "Principes directeurs de la politique criminelle portugaise" R.S.C. 1987 n.º 1 p. 86-87.

- d'une part, il peut être abstrait à la demande des autorités politiques et judiciaires (art. 281 CRP).
- d'autre part, il peut être concret et aura lieu lorsqu'un tribunal écarte l'application d'une norme jugée alors inconstitutionnelle ou lorsqu'il applique une norme dont l'inconstitutionnalité a été soulevée au cours de la procédure (art 280 CPR).

Depuis 1982, le tribunal constitutionnel est chargé de ces différents contrôles.

En Espagne, depuis 1978, à côté d'un recours en inconstitutionnalité⁽⁵⁾ qui peut être exercé par voie d'action par les autorités politiques (art. 161 et 162 C.E.) ou par voie d'exception par les organes judiciaires (art. 163 C.E.)⁽⁶⁾, un recours spécifique a été mis en place: le recours d'amparo.

Ce recours vise plus particulièrement les droits de l'homme et est ouvert aux citoyens qui s'estiment lésés dans leurs droits fondamentaux. Il interviendra en dernier ressort après que les tribunaux ordinaires aient été saisis. Précisons que ce recours ne protège pas tous les droits fondamentaux mais seulement ceux que la constitution reconnaît dans l'article 14 (principe de non discrimination) et dans la section 1 du chapitre II. (Il s'agit néanmoins des libertés les plus essentielles parmi les droits constitutionnellement protégés)⁽⁷⁾.

Les caractéristiques propres de la péninsule ibérique vont Conditionner l'effectivité du système européen de protection des droits de l'homme en Espagne et au Portugal.

(5) Voir pour plus de précisions l'ouvrage de LAVROFF (Dimitri Georges) *Les institutions politiques de l'Espagne. Constitution du 29 décembre 1978*. Paris, 1981. La Documentation Française. Notes et Etudes documentaires, 279 p..

(6) Article 163 de la Constitution: "Lorsqu'un organe judiciaire considère, dans un procès, qu'une norme ayant rang de loi applicable à l'espèce, dont la validité Conditionne la sentence, pourrait être contraire à la constitution, il posera la question au tribunal constitutionnel dans les conditions, la forme et avec les effet que la loi établit et qui en aucun cas ne seront suspensifs".

(7) Voir l'ouvrage de LAVROFF — précité - pp. 182-186.

Mais son évaluation suppose d'aborder en détail le problème de la réception en tant que telle de la C.E.S.D.H.

Notre tâche sera de mettre en relation, dans une première partie, la Convention Européenne et les deux ordres juridiques péninsulaires. Nous verrons qu'à la suite de cette confrontation, des spécificités apparaissent.

Puis dans une deuxième partie, nous proposons d'étudier l'effectivité du système européen de protection des Droits de l'Homme en distinguant alors les deux pays. En raison de l'ampleur de la matière, des secteurs d'analyse privilégié seront présentés à savoir, en Espagne, la liberté d'expression et la lutte contre le terrorisme; au Portugal, la protection de la vie privée.

I. LA CONVENTION FACE AUX ORDRES JURIDIQUES DE LA PENINSULE IBERIQUE

C'est bien sûr entre autre la loi fondamentale qui va déterminer dans chacun des pays, quel est le rôle dévolu à la convention. Nous constaterons que si l'Espagne et le Portugal partagent la même vision concernant la valeur normative du texte européen (A), l'impact réel de ce dernier se révèle néanmoins bien différent sur ces deux territoires (B).

A. *UNE VALEUR NORMATIVE IDENTIQUE*

Les ordres juridiques péninsulaires s'harmonisent parfaitement sur deux points: d'une part le caractère self-executing de la convention, d'autre part, sa place dans les sources du droit. Nous verrons cependant que ces thèmes ne font pas l'unanimité de la doctrine portugaise.

a) *Le caractère self-executing*

Cette terminologie anglaise est utilisée pour qualifier les systèmes juridiques dont les législations internes prévoient que le traité produit de lui-même ses effets, une fois remplies les conditions pour sa mise en vigueur. On parle aussi de réception automatique.

En Espagne c'est l'article 96-1 de la C.E. qui consacre l'appartenance du Traité International régulièrement conclu, ratifié et publié, à l'ordre juridique interne⁽⁸⁾. De sorte que la C.E.S.D.H. ayant été publiée au Bulletin Officiel de l'État le 10 Octobre 1979, fait partie intégrante depuis cette date, de l'ordonnancement espagnol.

L'applicabilité directe de la C.E.S.D.H. trouve elle, sa source dans l'article 1-5 du Code civil interprété a contrario, l'article disposant en substance que les traités internationaux ne sont d'applicabilité directe qu'après leur publication intégrale au Bulletin Officiel de l'État.

Les citoyens et les pouvoirs publics sont ainsi liés par les normes conventionnelles conformément aux dispositions de l'article 9 - 1.º de la Constitution espagnole⁽⁹⁾.

Au Portugal, une tendance majoritaire de la doctrine considère que le droit portugais consacre la clause de réception automatique⁽¹⁰⁾. On invoque dans ce sens l'article 8 par. 2 de la Constitution:

“Les règles qui découlent de conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées produisent leurs effets dans l'ordre juridique interne après leur publication officielle pour autant qu'elles lient internationalement l'État portugais.”

Pour une tendance minoritaire⁽¹¹⁾, l'exigence constitutionnelle de la publication d'un acte signé par le Président de la République viserait le système de la transformation.

(8) Article 96-1.º de la Constitution: “Les traités internationaux valablement conclus, une fois officiellement publiés en Espagne, feront partie intégrante de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions ne pourront être abrogées, modifiées ou suspendues que dans la forme prévue par les traités eux-mêmes ou conformément aux règles générales du Droit International”.

(9) Article 9 - 1.º de la Constitution espagnole: “Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et à l'ordre juridique”.

(10) Cf. Vital Moreira — Gomes Canotilho “Constituição da República Portuguesa anotada” Coimbra Editora note à l'article 8 - p. 90-91.

La jurisprudence quant à elle, est encore plus hésitante depuis l'entrée en vigueur de la constitution voire contradictoire. En effet, nombreuses sont les formules des arrêts qui semblent accueillir le système de la transformation⁽¹²⁾.

Pour ce qui concerne la C.E.S.D.H. elle fut invoquée d'office pour la première fois par la Cour d'appel de Lisbonne le 17 novembre 1978, en ces termes:

“... Le Portugal a ratifié la Convention européenne des Droits de l'Homme dont les dispositions, article 8 par. 1 de la constitution, font partie du droits portugais. L'article 6 de la Convention dispose que...”

Ainsi, on peut remarquer que cet arrêt milite en faveur de la thèse de la réception automatique de la C.E.S.D.H. Pour terminer, signalons que lors de la deuxième révision constitutionnelle qui est à l'ordre du jour au Parlement portugais, aucune modification de l'article 8 par. 2 n'a été envisagée par les parties politiques. Seul, le C.D.S. a proposé d'établir clairement dans la Constitution la position du traité par rapport à la loi.. ce qui nous amène tout naturellement à examiner plus précisément ce deuxième point.

b) La place de la Convention dans les sources du droit

Malgré la volonté marquée de la péninsule ibérique de s'intégrer à la communauté formée par les pays européens et de s'aligner sur leurs principes, le Portugal et l'Espagne n'ont, ni l'un, ni l'autre, conféré à la C.E.S.D.H. une valeur constitutionnelle. La constitution, illustration, d'une volonté de souveraineté nationale, reste la clé de voûte de ces deux systèmes.

(11) Voir les opinions discordantes de Jorge Campinos et de Silva Cunha cités par Rui Manuel Gens de Moura Ramos “A Convenção europeia dos Direitos do Homem. Sua Posição face ao ordenamento Jurídico Português”. B. M. J. Documentação e Direito Comparado 1981 n.º 5.

(12) En ce sens vois Maria Isabel Jalles. “Implications juridico-constitutionnelles de l'adhésion aux Communautés Européennes — Le cas du Portugal”. Bruylant — Bruxelles 1981 p. 69.

La Constitution espagnole prévoit, dans son article 96-1 in fine que les dispositions contenues dans les traités conclus par le pays, ne pourront être modifiées ou supprimées que conformément aux dispositions internes à ces traités ou conformément aux règles du Droit International⁽¹³⁾. Ce qui signifie a contrario, qu'une simple loi ne peut modifier ou suspendre tout ou même partie d'une convention internationale. On affirme donc ici la prééminence du traité sur la législation interne espagnole, qu'elle soit antérieure ou postérieure au texte international.

En conséquence, dans l'hypothèse où le juge espagnol se trouvant face à une loi interne contraire à une disposition conventionnelle, il lui appartiendrait de faire prévaloir la norme européenne.

Néanmoins un traité, et donc la C.E.S.D.H. reste inférieur à la Constitution, et il incombe, au tribunal constitutionnel, lorsqu'il est saisi, de procéder à un contrôle a priori (art. 95 al. 1 C.E.)⁽¹⁴⁾ ou a posteriori (art. 161 al. 1-a)⁽¹⁵⁾ de la constitutionnalité du traité.

Depuis la Constitution de 1976, la position de la doctrine portugaise tend à affirmer la valeur infra-constitutionnelle et supra législative du droit conventionnel.

Examinons dans un premier temps les fondements proposés en faveur de la valeur infra-constitutionnelle de la C.E.S.D.H.

L'article 278 par. 1 de la Constitution prévoit un contrôle préventif de la constitutionnalité des traités et accords internationaux. D'après bon nombre de constitutionnalistes, il faut en déduire en toute logique que le traité est hiérarchiquement inférieur à la constitution.

Au niveau du contrôle de la Constitutionnalité a posteriori, la loi fondamentale prévoit un régime spécial lorsque les conventions se trou-

(13) Voir l'article 96-1 précité.

(14) Article 95 al. 1 de la Constitution espagnole: "La conclusion d'un traité international qui contient des stipulations contraires à la Constitution exigera la révision constitutionnelle préalable."

(15) Article 161 al. 1 de la Constitution espagnole: "Le tribunal constitutionnel exerce sa juridiction sur tout le territoire espagnol et est compétent pour connaître:

a) du recours d'inconstitutionnalité contre les lois et dispositions normatives ayant force de loi. La déclaration d'inconstitutionnalité est une norme juridique ayant rang de loi, interprétée par la jurisprudence, et qui s'imposera à celle-ci, sans que les sentences déjà rendues perdent l'autorité de la chose jugée;

b) ..."

vent viciées par une inconstitutionnalité organique ou formelle. Ainsi l'article 277 par. 2 établit que:

“l'inconstitutionnalité organique ou formelle des conventions internationales n'empêche pas l'application de leurs dispositions dans l'ordre interne portugais, à condition que ses dispositions soient applicables dans le droit interne de l'autre ou des parties en cause”.

Quant au contrôle de la constitutionnalité matérielle il se déduit de l'article 280 par. 2 de la Constitution.

Pour ce qui est de la valeur supra législative de la C.E.S.D.H., il n'y a aucune disposition constitutionnelle qui l'affirme clairement. L'opinion majoritaire de la doctrine conclut à la suprématie du traité par rapport à la loi en se fondant sur l'article 8 par.2. Par contre pour certains auteurs, les conventions internationales auraient une valeur égale aux lois internes⁽¹⁶⁾. L'argument est tiré de l'interprétation de ce même article. En raison de l'expression “pour autant qu'elles lient internationalement l'État portugais”, il ne résulterait aucune obligation de ne pas créer dans l'ordre juridique interne des normes contraires aux dispositions conventionnelles. Notons que le projet de révision constitutionnelle du CDS a prévu d'ajouter à l'article 8 par. 2 une disposition expresse qui reconnaît la primauté de la convention internationale sur la loi.

Les développements précédents amèneraient tout naturellement à penser que la situation est rigoureusement identique dans toute la péninsule ibérique et somme toute similaire à celle que connaissent beaucoup de pays en Europe.

Mais ce serait ignorer que les constitutions espagnoles et portugaises n'ont qu'une dizaine d'années et ont été élaborées dans un contexte d'internationalisation croissance et de fort rapprochement européen. Les constituants de la péninsule ibérique animés d'une volonté de progrès ont donc examiné la nécessité de lier protection interne des droits de l'homme et protection internationale par le biais de la reconnais-

(16) Cf. Gomes Canotilho — Vital Moreira — “Constituição da República portuguesa — Anotada” — et André Gonçalves Pereira: “O direito internacional na Constituição de 1976” in *Estudos sobre a Constituição* volume 1 — Lisboa 1977 — Livraria Petrony

sance constitutionnelle de l'interprétation des droits fondamentaux au niveau européen et mondial. Leurs positions ne sont pas toujours aussi concordantes. Nous allons voir que l'impact de la C.E.S.D.H. dans la protection constitutionnelle des droits de l'homme est nettement divergent.

B. UN IMPACT DIFFERENCIE DANS LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES DROITS DE L'HOMME

Si l'Espagne s'est lancée dans l'aventure d'une interprétation liée au terme d'un débat avec en toile de fond, des préoccupations purement internes, le Portugal après moult échanges fournis d'arguments réfléchis, a préféré conserver une plus grande autonomie dans la protection des Droits de l'Homme.

a) Espagne: Une interprétation constitutionnelle des droits de l'homme, liée:

Nous verrons que cette volonté de l'Espagne de s'aligner sur la protection accordée au niveau international, va conduire à un sensible renforcement du contrôle opéré sur les restrictions aux droits fondamentaux.

1. Une volonté de s'aligner sur la protection internationale

Il nous faut en effet nous arrêter sur l'article 10-2 de la Constitution espagnole que propose une technique du plus grand intérêt dont nous tenterons d'analyser la genèse et la signification. Cet article dispose:

“Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que la Constitution reconnaît, seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme et aux traités et conventions internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l’Espagne”⁽¹⁷⁾.

Cet alinéa 2 de l’article 10 de la C.E. ne figurait ni dans le projet de constitution, ni dans les textes élaborés par le congrès.

Il résulte d’un amendement proposé par l’Union du Centre démocratique devant la commission d’élaboration de la Constitution au Sénat, en raison de l’intégration de l’Espagne dans l’ordre international protecteur des Droits de l’Homme.

Nous citerons aux fins de comparaison avec la situation portugaise quelques uns des arguments avancés par les défenseurs et les opposants à cet amendement dans le débat qu’il a suscité au Sénat.

— Les principaux détracteurs de la proposition furent les socialistes qui avancèrent que le texte était inutile dans la mesure où les droits de l’homme étaient déjà consacrés par le texte constitutionnel.

Ils invoquèrent également des arguments contradictoires soulignant, d’une part, que la Constitution prévoyait déjà l’intégration des traités internationaux dans l’ordre interne (actuel art. 96 C.E.) et d’autre part que cet amendement conduirait à introduire dans la Constitution, un corps qui lui est étranger et porterait atteinte à la souveraineté nationale.

Il fut également opposé que cette référence aux conventions internationales allait conduire à la formation d’une constitution parallèle regroupant des textes internationaux vagues et abstraits ce qui romprait le schéma constitutionnel élaboré.

Ce à quoi il fut répondu que loin d’aboutir à deux constitutions parallèles, l’amendement constituait plutôt une tentative pour intégrer le régime des libertés et des droits dans le cadre des textes internationaux dont l’Espagne a estimé la ratification nécessaire et souhaitable.

(17) Nous nous référons à la traduction de la Constitution espagnole faite par Guy CASSONNE et Olivier DUHAMEL avec le concours de Joan VINTRO. *Pouvoirs*, n.º 8. L’Espagne démocratique. Paris. 1979. P.U.F. p. 130 et suivantes.

— Les défenseurs de l'amendement souhaitaient une interprétation herméneutique du texte constitutionnel afin de mieux protéger les droits de l'homme considérés comme la base et le fondement de l'organisation étatique.

Précisons que le débat eut lieu sur fond de controverse scolaire: un article de la Constitution prévoyant le droit pour les parents de faire donner à leurs enfants la formation religieuse et morale de leur choix avec l'aide des pouvoirs publics, les socialistes craignaient qu'au nom de la liberté de conscience et de religion, l'État ne soit obligé de verser des subsides aux établissements scolaires privés.

Malgré l'opposition des socialistes, l'amendement fut adopté après modification du texte.

Mais l'importance de cet amendement réside plutôt dans sa signification. Ce texte impose à celui qui doit apprécier le contenu d'un droit ou d'une liberté fondamentale, de se référer à la définition donnée par les traités et conventions internationales concernant les Droits de l'Homme et ratifiés en Espagne. Les constituants ont, par une formule générique voulu renvoyer à la Déclaration Universelle des droits de l'homme (seul texte expressément cité), à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, aux pactes internationaux consacrant des droits de économiques, sociaux et culturels, et civils et politiques, mais également aux conventions et traités que ratifierait l'Espagne dans le futur.

Cette référence, bien qu'implicite, à la C.E.S.D.H. va être à l'origine d'un double essor.

Essor du texte lui-même et essor de la C.E.S.D.H. en Espagne.

En effet, si le renvoi à la Déclaration Universelle ou aux autres textes internationaux peut être utile, le reproche que l'on peut leur faire est d'être parfois trop imprécis, trop abstrait donc peu éclairant sur le sens à donner au droit ou à la liberté en cause. La C.E.S.D.H. bénéficiant, elle, de l'interprétation donnée par ses organes, et notamment celle de la Cour, l'article, 10-2 C.E. va être usité plus fréquemment afin qu'il soit fait référence à la C.E.S.D.H. qui va offrir des indications plus précises grâce à la jurisprudence de ses organes.

Cet article 10-2 lie ainsi la Constitution espagnole à la C.E.S.D.H. et à la jurisprudence strasbourgeoise.

Outre l'effet remarquable en Europe, que le Tribunal constitutionnel espagnol va reprendre la jurisprudence européenne dans ses décisions ayant trait aux droits et libertés fondamentaux, nous nous devons de souligner deux conséquences importantes des raisonnements menés jusqu'alors:

- Tout citoyen peut, dans l'exercice des recours dont il dispose devant les tribunaux ordinaires, et, le cas échéant, devant le tribunal constitutionnel pour la défense de ses droits et libertés constitutionnels, invoquer la jurisprudence européenne concernant les droits ou libertés en cause.
- Il est possible de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi qui ne serait pas conforme à la jurisprudence développée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Le tribunal constitutionnel va, dans la limite *ratione materiae* des droits et libertés fondamentaux constitutionnellement reconnus, contrôler ainsi la "conventionnalité" de la loi.

Dans la pratique, cet article 10-2 a conduit à un renforcement de la protection des droits par le tribunal constitutionnel.

2. Une protection renforcée

Les droits fondamentaux constitutionnels tels qu'interprétés à la lumière de la C.E.S.D.H. entre autres ne sont pas illimités. L'article 53-1 C.E. permet ainsi au législateur de réglementer l'exercice des droits, ce que le tribunal constitutionnel a considéré comme étant une habilitation donnée au législateur pour éventuellement restreindre les droits fondamentaux et les libertés publiques. Néanmoins, cette même juridiction par les recours qu'elle connaît et que nous avons déjà exposés, va contrôler que la limite posée par le législateur soit conforme à la constitution.

Le problème qui nous préoccupe à cet égard concernant la réception par l'Espagne de la jurisprudence des instances européennes, est de déterminer si le contrôle opéré par le tribunal constitutionnel dans

l'admission des restrictions aux droits et libertés est conforme au contrôle européen, et d'évaluer le cas échéant s'il est plus ou moins protecteur.

Nous nous proposons d'examiner l'un après l'autre, les trois critères européens posés en matière de restriction afin de les comparer aux critères constitutionnels espagnols:

— La légalité de la restriction:

La Constitution espagnole prévoit elle-même dans son article 53-1 que "seule la loi" peut réglementer l'exercice des droits et libertés. Mais cette disposition est développée par l'article 81-1 qui exige une loi organique en matière de droits fondamentaux. Cet impératif constitue une garantie importante pour les citoyens, une loi organique ne pouvant être, au terme de l'article 81-2 de la C.E., approuvée ou modifiée que par "un vote à la majorité absolue du congrès dans un vote final sur l'ensemble du projet".

Le tribunal constitutionnel contrôle le respect de cette exigence et n'hésite pas à déclarer inconstitutionnelles les dispositions restreignant des libertés constitutionnelles, prises en la forme de loi ordinaire (S.T.C. 140/1986 du 11 novembre 86)⁽¹⁸⁾. Dans cette décision, le Tribunal constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la condamnation pénale d'un individu à une peine d'emprisonnement décidée sur la base d'une loi d'incrimination ordinaire. Pour cette juridiction, les lois pénales en définissant des infractions et des peines privatives de liberté, touchent au droit à la liberté reconnu par la constitution et doivent donc prendre la forme de lois organiques.

— La légitimité de la restriction:

Le texte de la constitution prévoit pour certains droits et libertés, des possibilités de restrictions dans un but déterminé. Nous prendrons à titre d'exemple l'article 20 C.E. consacrant la liberté d'expression et dont le 4^{ème} alinéa dispose en substance que ce droit trouve sa limite dans le droit à l'honneur, à l'intimité, à sa propre image, à la protection de la jeunesse et de l'enfance.

Ces restrictions espagnoles sont sans aucun doute compatibles avec la C.E.S.D.H. dans la mesure où elles rentrent dans la catégorie des mesures protégeant les droits d'autrui et la morale publique.

(18) S.T.C. 140/1986 de 11 novembre de 1986. B.C.J. 1986. p. 279.

Mais à la différence de la jurisprudence portugaise, celle du tribunal constitutionnel espagnol a admis que les droits et les libertés fondamentaux puissent être limités dans des cas que la Constitution ne prévoit pas expressément.

La décision 11/1981 du tribunal⁽¹⁹⁾ a ainsi établi que si dans certains cas la constitution établit elle-même les limites des droits fondamentaux, dans d'autres "la limite du droit dérive de la constitution de façon seulement médiate ou indirecte, dès lors qu'elle se justifie par la nécessité de protéger ou de préserver non seulement d'autres droits constitutionnels, mais également d'autres biens constitutionnellement protégés"⁽²⁰⁾. Cette jurisprudence s'applique également aux droits pour lesquels la constitution n'a prévu aucune limitation expresse.

La conséquence de cette jurisprudence est ainsi qu'aucune restriction ou limitation à un droit fondamental ne peut être admise lorsque le bien ou le droit invoqué pour la légitimer, n'est pas consacré par la constitution et ce, même si la finalité sociale poursuivie par la limitation ou restriction peut paraître d'une valeur supérieure au droit individuel protégé (S.T.C. 22/1984)⁽²¹⁾. Cette jurisprudence a été élaborée en considération du risque de négation totale des droits fondamentaux à laquelle la thèse écartée serait susceptible d'aboutir.

Néanmoins, le Tribunal constitutionnel a parfois admis des restrictions à des droits fondamentaux sur la base de valeurs dont la protection constitutionnelle est douteuse, voire inexistence. Nous citerons à cet égard la décision 62/1982 du Tribunal constitutionnel⁽²²⁾. Dans cette affaire, le Tribunal a considéré qu'une restriction à la liberté d'expression pouvait être admise dans le but de protéger la morale, et ce, alors que la morale publique n'est pas une valeur que la constitution protège en tant que telle.

Le raisonnement suivi dans cette affaire fut le suivant: tant la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dans son article 29.2,

(19) S.T.C. de 8 de abril de 1981, en B.C.J. 1981. n.º 2.

(20) Traduction d'un extrait de l'arrêt, réalisée par nos soins.

(21) S.T.C. 22/1984. B.C.J. 1984.

(22) S.T.C. de 15 octubre de 1982. B.C.J. 1982. p. 270.

que le Pacte international des Droits civils et Politiques dans son article 19-3 b et la C.E.S.D.H. dans son article 10-2, admettent qu'un droit puisse être limité dans le but de protéger la morale. Le Tribunal constitutionnel en conclut qu'en application de l'article 10-2 de la Constitution qui pose le principe de l'interprétation des droits fondamentaux conformément aux textes internationaux ratifiés par l'Espagne, le législateur peut se référer au concept de morale publique pour limiter un droit fondamental.

Nous nous trouvons bien là en présence d'une utilisation de la C.E.S.D.H. en tant qu'instrument de légitimation d'une restriction. La référence au texte européen aboutit ici paradoxalement à un recul dans la protection de la liberté.

— La nécessité de la restriction.

La jurisprudence du tribunal constitutionnel mentionne fréquemment que la limitation d'un droit fondamental est admissible lorsqu'elle est nécessaire afin de protéger d'autres biens constitutionnellement reconnus. Néanmoins cette condition n'est pas exigée expressément par la constitution et, est peu développée par la jurisprudence.

C'est la disposition de l'article 10-2 C.E. qui a permis l'essor de cette condition de nécessité et surtout l'introduction du jugement de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole.

La Convention a sur ce point plutôt joué le rôle d'un instrument de contrainte imposant au maximum le strict respect des droits fondamentaux à la base de toute société démocratique.

Pour achever cette petite étude comparée, nous ne dirons que quelques mots d'une condition constitutionnelle espagnole spécifique: le respect du contenu essentiel.

En effet, l'article 53-1 prévoit que la loi régulant l'exercice des droits et libertés, devra en respecter le contenu essentiel; cela signifie qu'elle ne doit pas par de multiples conditions restrictives et limitations aboutir à nier le droit même. Ce point ne sera pas développé plus avant ici, la doctrine ne cessant de s'interroger sur la signification et le contenu de l'expression ainsi que sur sa portée⁽²³⁾.

(23) Voir MARTIN-RETORTILLO (Lorenzo) et DE OTTO Y PARDO (Ignacio) "Derechos fundamentales y constitución". MADRID. Civitas 1988. pp 125 à 137.

b) *L'autonomie plus marquée de la protection constitutionnelle portugaise*

L'hypothèse avancée dans l'introduction suivant laquelle la C.E.S.D.H. aurait un effet réel sur le système juridique portugais semble devoir être ici confirmée.

Les nombreuses références dans la Constitution de 1976 à la substance même des droits protégés par la convention et le contrôle de constitutionnalité particulièrement étendu mis en place rendent inéluctable cette évolution dans le sens de la souveraineté des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux.

Pour illustrer notre propos, nous partirons d'un double constat.

- Avant la première révision constitutionnelle, la commission constitutionnelle avait fait référence à la C.E.S.D.H. et à la jurisprudence de Strasbourg pour interpréter le principe de la présomption d'innocence contenue à l'article 32 f 2 de la Constitution⁽²⁴⁾.
- Depuis 1982, aucun arrêt du Tribunal Constitutionnel ne contient dans sa motivation, un renvoi explicite à la Convention.

Deux pistes explicatives à ce changement d'attitude.

La première découle de la controverse agitant en ce moment les deux sections du Tribunal Constitutionnel quant à sa compétence pour apprécier la violation des conventions internationales par la loi interne.

La seconde se déduit de la première révision constitutionnelle où est apparue l'autonomie interprétative du catalogue des droits fondamentaux par rapport à la convention.

Examinons tour à tour ces pistes pour mettre à jour dans un troisième temps, la spécificité du régime constitutionnel dans le domaine de la restriction des droits.

(24) Décision du 24 juillet 1979 — B.M.J. n.º 291 p 341. Le problème concernait les procès-verbaux constatant les infractions faisant foi en justice (ancien article 169 du C.P.P.).

1. L'incertitude du Tribunal Constitutionnel quant a sa compétence

D'après l'article 277 f 1 sont inconstitutionnelles, "les normes qui violent le dispositif de la constitution ou les principes qui y sont consignés".

Dès lors, les normes conventionnelles et les principes du droit international peuvent être considérés en raison de l'article 8 f 1 comme faisant partie du bloc de constitutionnalité.

La jurisprudence du Tribunal Constitutionnel est contradictoire à ce sujet⁽²⁵⁾.

Pour la première section, la violation d'une convention internationale par une loi interne entraîne son inconstitutionnalité et l'application du système de contrôle de constitutionnalité des lois prévu dans la Constitution.

Par contre, la deuxième section estime qu'il s'agit là d'une "inconstitutionnalité indirecte" qui est de la connaissance exclusive des tribunaux ordinaires, échappant de ce fait à la compétence du Tribunal Constitutionnel.

Notons au passage que les différentes affaires qui donèrent lieu à cette jurisprudence contradictoire ne concernait pas la C.E.S.D.H. Il convient de signaler un arrêt de la Cour d'appel de Porto en date du 7 juin 1983 où la C.E.S.D.H. a été invoquée pour contester l'inconstitutionnalité de l'article 486 n.º 3 du code de procédure civile. La Cour a finalement décidé que l'article en question ne violait pas le principe de "l'égalité des armes" consacré par l'article 6 f 1 de la Convention et que par conséquent, il n'était pas inconstitutionnel puisque non contraire à l'article 8 f 2 de la Constitution.

Devant les contradictions du Tribunal Constitutionnel précédemment évoquées, nous comprenons la sage position des justiciables de fonder leurs recours directement sur la Constitution lorsqu'ils estiment contraire aux droits de l'homme la norme juridique litigieuse.

(25) Voir le rapport portugais présenté par Luis Nunes de Almeida lors de la VII Conférence des Tribunaux Constitutionnels Européens. Lisbonne 27-30 avril 1987. *Revista do Ministério público out/dez 1987 ano 8 n.º 32 p. 18 et 19.*

2. L'autonomie interprétative du catalogue constitutionnel

L'article 16 de la Constitution est consacré à la portée et au sens des droits fondamentaux. D'après les deux paragraphes de cet article:

“Les droits fondamentaux consacrés dans la Constitution n'excluent pas tous autres droits résultant des lois et des règles applicables du droit international.

Les règles constitutionnelles et légales relatives aux droits fondamentaux doivent être interprétées et intégrées en harmonie avec la déclaration universelle des droits de l'Homme.”

D'après ces termes de la Constitution, le seul texte international qui puisse orienter l'interprétation des droits fondamentaux est la D.U.D.H. Lors de la première révision constitutionnelle l'A.D. (majorité gouvernementale regroupant le P.S.D., le C.D.S. et le P.P.M.) proposait d'ajouter à l'article 16 f 2, une disposition qui renvoyait à la C.E.S.D.H. de façon analogue à la D.U.D.H.

Le débat à l'Assemblée de la République fut particulièrement riche d'arguments et de confrontations idéologiques⁽²⁶⁾. Les partisans de cette altération estimaient qu'elle était progressive et extensive de droits. On entendait ainsi de référer à l'espace régional plus concret du Conseil de l'Europe dont le Portugal fait désormais partie intégrante.

Affirmer l'identité européenne.

Les parties de gauche quant à eux s'opposaient violemment à cette addition. Pour eux la Constitution portugaise allait beaucoup plus loin que la Convention en matière de droits, libertés et garanties. A leurs yeux, la référence explicite à la C.E.S.D.H. pour l'interprétation des droits constitutionnels était “nocive et dangereuse” (et les deux mot étaient lâchés) puisque'elle allait permettre l'introduction de restrictions à l'exercice de ces droits non encore prévus à ce jour. Le spectre menaçant des articles 9 à 11 de la Convention était ainsi montré du doigt. Notons au passage que l'article 8 n'a jamais été évoqué à l'appui de cette argumentation.

Sans doute estimait-on que les restrictions aux libertés publiques permises par le biais de ces articles seulement étaient les plus graves et

(26) Pour plus de détails cf. *Diário da Assembleia da República*, II Série, 5.º suplemento ao n.º 108 (8-10-1981).

contraieraient beaucoup plus manifestement la protection constitutionnelle portugaise.

Devant les critiques avancées vis à vis de la C.E.S.D.H. on songe immédiatement à l'article 29 f 2 de la D.U.D.H. Le problème ne se pose-t-il pas en terme identique?

Lors de ce même débat on a confronté les deux textes internationaux en matière de restrictions pour admettre que la D.U.D.H. était davantage conforme aux exigences de l'article 18 de la Constitution qui pose les bases du régime constitutionnel en matière de limitations dans l'exercice des droits, libertés et garanties. Finalement la référence à la C.E.S.D.H. ne fut pas retenue par la loi Constitutionnelle n.º 1/82. Le principal motif était donc qu'elle aurait permis de déroger au statut constitutionnel des droits fondamentaux en introduisant la possibilité de nouvelles restrictions.

Pour être le plus complet possible sur la question, il convient de cerner plus en profondeur la portée de ce statut.

3. Un régime constitutionnel des restrictions de droits davantage protecteur

L'autonomie de la protection constitutionnelle portugaise en matière de droits de l'homme est-elle justifiée?

Notre propos est de montrer que l'ordre juridique portugais trouve dans sa loi fondamentale les moyens de sa démarcation vis à vis de la Convention.

L'article 18 de la Constitution doit ici attirer notre attention. Il fixe le régime juridique des droits fondamentaux⁽²⁷⁾ et les règles applicables en matière de restrictions à l'exercice de ces droits. Aux termes de l'article 18 f 2 et 3, pour qu'une restriction soit constitutionnellement admissible, il faut la réunion de trois conditions cumulatives⁽²⁸⁾.

(27) Pour une vue d'ensemble voir Jorge Miranda "O regime dos direitos, liberdades e garantias". Estudos sobre a constituição. vol. 3 p. 41-102. Petrony 1979.

(28) Gomes Canotilho — Vital Moreira op. cit. note à l'article 18

- La première est relative à l'exigence d'une loi. Seule une loi de l'Assemblée de la République ou un décret-loi autorisé (article 168 -1.º/b) peut prévoir la restriction. Cette loi doit par ailleurs revêtir un caractère général et abstrait et ne doit pas être rétroactive.
- La deuxième concerne les cas d'admission d'une restriction de droits. La constitution et elle seule doit expressément la prévoir ou éventuellement l'imposer. Par ailleurs, les restrictions ne seront permises que pour sauvegarder un droit ou un intérêt constitutionnellement protégé.
- La troisième condition vise enfin la restriction elle-même. Celle-ci devra être exigée pour assurer la sauvegarde du droit ou de l'intérêt en question et être apte à atteindre ce but. Elle devra également se limiter à la mesure nécessaire pour parvenir à l'objectif poursuivi. De plus aucune restriction ne peut anihiler le droit en cause en portant atteinte à son contenu essentiel.

Ainsi apparaissent les trois critères (légalité, légitimité et nécessité) exigés par la jurisprudence européenne pour les restrictions dans une société démocratique⁽²⁹⁾. Reprenons ces critères.

Au niveau du critère de la légalité; l'exigence de l'article 18 f 2 de la Constitution, semble compatible avec la notion européenne de la qualité de la loi (arrêt Malon C. Royaume-Uni, 2 août 1984). Quant à la définition de ce qu'il faut entendre par loi, le Portugal est beaucoup plus strict que les instances de Strasbourg. D'un côté légalité au sens formel et matériel, de l'autre légalité plus large incluant le droit écrit et non écrit. Ainsi le Tribunal constitutionnel dans un arrêt du 10 juillet 1984 a déclaré inconstitutionnel un article d'un règlement communal sur la propagande politique. Cet article soumettait au régime de l'autorisation administrative préalable l'affichage de la propagande politique hors les places spécialement réservées à cet effet. Le Tribunal conclut à la violation des articles 18 f 3 et 37 f 2 de la Constitution. Les autorités municipales sont incompétentes pour limiter la liberté d'expression,

(29) Voir supra Mireille Delmas Marty "Rationalité du système européen de protection des droits de l'homme: logique formelle et logique floue". Egalement du même auteur "Vers une logique juridique: à propos de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme" — Dalloz 1988 — Chronique p. 221-224.

cette compétence appartenant exclusivement à l'Assemblée de la République⁽³⁰⁾.

Le critère de légitimité quant à lui apparaît comme devant se confondre avec la légitimité constitutionnelle. Seules les restrictions découlant d'une collision entre les divers droits protégés est admise. A première vue, peu de place à la raison d'État qui semble davantage raisonnée.

En ce qui concerne le critère de nécessité il est non seulement compatible avec l'interprétation européenne, mais en plus, une précision supplémentaire est apportée.

Suite à une proposition du parti communiste, la première révision constitutionnelle est venue inscrire le principe de proportionnalité, bien que la doctrine et la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel l'ait auparavant délimité. Il se divise en trois sous principes: principe d'adéquation, d'exigibilité et de proportionnalité au sens étroit.

Jusque là, peu de différence avec les instances de Strasbourg. Mais, le droit constitutionnel portugais pose une limite absolue à la restriction des droits: celle du contenu essentiel du droit en cause. La question de savoir ce qu'il faut entendre par cette formule est controversée au Portugal comme en Espagne.

Parfois on l'identifie à la notion de sens utile du droit fondamental, c'est à dire est-ce que celui-ci, une fois restreint peut encore être amené à exercer sa finalité. D'autres fois, on procède à l'évaluation de la subsistance d'un minimum l'autonomie de position juridique du citoyen face à l'État.

Le bilan provisoire de la réception de la C.E.S.D.H. au Portugal permet deux remarques: les recours fondés sur la C.E.S.D.H. seront peu fréquents en raison d'une meilleure protection sur le terrain constitutionnel. La superposition des deux textes en matière de droits fondamentaux accentue le phénomène. De plus le Tribunal constitutionnel ne peut pas se fonder sur la Convention pour interpréter les normes constitutionnelles. C'est du côté des tribunaux "ordinaires" qu'il faudra rechercher une éventuelle référence.

En cas de conflit ouvert même s'il est tout à fait hypothétique entre une règle de la C.E.S.D.H. et un bien juridique protégé par la Constitution portugais, il est clair que ce dernier prévaudrait.

(30) Tribunal constitutionnel 10 juillet 1984. Diário da República I Série n.º 21 (11-09-84).

Pour l'Espagne, on peut conclure de ces premiers développements que le principe d'interprétation conforme a modifié les aspects de la défense des droits et libertés en aidant à la définition des termes mais surtout en introduisant la jurisprudence de la Cour et de la Commission dans une moindre mesure, dans le raisonnement juridique espagnol.

L'effet réel de la C.E.S.D.H. est-il cependant à la hauteur des ambitions? C'est le point sur lequel nous allons maintenant nous interroger.

II. L'EFFECTIVITÉ DU SYSTEME EUROPEEN DE PROTECTION DANS LA PENINSULE IBERIQUE

Certes il aurait été intéressant de comparer l'effectivité du système européen dans un même domaine en Espagne et au Portugal.

Notre démarche est tout autre. En effet, en raison des particularismes internes notre décision de choisir des secteurs privilégiés se justifie: les thèmes les plus sujets à controverse ne sont pas identiques dans les deux pays.

Nous aborderons plus spécialement la lutte contre le terrorisme et les affaires de presse en Espagne (A), et les affaires de moeurs au Portugal (B).

A. *LUTTE CONTRE LE TERRORISME ET AFFAIRES DE PRESSE EN ESPAGNE*

Le choix de se pencher quant à l'Espagne que sur 2 domaines tient en premier lieu à la primordialité d'une de ces questions pour l'Espagne: le terrorisme.

La curiosité nous a poussé à aller vérifier si les espagnols avaient cédé à la tentation d'établir en matière de terrorisme des règles dérogoatoires au droit commun marquant une dérive de la société démocratique telle que prônée par la Convention.

Mais si un doute peut subsister dans ce domaine, il n'est pas permis concernant les affaires de presse dans lesquelles les tribunaux espagnols défendent la liberté d'expression dans la lignée de la jurisprudence européenne.

a) *Affaires de presse: une protection conforme à l'idéal démocratique*

La liberté d'expression que nous envisagerons à travers la presse semble être farouchement défendue par les espagnols.

Acquisition de la transition démocratique, cette liberté est comprise comme étant la base même de la construction d'une véritable démocratie et est consacrée comme un droit fondamental par la Constitution dans son article 20-1 a). Notons d'emblée que la norme suprême écarte expressément tout type de censure a priori (art. 20-2 C.E.).

Une jurisprudence constante du Tribunal Suprême reconnaît aux citoyens, à l'instar de la jurisprudence européenne (arrêt Handyside)⁽³¹⁾, un droit de critique et notamment à l'égard des hommes politiques (arrêt Lingens)⁽³²⁾. On peut citer à titre d'exemple, la décision du 29 février 1980 dans laquelle le tribunal déclare reconnaître aux citoyens, un droit de critique sur ceux qui assument ou se sont vus confier un rôle ou une gestion publics⁽³³⁾. De même, la décision du Tribunal Suprême du 16 octobre 1981 affirme que le droit à la critique est compris dans le droit à la liberté d'expression constitutionnellement reconnu⁽³⁴⁾.

(31) Arrêt Handyside du 7 décembre 1976. Série A. Vol. 24 f. 49.

(32) Arrêt Lingens du 8 juillet 1986. Série A. Vol. 103 f. 42.

(33) RUIZ VADILLO (Enrique) in "Libertad de expresión y derecho penal". Colección de criminología y derecho penal. Publicaciones del instituto de criminología de la Universidad Complutense de MADRID. Editoriales de Derecho reunidas. MADRID. 1985. p. 87.

(34) RUIZ VADILLO (Enrique). précité p. 88.

La connexion établie par la Cour Européenne dans l'arrêt *Sunday Times*⁽³⁵⁾ entre le droit pour le journaliste de diffuser des informations et le droit pour le public d'en recevoir, est également opérée par le Tribunal constitutionnel. Nous exposerons brièvement à titre d'illustration, la décision 159/1986⁽³⁶⁾ dans laquelle la juridiction suprême a développé ce point.

En l'espèce, le requérant avait été condamné pénalement pour le délit d'apologie du terrorisme du fait qu'il avait publié dans le journal dont il était directeur, deux communiqués de l'organisation E.T.A. militaire. Il invoquait devant le tribunal, la violation de son droit à la liberté d'expression. Le tribunal constitutionnel, après avoir rappelé que la liberté d'information joue un rôle essentiel dans la garantie du principe démocratique, souligne "le droit des citoyens de disposer d'amples et justes informations concernant les faits, qui leur permettent de forger leurs convictions et de participer au débat relatif aux affaires publiques"⁽³⁷⁾. La condamnation pénale fut annulée après qu'on ait constaté l'absence de toute intention délictuelle de la part du directeur de la publication.

Quant aux restrictions à la liberté d'expression de la presse, le Tribunal constitutionnel examine avant de les admettre comme légitimes, les conditions que nous avons exposées dans la première partie. La jurisprudence espagnole semble à cet égard conforme à la jurisprudence européenne. La décision 62/1982⁽³⁸⁾ peut servir d'appui à notre démonstration.

En l'espèce, le requérant, auteur d'un livre d'éducation sexuelle destiné aux parents et aux enfants, fut poursuivi et condamné pour le délit de scandale public, à une peine privative de liberté et à une amende, et les livres furent saisis.

L'auteur invoquait son droit à la liberté d'expression.

(35) Arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979. Série A. Vol. 30 f 65.

(36) S.T.C. 159/1986 de 16 de diciembre de 1986. B.O.E. 1986. Jurisprudencia del tribunal constitucional. Tomo decimo-sexto. pp. 471-488.

(37) Traduction réalisée par nos soins.

(38) S.T.C. 62/1982 de 15 octubre de 1982. Jurisprudència constitucional. Tomo quarto. B.O.E. 1982. pp. 270-291.

Le Tribunal constitutionnel après avoir établi la légalité et la légitimité de la mesure, examine la nécessité de cette dernière et sa proportionnalité avec le but poursuivi, la protection de la morale.

Certes la démonstration de la proportionnalité des peines peut à certains égards laisser rêveur, ainsi le Tribunal constitutionnel déclare ne pas pouvoir considérer les peines édictées comme disproportionnées car elles correspondent au minimum légal!

Néanmoins, en prenant comme référence l'arrêt *Handyside*⁽³⁹⁾ pris par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, on peut admettre que la décision espagnole est conforme à la jurisprudence européenne développée.

Cependant, en certains domaines, il semble que l'Espagne tende à s'éloigner de l'idéal démocratique.

b) La lutte contre le terrorisme: un respect moins strict de l'idéal démocratique

La législation espagnole en matière de terrorisme se trouve aujourd'hui compilée dans la loi organique 9/84 du 26 décembre et dénommée loi organique contre l'action de groupes armés et d'éléments terroristes, et de développement de l'article 55-2 de la Constitution⁽⁴⁰⁾. Cette loi, louable effort de clarification en la matière, traduit une fois de plus la préoccupation des gouvernants à l'égard de ce problème ou combien épineux dans ce pays et leur volonté de tenter de mettre un terme aux agissements violents de la faction armée du groupe E.T.A.

Cette loi est, comme son nom l'indique, le développement de la disposition constitutionnelle permettant de suspendre l'application des dispositions constitutionnelles en matière de garde à vue et de protection de la vie privée et familiale pour les besoins des enquêtes sur les agissements des groupes armés et des éléments terroristes.

(39) Arrêt *Handyside* précité

(40) Ley orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55-2 de la constitución.

B.O.E. n.º 3 de 3 de enero de 1985; corrección de erratas en B.O.E. n.º 10 de 11 de enero, y de errores en B.O.E. n.º 65 de 16 de marzo.

La question de la compatibilité de cette législation avec les dispositions de la C.E.S.D.H. et la jurisprudence des instances européennes se présente sur un jour bien particulier, l'Espagne ayant procédé à une déclaration interprétative à ce sujet:

“Le gouvernement espagnol déclare interpréter les dispositions des articles 15 et 17 (de la Convention) dans le sens qu’elles permettent l’adoption des mesures envisagées par les articles 55 et 116 de la Constitution espagnole”⁽⁴¹⁾.

L'Espagne situe ainsi la Loi du 26 décembre 1984 dans le cadre des circonstances exceptionnelles définies par l'article 15 de la C.E.S.D.H.

Est-ce à dire que l'Espagne sort du cadre des sociétés démocratiques et se trouve ainsi hors de portée de tout contrôle européen?

Si les États disposent en la matière d'une large marge d'appréciation, la Cour a nettement précisé dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni que “Les États ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité... La Cour a compétence pour décider s'ils ont excédé la stricte mesure des exigences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne d'un contrôle européen”⁽⁴²⁾.

Il est donc logique d'examiner si les mesures déroгатives de la Loi du 2 décembre 1984 ont été prévues dans la stricte mesure où la situation l'exige.

Cependant, nous ne procéderons, pour les questions de temps, qu'à l'examen des dispositions espagnoles les plus litigieuses en déterminant à quelle règle européenne il est dérogé, et en tentant d'évaluer la nécessité de la dérogation en égard à la situation.

Les problèmes se situent essentiellement au niveau des garanties processuelles des personnes suspectées d'avoir commis une infraction prévue par la législation sur les groupes armés et les éléments terroristes bien que la qualité matérielle de la loi ait été maintes fois critiquée concernant la définition de certaines infractions et notamment celle de

(41) Ratification espagnole du 29 septembre 1978. B.O.E. de 10 de Octobre de 1978.
Traduction réalisée par nos soins.

(42) Arrêt Irlande contre Royaume-Uni du 18 janvier 1978. Série A. Vol. 25 f. 207.

l'apologie du terrorisme⁽⁴³⁾, et que le risque d'empiètement d'une telle incrimination sur la liberté d'expression soit réelle.

1) *La garde à vue*

L'article 16 de la loi autorise les forces de l'ordre à arrêter tout individu suspecté d'avoir commis une des infractions définies à l'article 1 de la Loi sans autorisation ou mandat judiciaire préalable et le mettre en garde à vue pendant 72 heures.

Cette mesure peut être prolongée pour les besoins de l'enquête pendant au maximum 7 jours. Néanmoins cette prolongation devra être communiquée (avant l'expiration du délai de 72 heures) au juge qui dans les 24 heures, la refusera ou l'autorisera.

L'autorité qui a décidé la détention peut interdire toute communication pendant le temps nécessaire à l'enquête.

Précisons de plus que la loi organique dans son article 11, a désigné comme compétent pour connaître de ces infractions la juridiction centrale d'instruction et "l'Audience Nationale" instances juridictionnelles siégeant à Madrid. Cette attribution de compétence a posé problème lors du débat précédent le vote de la loi à la chambre des députés. Nous reprendrons ici la substance du discours de Mr BANDRES reproduit dans son ouvrage par Mme LAMARCA PEREZ⁽⁴⁴⁾.

Ce député fait valoir, documents à l'appui, que sous l'empire de la loi précédente, l'autorisation de prolongation de la détention policière par les juridictions madrilènes, était non pas donnée dans une décision motivée mais que le magistrat se bornait à remplir un imprimé avec les noms qui lui avaient été transmis. Il n'était d'ailleurs informé d'aucun élément de fait.

(43) Voir l'ouvrage de LAMARCA PEREZ (Carmen) "*Tratamiento jurídico del terrorismo*". MADRID. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Colección, Temas Penales. Série A. n.º 3. 1985. 513 p.

(44) LAMARCA-PEREZ (Carmen). précité. pp. 339-400.

D'autre part, si la pratique décrite devant les cortes a été perpétuée, on peut conclure qu'aucun contrôle judiciaire effectif ne s'exerce pendant 10 jours ce qui pose le problème du respect du délai raisonnable.

Ajoutons à titre d'information que différentes associations humanitaires⁽⁴⁵⁾ ont souligné que la plupart des cas de torture et même de disparition se produisent lors de cette détention policière⁽⁴⁶⁾.

Ce député fait valoir, documents à l'appui, que sous l'empire de la loi précédente, l'autorisation de prolongation de la détention policière par les juridictions madrilènes, était non pas donnée dans une décision motivée mais que le magistrat se bornait à remplir un imprimé avec les noms qui lui avaient été transmis. Il n'était d'ailleurs informé d'aucun élément de fait.

La Loi espagnole et son éventuelle application heurtent gravement l'article 5 par.3 de la C.E.S.D.H.

En effet, d'une part, la loi ne prévoit qu'une communication de la détention au magistrat alors que la norme européenne telle qu'une jurisprudence constante de la Cour l'a précisé (arrêts Winterwerp, Schiesser), est la nécessité de l'audition de la personne détenue par l'autorité judiciaire.

Certes, l'affaire Lawless⁽⁴⁷⁾ a clairement montré que dans des hypothèses exceptionnelles, de telles atteintes à l'article 5 de la C.E.S.D.H. pouvaient être admises "dans la stricte mesure où la situation l'exige."

La question se pose ici. La situation espagnole exige-t-elle une dérogation à l'article 5 par.3? Nous ne pouvons bien sûr présumer de la position de la Cour qui ne se déterminerait qu'en fonction des circonstances, néanmoins, nous nous rangeons du côté d'une fraction importante de la doctrine espagnole qui considère qu'il est possible et souhaitable de confier l'instruction ou tout au moins le contrôle de la détention au juge du lieu afin que soit effective la garantie judiciaire.

(45) Amnesty International et Asociación Pro Derechos Humanos.

(46) DE LA CUESTA (José L.) "Traitement juridique du terrorisme en Espagne". *R.S.C.* 1987. p. 603.

(47) Arrêt Lawless du 14 novembre 1960. Série A. Vol. 1.

2) *Les visites domiciliaires*

L'article 16 de la Loi organique de 1984, autorise les agents chargés de la sécurité de l'État, à perquisitionner dans tout lieu où se cachent des personnes suspectées d'avoir commis une des infractions citées à l'article 1 de la loi, et ce, sans autorisation judiciaire préalable.

L'intervention judiciaire imposée par l'article 55-2 de la Constitution n'a lieu qu'a posteriori puisque les autorités sont tenues d'informer immédiatement le juge compétent, de la perquisition, de ses motifs et de ses résultats.

La également, se pose le problème de la nécessité d'une telle mesure. En effet, ainsi que le souligne Mme LAMARCA⁽⁴⁸⁾, si l'on se trouve dans le cas d'un délit flagrant ou d'une poursuite d'un délinquant, l'article 553 de la Loi d'instruction criminelle espagnole⁽⁴⁹⁾ permet déjà la perquisition sans autorisation judiciaire; dans les autres cas, on imagine mal quelle situation exigerait une intervention si urgente qu'elle ne puisse être décidée judiciairement.

Nous voudrions terminer cette réflexion par une question, le terrorisme constitue t-il en Espagne "un danger public menaçant la vie de la nation?". C'est la première question qu'aurait eu à résoudre la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'hypothèse d'un recours. Certes l'affaire Irlande contre Royaume-Uni⁽⁵⁰⁾ conduirait à l'admettre. Néanmoins, il nous paraît important de souligner que si l'article 15 de la C.E.S.D.H. autorise des dérogations temporaires, celles établies en matière de terrorisme en Espagne tendent à revêtir un caractère permanent.

Nous n'avancerons pas plus avant sur ce chemin car il nous faut ici constater que la souveraineté nationale espagnole a fait obstacle à un contrôle de la Cour sur ce point.

(48) LAMARCA PEREZ (Carmen) précité. p. 419 et 420.

(49) Article 553 de la Loi d'instruction criminelle: "Los Agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad al registro de un lugar habitado cuando haya mandamiento de prisión contra una persona y traten de llevar a efecto su captura, cuando un individuo sea sorprendido en flagrante delito, o cuando un delincente, inmediatamente perseguido por los agentes de la Autoridad, se oculte o refugie en alguna casa."

(50) Arrêt Irlande contre Royaume-Uni du 18 janvier 1978.
Série A. Vol. 25.

Mais si le terrorisme reste comme nous l'avons vu, un point très sensible en Espagne, le Portugal doit, faire face à une évolution des mœurs que la législation n'entérine pas forcément.

B. *AFFAIRES DE MOEURS AU PORTUGAL: ESSAI D'UNE EVALUATION*

Il découle des observations faites dans la première partie que la C.E.S.D.H. semble fonctionner au Portugal plutôt en tant qu'instrument de contrainte des pratiques de politique criminelle. Cette idée se confirme lorsqu'on analyse les affaires qui ont donné lieu à des renvois explicites à la Convention.

Les juges portugais ont tendance à l'invoquer pour conférer de nouveaux droits aux justiciables. Ce fut le cas pour le droit à l'assistance gratuite d'un interprète. Ainsi le Tribunal de Cascais a rendu deux arrêts en 1982 dans lesquels il était fait application directe en droit interne des dispositions de l'article 6 par. 3 de la Convention.

Par la suite, le nouveau code de procédure pénale de 1987 est venu prévoir dans son article 92-2 la gratuité de l'intervention de l'interprète.

Le choix opéré de traiter le problème du droit au respect de la vie privée n'est pas sans justifications. En effet, l'État portugais se trouve investi dans ce domaine d'une mission particulièrement délicate: à savoir harmoniser devoir de non-ingérence (articles 26 et 34 de la Constitution) et obligation positive de protection effective (notamment article 67)⁽⁵¹⁾.

Cette harmonisation est-elle conforme au système européen, de protection des droits de l'homme? Nous verrons successivement comment l'évolution juridique portugaise à la fois s'en éloigne et s'en rapproche.

a) Evolution hors exprit européen

En matière d'exceptions légales, la qualité de certaines incriminations nous semble suspecte. Pour ce qui est des restrictions légitimes, la

(51) cf. Renée Koering-Joulin "Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme" R.S.C. 1986 p. 722

réglementation de l'avortement apparaît à nos yeux manifestement disproportionnée.

1) *La qualité suspecte des incriminations sexuelles*

La lecture du Code pénal de 1983 fait apparaître l'existence d'une morale double différenciant l'homme de la femme qui semble être en complète contradiction avec l'article 14 de la Convention et les progrès réalisés en ce domaine par la jurisprudence de Strasbourg.

Le viol retiendra particulièrement notre attention. D'après l'article 201 nouveau, le viol est défini comme étant le coït avec une femme obtenu au moyen de violences. Rien à dire sur la qualité formelle de cet article, celui-ci étant même trop restrictif. Ainsi, les coïts anal et buccal forcés sont expressément exclus d'après l'acception traditionnelle du terme "Cópula" en portugais. Mais l'article 201 vient rompre l'égalité homme-femme dans la mesure où le "viol" d'un homme par un homme ou d'une femme par une femme ne peut être réprimé que sous la qualification d'attentat à la pudeur, avec violence dont la pénalité est moindre. Pour un fait similaire lorsque la femme est victime, la peine encourue est de deux à huit ans. Lorsque c'est l'homme le maximum est de trois ans. Le Code pénal portugais heurte ainsi de plein fouet, l'obligation de protection effective de tous les citoyens devant la loi dans le sens où l'entendait la Cour Européenne dans l'affaire X, Y contre Pays-Bas en date du 16 mars 1985.

Les différentes incriminations où la femme est l'unique victime viserait plutôt au Portugal à "limiter la liberté sexuelle des femmes qu'à protéger cette liberté"⁽⁵²⁾. Citons comme exemple le curieux article 203 du Code pénal qui incrimine le coït frauduleux. Aux termes de cet article: "celui qui a un coït avec une femme en lui faisant supposer l'existence d'un mariage ou bien provoquant ou tirant profit d'une erreur de forme qui soit envisagée par la victime comme un coït conjugal, est puni d'une peine privative de liberté de 6 mois à trois ans."

Quel est le bien juridique ici protégé? "La liberté de choix sexuel de la femme ou l'institution matrimoniale?"⁽⁵³⁾.

(52) J. M. Beza "O princípio de igualdade e a lei penal — O crime de estupro voluntário simples e a discriminação em razão do sexo — Coimbra B.F.D.U.C. 1982.

(53) Tereza Beza "A mulher no direito penal" Cadernos da condição feminina n.º 19 — Lisboa 1984. p. 26.

Si ces incriminations sexuelles se situent hors esprit européen, la restriction au droit au respect de la vie privée que suppose l'avortement s'en écarte encore plus manifestement si on considère l'évolution législative des autres pays.

2) *L'avortement: une restriction manifestement disproportionnée*

Avec la même fierté que par le passé le nouveau code pénal de 1983 continuait à dire qu'avorter constituait en toutes circonstances un crime. L'interruption volontaire de grossesse faisait encourir à la femme une peine de prison jusqu'à trois ans⁽⁵⁴⁾, et dans le meilleur des cas deux ans au plus, si — comme il était si bien dit — l'avortement “vise à cacher son déshonneur”.

La loi n.º 6/84 du 11 mai 1984 est venue quelque peu améliorer la situation des femmes. Tout d'abord dans le cadre de l'avortement privilégié précédemment cité, on remplaça le terme “déshonneur” par celui plus neutre de “réprobation sociale”. Puis l'article 140 prévoit dans sa nouvelle rédaction une décriminalisation dans les conditions extrêmement rigoureuses. Ainsi trois types d'avortement sont désormais permis au Portugal:

- l'avortement thérapeutique qui est possible soit à tout moment soit dans un délai de 12 semaines;
- l'avortement eugénique autorisé pendant les 16 premières semaines de grossesse;
- l'avortement “criminologique” lorsque la grossesse résulte d'un viol et qui doit être réalisé dans un délai de 12 semaines.

Le Tribunal constitutionnel s'est prononcé dans le cadre de son contrôle préventif sur la constitutionnalité des dispositions de la Loi⁽⁵⁵⁾.

A ses yeux, la vie intra-utérine entrerait dans les prévisions des articles 1, 24 et 25 de la Constitution. Par ailleurs, il admettait qu'il y avait en ce domaine collision entre les droits de la mère et ceux de l'enfant en devenir. Finalement, il considéra proportionnées, nécessaires et adéquates les restrictions aux droits de l'enfant lorsqu'il était question de l'avortement thérapeutique. Par contre, des réserves furent émises pour

(54) article 140-2 du Code Pénal devenu article 139.

(55) Diário da República II série n.º 80 (4-4-1984).

les cas d'avortement eugénique et criminologique. Position certes prudente, mais on peut se questionner d'ores et déjà sur quel aurait été le sens de l'arrêt du Tribunal constitutionnel s'il avait eu à se prononcer sur une loi analogue à la Loi Weil en France.

Les éventuelles plaignantes portugaises ont peu de chance de voir leurs recours aboutir devant la commission européenne si on considère l'avis donné dans l'affaire Brüggemann et Sheuten (rapport 12 juillet 1977).

Même si les positions de la commission viennent à changer et qu'elle estime que la réglementation de l'avortement représente une ingérence dans le droit à la vie privée de la mère, la Cour Européenne quant à elle risque fort bien de ne pas voir là matière à condamner l'État portugais. En effet, la marge d'appréciation n'est-elle pas particulièrement large lorsqu'il s'agit de protéger la morale?

L'extrême rigueur de la législation portugaise nous semble manifestement disproportionnée quant à ses modalités. Sur ce terrain, le Portugal se situe dans les derniers wagons du convoi européen. Constat d'autant plus surprenant que sur d'autres problèmes touchant les mœurs, on observe une évolution dans le but l'alignement.

b) *Evolution dans l'esprit européen*

Les incriminations sexuelles nous l'avons vu présentent parfois des incompatibilités certaines avec l'article 14 de la C.E.S.D.H. Pourtant l'égalité homme-femme a été prise en compte dans la nouvelle rédaction du crime du stupre. D'autre part, dans le domaine des restrictions législatives, la mise en conformité avec les exigences européennes est incontestable.

1) *L'incrimination plus juste du stupre*

Le crime du stupre était défini dans l'ancien code (article 392) comme étant la séduction d'une femme vierge âgée de 12 à 18 ans dans le but d'obtenir ou de maintenir des relations sexuelles. Loi par essence discriminatrice et présentant peu de qualité formelle puisque rien n'était dit sur les moyens de séduction. "Les séducteurs" traînés en justice invoquaient pour leur défense le principe d'égalité contenu à l'article 13 de la Constitution. Mais la jurisprudence portugaise restait intangible

quant à la constitutionnalité de l'article 392. Un arrêt de la Cour d'appel de Porto le 4 novembre 1977 se devait même d'invoquer la Convention européenne, alors qu'elle n'était pas encore ratifiée à l'appui d'une remarquable démonstration⁽⁵⁶⁾.

Ainsi la légitimité de la discrimination trouvait sa justification dans l'interprétation de l'article 14 de la C.E.S.D.H. donnée par la Cour européenne. Mais les juges restèrent silencieux sur le point de savoir si les moyens utilisés (incrimination et sanction pénale) étaient proportionnés au but poursuivi (protection de la liberté sexuelle de la femme et de sa virginité). La Cour termine par une pirouette en disant que la solution serita en fait d'étendre cette protection juridique de la virginité aux mineurs de sexe masculin, en laissant ce soin bien entendu au législateur. Le code pénal de 1983 a écouté la voix des juges de Porto, puisque désormais l'article 204 supprime la référence au sexe de la femme. En contre partie, la virginité n'est plus exigée. Cette nouvelle rédaction rétablit ainsi l'égalité homme-femme mais aussi gagne en qualité formelle puisque les moyens de séduction sont spécifiés (l'abus d'inexpérience du mineur ou la promesse sérieuse de mariage)⁽⁵⁷⁾. En parallèle d'autres progrès se sont fait sentir dans le domaine des restrictions légitimes.

2) *La mise en conformité des restrictions légitimes*

Cette mise en conformité par rapport à l'air du temps européen nous amène à aborder successivement deux thèmes qui font figure de proue dans le domaine de la morale: l'homosexualité et le transsexualisme.

Le Code pénal de 1983 a décriminalisé les relations homosexuelles non seulement entre adultes consentants mais aussi entre mineurs de plus de 16 ans. L'influence européenne se manifeste pleinement si on se situe par rapport aux instances de Strasbourg (cf. l'arrêt Dudgeon du 22 octobre 1981) et si on se réfère également aux législations des autres

(56) Acórdão da relação do Porto (4-2-1977) — Colectânea de jurisprudencia ano II - 1977 p. 1206.

(57) Voir l'arrêt de la cour d'appel de Porto en date du 18 février 1987 faisant application de l'article 204 du nouveau code pénale. Coletânea de jurisprudência ano XIII tomo I p. 270.

pays (notamment en France la Loi n.º 82-681 du 4 août 1982). La seule incrimination qui subsiste est celle de l'acte contraire à la pudeur sur un mineur du même sexe âgé de moins de 16 ans (article 207 du code pénal).

Le transsexualisme demeure quant à lui un sujet tabou aux yeux de la plupart législateurs. Paradoxal semble alors le libéralisme des tribunaux portugais en la matière. En effet, avant même que la commission ait confirmé sa jurisprudence dans l'affaire Mark Rees, le droit du transsexuel à changer de sexe était consacré au Portugal dans plusieurs arrêts. Le plus grand bon en avant fut celui de la Cour d'appel de Lisbonne, le 19 janvier 1984⁽⁵⁸⁾. En raison de l'inexistence de normes réglementant la question, l'opinion des juges était de défendre une interprétation fondée sur les données du droit étranger et international⁽⁵⁹⁾. Ainsi l'avis de la commission dans l'affaire DVO (contre la Belgique — 6 novembre 1980) était à la base de cette prise de position. Pour la Cour d'appel de Lisbonne, le sexe devait se définir par des facteurs biologiques, morphologiques et sociaux. En cas de non conformité de ces facteurs, le critère morpho-psycho-social prévaut sur les autres. Par ailleurs, l'admission de la modification de l'état civil des transsexuels devenait désormais possible mais sous certaines conditions. A savoir:

- l'intéressé doit être majeur et non marié.
- il doit ne pas être en condition de procréer si au début il était de sexe masculin.
- il doit avoir subi une intervention chirurgicale modificative des caractères extérieurs du sexe, en l'approximant physiquement de l'autre sexe.
- il faut que l'état acquis ex novo soit irréversible ou presque.
- il faut que depuis au moins un an, il vive comme appartenant au sexe opposé.

Cet arrêt allait par la suite être confirmé dans une affaire concernant une femme⁽⁶⁰⁾. Notons cependant que, la Cour d'appel de Lis-

(58) Colectânea de jurisprudência 1984. I. p. 109.

(59) Pour plus de détails sur ce point voir, J. Dias Bravo revista do Ministério Público ano 5 — volume 17 p. 149-164.

(60) Arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne du 5 avril 1984. Colectânea de jurisprudência 1984 — II — p. 124.

bonne le 6 février 1986, fait marche arrière. Cette même Cour qui reconnaissait auparavant le droit du transsexuel à changer de sexe, dit qu'il s'agit là de psychismes malades qui déforment le corps en fonction de la maladie. Et les juges de rejeter l'appel en citant la position de la Cour de cassation française sur le problème dans son arrêt du 16 décembre 1975.

Tout aussi criticable que soit l'attitude des juridictions au Portugal, elles ont néanmoins le mérite de coller parfaitement avec les thèses des instances de Strasbourg (voir l'arrêt de la Cour Européenne dans l'affaire Mark Rees 17 octobre 1986)⁽⁶¹⁾.

CONCLUSION

On peut affirmer sans ambage que l'Espagne est animée d'une réelle volonté d'accorder sa guitare avec l'orchestre européen. Nombre de décisions se réfèrent à la Convention, nombre d'auteurs se penchent sur le puzzle délicat que constitue les normes conventionnelles, les décisions communautaires, la législation nationale et les compétences de autonomies.

(61) Pour être le plus complet possible sur les dérogations à l'article 8 de la C.E.S.D.H., quelques mots sur une des plus belles conquêtes du nouveau code de procédure pénale de 1987 à savoir la réglementation des écoutes téléphoniques. Les articles 187 à 190 prévoient à la fois leurs conditions d'admission et leurs formalités, le tout sanctionné par la nullité de la procédure. Elles ne peuvent être autorisées que sur ordonnance du juge lorsqu'il les estime nécessaires à la découverte de la vérité, ou en tant que preuve de l'infraction. Ainsi la qualité de la Loi portugaise nous semble répondre parfaitement aux exigences de la Cour Européenne dans l'affaire Malone. Le Tribunal constitutionnel dans le cadre de son contrôle préventif a estimé que cette restriction au droit à la vie privée n'excédait pas les limites de la nécessité et de la proportionnalité imposées par l'article 18 de la Constitution (cf. arrêt n.º 7/87 du 9 janvier 1987).

Mais devant la bombe toujours amorcée que constitue le problème territoire, le réflexe national de défense reprend ses droits; l'annihiler serait laisser sombrer l'Espagne mais ne peut on pas le rationaliser?

Le Portugal quant à lui, orgueilleux de ses nouvelles institutions a discerné avec beaucoup de lucidité les dérives possibles que permet la Convention et son interprétation par les instances européennes. L'évolution juridique en matière de moeurs frappe surtout par ses nombreux paradoxes. Et l'observateur avisé de conclure: s'il existe un flou non logique c'est certainement en terre lusitanienne.

**O ARTIGO 6.º DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM
E SUA INFLUÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO
E APLICAÇÃO DO ARTIGO 520.º
DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ITALIANO**

UMA SENTENÇA DA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

APRESENTAÇÃO

1. A sentença da Cassação italiana, que a seguir se publica, suscitou a atenção e o interesse de um público mais vasto do que aquele que habitualmente frequenta as revistas jurídicas e as publicações forenses, como tem sucedido com outras de que é relator o juiz-conselheiro VITALIANO ESPOSITO, comentadas em jornais de grande informação do seu país.

Para o facto terá concorrido, por certo, a “reinterpretação” do artigo 520.º do Código de Processo penal italiano à luz dos princípios do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O aresto, além de invocar abundante jurisprudência do Tribunal da Cassação e do Tribunal Constitucional italianos, põe a tónica da fundamentação na necessidade de o juiz optar por uma concepção “substancial” e não meramente “formal” do processo — concretamente, quando se trata de decidir do uso da faculdade de “rinnovazione del dibattimento” prevista no referido artigo 520.º.

É aí que entra em jogo o artigo 6.º da Convenção Europeia, já que só uma aplicação “substancial” do preceito do Código de Processo penal italiano realiza plenamente a garantia do “processo justo” enunciada nesse artigo, cujo objectivo é colocar a defesa em posição de igualdade com a acusação.

A Cassação italiana tem observado que as normas da Convenção Europeia são, em regra, *de aplicação imediata*, e devem ser apreciadas em concreto pela sua incidência no sistema normativo mais vasto, que veio a determinar-se em consequência da sua integração no ordenamento italiano, e que os princípios e os direitos individuais tutelados no artigo 6.º da mesma Convenção constituem os *parâmetros* para a verificação ou não do “processo justo”.

A partir do exame dos artigos 1.º e 13.º da Convenção Europeia, aos signatários do aresto pareceu evidente que, no interior do Estado, a participação dos direitos humanos é “directa” e não “reflexa”, precisamente porque aqueles direitos são inerentes ao indivíduo como atributo da sua personalidade, sendo certo que a Convenção, por um lado, reconhece formalmente a sua existência e, por outro, atribui ao indivíduo legitimidade activa para garantir a sua tutela jurisdicional.

Nem a tal resultado obsta a possibilidade de o indivíduo, supostamente lesado num seu direito reconhecido pela Cassação se dirigir à Comissão Europeia dos Direitos do Homem — só o pode fazer se estiverem esgotadas as possibilidades de recursos internos. Na realidade, a Convenção entendeu reforçar, na ordem interna, a tutela dos direitos reconhecidos e, simultaneamente, previu a possibilidade de um controlo do modo como as autoridades nacionais asseguram o respeito daqueles direitos.

Esta, em resumo, a doutrina da *sentenza*, que levou a Cassação a censurar a decisão recorrida — por ter feito mera aplicação *formal* do artigo 520.º do C.P.P.* e, nessa medida, a anulá-la.

2. A forma de providência judicial *ordinanza dibattimentale* não é susceptível de tradução literal. Por isso se conserva a expressão italiana no texto da *sentenza*.

Mas o seu sentido alcança-se facilmente. Trata-se de algo equivalente ao *despacho interlocutório*, tal como este é definido no léxico processual-penalístico português: acto decisório do juiz que conhece de qualquer ques-

(*) Cujo texto é como segue:

“Se il giudice di appello ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, può anche d’ufficio ordinare la presentazione di nuovi documenti, *la rinnovazione in tutto o in parte del dibattimento*, l’esame anche su nuove circostanze dei testimoni del primo giudizio o l’assunzione di altre prove nuove; può sentire altresì i periti e i consulenti tecnici, nei limiti in cui sono ammessi nel giudizio di primo grado, e nei casi di assoluta necessità può disporre una nuova perizia a norma dell’art. 455.

La rinnovazione parziale o totale del dibattimento è disposta *con ordinanza* (148).

A tale rinnovazione si procede con le forme del giudizio di primo grado, in quanto sono applicabili, anche relativamente alle prove, senza sospendere o rinviare il dibattimento, si è possibile. Il pubblico ministero e le parti private possono presentare direttamente all’*aula* in cui intendono proporre la rinnovazione le prove nuove e quelle da riassumersi. Quando non è possibile provvedere in tale modo, si osservano le norme degli articoli 431 e 42, evitando ogni dilazione non assolutamente necessaria.”
(Sublinhado agora)

tão interlocutória ou quando põe termo ao processo fora do caso em que a decisão deve tomar a forma de sentença (Cfr. o artigo 250.º do C.P.P. italiano, atrás transcrito *em nota*, e CARLO MASSA, no artigo *ORDINANZA*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, pp. 85 e ss.).

É uma das formas de providência judicial previstas no artigo 148.º do Código de Processo Penal italiano, que, todavia, a não define — e, segundo parece, *intencionalmente* (Cf. MASSA, artigo citado). O critério exclusivamente formal do legislador italiano mereceu o favor da doutrina, a qual nem por isso se tem demitido do dever de propor critérios para a distinguir da *sentenza*.

A doutrina dominante tem proposto, para a *ordinanza*, a seguinte definição: “decisão proferida a requerimento ou instância de parte, ou de ofício, quer durante a instrução quer na audiência de julgamento (incluindo os actos preliminares aos debates) quer na fase de execução; decisão que não provê sobre a pretensão deduzida em juízo e não esgota a relação jurídico-processual em curso” (MASSA, loc. cit., p. 86 e para maiores desenvolvimentos quanto a esta definição e suas implicações).

Relativamente ao seu regime de impugnação, a doutrina tem proposto uma classificação tripartida: “autonomamente impugnável”, “impugnável conjuntamente com a *sentenza*”, “inimpugnável”.

A *ordinanza* impugnada no processo a que se refere a sentença da Cassação italiana que a seguir se publica, pertence, obviamente à segunda espécie.

3. O Dr. VITALIANO ESPOSITO pertence à nova geração de magistrados italianos dos tribunais superiores, que se têm distinguido por uma vasta cultura jurídica e geral, comprovada por abundante produção literária. Foi, entre outros trabalhos jurídicos de grande valia, co-autor do monumental comentário à *Legge 24 Novembre 1981 N.º 689 (MODIFICHE AL SISTEMA PENALE, Vol. II — Querela, Oblazione, Pene Accessorie e Altre Misure*, Giuffrè Editore, Milão, 1982); e co-autor do célebre *Rapport sur la Décriminalisation*, do Conselho da Europa, Estrasburgo, 1980.

Fez parte de numerosos *comités* de peritos do *Comité Europeu para os Problemas Criminais*, de alguns dos quais assumiu a respectiva presidência, como, por exemplo, o “Comité restrito de peritos sobre violência na sociedade moderna” que, em execução do seu segundo mandato ocasional,

preparou a Recomendação n.º R (82) 14 e respectiva “exposição de motivos” sobre “Medidas a tomar em casos de rapto de pessoas seguidos de exigência de resgate” (Estrasburgo, 1983).

É conhecido como um renovador da jurisprudência italiana em matéria criminal, à luz de concepções e princípios que dimanam de textos internacionais relativos à protecção dos Direitos do Homem, de que é significativo exemplo a *sentenza* que se publica.

Particularmente expressivo desta faceta é o seu trabalho com o título *Il requisito della proporzione tra la difesa e l'offesa nella difesa legittima ed il valore delle disposizioni della Convenzione Europea dei Diritti dell' Uomo secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione*, relatório incluído na obra “L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione”, *Raccolta di Studi*, vol. V, Anno 1984, pp. 203 e ss. (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore — 1984).

4. A tradução é de FRANCO CARUSO, revista pela Dra. TERESA ALVES MARTINS.

MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA

AUDIÊNCIA PÚBLICA DE 27.10.1984
SENTENÇA N.º 1518
REGISTO GERAL N.º 6147/83

SECÇÃO I PENAL

COMPOSTA PELO EXMOS. SRS.:

DR. LEO PICCININNI *Presidente*
DR. ALBERTO PASSARELLI *Conselheiro*
DR. VALERIO SAVOI COLOMBIS *Conselheiro*
DR. UMBERTO PAPADIA *Conselheiro*
DR. VITLAIANO ESPOSITO *Conselheiro*

Pronunciou a seguinte SENTENÇA sobre o recurso interposto por VENDITTI EVANDRO, nascido em MARINO a 1 de Novembro de 1949.

Contra a sentença da Corte di assise di appello (Tribunal Criminal de 2.ª instância) de LECCE de 9 Dezembro de 1982.

Vistos os autos, a sentença denunciada e o recurso,

Lido em audiência pública o relatório elaborado pelo Conselheiro ESPOSITO,

Ouvido, pela parte civil, o advogado... (omitido)

Ouvido o Ministério Público na pessoa da Procurador-Geral Adjunto Dr. ANTÓNIO LEO, que concluiu pela REJEIÇÃO DO RECURSO,

Ouvido o defensor, advogado CARLO VISCONTI:

DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO

Evandro Venditti, em 10 de Dezembro de 1982, interpôs recurso de “cassação” da *ordinanza dibattimentale* de 1 de Dezembro de 1982 e da sentença de 9 de Dezembro de 1982 da *Corte di assise di appello* de LECCE, que — na parte que interessa — com a primeira providência rejeitou o seu pedido de renovação parcial da prova e, com a segunda, que reformou parcialmente a sentença da *Corte di assise* de TARANTO, de 1 de Julho de 1981, de que o mesmo recorreu, o condenou, com a consideração de circunstâncias atenuantes gerais, na pena única de 16 anos e 6 meses de prisão e 100.000 Liras de multa, como autor dos crimes de homicídio voluntário agravado na pessoa de Walter Lepre (art.ºs 575.º e 577.º, n.º 4 do Código Penal) e do crime continuado de porte e detenção abusivos de arma comum de fogo (art.ºs 10.º, 12.º e 14.º da Lei n.º 497 de 1974 e 81.º c.p.v. do Código Penal).

Deduz atempadamente o recorrente, por intermédio do seu defensor, cinco motivos de recurso contra a sentença e um único motivo de recurso contra a *ordinanza*.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO

1. Com os primeiros quatro fundamentos do recurso da sentença — que absorvem o quinto — e com o fundamento único do recurso interposto da *ordinanza*, o qual está intimamente conexionado com os quatro fundamentos já mencionados, arguindo formalmente a nulidade, por violação de lei, falta de motivação e distorção dos factos, da sentença recorrida na parte relativa à afirmação da sua responsabilidade penal pelo crime de homicídio voluntário, deduz substancialmente o recorrente a nulidade da mesma sentença por omissão do exame de elementos relevantes para a decisão, repetidamente apresentados pela defesa, os quais, se comprovados, teriam conduzido a uma diversa reconstituição do facto com a possibilidade subsequente de qualificação do mesmo como caso fortuito (1.º

fundamento), ou homicídio involuntário (2.º fundamento), morte como consequência de outro crime (3.º fundamento) ou homicídio preterintencional (4.º fundamento), e já não, como se verificou, aliás de forma ilógica e contraditória, apenas em termos de homicídio voluntário.

2. O recurso merece ser recebido.

3. É oportuno considerar que este Tribunal já esclareceu que o processo penal, tal como está estruturado no nosso ordenamento, permite ao arguido intervir na reconstrução dos factos efectuada pelo juiz, e somente na hipótese em que o mesmo arguido não tenha tido possibilidade de exercer concretamente tal faculdade por acto do juiz, que, desatendendo o seu requerimento, se limitou a dar como provado o conteúdo da acusação e já não a averiguar a verdade dos factos, existe violação de direito do arguido a um processo justo, que, em sede de recurso, pode ser feita valer sob o aspecto de omissão do exame de pontos decisivos para a reconstituição do facto (Cass., secção I, 18 de Maio de 1984, Adinolfi e outros); e que ao arguido deve ser possível fazer valer, no decurso do processo, uma “leitura” diferente do facto apresentado pela acusação, tanto no que respeita ao estabelecimento desse facto como no que respeita à sua apreciação — exigência que é fundamental para que o processo se possa considerar “justo” nos termos do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — e que a decisão só não pode ser censurada por falta ou contraditoriedade da motivação, quando esta exigência se mostre satisfeita e o juiz, depois de examinado o material adquirido no processo tiver enunciado, através de fundamentação adequada e lógica, as circunstâncias que se tornaram determinantes para a formação da sua convicção, de modo que resulte compreensível o processo lógico seguido para chegar à decisão tomada, a qual não deve consentir outra alternativa válida, mesmo em relação às deduções da defesa através das quais se apresentam uma reconstituição e uma qualificação diferentes do facto, que embora não tenham sido expressamente contrariadas na fundamentação, sejam com esta incompatíveis e devam, portanto, considerar-se implicitamente rejeitadas (Cass., secção I, 10 de Fevereiro de 1984, Carnovale e outro).

Por outras palavras, no nosso sistema processual — considerado, como melhor se verá agora, à luz dos princípios estabelecidos nos art.ºs 3.º, 24.º e 111.º da Constituição e dos art.ºs 1.º, 6.º e 13.º da Convenção Euro-

peia dos Direitos do Homem, considerados à luz da interpretação por parte, respectivamente, do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, existe um direito do arguido à utilização e à avaliação das provas. Isto é, existe, como foi incisivamente dito, um “direito por parte do arguido de se defender provando”, que se manifesta através da sua faculdade de apresentar memoriais e requerimentos no decurso da instrução (art.º 145.º Cód. proc. penal), de requerer a admissão das provas e, de qualquer modo, de solicitar a actuação do juiz destinada ao apuramento da verdade dos factos, tanto na instrução como no julgamento em 1.ª e em 2.ª instâncias (ex. art.ºs 299.º; 420.º; 1.º *comma*; 457.º; 469.º e 520.º Cód. proc. penal) e que é tutelado, dentro do próprio processo, de forma específica através do seu direito de recurso: à obrigação de fundamentação dos despachos e das sentenças corresponde efectivamente um poder de recurso, que apesar de limitado pelos princípios que o regulam, é de tal modo vasto e penetrante, que permite especificar para além da afirmação de um dever funcional do juiz dirigido ao apuramento da verdade material (e não somente a dar como provado o conteúdo da acusação), a existência de um direito subjectivo do réu ao exercício efectivo de tal dever.

4. Ora, no caso em apreço, são de todo pacíficos, para o que aqui interessa, os seguintes factos:

- i) que a vítima Walter Lepre, reputada, por trágico erro, autora de um dano causado no automóvel do irmão do actual arguido, se encontrava no interior de um bar, ocupada a jogar numa máquina de jogos electrónicos, localizada imediatamente à direita da porta de entrada do local;
- ii) que o tiro de pistola que causou a morte do Lepre, disparado por pessoa sobrevinda ao local — e que, portanto, veio a encontrar-se à direita do Lepre — atingiu a vítima na região temporál-zigomática direita, saíndo pela região parietal esquerda ao nível da baixa parietal;
- iii) que o tiro, depois de ter atravessado a caixa craniana da vítima com uma trajectória transversal da direita para a esquerda e com leve inclinação de baixo para cima (desnível de 8 cm, entre os dois orifícios) e da frente para trás, atingiu “o tecto na vertical da

vítima” (cfr. sentença de 2.^a instância, folha 59 verso dos autos de recurso de “apelação”, folha 7 verso da sentença).

Perante tal situação probatória, o juiz do recurso, depois de ter considerado válido o depoimento da testemunha Luigi Pulpo, segundo a qual o autor tinha a pistola “apontada”, reduziu a distância de disparo dos tiros a uma medida inferior à distância “oscilante entre os 25 e os 30 cm” fixada pelo perito oficialmente nomeado e considerou que a vítima devia apresentar-se não já em “posição erecta”, como tinham considerado o juiz de primeira instância e o consultor técnico da parte, “mas com a cabeça ligeiramente inclinada de modo que a bala, disparada, senão à queima roupa, pelo menos de uma distância certamente bastante reduzida, depois de ter atravessado o crâneo, saiu com um desnível de 8 cm. em relação ao orifício de entrada e atingiu depois o tecto na vertical da vítima, justificando assim o seu percurso fora do corpo”.

A reconstituição dos factos que foi efectuada — excluída qualquer valoração sobre as conjecturas intermédias — não se subtrai, no entanto, aos reparos do recorrente relativos à lógica da fundamentação, na medida em que a “pontaria” da arma teria justificado, no plano lógico, uma trajetória do projectil, senão na horizontal, pelo menos com menor ângulo e que este deveria ter terminado o seu percurso atingindo a parede do fundo do local, ou seja aquela que se situava à direita de quem entrava, e não atingir o tecto, como aconteceu. Mas para além destas observações, o verdadeiro vício da fundamentação consiste na omissão do exame de elementos de relevância decisiva para o julgamento, apresentados pelo recorrente na fase da instrução, através do requerimento de 3 de Julho de 1980 dirigido ao juiz instrutor, acompanhado; no plano jurídico, do relatório de 30 de Junho de 1980 do consultor técnico da parte e reafirmados depois, quer nos fundamentos da “apelação” quer nos do recurso de “cassação”. Com tais actos e com as deduções precisas e escrupulosas neles contidas, visava o recorrente comprovar a posição tanto da vítima como do arguido no momento do disparo e fornecia elementos técnicos para determinar tal posição com base na trajetória anatómica e espacial do projectil, pondo em evidência, com base na reconstituição técnica efectuada pelas autoridades policiais em momento seguido à prática do facto, que a determinação exacta do projectil não se conciliava com a posição de “pontaria” da arma no momento do disparo.

Sobre este ponto, de relevância decisiva para o julgamento — e necessário, além disso, para averiguar não só, como justamente conclui o recorrente, a posição da arma e dos dois antagonistas, mas eventualmente também a posição do irmão do arguido, que tinha entrado em primeiro lugar no local e que foi inesperadamente excluído do processo antes da averiguação da materialidade dos factos — quer a sentença de primeira instância quer a sentença de “apelação” carecem em absoluto de fundamentação. O primeiro juiz, efectivamente, nem sequer examinou o problema, o de recurso limitou-se a observar que o projectil “atingiu depois o tecto na vertical da vítima”, sendo certo, como justamente alega o recorrente, que também avaliou os ângulos relativos e tal como resulta dos autos, que o projectil depois de ter atingido o tecto a cerca de 4,30 metros na vertical do jogo electrónico (ou seja, como se encontra indicado na reconstituição técnica da polícia, à altura da caixa do local), partiu um candeeiro e terminou o seu percurso contra um armário colocado na parte do fundo da sala, onde depois veio a ser descoberto pelas forças da ordem. Era, por conseguinte, possível, não só determinar o valor do ângulo zenital do contacto com o tecto, mas também definir a trajectória do projectil e de tais dados chegar, tanto à posição de disparo da arma, como à determinação da linha da trajectória em que a mesma se devia necessariamente encontrar no momento do disparo.

Para além disto, o juiz da causa não considerou uma grande mancha de sangue que os técnicos da polícia descobriram no chão perto da entrada, ou seja em posição avançada relativamente à máquina de jogo, no espaço existente entre aquela máquina e o balcão do bar, mas próximo deste último e não da primeira.

Tal indício, consagrado na reconstituição fotográfica efectuada pela polícia, deveria ter sido examinado para determinar, tendo em conta a trajectória do projectil tal como foi definida, a posição cinética da vítima no momento do disparo e sobretudo para avaliar qual de entre os muitos depoimentos da testemunha Luigi Pulpo — e sobre este ponto o recorrente deduziu o vício da sentença recorrida por distorção dos factos — era o mais atendível, considerando as compreensíveis dificuldades na percepção e evocação mnemónica do facto.

5. Deve, por fim, realçar-se que o recorrente, para além de apresentar, como se viu, na fase instrutória, a sua reconstituição diversa do facto, baseada nos sobreditos elementos de comparação e de apreciação, reque-

reu atempadamente em sede de recurso a renovação da discussão, com o fim de determinar — através da perícia balística ou, subordinadamente, através dos esclarecimentos do perito e do consultor técnico da parte — o modo como os factos ocorreram, com particular referência ao estado do lugar.

O Tribunal de recurso, pela *ordinanza* também recorrida nesta sede, rejeitou tal pedido “não reconhecendo a sua oportunidade, por existirem suficientes elementos dedutíveis da descrição pormenorizada do estado do lugar por parte da polícia judiciária e das peritagens balísticas e médico-legais já constantes dos autos”.

O Tribunal não deu, no entanto, conta de tais “elementos suficientes” na fundamentação da sentença recorrida e demonstrou, na mesma, ter feito aplicação meramente formal e não substancial do instituto da renovação da discussão, remetendo-se com isso para uma orientação deste Tribunal, segundo a qual a renovação da discussão no julgamento em segunda instância — aplicação particular do princípio geral dito da economia da prova, que não tolera actividades supérfluas, do qual também se encontra aplicação nos art.ºs 299.º; 455.º; 457.º; 469.º do Código de processo — é um instituto excepcional relativamente ao abandono do princípio da oralidade na dita fase de recurso, na qual vigora a presunção de que a indagação instrutória se completou com o debates que tiveram lugar em 1.ª instância. Por isso a lei, longe de reconhecer carácter de obrigatoriedade ao poder do juiz de “apelação” de ordenar a renovação, vincula e subordina tal poder, no seu exercício concreto, a uma condição rigorosa: aquela segundo a qual o juiz considera, contra a dita presunção do carácter bastante da instrução, não poder decidir perante o estado dos autos. Portanto, se ele considera a instrução completa e suficiente, não pode ordenar a produção de novas provas, mas deve definir a causa com base nas provas já adquiridas (Cass. 26 de Junho de 1981, Agnellini, mass. uff. 150.634; conf. mass. uff. 149.209, 148.540, 147.668, 147.658, 147.292, etc...).

Este Tribunal, no entanto — apreciando a disposição do art. 520.º do Código de processo penal à luz da doutrina do Tribunal Constitucional segundo o qual a finalidade do art.º 24.º da Constituição é a de garantir a possibilidade efectiva de tutela jurisdicional das pretensões respectivas, dado que o exercício do direito de defesa deve ser concreto e efectivo e não hipotético e abstracto (sentenças n.º 46 de 1957; n.º 59, de 1959; n.º 26 de 1962; n.º 52 de 1965; n.º 86 de 1968; n.º 148 de 1969, n.ºs 69 e 76 de 1970;

n.º 98 de 1982; etc... e na mesma óptica se coloca o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nas sentenças de 29 de Março de 1984, Galdi e de 30 de Abril de 1980, Artico) — tem repetidamente doutrinado que o exercício da faculdade discricionária reconhecida ao juiz de segunda instância, de ordenar a renovação da discussão, não pode ser sindicado em sede de legitimidade, quando da sentença resulte, com adequada e conveniente motivação o carácter inútil e supérfluo das diligências de prova requeridas (Cass. 18 de Fevereiro de 1981, Olivani, mass. uff. 148.843; conf. mass. uff. 148.756, 147.669, 147.547); e que na hipótese do pedido específico de renovação total ou parcial da prova para comprovar as teses deduzidas nos fundamentos do recurso, com indicação idónea do objecto e da natureza das diligências instrutórias a efectuar, o juiz de “apelação” tem a obrigação de indicar adequadamente as razões pelas quais julga de indeferir tal pedido (Cass. 10 de Fevereiro de 1984, Paris; mass. uffs. 165.375, conf. mass. 158.221, 155.005, 154.630, 147.147).

Mais em particular, este Tribunal esclareceu recentemente que a faculdade do juiz de “apelação” ordenar a renovação da prova, se aplicada substancialmente, realiza plenamente a garantia do “processo justo” enunciada no art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e alcança esse objectivo porque visa colocar a defesa em posição de igualdade com a acusação. Efectivamente, com essa disposição, o legislador de 1930 quis evitar que num processo de tipo inquisitório o juiz pudesse cair no erro de se limitar a dar como provado o conteúdo da acusação, em vez de apurar a verdade dos factos (Cass., 10 de Fevereiro de 1984, Parisi, mass. uff. 165.374; conf. mass. 155.006; 154.635).

A tal respeito, este Tribunal tem observado que as normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — excepto, obviamente as disposições cujo conteúdo, ainda que utilizados os métodos usuais de interpretação, seja de considerar tão genérico que não permite definir situações suficientemente especificadas — são de aplicação imediata no nosso País e devem ser apreciadas em concreto pela sua incidência no sistema normativo mais vasto, que se veio a determinar em consequência da sua integração no ordenamento italiano (Cass., 20 de Abril de 1982, Bonfanti, mass. uff. 155.007; conf. mass. uff. 154.632); e que os princípios e os direitos individuais tutelados no art.º 6.º da C.E.D.H. (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), constituem os parâmetros para o estabelecimento da

verificação ou não do “processo justo” (Cass., 20 de Abril de 1982, Bonfanti, mass, uff. 155.008; conf. uff. 154.633).

Recordada a jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao art.º 6.º da Convenção e a este respeito cumpre frisar a exacta convergência interpretativa, ainda que para fins diferentes, do nosso Tribunal Constitucional no que respeita às disposições dos art.ºs 3.º, 24.º e 111.º da Constituição (cfr. para além da jurisprudência supracitada, as sentenças n.ºs 69 e 190 de 1970, n.º 27 de 1972 e n.º 2 de 1974) — este Tribunal observou que a importância primordial que o direito a um “processo justo” tem numa sociedade democrática, deve levar a optar por uma concepção “substancial” e não “formal” do processo, a qual, independentemente das formalidades a que cada ordenamento possa recorrer, tenha em conta a realidade do processo, de modo a dar à pessoa em relação à qual a autoridade investiga, a possibilidade de se defender de forma eficaz e adequada (Cass., 20 de Abril de 1982, Bonfanti, mass. uff. 155.009; conf. mass. 154.634); e que o direito a um “processo justo”, tutelado pelo art.º 6 da Convenção — elemento essencial, mas não exclusivo, do qual, é o princípio da “égalité des armes”, entendido como tutela da posição de igualdade que, no decurso do processo, deve subsistir sempre entre o acusado e a defesa, por um lado, e a acusação pública, por outro — constitui a expressão do princípio fundamental, afirmado no preâmbulo da Convenção, de respeito pelo primado do direito, que se manifesta através do dever, imposto ao Estado no seu todo em relação ao cidadão, a uma boa administração da Justiça (Cass., 20 de Abril de 1982, Bonfanti, mass. uff. 155.010; conf. mass. 154.635).

Que o cidadão seja titular da pretensão de respeito dos direitos que lhe são reconhecidos, parece evidente pelo exame dos art.ºs 1.º e 13.º da Convenção. Nos termos do art.º 1.º — que quase constitui, como foi incisivamente dito, uma “grundnorm” do sistema dos direitos e das liberdades fundamentais — as “Altas Partes Contratantes reconhecem” (e já não “comprometem-se a respeitar”, como constava do primeiro projecto de Convenção e como figura em outros Tratados, incluindo o Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos) “a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no Título I da presente Convenção”; enquanto que nos termos do art.º 13.º, “Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados, tem direito a recurso perante uma instância nacional,

mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuarem no exercício das suas funções oficiais”. Esta última norma institui, como parece evidente, uma garantia interna, internacionalmente prevista e tornada obrigatória para as partes, mas do exame conjunto das duas disposições parece igualmente evidente que, no interior dos Estados, para cada cidadão a protecção dos direitos humanos não é “reflexa” — isto é, tutelada através do compromisso assumido pelo destinatário das normas, que seria o Estado — mas “directa”, precisamente porque os direitos humanos são inerentes ao indivíduo como atributo da sua personalidade e, a Convenção, por um lado, reconhece formalmente a sua existência e, por outro, atribui ao indivíduo a legitimidade activa para garantir a sua tutela jurisdicional.

Apreciando, em seguida, também, o elemento formal constituído pela natureza de “lei ordinária” do acto pelo qual a Convenção entrou em vigor no nosso País, não pode mais discutir-se a natureza de direitos subjectivos (ou perfectos) que deve ser atribuída aos direitos reconhecidos pela Convenção como exclusivamente próprios dos indivíduos e como tais protegidos pelo ordenamento de forma directa e imediata.

A circunstância de que o indivíduo, que alegue a violação de um seu direito reconhecido pela Convenção, nos termos do art.º 25.º da mesma, possa dirigir-se à Comissão Europeia dos Direitos do Homem, não prejudica a aplicabilidade interna imediata das normas da Convenção nem a natureza dos direitos subjectivos reconhecidos; pelo contrário, o facto de não se poder dirigir à Comissão sem o prévio esgotamento dos recursos internos (art.º 26.º da Conv.) reforça a ordem de ideias acima exposta. Na realidade, a Convenção, com a instituição de órgãos internacionais de justiça (que a Itália aceitou) entendeu reforçar, na ordem interna, a tutela dos direitos reconhecidos e ao mesmo tempo previu a possibilidade de um controlo do modo como as autoridades judiciais nacionais (art.º 13.º) asseguram o respeito daqueles direitos.

Estabelecido, portanto, que as normas da Convenção são de aplicação imediata no nosso País e que o arguido tem direito a que o processo contra ele instaurado se desenrole segundo os princípios de “lealdade” estabelecidos no art.º 6.º da Convenção, deve ser esclarecido que os direitos individuais e, em particular, aqueles “especialmente” tutelados no parágrafo 3 do art.º 6.º são — em regra e salvo a ocorrência de casos particula-

res — garantidos no próprio interior do nosso processo penal por uma ou mais normas do nosso Código, as quais, no entanto, devem, o mais das vezes, ser reinterpretadas à luz dos princípios da Convenção. De resto, foi a propósito de um caso em que o nosso País foi levado perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, que a mesma observou que as disposições do Código de processo penal italiano relativas à audição das testemunhas são, em princípio, conformes com a Convenção, mas que importa verificar se o juiz criou ou não uma disparidade de tratamento na aplicação da lei (Governo da Áustria contra a Itália no caso de Fundres, parecer, par. 114) de maneira que, no fim de contas, em muitos casos, os princípios da Convenção não constituem mais do que princípios interpretativos válidos da norma interna e orientadores da sua correcta aplicação (Cass., 3 de Dezembro de 1982, Strappolatini, mass. uff. 157.087).

É desta precisão da Comissão Europeia e da *Corte di Cassazione*, que resulta o verdadeiro vício de fundamentação da sentença (e da *ordinanza*) impugnada, que fez mera aplicação “formal” da disposição do art.º 520.º do Código de processo penal, cujo conteúdo, se, pelo contrário, “substancialmente” aplicado, realiza plenamente a garantia do “processo justo” enunciada no art.º 6.º da Convenção e parece, até, ter essa finalidade.

Impõe-se, portanto, a anulação da sentença recorrida, reenviando-se os autos, para nova apreciação, à *Corte di assise di appello* de Bari.

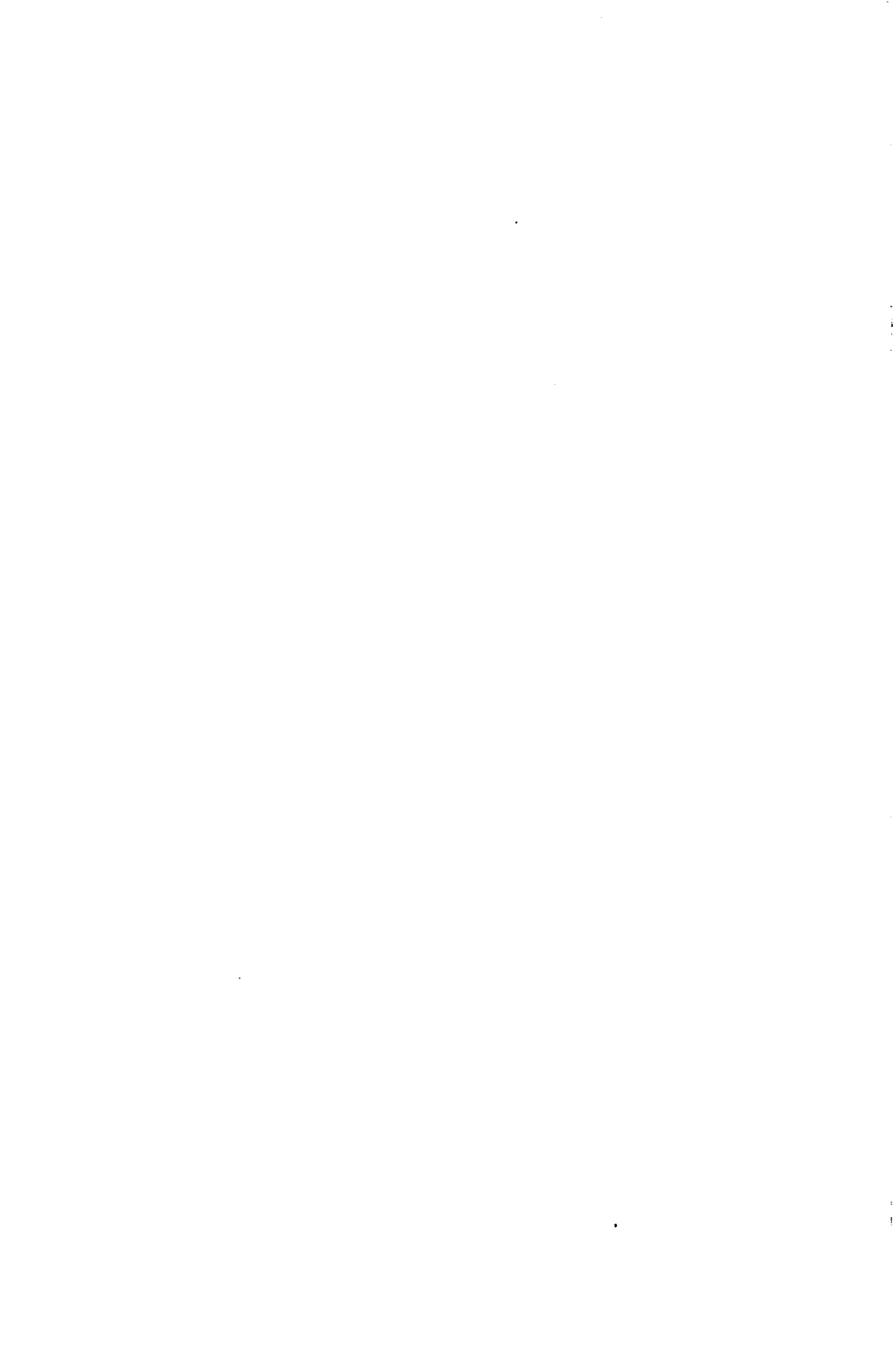
POR ESTE MOTIVO,

A *Corte di Cassazione*, vistos os art.ºs 524.º; 537.º; 543.º n.º 2 do Código de processo penal, anula a sentença recorrida e remete os autos, para nova apreciação, à *Corte di assise di appello* de Bari.

Roma, 27 de Outubro de 1984

O Conselheiro
VITALIANO ESPOSITO

O Presidente
LEO PICCININNI

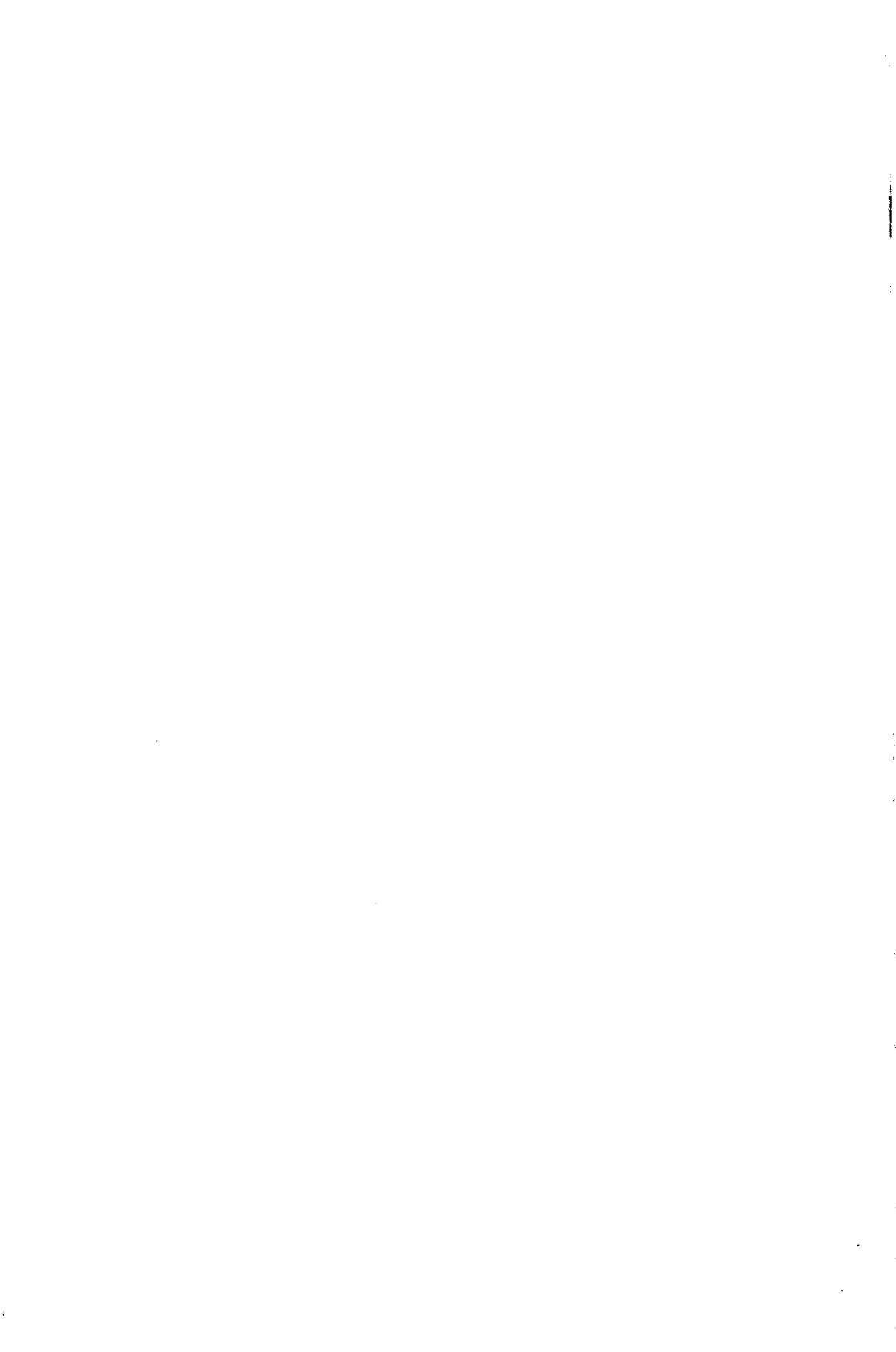


**ORGANISMOS
INTERNACIONAIS
NAÇÕES UNIDAS**



MARTA SANTOS PAIS

**A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS
DIREITOS DA CRIANÇA**



ÍNDICE

1. A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança
 - I. Antecedentes
 - II. O porquê de uma Convenção sobre os Direitos da Criança
 - III. Traços fundamentais da Convenção
 - o reconhecimento do superior interesse da criança
 - a importância da cooperação internacional
 - a protecção e promoção dos direitos do homem
 - a protecção de minorias
2. O Comité dos Direitos da Criança
3. Versão Portuguesa da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança



A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

I. ANTECEDENTES

1. Consciente da actualidade e relevância dos princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Sociedade das Nações em 1924, a Comissão dos Assuntos Sociais das Nações Unidas adoptou, em 1950, um projecto de Declaração relativa aos Direitos da Criança que, após apreciação no seio da Comissão dos Direitos do Homem, mereceu aprovação pela Resolução 1386 (XIV) da Assembleia Geral daquela Organização, em 20 de Novembro de 1959.

Considerando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como a já mencionada Declaração de 1924, haviam sublinhado a necessidade de assegurar à criança uma protecção especial, decorrente da sua falta de maturidade física e mental, a Declaração de 1959 lançou um apelo aos pais, organizações, autoridades locais e governos para que fosse reconhecido um código para o bem-estar de todas as crianças sem excepção, um elenco de direitos capazes de lhes garantir uma infância feliz e um crescimento e desenvolvimento sãos e normais, sob o ponto de vista físico, intelectual, moral, espiritual e social.

2. Pela Resolução da Assembleia Geral de 21 de Dezembro de 1976, o ano de 1979, vigésimo aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, foi proclamado o Ano Internacional da Criança, destinado a prosseguir os seguintes objectivos:

- consciencialização das autoridades e do público em geral para as necessidades particulares das crianças.

— procura de integração nos planos de desenvolvimento económico e social dos programas a favor das crianças.

3. Foi precisamente neste clima de consciência e reconhecimento do valor e relevância da protecção dos direitos da criança que a Polónia apresentou um projecto de Convenção, que nos últimos anos foi objecto de estudo por um grupo de trabalho criado no seio da Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas.

II. O PORQUÊ DE UMA CONVENÇÃO RELATIVA AOS DIREITOS DA CRIANÇA

Uma Declaração como a dos Direitos da Criança constituía o natural reconhecimento de valores e de directrizes a seguir, sendo a expressão da intenção de se alcançar uma determinada plataforma de protecção.

Ora, independentemente da natureza vinculativa que se reconheça às Declarações, a verdade é que elas não são fonte de obrigações para os Estados, reflectindo antes uma orientação, a adopção de princípios e de preocupações a ter em conta pelos Estados no exercício da sua soberania e eventualmente no seu relacionamento com outros Estados.

A relevância dos direitos da criança justificava assim a elaboração de uma nova Convenção que, prevendo a possibilidade de criação de obrigações para os Estados Parte, traduziria um compromisso internacionalmente assumido de reconhecer e assegurar um estatuto mínimo de protecção no domínio dos direitos civis, sociais, culturais e económicos a todas as crianças sem discriminação e uma melhoria progressiva da sua situação, autonomizando num texto próprio o seu tratamento.

É certo que os Pactos internacionais relativos aos direitos civis e políticos e aos direitos económicos, sociais e culturais haviam reconhecido já de forma universal a todo o ser humano, e naturalmente à criança, um amplo elenco de direitos, considerados fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo. É também verdade que esses instrumentos haviam sido ratificados por um número considerável de Estados.

Por outro lado, outros textos internacionais haviam dedicado às crianças uma particular atenção, ao regular especialmente a sua situação, como é o caso das Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais no domínio da protecção de vítimas de conflitos armados.

Mas importava não esquecer que a criança, pela sua incapacidade ou dificuldade em reivindicar directa e pessoalmente os seus direitos ou dar a conhecer as violações de que é vítima, justifica uma particular preocupação, um natural cuidado e uma muito especial responsabilidade do Estado, dos pais e instituições, na protecção do seu interesse superior, na preservação do seu futuro, na realização das suas necessidades e na garantia das suas liberdades.

Por outro lado, havia que encarar a criança em todas as facetas, não como mero objecto de medidas de protecção contra uma eventual negligência ou abuso, mas como um ser titular de direitos e liberdades fundamentais, com a possibilidade de participar nas decisões que lhe pudessem respeitar, com a sua autonomia e identidade próprias. Como defendeu Gérard Mendel, na sua obra *Para descolonizar a criança*, a regra de ouro reside no conhecimento de que a criança pertence a si própria, e não à família ou ao Estado.

O projecto da Polónia, porque na sua versão original reproduzia fundamentalmente os princípios já preconizados pela Declaração de 1959, veio a merecer a atenção dos Estados e a ser progressivamente completado e melhorado, procedendo-se agora a uma revisão técnica que permitirá em breve ultimar a sua redacção.

Uma vez que no próximo ano se comemorará o 30.º aniversário da Declaração dos Direitos da Criança, e o 10.º aniversário do Ano Internacional da Criança, tem sido ultimamente manifestada por alguns países e instituições a preocupação de garantir a sua aprovação em 1989 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Pelo nosso lado, reconhecendo embora a necessidade de não arrastar a sua discussão por um período indefinido, consideramos importante não

sacrificar a sua qualidade a uma tomada de decisão apressada e eventualmente menos ponderada relativamente a alguma das situações reguladas.

III. TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA CONVENÇÃO

O projecto de Convenção relativa aos Direitos da Criança encontra-se dividido em três grandes capítulos.

1. O primeiro capítulo prevê um núcleo de direitos e liberdades fundamentais e menciona medidas de protecção da criança.

Como atrás se disse, a preocupação dominante foi a de reunir num texto único as diferentes disposições previstas em anteriores convenções internacionais, em que a situação da criança fosse abordada. E foi tida em conta uma dupla perspectiva.

Por um lado, procurou assegurar-se a protecção da criança de forma a genericamente garantir o seu desenvolvimento físico, mental, moral e social, bem como a sua especial protecção em situações como as de maus tratos, estatuto de refugiado ou envolvimento em conflitos armados.

Por outro, reconheceu-se a sua liberdade e correspondente responsabilidade, a faculdade de participação nas decisões que lhe respeitam, a necessidade de ter em conta a sua opinião. Neste sentido, foi-lhe garantido o direito de exprimir livremente a sua opinião (Artigo 12), de se informar e de informar, de se reunir e associar (artigo 13 e 15).

Reconheceu-se, em suma, a necessidade de realizar primacialmente o interesse superior da criança, independentemente da diversidade dos valores culturais ou das necessidades dos países, dos sistemas jurídicos vigentes ou das entidades envolvidas em cada caso concreto. (artigo 3).

Reconhecimento do superior interesse da criança

O superior interesse da criança surge, assim, como uma realidade a ponderar, um objectivo a prosseguir por todos quantos possam contribuir para o seu desenvolvimento harmonioso — os pais, na sua especial respon-

sabilidade de condução e educação da criança; as instituições, ao assegurar a sua tutela; o Estado, ao adoptar as medidas tendentes a garantir o exercício dos direitos previstos pela Convenção.

Constitui, pois, um princípio a prevalecer, um limite à actuação das entidades envolvidas no processo de desenvolvimento da criança, uma garantia residual à sua protecção.

A concretização deste princípio levará naturalmente a que seja ouvida e tida em consideração a opinião da criança (artigos 3 n.º 1 e 12 n.º 2), opinião que para ser bem formada implicará a liberdade de se informar e de informar, a liberdade de se reunir ou associar (artigos 13 e 15).

Implicará, por outro lado, o respeito pelas responsabilidades, direitos e deveres dos pais ou representantes legais na condução da criança (artigo 5).

Mas criará para o Estado a obrigação de *intervir* sempre que o superior interesse da criança não seja prosseguido ou se corra o risco de o ver violado.

Reflexo desta preocupação é o disposto no artigo 9, ao prever-se a possibilidade de separação da criança de seus pais, em situação de negligência ou de maus tratos.

A tutela do superior interesse da criança poderá manifestar-se particularmente importante no exercício das liberdades de expressão (artigo 13), de pensamento, consciência e religião (artigo 14), de reunião e associação (artigo 15) ou do direito de acesso à informação (artigo 13), face às opções que a criança venha a fazer e que possam eventualmente não corresponder às de seus pais ou das pessoas a quem hajam sido confiadas.

Com efeito, o exercício destas liberdades parece poder unicamente ser condicionado por restrições previstas pela lei e que se mostrem necessárias para assegurar o respeito dos direitos de outrém e a salvaguarda de valores como a segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral públicas.

A nosso ver, pois, o interesse superior da criança levará sempre o Estado a proteger o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos à criança, mesmo que tal implique adoptar orientação diferente da dos pais, principais responsáveis pela sua educação e condução, prevalecendo assim sobre o princípio geral de que os Estados devem respeitar as responsabilidades, direitos e deveres dos pais, ou outras pessoas que tenham a criança a seu cargo.

Por outro lado, reconhecendo-se que o Estado deve adoptar as medidas julgadas adequadas para assegurar o exercício dos direitos previstos pela Convenção, o superior interesse da criança levará certamente a que se concretizem essas medidas. Restará saber de que forma se poderá levar o Estado a realizar tal tarefa, sob pena de não contribuir para a realização de tal objectivo *por omissão*.

É interessante mencionar a este propósito que se tem defendido mesmo a criação de um Ombudsman da criança, encarregado de apreciar, e eventualmente punir, as acções contrárias à realização do seu superior interesse, possível mediador nos conflitos entre a criança e os pais, e representantes daquela perante as instâncias estatais ou internacionais. Neste sentido se manifestam igualmente os denominadas "Princípios de Riade", que constituem um Projecto de Princípios sobre Prevenção da Delinquência Juvenil, a apreciar pelo VIII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção Criminal, que terá lugar em Havana, em Agosto de 1990.

Aí se estabelece, com efeito, que deveria ser ponderada a instituição de um Provedor para os jovens, ou um serviço independente com funções similares, que se empenhasse em preservar o estatuto, direitos e interesses dos jovens, face ao sistema judiciário, e em encaminhar os interessados para os serviços adequados.

2. O segundo capítulo do Projecto reporta-se ao Comité dos Direitos da Criança, criado para apreciar a realização na ordem jurídica interna das disposições da Convenção e, através da sua acção, proporcionar formas de cooperação e de assistência técnica aos países que manifestem o desejo de dela virem a beneficiar para assegurar uma mais alargada e efectiva protecção das crianças. Dele se tratará mais adiante.

3. Enfim, o terceiro capítulo reporta-se às tradicionais cláusulas finais, que não justificam particular apreciação.

Objectivo

O objectivo desta Convenção é fundamentalmente o de assegurar uma *protecção mínima* à criança em diferentes domínios, tais como o da educa-

ção, da segurança social, saúde ou da liberdade de opinião, reunião ou associação, sem prejuízo, naturalmente, de qualquer *tratamento* de natureza *mais favorável* decorrente de legislação nacional ou de tratado internacional em vigor (vd. art. 41 da Convenção).

Trata-se, assim, de um estatuto mínimo de protecção para que o Estado, instituições públicas e privadas ou quaisquer pessoas que tenham a criança a seu cargo deverão contribuir, tendo em conta o interesse superior da mesma.

Nos termos do artigo 4 do Projecto os Estados comprometem-se, a tomar todas as medidas adequadas, de natureza legislativa, administrativa ou outra, consoante os recursos de que disponham, para assegurar o exercício dos direitos reconhecidos na Convenção. Esta fórmula é, aliás, retomada noutras disposições do texto.

Importante será, no entanto, que se não interprete a existência de recursos como condicionante ou obstáculo à criação de mecanismos pelo Estado para o pleno exercício de direitos de carácter civil ou político, como sejam o direito ao nome ou a uma nacionalidade ou a liberdade de opinião, expressão ou associação. Trata-se de realidades que, pela sua natureza intrínseca, não estão dependentes da existência de recursos nem serão objecto de uma realização progressiva, como é expressamente reconhecido para os direitos económicos, sociais e culturais pelo Pacto de 1966. Aqui, como noutras disposições da Convenção, importa que a redacção que vier a ser adoptada não permita restringir ou condicionar situações regidas por anteriores instrumentos internacionais.

A garantia dos direitos previstos pode traduzir-se em diferentes formas de agir, que decorrem, afinal, da própria natureza das situações que se pretendem tutelar.

Assim é que se visa, em geral, assegurar a protecção da criança contra qualquer forma de discriminação (artigo 2); contra os maus tratos e a exploração sexual, económica ou no trabalho ou contra quaisquer formas de exploração que possam mostrar-se prejudiciais ao seu bem-estar (artigos 19, 32, 34 e 36); contra a venda, o tráfico ou o rapto de crianças (artigo 35) ou contra o consumo de drogas (artigo 23).

Um outro conjunto de artigos prevê uma especial protecção de crianças que se encontrem em determinada situação considerada de risco. É o caso das crianças sem família ou privadas de ambiente familiar, referido no artigo 20; das crianças que, por terem sido vítimas de negligência, exploração ou maus tratos precisam de medidas de readaptação e reinserção

(artigo 39); das crianças deficientes (artigo 23), refugiadas (artigo 22) ou envolvidas directa ou reflexamente em conflitos armados (artigo 28).

A Convenção dispõe ainda sobre a necessidade de se garantir o exercício de direitos e liberdades, respeitando ou propiciando condições para a sua aplicação. No fundo, impedindo que restrições decorrentes da actividade de outrém possam limitar ou impedir a sua aplicação. É o caso da liberdade de opinião e expressão, liberdade de associação e reunião, liberdade de religião (artigo 12 e seguintes). É ainda o caso do direito de acesso à informação (artigo 17) e do direito à preservação da identidade (artigo 8).

Enfim, e no que toca aos direitos económicos, sociais e culturais, o texto atribui aos Estados uma particular tarefa: a de criar progressivamente as condições adequadas para a sua plena realização.

Importância da cooperação internacional

Sendo este projecto de Convenção um texto das Nações Unidas destinado a assegurar, de forma universal, a protecção de direitos humanos, natural se torna que atribua à cooperação internacional um lugar de destaque, como forma de contribuir para uma mais rápida e efectiva implementação dos direitos que prevê. Neste capítulo segue, aliás, uma orientação decorrente da Carta das Nações Unidas.

Com efeito, refere o artigo 1 n.º 3 que um dos fins das Nações Unidas é conseguir uma *cooperação internacional* para resolver os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Esta ideia é reflectida em inúmeros passos da Convenção, como em seguida se procurará evidenciar.

Desde logo o artigo 4, disposição chave do projecto, menciona a necessidade de os Estados adoptarem medidas de natureza legislativa,

administrativa, ou outra para garantir o exercício dos direitos previstos, se necessário no quadro da cooperação internacional.

Outras disposições exemplificam as possíveis formas de cooperação a adoptar. E fundamentalmente são mencionadas duas. Por um lado, a *celebração de acordos* bilaterais ou multilaterais e a consulta periódica entre autoridades nacionais; por outro, o *intercâmbio de informações* e conhecimentos que possam contribuir para uma melhoria da situação da criança e para a realização dos seus direitos.

Como exemplo da primeira situação poderá citar-se o caso de deslocamentos ilícitos, de rapto ou de venda de crianças (artigos 11 e 35) ou a cobrança de alimentos no estrangeiro (artigo 27 n.º 4). Note-se que se convida muitas vezes à adesão a instrumentos já existentes neste domínio, de forma a beneficiar de estudos e plataformas de entendimento anteriormente alcançados. É este, por exemplo, o caso da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Menores e da Convenção de Nova Iorque sobre Cobrança de Alimentos no estrangeiro, que, aliás, foram já ratificados pelo nosso país (cfr. Decreto 33/83, de 11 de Maio e Decreto-Lei 45942 de 28 de Setembro de 1964).

Como exemplo do segundo, poder-se-ão mencionar os artigos que se reportam à eliminação do analfabetismo e à melhoria de conhecimentos (artigo 28 n.º 3), à realização da saúde ou ao tratamento e reeducação de crianças deficientes (artigo 24 n.º 4 e 23 n.º 4), à procura da família de crianças refugiadas (artigo 22 n.º 2).

Enfim, como desenvolvidamente se verá no capítulo seguinte, o artigo 45 encoraja a cooperação internacional de forma a promover a realização efectiva dos direitos previstos pela Convenção, através da acção do Comité dos Direitos da Criança e de organismos competentes.

Outros traços da Convenção

A Convenção evidencia duas outras preocupações residuais. Por um lado, a protecção e promoção dos direitos humanos; por outro, a protecção de minorias. Em seguida se evidenciarão os reflexos desta preocupação nas disposições da Convenção.

Protecção e promoção dos direitos do homem

Sendo esta uma Convenção das Nações Unidas no domínio dos Direitos do Homem, não surpreende que seja abordada a questão da protecção e promoção dos direitos do homem. Trata-se afinal de concretizar um dos objectivos daquela Organização, como decorre dos artigos 1 n.º 3 e 55 c) da Carta adoptada em S. Francisco.

Ora, ao preconizar formas de garantia e protecção dos direitos da criança, por maioria de razão essa preocupação deverá ser patente. Assim se assegurará a formação daqueles que amanhã poderão bater-se pela liberdade, justiça e paz no mundo, por favorecer o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa mais ampla liberdade.

Como se reconheceu noutros instrumentos adoptados no seio desta Organização, nomeadamente a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial aprovada entre nós pela Lei 7/82, de 29 de Abril, os Estados devem adoptar medidas eficazes para lutar contra preconceitos que incitem à discriminação e favorecer a compreensão, a tolerância e amizade entre nações, grupos raciais e étnicos, bem como promover os objectivos e princípios da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O Preâmbulo do Projecto sublinha assim a necessidade de educar a criança no espírito dos ideais proclamados na Carta, num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e fraternidade.

Preocupação que é evidenciada aquando da apreciação do direito à educação e da formulação dos objectivos desta (artigo 29 n.º 1) bem como da reinserção social de crianças delinquentes (artigo 40 n.º 1).

A formação da criança num espírito de compreensão, tolerância e liberdade assume assim particular relevo. Mas para a realização efectiva desse fim, necessário se torna que a informação sobre os direitos do homem seja amplamente divulgada, permitindo uma maior sensibilização e consciencialização dos indivíduos e, de forma muito particular, das entidades a quem as crianças se encontram confiadas.

Manifestando a relevância de tal acção, reconhece a Convenção a obrigação de os Estados tornarem largamente conhecidos, por meios adequados e activos, os princípios e disposições da Convenção, junto dos adultos e das crianças, isto é, tanto aos titulares dos direitos e liberdades quanto aos que podem assegurar a sua realização (artigo 42).

Enfim, seguindo uma orientação crescentemente defendida no seio das Nações Unidas, nomeadamente no Projecto de Declaração sobre o direito e responsabilidade dos indivíduos, grupos e órgãos da sociedade em promover e proteger os direitos do homem e liberdades fundamentais universalmente reconhecidos, o artigo 46 n.º 6 cria para os Estados a obrigação de assegurarem uma larga difusão dos relatórios de aplicação, da futura Convenção a apresentar periodicamente ao Comité dos Direitos da Criança.

Desta forma, pretende-se que o Comité possa apreciar a situação existente e os progressos realizados no domínio da protecção dos direitos da criança em determinado país. Mas visa-se igualmente permitir àqueles a quem as medidas se destinam que apreciem a evolução verificada, a adequabilidade das medidas adoptadas e as dificuldades e carências sentidas.

A protecção de minorias

Se inicialmente o Grupo de Trabalho constituído para elaboração desta Convenção contava primacialmente com representantes de países europeus, nas últimas sessões delegados de países em desenvolvimento e organizações não governamentais representativas de populações autóctones procuraram integrar no texto disposições que reflectissem melhor a sua realidade.

Esta preocupação levou mesmo a que a Comissão dos Direitos do Homem incluisse, numa Resolução aprovada em 1988, um parágrafo sublinhando a necessidade de ter devidamente em conta os valores culturais e as necessidades destes países, única forma de realizar de forma universal os direitos da criança.

Não é assim de estranhar que, dando sequência ao artigo 27 do Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos, o artigo 30 estabeleça que nenhuma criança indígena ou pertencente a uma minoria possa ser privada do direito à sua vida cultural própria, de professar ou praticar a sua religião ou de utilizar a sua própria língua.

Por outro lado, entre os objetivos a prosseguir na educação da criança, menciona-se o desenvolvimento de um espírito de compreensão, tolerância e amizade entre os povos e grupos étnicos e religiosos (artigo 29

Ainda no domínio da educação, sublinha-se o incentivo do respeito pela identidade da criança e pelos seus valores culturais, bem como pelos valores nacionais do país em que vive, evidenciando assim a coexistência de valores nacionais e de valores de grupos minoritários.

O respeito pela identidade da criança é genericamente reconhecido pelo artigo 8 da Convenção, devendo o Estado assegurar assistência e protecção adequadas à sua preservação ou restabelecimento.

Este objectivo deverá ainda ser tido em conta em situações em que a criança se encontre privada de ambiente familiar e se torne necessário assegurar uma protecção familiar alternativa. E nessa circunstância, importará preservar o modo de educação da criança e a sua identidade étnica, religiosa ou linguística (artigo 20 n.º 3).

Enfim, e no que respeita ao acesso das crianças à informação, os Estados Parte deverão encorajar os órgãos de informação a ter particularmente em conta as necessidades linguísticas das crianças que pertençam a uma minoria ou que sejam indígenas, de forma a promover o seu bem-estar social, espiritual e moral, a sua saúde física e mental, no fundo, a preservar a sua identidade (artigo 17 d).

A concretização destes valores na Convenção sobre os Direitos da Criança reveste-se de particular importância num momento em que a Sub-comissão de Prevenção de Discriminação e Protecção de Minorias das Nações Unidas última um Projecto de Declaração sobre os Direitos das Populações Indígenas.

Correspondendo à concretização de princípios reconhecidos na referida Declaração, o Projecto de Convenção procura assegurar desde já a sua efectiva aplicação, incorporando-os entre os objectivos a prosseguir pelos Estados e instituições na realização dos direitos previstos.

Esta atitude revela-se de natural interesse para o nosso país, que conta com cerca de quatro milhões de trabalhadores no estrangeiro, sendo uma forma de lhes assegurar, e nomeadamente às crianças, uma particular protecção, enquanto grupos minoritários, e de preservar a sua identidade cultural e nacional.

Trata-se, afinal, de afirmar o direito de todos os indivíduos e grupos à diferença e de reconhecer que todos os povos e grupos contribuem para o desenvolvimento das civilizações e culturas que constituem o património comum da humanidade.

II. O COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA

1. Constituído no seio da Comissão dos Direitos Humanos, o Grupo de Trabalho encarregue da redacção deste Projecto de Convenção apreciou, desde 1979, o elenco de direitos que considerou indispensável incluir neste novo instrumento de direito internacional.

Se, inicialmente, o projecto apresentado pela Delegação Polaca reproduzia fundamentalmente os direitos reconhecidos pela Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1959, com as sucessivas reuniões realizadas o leque de direitos foi crescendo e cobrindo múltiplas situações consideradas fundamentais para garantir à criança um núcleo mínimo de direitos, de condições indispensáveis ao seu desenvolvimento completo e harmonioso, independentemente do país, situação económica, social ou outra.

Na reunião de 1987 analisaram-se as disposições relativas ao Comité dos Direitos da Criança. Ou seja, uma vez delineado o estatuto jurídico das crianças, reconhecida a obrigação dos Estados de tomarem todas as medidas legislativas, administrativas ou outras necessárias ao exercício dos direitos previstos, reconhecida a responsabilidade de instituições na realização dos direitos preconizados, nomeadamente das pessoas a quem a criança foi legalmente confiada, importava instituir um organismo que examinasse os progressos realizados pelos Estados Parte na execução das

obrigações contraídas, apreciando, através da apresentação de relatórios periódicos, as medidas adoptadas e os progressos evidenciados.

2. A instituição de um organismo desta natureza não constituía novidade. Com efeito, já em anteriores convenções se havia recorrido a idêntica solução. Convenções que, aliás, na sua generalidade se encontram em vigor no nosso país. Tal é o caso, por exemplo, da Convenção internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adoptada em 1965 (lei 7/82, de 29 de Abril); do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966 (Lei 29/78, de 12 de Junho); da Convenção sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Lei 23/80, de 26 de Julho); ou, da recente Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Resolução da Assembleia da República 11/88, de 21 de Maio).

A própria figura dos relatórios havia já sido considerada pelas Nações Unidas, nos anos 50, como forma de assegurar à Comissão dos Direitos do Homem ou ao Comité Económico e Social, a possibilidade de conhecer os progressos realizados no domínio dos direitos humanos no seio dos diferentes países da Comunidade Internacional.

Tradicionalmente, e na área da apresentação de relatórios a Comités instituídos com funções de controlo de aplicação, cabe a estes organismos — não se analisarão agora as atribuições por vezes reconhecidas de apreciação de queixas por particulares ou por Estados, realidade que não é prevista pela Convenção sobre os Direitos da Criança — cabe a estes organismos, dizíamos:

- a supervisão da aplicação pelos Estados dos direitos reconhecidos pelas convenções por que foram instituídos,
- a apreciação dos progressos realizados na implementação das disposições dessas mesmas convenções e
- o estabelecimento de um diálogo com os Estados, que permita reunir uma maior informação acerca da situação dos direitos humanos na sua ordem interna, nomeadamente dos que hajam sido expressamente previstos por aqueles textos.

3. Também ao Comité dos Direitos da Criança, constituído por dez peritos de alta moralidade e de reconhecida competência, cabem funções desta natureza. Com efeito, reconhece-se que o Comité, através dos relatórios para tal periodicamente apresentados pelos Estados:

- apreciará a execução das obrigações contraídas pelos Estados Parte, por força da ratificação ou da adesão à Convenção
- examinará as medidas adoptadas para dar efeito aos direitos reconhecidos e os progressos realizados no gozo desses direitos.

Note-se que se optou por uma versão ampla. Isto é, referiu-se a necessidade de mencionar todas as medidas capazes de contribuir para a implementação *dos direitos* reconhecidos pela Convenção, ou seja, para a promoção e protecção dos direitos da criança, e não simplesmente das medidas que correspondessem ao cumprimento das obrigações directamente impostas aos Estados.

Com efeito, pretende-se que os relatórios reflectam todas as acções que assegurem a realização dos direitos da criança, quer essa acção caiba ao Estado quer a outra entidade.

Evidenciou-se, pois, a apreciação da realização dos direitos, ideia naturalmente mais forte, ampla e positiva que o simples cumprimento de obrigações.

Mas, de forma algo inovadora em relação à generalidade das convenções anteriores, reconheceu-se particular importância também à acção do Comité na promoção da *solidariedade e da cooperação internacionais*, desencadeando formas de assistência técnica por órgãos das Nações Unidas, Agências Especializadas e mesmo organizações não governamentais, face a pedidos que para tal tenham sido formulados pelos Estados Parte aquando da apresentação dos seus relatórios. Mais adiante se verá de que forma.

4. Nos termos do artigo 44 da Convenção, os Estados Parte comprometem-se a apresentar ao Comité, nos dois anos subsequentes à data da entrada em vigor da Convenção na sua ordem jurídica interna, e, seguidamente, de cinco em cinco anos, um relatório contendo, por um lado, as medidas de realização dos direitos reconhecidos pela Convenção e, por outro, os progressos realizados no gozo desses direitos.

Os relatórios dos Estados deverão conter suficientes elementos de informação

- sobre a forma de aplicação da Convenção na ordem interna,
- sobre as medidas de natureza legislativa, judicial, administrativa ou outra, adoptadas para assegurar o reconhecimento dos direitos preconizados e a efectiva aplicação da Convenção,
- sobre o modo de divulgação da Convenção (tenhamos presente a este propósito o disposto pelo artigo 42),
- sobre os progressos realizados no gozo dos direitos,
- sobre os factores e dificuldades que hajam eventualmente impedido ou condicionado o cumprimento das obrigações contraídas,
- enfim, se necessário, o Estado poderá formular um pedido de conselho ou assistência técnica para melhorar o sistema de aplicação da Convenção e, no fundo, de protecção das crianças no seu território.

O primeiro relatório deverá ser particularmente desenvolvido na apresentação do país a que respeita, constituir um retrato das instituições, da situação económica, social, demográfica, das actividades desenvolvidas, taxas de desemprego, níveis de analfabetismo, etc. Neste domínio, os dados estatísticos são habitualmente muito bem acolhidos.

Tradicionalmente, nas primeiras reuniões do Comité é adoptado o seu Regulamento interno e são estabelecidas as directivas, “guidelines”, para a apresentação futura dos relatórios. De forma mais desenvolvida se orienta então a forma de estruturar estes, a natureza de informações a incluir, os dados de natureza estatística a prestar, etc.

5. À primeira vista poderíamos ser levados a pensar que o sistema de apresentação de relatórios procura simplesmente instituir uma forma de controlo, por uma instância independente e composta de representantes de diferentes regiões do mundo e de diferentes sistemas jurídicos, da acção dos Estados que se comprometeram a assegurar, na sua ordem jurídica interna, o exercício de um determinado núcleo de direitos.

Por outro lado, a elaboração de relatórios é em si mesma tradicionalmente considerada como tarefa árdua, longa, demasiado técnica, constituindo um risco inegável: o de levar a concluir pela insuficiência ou deficiência de cumprimento pelo Estado das obrigações que lhe incumbem, nos termos do tratado ratificado. Essa prova, por poder criar na opinião internacional uma imagem negativa do país, num domínio tão sensível quanto é o dos direitos humanos, leva muitas vezes a ponderar de forma extraordinariamente cautelosa a adesão a um instrumento jurídico desta natureza e o reconhecimento da competência do Comité.

De forma a ultrapassar essas dificuldades e a apoiar os Estados nesta área, as Nações Unidas têm assegurado programas de formação para funcionários encarregados de elaborar os relatórios de aplicação. Por outro lado, tem-se procedido à divulgação de documentação relevante e actualizada neste domínio. Ainda recentemente se realizou, com este intuito, um Curso em Portugal para funcionários oriundos de países de língua oficial portuguesa (Maio de 1988).

Na realidade, que valor terá um tratado quando não amplamente ratificado ou aplicado numa significativa parte da comunidade internacional? Nomeadamente na área dos direitos do homem e liberdades fundamentais, em que o importante é assegurar uma efectiva protecção dos direitos de todo o indivíduo, sem discriminação de qualquer espécie?

Conscientes desta realidade e de que a finalidade última da sua criação é contribuir para uma cada vez mais ampla e efectiva garantia e promoção dos direitos do homem, os diferentes organismos de controlo instituídos têm procurado alicerçar a sua acção num *diálogo com os Estados Parte*.

Daí que se mencione a possibilidade de o Comité dos Direitos da Criança, após a entrega dos relatórios e antes da sua discussão, solicitar aos Estados o envio de informações complementares que permitam ter uma ideia mais completa da aplicação da Convenção.

Daí também que a apresentação do relatório seja habitualmente feita com a presença do representante do Estado, que se coloca à disposição do Comité para a elucidação de eventuais dúvidas ou questões suplementares.

Daí que, enfim, se pretenda aferir não só dos progressos, mas também das *dificuldades* enfrentadas, de forma a permitir a formulação de sugestões e recomendações de ordem geral e, no caso de pedidos dos Estados, a instituição de formas de colaboração e assistência técnica que contribuam

para uma melhoria do nível de protecção assegurada e, acima de tudo, para a realização do superior interesse da criança.

6. Diferentemente de anteriores convenções, o texto relativo aos Direitos da Criança prevê, no seu artigo 45, a possibilidade de organismos competentes, como a UNICEF, a Organização Mundial do Trabalho (OIT), a OMS, a UNESCO ou o Alto Comissariado para os Refugiados se fazerem representar aquando da apreciação pelo Comité de disposições da Convenção que se inscrevam no seu mandato. Poderá mesmo ser solicitado o seu parecer técnico sobre determinadas questões.

Por outro lado, o Comité poderá solicitar às agências especializadas e à UNICEF a apresentação de relatórios sobre a aplicação da Convenção no domínio das suas actividades.

Da convergência de relatórios sobre a implementação da Convenção, da complementaridade de medidas adoptadas pelos Estados e levadas a cabo pelas instituições especializadas e outros organismos competentes, (que poderá incluir mesmo as Organizações não Governamentais, ou seja, organizações caracterizadas pela sua independência face ao poder político e pela sua natural vocação para a defesa e protecção dos direitos humanos, nomeadamente de sectores minoritários da sociedade) decorrerá naturalmente um mais profundo conhecimento da situação existente em cada país, nomeadamente das carências sentidas, das dificuldades enfrentadas e das soluções a preconizar.

A complementaridade e estreita ligação entre Estados, instâncias das Nações Unidas e associações de protecção dos direitos da criança, a elucidação de problemas, dificuldades e eventuais entraves existentes, permitirá criar as necessárias condições para a concretização de formas de cooperação e assistência técnica e assegurar uma crescente protecção dos direitos do menor, a nível nacional e internacional.

Desta forma, o Comité poderá ter uma visão de conjunto, da situação dos direitos da criança no mundo, e fomentar a implementação de sistemas de cooperação e assistência técnica, recorrendo-se à acção de instituições especializadas e ao espírito de solidariedade internacional, tantas vezes preconizado pelas Nações Unidas e que encontra um reflexo evidente em inúmeras disposições do texto da Convenção.

Bastará para tal recordar as passagens relativas ao intercâmbio de informações na área da saúde e da recuperação, na eliminação do analfabe-

tismo e melhoria de conhecimentos, na celebração de acordos multilaterais ou bilaterais para obviar ou solucionar situações de tráfico, venda ou rapto de crianças.

Note-se que se previu mesmo, aliás por sugestão da Delegação Portuguesa, a possibilidade de o Comité levar ao conhecimento da Assembleia Geral das Nações Unidas (constituída por todos os membros e reflectindo a expressão da consciência colectiva e universal), para além do relatório das suas actividades, *sugestões e recomendações de ordem geral*, fundadas nas informações recebidas dos Estados ou de organismos competentes intervenientes.

Cabendo à Assembleia Geral promover a cooperação internacional nos domínios económico, social, cultural ou educativo, e favorecer o gozo efectivo dos direitos do homem e liberdades fundamentais, o seu conhecimento da situação dos direitos da criança no mundo e das medidas adoptadas para garantir a sua protecção, poderá naturalmente suscitar uma sensibilização alargada relativamente a estas questões e à consciência da necessidade de novas formas de cooperação.

Estas medidas evidenciam, decerto, que a acção do Comité não assume unicamente a natureza de organismos de supervisão ou controlo, mas sobretudo de uma entidade capaz de desenvolver o sentimento de solidariedade internacional e de criar condições para pôr em prática novas formas de cooperação e assistência técnica.

7. Pode ainda o Comité, por recomendação formulada à Assembleia Geral, solicitar ao Secretário Geral das Nações Unidas a realização de *estudos sobre questões* relativas aos direitos da criança.

Desta forma, poder-se-á estar atento à evolução verificada no sistema nacional e internacional de protecção dos direitos da criança e ao próprio âmbito da expressão.

Assegurar-se-á uma interpretação aberta e evolutiva do conceito, tendente a instituir de forma crescente a protecção de todas as crianças no mundo e a permitir a cobertura de domínios que neste momento não justificam ainda o tratamento pela Convenção.

8. Do que foi dito fica a convicção de que a natureza multifacetada do Comité de Direitos da Criança contribuirá para uma mais ampla ratificação desta Convenção que se não resume, assim, a um texto de natureza

meramente imperativa, fornecendo antes algumas hipóteses de solução para carências ainda infelizmente sentidas.

No fundo, todas estas medidas sensibilizarão Estados e instituições para a necessidade de proteger cada vez mais e melhor as crianças.

Sensibilização que se impõe na própria ordem jurídica interna.

Garantida, nos termos do compromisso decorrente do artigo 42 do texto, pela própria divulgação, por meios adequados e activos, dos princípios e disposições da Convenção.

Garantida igualmente pela larga difusão pelos Estados Parte dos relatórios apresentados ao Comité, numa atitude de transparência perante os cidadãos do cumprimento das obrigações internacionais.

Sendo a informação, no domínio dos direitos do homem, uma forma de garantir o seu respeito duradouro, é sem dúvida também um meio de suscitar a participação de todos na realização dos objectivos desta Convenção. O que reforçará a sua efectiva implementação.

**CONVENÇÃO
SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (*)**

Tradução de MARTA SANTOS PAIS

(*) Texto aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989.

Ao longo do texto é feita referência às diferentes disposições de instrumentos jurídicos internacionais que se mostraram relevantes para a redacção final do texto aprovado pelas Nações Unidas.

PREÂMBULO

Os Estados Parte na presente Convenção

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Tendo presente que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamaram, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e que resolveram favorecer o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa liberdade mais ampla,

Reconhecendo que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e nos Pactos internacionais relativos aos Direitos do Homem, proclamaram e acordaram em que toda a pessoa humana pode invocar os direitos e liberdades aqui enunciados, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação,

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos do Homem a Organização das Nações Unidas proclamou que a infância tem direito a uma ajuda e assistência especiais,

Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade,

Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão,

Considerando que importa preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade,

Tendo presente que a necessidade de garantir uma protecção especial à criança foi enunciada pela Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e pela Declaração dos Direitos da Criança adoptada pelas Nações Unidas em 1959, e foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (nomeadamente nos artigos 23 e 24), Pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (nomeadamente no artigo 10) e pelos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança,

Tendo presente que, como indicado na Declaração dos Direitos da Criança, adoptada em 20 de Novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”;

Recordando as disposições da Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos aplicáveis à Protecção e Bem-estar das Crianças, com especial referência à Adopção e Colocação Familiar nos planos Nacional e Internacional (Resolução 41/85 da Assembleia Geral, de 3 de Dezembro de 1986), o Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas relativas à Administração da Justiça para Menores (“Regras de Beijing”) (Resolução 40/33 da Assembleia Geral, de 29 de Novembro de 1985) e a Declaração sobre Protecção de Mulheres e Crianças em situação de Emergência ou de Conflito Armado (Resolução 3318 (XXIX) da Assembleia Geral, de 14 de Dezembro de 1974),

Reconhecendo que em todos os países do mundo há crianças que vivem em condições particularmente difíceis e que importa assegurar uma atenção especial a essas crianças,

Tendo devidamente em conta a importância das tradições e valores culturais de cada povo para a protecção e o desenvolvimento harmonioso da criança,

Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento,

Acordam no seguinte:

PRIMEIRA PARTE

ARTIGO 1

Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de dezoito anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.

ARTIGO 2

1. Os Estados parte comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de

qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação⁽¹⁾.

2. Os Estados Parte tomam todas as medidas adequadas para que a criança seja efectivamente protegida contra todas as formas de discriminação ou de sanção decorrentes da situação jurídica, de actividades, opiniões expressas ou convicções de seus pais, representantes legais ou outros membros da sua família.

ARTIGO 3

1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança⁽²⁾.

2. Os Estados Parte comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Parte garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram a sua protecção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização.

(1) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 2; Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 1; Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigo 2 n.º 2 (Lei 45/78, de 11.7). Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigos 2 n.º 1 e 24 (Lei 29/78, de 12.6).

(2) Declaração dos Direitos da Criança, Princípios 2 e 7.

ARTIGO 4

Os Estados Parte comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras necessárias à realização dos direitos reconhecidos pela presente Convenção. No caso de direitos económicos, sociais e culturais, tomam essas medidas no limite máximo dos seus recursos disponíveis e, se necessário, no quadro da cooperação internacional.

ARTIGO 5

Os Estados Parte respeitam as responsabilidades, direitos e deveres dos pais e, sendo caso disso, dos membros da família alargada ou da comunidade nos termos dos costumes locais, dos representantes legais ou de outras pessoas que tenham a criança legalmente a seu cargo, de assegurar à criança, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, a orientação e os conselhos adequados ao exercício dos direitos que lhe são reconhecidos pela presente Convenção.

ARTIGO 6

1. Os Estados Parte reconhecem à criança o direito inerente à vida.⁽³⁾
2. Os Estados Parte asseguram na máxima medida possível a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

ARTIGO 7

1. A criança é registada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade.

(3) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 3;
Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 6.

lidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles⁽⁴⁾.

2. Os Estados Parte garantem a realização destes direitos de harmonia com a legislação nacional e as obrigações decorrentes dos instrumentos jurídicos internacionais relevantes neste domínio, nomeadamente nos casos em que, de outro modo, a criança ficasse apátrida⁽⁵⁾.

ARTIGO 8

1. Os Estados Parte comprometem-se a respeitar o direito da criança a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal⁽⁶⁾

2. No caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Parte devem assegurar-lhe assistência e protecção adequadas, de forma a que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível.

ARTIGO 9

1. Os Estados Parte garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exem-

(4) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 15;
Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 24;
Convenção sobre Troca de Informações em Matéria de Aquisição de Nacionalidade (Decreto 40/80, de 26 de Junho).

(5) Convenção sobre a Redução dos Casos de Apatridia, artigo 1.

(6) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 6;
Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 16.

plo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada⁽⁷⁾.

2. Em todos os casos previstos no n.º 1 todas as partes interessadas devem ter a possibilidade de participar nas deliberações e de dar a conhecer os seus pontos de vista.

3. Os Estados Parte respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança.

4. Quando a separação resultar de medidas tomadas por um Estado Parte, tais como a detenção, prisão, exílio, expulsão ou morte (incluindo a morte ocorrida no decurso de detenção, independentemente da sua causa) de ambos os pais ou de um deles, ou da criança, o Estado Parte, se tal lhe for solicitado, dará aos pais, à criança ou, sendo esse o caso, a um outro membro da família, informações essenciais sobre o local onde se encontram o membro ou membros da família, a menos que a divulgação de tais informações se mostre prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Parte comprometem-se, além disso, a que a apresentação de um pedido de tal natureza não determine em si mesmo consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

ARTIGO 10

1. Nos termos da obrigação decorrente para os Estados Parte ao abrigo do n.º 1 do artigo 9, todos os pedidos formulados por uma criança ou por seus pais para entrar num Estado Parte ou para o deixar, com o fim de reunificação familiar, são considerados pelos Estados Parte de forma positiva, com humanidade e diligência. Os Estados Parte garantem,

(7) Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 6.

além disso, que a apresentação de um tal pedido não determinará consequências adversas para os seus autores ou para os membros das suas famílias.

2. Uma criança cujos pais residem em diferentes Estados Parte tem o direito de manter, salvo circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contactos directos regulares com ambos. Para esse efeito, e nos termos da obrigação que decorre para os Estados Parte ao abrigo do n.º 2 do artigo 9, os Estados Parte respeitam o direito da criança e de seus pais de deixar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu próprio país. O direito de deixar um país só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente Convenção⁽⁸⁾.

ARTIGO 11

1. Os Estados Parte tomam as medidas adequadas para combater a deslocação e a retenção ilícitas de crianças no estrangeiro.

2. Para esse efeito, os Estados Parte promovem a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos existentes⁽⁹⁾.

ARTIGO 12

1. Os Estados Parte garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que

(8) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 13;

Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, artigo 12.

Convenção Europeia sobre o Reconhecimento e Execução das Decisões em Matéria de Guarda de Crianças (Decreto 136/82, de 21.12);

(9) Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Menores (Decreto 33/83, de 11.5);

Convenção Europeia sobre Reconhecimento e Execução das Decisões em Matéria de Guarda de Crianças (Decreto 136/82, de 21.12).

lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade⁽¹⁰⁾.

2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

ARTIGO 13

1. A criança tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral, escrita, impressa ou artística ou por qualquer outro meio à escolha da criança⁽¹⁰⁾.

2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições previstas na lei e que sejam necessárias:

- a) ao respeito dos direitos e da reputação de outrém;
- b) à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas.

ARTIGO 14

1. Os Estados Parte respeitam o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de religião⁽¹¹⁾.

(10) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 19;

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 19;
Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 10.

(11) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 18;

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 18;

Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de intolerância e Discriminação fundadas na Religião ou Convicção, (Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 36/55);

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 9.

2. Os Estados Parte respeitam os direitos e deveres dos pais e, sendo caso disso, dos representantes legais, de orientar a criança no exercício deste direito, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades.

3. A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções só pode ser objecto de restrições previstas na lei e que se mostrem necessárias à protecção da segurança, da ordem e da saúde públicas, ou da moral e dos direitos e liberdades fundamentais de outrém.

ARTIGO 15

1. Os Estados Parte reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de reunião pacífica⁽¹²⁾.

2. O exercício destes direitos só pode ser objecto de restrições previstas na lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da segurança pública, da ordem pública, para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades de outrém.

ARTIGO 16

1. Nenhuma criança pode ser sujeita a intromissões arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou correspondência, nem a ofensas ilegais à sua honra e reputação⁽¹³⁾.

2. A criança tem direito à protecção da lei contra tais intromissões ou ofensas.

(12) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 20;
Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 21;
Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 11.

(13) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 12;
Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 17;
Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 8.

ARTIGO 17

Os Estados Parte reconhecem a importância da função exercida pelos órgãos de comunicação social e asseguram o acesso da criança à informação e a documentos provenientes de fontes nacionais e internacionais diversas, nomeadamente aqueles que visem promover o seu bem-estar social, espiritual e moral, assim como a sua saúde física e mental⁽¹⁴⁾.

Para esse efeito, os Estados Parte devem:

- a) encorajar os órgãos de comunicação social a difundir informação e documentos que revistam utilidade social e cultural para a criança e se enquadrem no espírito do artigo 29;
- b) encorajar a cooperação internacional tendente a produzir, trocar e difundir informação e documentos dessa natureza, provenientes de diferentes fontes culturais, nacionais e internacionais;
- c) encorajar a produção e a difusão de livros para crianças;
- d) encorajar os órgãos de comunicação social a ter particularmente em conta as necessidades linguísticas das crianças indígenas ou que pertençam a um grupo minoritário;
- e) favorecer a elaboração de princípios orientadores adequados à protecção da criança contra a informação e documentos prejudiciais ao seu bem-estar, nos termos do disposto nos artigos 13 e 18.

ARTIGO 18

1. Os Estados Parte diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabili-

(14) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 19;

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 19;

Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Lei 7/82, de 29.4) artigo 7.

dade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primordialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental⁽¹⁵⁾.

2. Para garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Parte asseguram uma assistência adequada aos pais e representantes legais da criança no exercício da responsabilidade que lhes cabe de educar a criança e garantem o estabelecimento de instituições, instalações e serviços de assistência à infância.

3. Os Estados Parte tomam todas as medidas adequadas para garantir às crianças, cujos pais trabalhem, o direito de beneficiar de serviços e instalações de assistência às crianças, para os quais reünam as condições requeridas.

ARTIGO 19

1. Os Estados Parte tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à protecção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada⁽¹⁶⁾.

(15) Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigos 16 e 23 n.º 4;
Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais artigo 10;
Resolução (78)37 do Comité de Ministros do Conselho da Europa;
Recomendação R(84)4 do Comité de Ministros do Conselho da Europa.

(16) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 5;
Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 9;
Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 7;

2. Tais medidas de protecção devem incluir, consoante o caso, processos eficazes para o estabelecimento de programas sociais destinados a assegurar o apoio necessário à criança e àqueles a cuja guarda está confiada, bem como outras formas de prevenção, e para identificação, elaboração de relatório, transmissão, investigação, tratamento e acompanhamento dos casos de maus tratos infligidos à criança, acima descritos, compreendendo igualmente, se necessário, processos de intervenção judicial.

ARTIGO 20

1. A criança temporária ou definitivamente privada do seu ambiente familiar ou que, no seu interesse superior, não possa ser deixada em tal ambiente, tem direito à protecção e assistência especiais do Estado.

2. Os Estados Parte asseguram a tais crianças uma protecção alternativa, nos termos da sua legislação nacional.

3. A protecção alternativa pode incluir, entre outras, a forma de colocação familiar, a “kafala” do direito islâmico, a adopção ou, no caso de tal se mostrar necessário, a colocação em estabelecimentos adequados de assistência às crianças. Ao considerar tais soluções, importa atender devidamente à necessidade de assegurar continuidade à educação da criança, bem como à sua origem étnica, religiosa, cultural e linguística⁽¹⁷⁾.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 3;

Declaração das Nações Unidas para a Protecção de Todas as pessoas Contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Resolução 3452 (XXX) da Assembleia Geral das Nações Unidas);

Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Resolução de Assembleia da República 11/88, de 21 de Maio);

Conjunto de Princípios para a Protecção de todas as Pessoas Sujeitas a qualquer forma de Detenção ou Prisão, Princípio 6 (Resolução 43/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas).

ARTIGO 21

Os Estados Parte que reconhecem e ou permitem a adopção asseguram que o interesse superior da criança será a consideração primordial neste domínio e⁽¹⁷⁾(18):

- a) garantem que a adopção de uma criança é autorizada unicamente pelas autoridades competentes que, nos termos da lei e do processo aplicáveis e baseando-se em todas as informações credíveis relativas ao caso concreto, verificam que a adopção pode ter lugar face à situação da criança relativamente a seus pais, parentes e representantes legais e que, se necessário, as pessoas interessadas deram em consciência o seu consentimento à adopção, após se terem socorrido de todos os pareceres julgados necessários;
- b) reconhecem que a adopção internacional pode ser considerada como uma forma alternativa de protecção da criança se esta não puder ser objecto de uma medida de colocação numa família de acolhimento ou adoptiva, ou se não puder ser convenientemente educada no seu país de origem;
- c) garantem à criança sujeito de adopção internacional o gozo das garantias e normas equivalentes às aplicáveis em caso de adopção nacional;
- d) tomam todas as medidas adequadas para garantir que, em caso de adopção internacional, a colocação da criança se não traduza num benefício material indevido para os que nela estejam envolvidos;

(17) Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 6;

Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos aplicáveis à Protecção e ao Bem-Estar das Crianças, encarados sobretudo do ponto de vista das práticas em matéria de Adopção e de Colocação Familiar nos planos nacional e internacional (Resolução 41/85 de Assembleia Geral das Nações Unidas);

Convenção Europeia em Matéria de Adopção de Crianças (Resolução de Assembleia da República 4/90, de 31 de Janeiro).

(18) Cfr. Projecto de Convenção sobre Cooperação Internacional em Matéria de Adopção Internacional, em estudo no seio da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

- e) promovem os objectivos deste artigo pela conclusão de acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais, consoante o caso, e neste domínio procuram assegurar que as colocações de crianças no estrangeiro sejam efectuadas por autoridades ou organismos competentes.

ARTIGO 22

1. Os Estados Parte tomam as medidas necessárias para que a criança que requeira o estatuto de refugiado ou que seja considerada refugiado, de harmonia com as normas e processos de direito internacional ou nacional aplicáveis, quer se encontre só, quer acompanhada de seus pais ou de qualquer outra pessoa, beneficie de adequada protecção e assistência humanitária, de forma a permitir o gozo dos direitos reconhecidos pela presente Convenção e outros instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem ou de carácter humanitário, de que os referidos Estados sejam parte.

2. Para esse efeito, os Estados Parte cooperam, nos termos considerados adequados, nos esforços desenvolvidos pela Organização das Nações Unidas e por outras organizações intergovernamentais ou não governamentais competentes que colaborem com a Organização das Nações Unidas na protecção e assistência de crianças que se encontrem em tal situação, e na procura dos pais ou de outros membros da família da criança refugiada, de forma a obter as informações necessárias à reunificação familiar. No caso de não terem sido encontrados os pais ou outros membros da família, a criança deve beneficiar, à luz dos princípios enunciados na presente Convenção, da protecção assegurada a toda a criança que, por qualquer motivo, se encontre privada temporária ou definitivamente do seu ambiente familiar⁽¹⁹⁾.

(19) Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (Decreto Lei 43201, de 1 de Outubro de 1960 e Decreto 281/76, de 17 de Abril);

Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados (Decreto 207/75 de 17 de Abril).

ARTIGO 23

1. Os Estados Parte reconhecem à criança mental e fisicamente deficiente o direito a uma vida plena e decente em condições que garantam a sua dignidade, favoreçam a sua autonomia e facilitem a sua participação activa na vida da comunidade.

2. Os Estados Parte reconhecem à criança deficiente o direito de beneficiar de cuidados especiais e encorajam e asseguram, na medida dos recursos disponíveis, a prestação, à criança que reúna as condições requeridas e àqueles que a tenham a seu cargo, de uma assistência correspondente ao pedido formulado e adaptada ao estado da criança e à situação dos pais ou daqueles que a tiverem a seu cargo.

3. Atendendo às necessidades particulares da criança deficiente, a assistência fornecida nos termos do n.º 2 será gratuita sempre que tal seja possível, atendendo aos recursos financeiros dos pais ou daqueles que tiverem a criança a seu cargo, e é concebida de maneira a que a criança deficiente tenha efectivo acesso à educação, à formação, aos cuidados de saúde, à reabilitação, à preparação para o emprego e a actividades recreativas, e beneficie desses serviços de forma a assegurar uma integração social tão completa quanto possível e o desenvolvimento pessoal, incluindo nos domínios cultural e espiritual.

4. Num espírito de cooperação internacional, os Estados Parte promovem a troca de informações pertinentes no domínio dos cuidados preventivos de saúde e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, incluindo a difusão de informações respeitantes aos métodos de reabilitação e aos serviços de formação profissional, bem como o acesso a esses dados, com vista a permitir que os Estados Parte melhorem as suas capacidades e qualificações e alarguem a sua experiência nesses domínios. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades dos países em desenvolvimento.

ARTIGO 24

1. Os Estados Parte reconhecem à criança o direito a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos e de reeducação. Os Estados Parte velam pela garantia de que nenhuma criança seja privada do direito de acesso a tais serviços de saúde⁽²⁰⁾.

2. Os Estados Parte prosseguem a realização integral deste direito e, nomeadamente, tomam medidas adequadas para:

- a) fazer baixar a mortalidade entre as crianças de tenra idade e a mortalidade infantil;
- b) assegurar a assistência médica e os cuidados de saúde necessários a todas as crianças, enfatizando o desenvolvimento dos cuidados de saúde primários;
- c) combater a doença e a má nutrição, no quadro dos cuidados de saúde primários, graças nomeadamente à utilização de técnicas facilmente disponíveis e ao fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em consideração os perigos e riscos da poluição do ambiente;
- d) assegurar às mães os cuidados de saúde, antes e depois do nascimento;
- e) assegurar que todos os grupos da população, nomeadamente os pais e as crianças, sejam informados, tenham acesso e sejam apoiados na utilização de conhecimentos básicos sobre a saúde e a nutrição da criança, as vantagens do aleitamento materno, a higiene e a salubridade do ambiente, bem como a prevenção de acidentes;
- f) desenvolver os cuidados preventivos de saúde, os conselhos aos pais e a educação sobre planeamento familiar e os serviços respectivos.

3. Os Estados Parte tomam todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças.

(20) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 25;

Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 5;

Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigos 11 e 12.

4. Os Estados Parte comprometem-se a promover e a encorajar a cooperação internacional, de forma a garantir progressivamente a plena realização do direito reconhecido no presente artigo. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades dos países em desenvolvimento.

ARTIGO 25

Os Estados Parte reconhecem à criança que foi objecto de uma medida de colocação num estabelecimento pelas autoridades competentes, para fins de assistência, protecção ou tratamento físico ou mental, o direito à revisão periódica do tratamento a que foi submetida e de quaisquer outras circunstâncias ligadas à sua colocação.

ARTIGO 26

1. Os Estados Parte reconhecem à criança o direito de beneficiar da segurança social e tomam todas as medidas necessárias para assegurar a plena realização deste direito, nos termos da sua legislação nacional.

2. As prestações, se a elas houver lugar, devem ser atribuídas tendo em conta os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pela sua manutenção, assim como qualquer outra consideração relativa ao pedido de prestação feito pela criança ou em seu nome⁽²¹⁾.

ARTIGO 27

1. Os Estados Parte reconhecem à criança o direito a um nível de vida suficiente de forma a permitir o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social⁽²²⁾.

(21) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 22;

Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 4;

Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigo 9.

2. Cabe primacialmente aos pais e às pessoas que têm a criança a seu cargo a responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

3. Os Estados Parte, tendo em conta as condições nacionais e na medida dos seus meios, tomam as medidas adequadas para ajudar os pais e outras pessoas que tenham a criança a seu cargo a realizar este direito e asseguram, em caso de necessidade, auxílio material e programas de apoio, nomeadamente no que respeita à alimentação, vestuário e alojamento.

4. Os Estados Parte tomam todas as medidas adequadas tendentes a assegurar a cobrança da pensão alimentar devida à criança, de seus pais ou de outras pessoas que tenham a criança economicamente a seu cargo, tanto no seu território quanto no estrangeiro. Nomeadamente, quando a pessoa que tem a criança economicamente a seu cargo vive num Estado diferente do da criança, os Estados Parte devem promover a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, assim como a adopção de quaisquer outras medidas julgadas adequadas⁽²³⁾.

(22) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 25;

Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 5;

Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigo 11.

(23) Convenção de Nova Iorque sobre Cobrança de Alimentos no Estrangeiro (Decreto Lei 45942, de 28 de Setembro de 1964);

Convenção sobre a Lei Aplicável à Prestação de Alimentos a Menores (Decreto Lei 48495, de 22 de Julho de 1968);

Convenção relativa ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores (Decreto Lei 246/71, de 3 de Junho);

Convenção relativa ao Reconhecimento e à Execução de Decisões relativas à Prestação de Alimentos (Decreto 338/75, de 2 de Julho);

Convenção sobre a lei Aplicável às Obrigações Alimentares (Decreto 339/75, de 2 de Julho);

Recomendação R(82)2 do Comité de Ministros, do Conselho da Europa de 4 de Fevereiro de 1982;

Recomendação R(89)1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 18 de Janeiro de 1989.

ARTIGO 28

1. Os Estados Parte reconhecem o direito da criança à educação e, tendo nomeadamente em vista assegurar progressivamente o exercício desse direito na base da igualdade de oportunidades⁽²⁴⁾:

- a) tornam o ensino primário obrigatório e gratuito para todos;
- b) encorajam a organização de diferentes sistemas de ensino secundário, geral e profissional, tornam estes públicos e acessíveis a todas as crianças e tomam medidas adequadas, tais como a introdução da gratuidade do ensino e a oferta de auxílio financeiro em caso de necessidade;
- c) tornam o ensino superior acessível a todos, em função das capacidades de cada um, por todos os meios adequados;
- d) tornam a informação e a orientação escolar e profissional, públicas e acessíveis a todas as crianças;
- e) tomam medidas para encorajar a frequência escolar regular e a redução das taxas de abandono escolar.

2. Os Estados Parte tomam todas as medidas adequadas para velar por que a disciplina escolar seja assegurada de forma compatível com a dignidade humana da criança e nos termos da presente Convenção.

3. Os Estados Parte promovem e encorajam a cooperação internacional no domínio da educação, nomeadamente de forma a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e a facilitar

(24) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 26;

Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 7;

Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigos 13 e 14;

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigo 7;

Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (Decreto 112/80, de 23 de Outubro).

o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos modernos métodos de ensino. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades dos países em desenvolvimento.

ARTIGO 29

1. Os Estados Parte acordam em que a educação da criança deve destinar-se a⁽²⁴⁾:

- a) promover o desenvolvimento da personalidade da criança, dos seus dons e aptidões mentais e físicos na medida das suas potencialidades;
- b) inculcar na criança o respeito pelos direitos do homem e liberdades fundamentais e pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) inculcar na criança o respeito pelos pais, pela sua identidade cultural, língua e valores, pelos valores nacionais do país em que vive, do país de origem e pelas civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir as responsabilidades da vida numa sociedade livre, num espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e de amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e com pessoas de origem indígena;
- e) promover o respeito da criança pelo meio ambiente.

2. Nenhuma disposição deste artigo ou do artigo 28 pode ser interpretada de forma a ofender a liberdade dos indivíduos ou das pessoas colectivas de criar e dirigir estabelecimentos de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no n.º 1 do presente artigo e que a educação ministrada nesses estabelecimentos seja conforme às regras mínimas prescritas pelo Estado.

ARTIGO 30

Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas ou pessoas de origem indígena, nenhuma criança indígena ou que pertença a uma dessas minorias poderá ser privada do direito de, conjuntamente com membros do seu grupo, ter a sua própria vida cultural, professar e praticar a sua própria religião ou utilizar a sua própria língua⁽²⁵⁾.

ARTIGO 31

Os Estados Parte reconhecem à criança o direito ao repouso e aos tempos livres, o direito de participar em jogos e actividades recreativas próprias da sua idade e de participar livremente na vida cultural e artística⁽²⁶⁾.

2. Os Estados Parte respeitam e promovem o direito da criança de participar plenamente na vida cultural e artística e encorajam a organização, em seu benefício, de formas adequadas de tempos livres e de actividades recreativas, artísticas e culturais, em condições de igualdade⁽²⁷⁾.

ARTIGO 32

Os Estados Parte reconhecem à criança o direito de ser protegida contra a exploração económica ou a sujeição a trabalhos perigosos ou capazes de comprometer a sua educação, prejudicar a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social⁽²⁸⁾.

(25) Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 27.

(26) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 24;
Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigo 7 - d).

(27) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 27 n.º 1;
Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigo 15.

(28) Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 9;
Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, artigo 10;
Convenção da Organização Internacional do Trabalho n.º 138.

2. Os Estados Parte tomam medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas para assegurar a aplicação deste artigo. Para esse efeito, e tendo em conta as disposições relevantes de outros instrumentos jurídicos internacionais, os Estados Parte devem nomeadamente:

- a) fixar uma idade mínima ou idades mínimas para a admissão a um emprego;
- b) adoptar regulamentos próprios relativos à duração e às condições de trabalho; e
- c) prever penas ou outras sanções adequadas para assegurar uma efectiva aplicação deste artigo.

ARTIGO 33

Os Estados Parte adoptam todas as medidas adequadas, incluindo medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas para proteger as crianças contra o consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tais como definidos nas convenções internacionais aplicáveis e para prevenir a utilização de crianças na produção e no tráfico ilícitos de tais substâncias⁽²⁹⁾.

ARTIGO 34

Os Estados Parte comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e de violência sexuais. Para esse efeito, os Estados

(29) Convenção Única de 1961 sobre Estupefacientes (Decreto lei 435/70, de 12 de Setembro);

Protocolo à Convenção Única de 1961 (Decreto 161/78, de 21 de Dezembro);

Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971 (Decreto 10/79, de 30 de Janeiro);

Convenção de Viena de 1989 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas.

Parte devem nomeadamente tomar todas as medidas adequadas, nos planos nacional, bilateral e multilateral, para impedir⁽³⁰⁾:

- a) que a criança seja incitada ou coagida a dedicar-se a uma actividade sexual ilícita;
- b) que a criança seja explorada para fins de prostituição ou de outras práticas sexuais ilícitas;
- c) que a criança seja explorada na produção de espectáculos ou de material de natureza pornográfica.

ARTIGO 35

Os Estados Parte tomam todas as medidas adequadas, nos planos nacional, bilateral e multilateral para impedir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças, independentemente do seu fim ou forma⁽³⁰⁾.

(30) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 4;

Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 9;

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 8;

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 4;

Convenção de Genebra de 25.9.1926 relativa à escravatura, Ratificada em 4.10.1927 (Texto - D.G. de 2.1.1929);

Convenção suplementar sobre abolição de escravatura, tráfico de escravos, instituições e práticas análogas, Ratificada em 10.8.1959 (D. L. 42172, de 2.3.1959);

Convenção internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres maiores DL 26736, de 30.6.1936. Ratificada em 7.1.1937;

Convenção internacional relativa à supressão do tráfico de mulheres e crianças — Ratificada em 1.12.23;

Confirmação e ratificação — Lei 1544 de 4.2.24; Aprovação para ratificação — Lei 1793 de 23.6.25;

Acordo internacional para assegurar a protecção eficaz contra o tráfico criminal conhecido com o nome de tráfico de Brancas, de 18.5.1904;

Aprovada — D.G. de 15.8.49; Ratificada em 12.7.1905;

ARTIGO 36

Os Estados Parte protegem a criança contra todas as formas de exploração prejudiciais a qualquer aspecto do seu bem-estar.

ARTIGO 37

Os Estados Parte garantem que:

- a) Nenhuma criança será submetida à tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes⁽³¹⁾. A pena de morte e a prisão perpétua sem possibilidade de libertação não serão impostas por infracções cometidas por pessoas com menos de dezoito anos;⁽³²⁾

(31) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 5;

Declaração dos Direitos da Criança, Princípio 9;

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 7;

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 3;

Declaração das Nações Unidas para a Protecção de Todas as Pessoas Contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes;

Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes;

Conjunto de Princípios para a Protecção de todas as Pessoas Sujeitas a qualquer forma de Detenção ou Prisão, Princípio 6 (Resolução 43/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas).

(32) Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 6;

2.º Protocolo Adicional do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos sobre a Abolição de Pena de Morte, Aprovado pela 44.ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas(1989);

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 2;

6.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem relativo à Abolição da Pena de Morte, (Resolução da Assembleia da República 12/86, de 6 de Junho);

Regras de Beijing — Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre a Administração da Justiça para Menores (Resolução 40/33, de 29 de Novembro de 1985);

Garantias para a Protecção dos Direitos das Pessoas que enfrentam a Pena de Morte (Resolução 1984/50, de 25 de Maio de 1984 do Conselho Económico e Social das Nações Unidas.

- b) Nenhuma criança será privada de liberdade de forma ilegal ou arbitrária: a captura, detenção ou prisão de uma criança devem ser conformes à lei, serão utilizadas unicamente como medida de último recurso e terão a duração mais breve possível⁽³³⁾;
- c) A criança privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e o respeito devido à dignidade da pessoa humana e de forma consentânea com as necessidades das pessoas da sua idade. Nomeadamente, a criança privada de liberdade deve ser separada dos adultos, a menos que, no superior interesse da criança, tal não pareça aconselhável, e tem o direito de manter contacto com a sua família através de correspondência e visitas, salvo em circunstâncias excepcionais⁽³⁴⁾;
- d) A criança privada de liberdade tem o direito de aceder rapidamente à assistência jurídica ou a outra assistência adequada, e o direito de impugnar a legalidade da sua privação de liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, indepen-

(33) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigos 3 e 9;

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 9;

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 5;

Conjunto de Princípios para a Protecção de todas as Pessoas sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão (Resolução 43/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas);

Regras de Beijing → Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre a Administração da Justiça para Menores, Princípios 13, 17 e 19 (Resolução 40/33, de 29 de Novembro de 1985);

Projecto de Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas para a Protecção dos Menores Privados de Liberdade — a apreciar pelo VIII Congresso de Prevenção Criminal das Nações Unidas, que terá lugar em Havana, em Agosto de 1990.

(34) Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 10;

Conjunto de Princípios para a Protecção de todas as Pessoas sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão (Resolução 43/173 da Assembleia da Geral das Nações Unidas);

Regras de Beijing — Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre a Administração da Justiça para Menores, Princípio 26 (Resolução 40/33, da Assembleia Geral, de 29 de Novembro de 1985).

dente e imparcial, bem como o direito a uma rápida decisão sobre tal matéria⁽³⁵⁾.

ARTIGO 38

Os Estados Parte comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar as normas de direito humanitário internacional que lhes sejam aplicáveis em caso de conflito armado e que se mostrem relevantes para a criança⁽³⁶⁾.

2. Os Estados Parte devem tomar todas as medidas possíveis na prática para garantir que nenhuma criança com menos de quinze anos participe directamente nas hostilidades.

3. Os Estados Parte devem abster-se de incorporar nas forças armadas as pessoas que não tenham a idade de quinze anos. No caso de incorporação de pessoas de idade superior a quinze anos e inferior a dezoito, os Estados Parte devem incorporar prioritariamente os mais velhos.

4. Nos termos das obrigações contraídas à luz do direito internacional humanitário para a protecção da população civil em caso de conflito armado, os Estados Parte na presente Convenção devem tomar todas as medidas possíveis na prática para assegurar protecção e assistência às crianças afectadas por um conflito armado.

(35) Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 9 n.º 4;

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigo 5 n.ºs 3 e 4;

Regras de Beijing — Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre a Administração da Justiça para Menores, Princípio 7 (Resolução 40/33, da Assembleia Geral, de 29 de Novembro de 1985).

(36) Convenções de Genebra para a Protecção das Vítimas de Guerra (Decreto-Lei 42991 de 26 de Maio de 1960);

Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra, de 1977 (nomeadamente artigo 77 do Protocolo I);

Resolução 3318 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de Dezembro de 1974, que adoptou a Declaração sobre a Protecção de Mulheres e Crianças em período de emergência e de conflito armado.

ARTIGO 39

Os Estados Parte tomam todas as medidas adequadas para promover a recuperação física e psicológica e a reinserção social da criança vítima de qualquer forma de negligência, exploração ou sevícias, de tortura ou qualquer outra pena ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes ou de conflito armado. Essas recuperação e reinserção devem ter lugar num ambiente que favoreça a saúde, o respeito por si próprio e a dignidade da criança.⁽³⁷⁾

ARTIGO 40

1. Os Estados Parte reconhecem à criança suspeita, acusada ou que se reconheceu ter infringido a lei penal, o direito a um tratamento capaz de favorecer o seu sentido de dignidade e valor, reforçar o seu respeito pelos direitos do homem e as liberdades fundamentais de terceiros, e que tenha em conta a sua idade e a necessidade de facilitar a sua reintegração social e o assumir de um papel construtivo no seio da sociedade⁽³⁸⁾.

2. Para esse efeito, e atendendo às disposições pertinentes dos instrumentos jurídicos internacionais, os Estados Parte garantem nomeadamente que⁽³⁹⁾.

(37) Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, artigo 14 n.º 1.

(38) Regras de Beijing — Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre a Administração da Justiça para Menores (Resolução 40/33, da Assembleia Geral, de 29 de Novembro de 1985);

Projecto de Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas para a Protecção dos Menores Privados de Liberdade, (a apreciar pelo VIII Congresso de Prevenção Criminal das Nações Unidas, que terá lugar em Havana, em Agosto de 1990).

(39) Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigos 10 e 11;

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigos 14 e 15;

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artigos 5.º e 6.º;

- a) nenhuma criança seja sujeita, acusada ou reconhecida como tendo infringido a lei penal por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não eram proibidas pelo direito nacional ou internacional;
- b) a criança suspeita ou acusada de ter infringido a lei penal tenha, no mínimo, direito às garantias seguintes:
 - i) presumir-se inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida;
 - ii) a ser informada pronta e directamente das acusações formuladas contra si ou, se necessário, através de seus pais ou representantes legais, e beneficiar de assistência jurídica ou de outra assistência adequada para a preparação e apresentação da sua defesa;
 - iii) a sua causa ser examinada sem demora por uma autoridade competente, independente e imparcial ou por um tribunal, de forma equitativa nos termos da lei, na presença do seu defensor ou de outrém assegurando assistência adequada e, a menos que tal se mostre contrário ao interesse superior da criança, nomeadamente atendendo à sua idade ou situação, na presença de seus pais ou representantes legais;
 - iv) a não ser obrigada a testemunhar ou a confessar-se culpada; a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter a comparência e o interrogatório das testemunhas de defesa, em condições de igualdade;
 - v) no caso de se considerar que infringiu a lei penal, a recorrer dessa decisão e das medidas impostas em sequência desta para uma autoridade superior, competente, independente e imparcial ou uma autoridade judicial, nos termos da lei;

Conjunto de Princípios para a Protecção de todas as Pessoas sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão nomeadamente Princípios, 3, 4, 10, 11, 13, 14 e 17 (Resolução 42/173 da Assembleia da Geral das Nações Unidas);

Regras de Beijing — Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre a Administração da Justiça para Menores, Princípios 7, 8, 14, 15 (Resolução 40/33, da Assembleia Geral, de 29 de Novembro de 1985).

- vi) a fazer-se assistir gratuitamente por um intérprete se não compreender ou falar a língua utilizada;
- vii) a ver plenamente respeitada a sua vida privada em todos os momentos do processo.

3. Os Estados Parte procuram promover o estabelecimento de leis, processos, autoridades e instituições especificamente adequadas a crianças suspeitas, acusadas ou reconhecidas como tendo infringido a lei penal, e nomeadamente:⁽⁴⁰⁾

- a) o estabelecimento de uma idade mínima abaixo da qual se presume que as crianças não têm capacidade para infringir a lei penal;
- b) quando tal se mostre possível e desejável, a adopção de medidas relativas a essas crianças sem recurso ao processo judicial, assegurando-se o pleno respeito dos direitos do homem e das garantias previstas pela lei.

4. Um conjunto de disposições relativas nomeadamente à assistência, orientação e controlo, conselhos, regime de prova, colocação familiar, programas de educação geral e profissional, bem como outras soluções alternativas às instituições serão previstas de forma a assegurar às crianças um tratamento adequado ao seu bem-estar e proporcionado à sua situação e à infracção.⁽⁴⁰⁾

ARTIGO 41

Nenhuma disposição da presente Convenção afecta as disposições mais favoráveis à realização dos direitos da criança que possam figurar:

- a) na legislação de um Estado Parte;
- b) no direito internacional em vigor para esse Estado.

(40) Regras de Beijing — Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre a Administração da Justiça para Menores, Princípios 11 e 18 (Resolução 40/33, da Assembleia Geral, de 29 de Novembro de 1985);

Projecto de Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas para a Protecção dos Menores Privados de Liberdade, (a apreciar pelo VIII Congresso de Prevenção Criminal das Nações Unidas, que terá lugar em Havana, em Agosto de 1990).

SEGUNDA PARTE

ARTIGO 42

Os Estados Parte comprometem-se a tornar amplamente conhecidos, por meios activos e adequados, os princípios e as disposições da presente Convenção, tanto pelos adultos como pelas crianças.

ARTIGO 43

1. Com o fim de examinar os progressos realizados pelos Estados Parte no cumprimento das obrigações que lhes cabem nos termos da presente Convenção, é instituído um Comité dos Direitos da Criança, que desempenha as funções seguidamente definidas.

2. O Comité é composto de dez peritos de alta autoridade moral e de reconhecida competência no domínio abrangido pela presente Convenção. Os membros do Comité são eleitos pelos Estados Parte de entre os seus nacionais e exercem as suas funções a título pessoal, tendo em consideração a necessidade de assegurar uma repartição geográfica equitativa e atendendo aos principais sistemas jurídicos.

3. Os membros do Comité são eleitos por escrutínio secreto de entre uma lista de candidatos designados pelos Estados Parte. Cada Estado Parte pode designar um perito de entre os seus nacionais.

4. A primeira eleição tem lugar nos seis meses seguintes à data da entrada em vigor da presente Convenção e, depois disso, todos os dois anos. Pelo menos quatro meses antes da data de cada eleição, o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas convida, por escrito, os Estados Parte a propôr os seus candidatos num prazo de dois meses. O Secretário Geral elabora em seguida a lista alfabética dos candidatos assim apresentados, indicando por que Estado foram designados, e comunica-a aos Estados Parte presentes e votantes.

5. As eleições realizam-se aquando das reuniões dos Estados parte, convocadas pelo Secretário Geral para a sede da Organização das Nações Unidas. Nestas reuniões, em que o quorum é constituído por dois terços dos Estados Parte, são eleitos para o Comité os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Parte presentes e votantes.

6. Os membros do Comité são eleitos por um período de quatro anos. São reelegíveis no caso de recandidatura. O mandato de cinco dos membros eleitos na primeira eleição termina ao fim de dois anos. O Presidente da reunião tira à sorte, imediatamente após a primeira eleição, os nomes destes cinco elementos.

7. Em caso de morte ou de demissão de um membro do Comité ou se, por qualquer outra razão, um membro declarar que não pode continuar a exercer funções no seio do Comité, o Estado Parte que havia proposto a sua candidatura designa um outro perito, de entre os seus nacionais, para preencher a vaga até ao termo do mandato, sujeito à aprovação do Comité.

8. O Comité adopta o seu regulamento interno.

9. O Comité elege o seu secretariado por um período de dois anos.

10. As reuniões do Comité têm habitualmente lugar na sede da Organização das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar julgado conveniente e determinado pelo Comité. O Comité reúne em regra anualmente. A duração das sessões do Comité é determinada, e se necessário revista, por uma reunião dos Estados Parte na presente Convenção, sujeita à aprovação da Assembleia Geral.

11. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas põe à disposição do Comité o pessoal e as instalações necessárias para o desempenho eficaz das funções que lhe são confiadas ao abrigo da presente Convenção.

12. Os membros do Comité instituído pela presente Convenção recebem, com a aprovação da Assembleia Geral, emolumentos provenientes

dos recursos financeiros das Nações Unidas, segundo as condições e modalidades fixadas pela Assembleia Geral.

ARTIGO 44

1. Os Estados Parte comprometem-se a apresentar ao Comité, através do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que hajam adoptado para dar aplicação aos direitos reconhecidos pela Convenção e sobre os progressos realizados no gozo desses direitos:

- a) nos dois anos subsequentes à data da entrada em vigor da presente Convenção para os Estados Parte.
- b) em seguida, de cinco em cinco anos.

2. Os relatórios apresentados em aplicação do presente artigo devem indicar os factores e as dificuldades, se a elas houver lugar, que impeçam o cumprimento pelos Estados Parte das obrigações decorrentes da presente Convenção. Devem igualmente conter informações suficientes para dar ao Comité uma ideia precisa da aplicação da Convenção no referido país.

3. Os Estados Parte que tenham apresentado ao Comité um relatório inicial completo não necessitam de repetir, nos relatórios subsequentes, submetidos nos termos do número 1 alínea b), as informações de base anteriormente comunicadas.

4. O Comité pode solicitar aos Estados Parte informações complementares relevantes para a aplicação da Convenção.

5. O Comité submete de dois em dois anos à Assembleia Geral, através do Conselho Económico e Social, um relatório das suas actividades.

6. Os Estados Parte asseguram aos seus relatórios uma larga difusão nos seus próprios países.

ARTIGO 45

De forma a promover a aplicação efectiva da Convenção e a encorajar a cooperação internacional no domínio coberto pela Convenção:

- a) as agências especializadas, a UNICEF e outros órgãos das Nações Unidas podem fazer-se representar quando for apreciada a aplicação de disposições da presente Convenção que se inscrevam no seu mandato. O Comité pode convidar as agências especializadas, a UNICEF e outros organismos competentes considerados relevantes, a fornecer o seu parecer técnico sobre a aplicação da Convenção no âmbito dos seus respectivos mandatos. O Comité pode convidar as agências especializadas, a UNICEF e outros órgãos das Nações Unidas a apresentar relatórios sobre a aplicação da Convenção nas áreas relativas aos seus domínios de actividade;
- b) O Comité transmite, se o julgar necessário, às agências especializadas, à UNICEF e a outros organismos competentes, os relatórios dos Estados Parte que contenham pedidos ou indiquem necessidades de conselho ou de assistência técnicos, acompanhados de eventuais observações e sugestões do Comité relativos àqueles pedidos ou indicações;
- c) O Comité pode recomendar à Assembleia Geral que solicite ao Secretário Geral a realização, para o Comité, de estudos sobre questões específicas relativas aos direitos da criança;
- d) O Comité pode fazer sugestões e recomendações de ordem geral com base nas informações recebidas em aplicação dos artigos 44 e 45 da presente Convenção. Essas sugestões e recomendações de ordem geral são transmitidas aos Estados interessados e levadas ao conhecimento da Assembleia Geral, acompanhadas, se necessário, dos comentários dos Estados Parte.

TERCEIRA PARTE

ARTIGO 46

A presente Convenção está aberta à assinatura de todos os Estados.

ARTIGO 47

A presente Convenção está sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

ARTIGO 48

A presente Convenção está aberta à adesão de todos os Estados. A adesão far-se-á pelo depósito de um instrumento de adesão junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

ARTIGO 49

1. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data do depósito junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão.

2. Para cada um dos Estados que ratificarem a presente Convenção ou a ela aderirem após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data do depósito por parte desse Estado do seu instrumento de ratificação ou de adesão.

ARTIGO 50

1. Qualquer Estado Parte pode propôr uma emenda e depositar o seu texto junto do Secretário Geral da Organização das Nações Unidas. O Secretário Geral transmite em seguida a proposta de emenda aos Estados Parte na presente Convenção, solicitando que lhe seja comunicado se não favoráveis à convocação de uma conferência de Estados Parte para apreciação e votação da proposta. Se, nos quatro meses subsequentes a essa comunicação, pelo menos um terço dos Estados Parte se declarar a favor da realização da referida Conferência, o Secretário Geral convocá-la-á sob

os auspícios da Organização das Nações Unidas. As emendas adoptadas pela maioria dos Estados Parte presentes e votantes na conferência são submetidas à Assembleia Geral das Nações Unidas para aprovação.

2. As emendas adoptadas nos termos do disposto no número 1 do presente artigo entram em vigor quando aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas e aceites por uma maioria de dois terços dos Estados Parte.

3. Quando uma emenda entrar em vigor terá força vinculativa para os Estados que a hajam aceite, ficando os outros Estados Parte ligados pelas disposições da presente Convenção e por todas as emendas anteriores que tenham aceite.

ARTIGO 51

1. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas recebe e comunica a todos os Estados o texto das reservas que forem feitas pelos Estados no momento da ratificação ou da adesão.

2. Não é autorizada nenhuma reserva incompatível com o objecto e com o fim da presente Convenção.

3. As reservas podem ser retiradas em qualquer momento por via de notificação dirigida ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, o qual informará todos os Estados Parte na Convenção. A notificação produz efeitos na data da sua recepção pelo Secretário Geral.

ARTIGO 52

Um Estado Parte pode denunciar a presente Convenção por notificação escrita dirigida ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas. A denúncia produz efeitos um ano após a data de recepção da notificação pelo Secretário Geral.

ARTIGO 53

O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas é designado como depositário da presente Convenção.

ARTIGO 54

A presente Convenção, cujos textos em inglês, árabe, chinês, espanhol, francês e russo fazem igualmente fé, será depositada junto do Secretário geral da Organização das Nações Unidas.

Em fé do que os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente habilitados pelos seus governos respectivos, assinaram a Convenção.

UNIDROIT

RUI PINTO DUARTE

**A CONVENÇÃO DO UNIDROIT SOBRE
LOCAÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL
— TRADUÇÃO E NOTAS**



NOTA PRÉVIA

De 9 a 28 de Maio do ano corrente, teve lugar, em Otava, com a participação de cinquenta e cinco Estados, uma Conferência Diplomática que aprovou uma convenção sobre “factoring” internacional e outra sobre “leasing” internacional.

Os projectos que serviram de ponto de partida à Conferência provinham de comissões de peritos governamentais formadas no âmbito do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit). Pelo que toca ao “leasing”, o início dos trabalhos no seio do Unidroit datava de 1974 e o da fase de reuniões de peritos governamentais de 1985.

Tendo tido oportunidade de participar nas reuniões de 1986 e 1987 e na parte da Conferência Diplomática dedicada ao “leasing” e tendo, desde época anterior, vindo a prestar uma especial atenção a esta figura contratual, achámos que deveríamos fazer algo pela divulgação da Convenção em causa. A opção quanto ao meio recaiu na presente tradução anotada.

*As observações relativas ao preâmbulo e aos dois primeiros capítulos da Convenção visam não apenas uma primeira interpretação como a comparação com as soluções do direito português. As relativas ao capítulo terceiro, por o autor se sentir peregrino na matéria, cingem-se (com excepções “auto-explicativas”) a remissões para a Convenção sobre o Direito dos Tratados assinada em Viena em 1969, para a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias assinada em Viena em 1980 (que foi a fonte mais próxima do capítulo em causa) e para os comentários de Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos às disposições finais desta última convenção (no livro *Contratos Internacionais*, Coimbra, 1986, que citamos, e, antes, no n.º 6 de *Documentação e Direito Comparado*).*

Apresentamos ainda certas notas de tradução — adiantando, desde já, neste âmbito, que traduzimos por “locação financeira” “financial leasing”/“crédit-bail”, por “contrato de locação financeira” “leasing agreement”/“contrat de crédit-bail”, por “locador” “lessor”/“crédit-bailleur”, por “locatário” “lessee”/crédit-preneur”, por “locação financeira de equipamento” “financial leasing of equipment”/“crédit-bail mobilier”, por “operação” “transaction”/“opération”, por “contrato” “agreement”/“contrat” por “direito” “law”/“loi”, por “equipamento” “equipment”/“matériel” e por “obrigações” “duties”/“obligations”.

Para terminar esta brevíssima explicação prévia, resta-nos dar conta de que, apesar de as versões originais em inglês e em francês terem valor igual, tomámos como primeira base de trabalho o texto inglês e lhe demos prevalência, nas mais das vezes em que tivemos de optar por dois sentidos não coincidentes. Para assim procedermos, baseámo-nos não apenas no parâmetro interpretativo fixado pelo art. 33. n.º 4, da Convenção sobre o Direito dos Tratados como em, do ponto de vista do “processo genético”, o texto inglês ser anterior ao francês.

A CONVENÇÃO DO UNIDROIT SOBRE LOCAÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL

OS ESTADOS PARTES NESTA CONVENÇÃO

RECONHECENDO a importância da remoção de certos obstáculos jurídicos à locação financeira internacional de equipamento, mantendo simultaneamente o equilíbrio de interesses entre as diversas partes na operação,

TENDO EM CONTA a necessidade de tornar a locação financeira internacional mais acessível,

CONSCIENTES de que as regras jurídicas que regem o contrato de locação tradicional têm de ser adaptadas às relações triangulares específicas criadas pela operação de locação financeira,

RECONHECENDO, conseqüentemente, a conveniência da formulação de certas regras uniformes, primordialmente no que toca aos aspectos de direito civil e comercial da locação financeira internacional,

ACORDARAM no seguinte:

O preâmbulo anuncia o objecto da Convenção: certos aspectos das operações internacionais de "leasing" financeiro triangular. Decomponho esta afirmação:

- a) *A Convenção apenas abrange o “leasing” triangular ou tripartido, deixando, assim, de lado o chamado “lease-back”, em que locatário e fornecedor coincidem. Tal resulta do art. 1., n.º 1. (Sobre a recondutibilidade no direito português do “lease-back” à locação financeira, v. o nosso A locação financeira-estudo jurídico do “leasing” financeiro, Lisboa, s/d — mas 1983 —, págs. 54 e segs.);*
- b) *A Convenção apenas abrange operações internacionais. Tal resulta do art. 3;*
- c) *A Convenção apenas abrange o “leasing” financeiro. Tal resulta da referida natureza triangular (que exclui que o locador produza o equipamento ou o tenha em “stock”) e é confirmado quer por preceitos relativos ao seu âmbito de aplicação (art. 1., n.º 2), quer pelo próprio regime traçado (que, de outro modo, seria globalmente inexplicável);*
- d) *A Convenção apenas abrange certos aspectos das operações em causa. Tal resulta de vários preceitos, nomeadamente dos arts. 6, n.º 2, 7 e 8.*

CAPÍTULO I

ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DISPOSIÇÕES GERAIS

ARTIGO 1

1. Esta Convenção rege a operação de locação financeira, tal como é definida no parágrafo 2, na qual uma parte (o locador),

- a) de acordo com as indicações da outra parte (o locatário), celebra um contrato (o contrato de fornecimento) com uma terceira parte (o fornecedor), segundo o qual o locador adquire máquinas, bens de capital ou outro equipamento (o equipamento), em termos aprovados pelo locatário na medida em que a este digam respeito, e
- b) celebra um contrato com o locatário (o contrato de locação financeira) atribuindo a este o direito de utilizar o equipamento contra o pagamento de rendas.

2. A operação de locação financeira referida no parágrafo anterior é uma operação que apresenta as seguintes características:

- a) o locatário escolhe o equipamento e o fornecedor sem se basear determinadamente na competência e no juízo do locador;
- b) o equipamento é adquirido pelo locador em relação com um contrato de locação financeira, celebrado ou a celebrar entre o locador e o locatário com o conhecimento do fornecedor; e
- c) as rendas a pagar por força do contrato de locação financeira são calculadas de modo a ter especialmente em conta a amortização da totalidade, ou de parte substancial, do custo do equipamento.

3. Esta Convenção aplica-se independentemente de o locatário ter ou vir a adquirir o direito a comprar o equipamento ou a mantê-lo em locação por novo prazo e independentemente de tal suceder contra preço ou renda de valor simbólico.

4. Esta Convenção aplica-se a operações de locação financeira relativas a qualquer equipamento, à excepção do que se destine a ser utilizado primacialmente para fins pessoais, familiares ou domésticos do locatário.

A. Traduzimos por “máquinas, bens de capital ou outro equipamento” “plant, capital goods or other equipment”/“bien d'équipement, du matériel ou de l'outillage”, por “competência e juízo” “skill and judgment”- /“compétence” e por “direito” “option” “factulté”

B. O art. 1., conjuntamente com os arts. 2 e 4, trata do âmbito material de aplicação da Convenção.

No n.º 1 estabelece a natureza triangular da operação e delimita-a também em função do seu objecto, delimitação esta que é precisada pelo n.º 4. Cfr. o art. 2 do Dec.-Lei 171/79, de 6 de Junho, e o art. 2, alínea a), da Convenção de Viena de 1980.

No n.º 2 avança na circunscrição da figura, mas através de um processo descritivo muito cauteloso: não exclui alguma intervenção do locador na escolha do equipamento e do fornecedor (alínea a)); abre espaço para vários tipos de conexão entre os contratos de fornecimento e de locação financeira (alínea b)); abrange não apenas o “full-pay-out leasing” como outras modalidades de “leasing”, embora pareça clara a intenção de só ter em vista o “leasing” financeiro (alínea c)). Cfr., com as alíneas a) e b), o art. 1 e, com a alínea c), os arts. 10, n.º 1 e 11, n.º 2, do Dec.-Lei 171/79.

O n.º 3 é uma clarificação dos n.ºs 1, alínea b), e 2, alínea c). Com efeito, por ele fica esclarecido, sem margem para dúvidas, que, para efeitos da aplicação da Convenção, é indiferente que o locatário tenha ou não direito a comprar o equipamento ou a impor a renovação da locação, bem como o valor da contrapartida que ele deva pagar por tanto. Por esta via, aliás, superam-se as dificuldades resultantes de vários direitos caracteriza-

rem contraditoriamente a figura que, sugerindo uma falsa equivalência, apodam igualmente de "leasing". Na verdade, há sistemas jurídicos (v.g. o inglês) em que a existência de um direito de aquisição acoplado à locação obsta à qualificação como "leasing", alguns (como o português) em que a existência desse direito é um elemento essencial da figura e outros (como os de quase todos os Estados do EUA) em que a natureza simbólica da contrapartida a pagar pela aquisição tem reflexos importantes (a consideração do "leasing" como "security"). Sobre os diversos conteúdos da figura nos vários direitos, v. A locação financeira..., págs. 19 a 33.

ARTIGO 2

Havendo uma ou mais operações de sublocação sobre o mesmo equipamento, esta Convenção aplica-se a cada operação que seja uma operação de locação financeira e que esteja, por si própria, submetida a esta Convenção como se a pessoa de quem o primeiro locador (tal como definido no parágrafo 1 do artigo precedente) adquiriu o equipamento fosse o fornecedor e como se o contrato ao abrigo do qual o equipamento foi adquirido fosse o contrato de fornecimento.

Como dissemos na nota anterior, este artigo trata ainda do âmbito material da Convenção, estendendo-o às sublocações (financeiras). Dele resulta que, em tais situações, do ponto de vista dos sublocatários, os locadores financeiros intermédios (isto é, aqueles que não sejam partes no último contrato de locação) são "desconsiderados", já que o primitivo fornecedor ("a pessoa de quem o primeiro locador adquiriu o equipamento") é tratado como se fora o fornecedor de cada sublocatário, podendo cada um destes exercer contra aquele os direitos que a Convenção reconhece ao locatário contra o fornecedor (v. art. 10).

ARTIGO 3

1. Esta Convenção aplica-se quando o locador e o locatário têm os seus estabelecimentos em Estados diferentes e:

- a) esses Estados e o Estado no qual o fornecedor tem o seu estabelecimento são Estados Contratantes; ou

b) tanto o contrato de fornecimento como o contrato de locação financeira são regidos pelo direito de um Estado Contratante.

2. Nesta Convenção, a referência ao estabelecimento de uma parte, se a mesma tiver mais de um estabelecimento, entender-se-á feita ao que tenha a relação mais próxima com o contrato em causa e a sua execução, tendo em conta as circunstâncias conhecidas ou tidas em vista pelas partes, antes ou no momento da conclusão do mesmo contrato.

O art. 3 trata do âmbito espacial de aplicação da Convenção. Há um requisito invariável para tal aplicação: que o locador e o locatário tenham os seus estabelecimentos em Estados diferentes. Isto mostra que na operação de locação financeira os contratos de locação financeira e de fornecimento não têm peso idêntico — é o primeiro que é o centro da operação, no sentido de ser ele a determinar a especificidade do regime desta.

A verificação do requisito invariável não é, porém, suficiente para que a Convenção se aplique, sendo ainda necessário que ocorra alguma das circunstâncias referidas nas alíneas do n.º 1.

Cfr. o art. 1 da Convenção de Viena de 1980.

ARTIGO 4

1. As disposições desta Convenção não deixam de ser aplicáveis pelo simples facto de o equipamento ser incorporado num imóvel ou se tornar parte integrante de um imóvel.

2. As questões relativas a o equipamento ser ligado ou incorporado num imóvel e às relações do locador com os titulares de direitos reais sobre o imóvel são regidas pelo direito do Estado em que esse imóvel se situe.

A. Traduzimos por “o equipamento ser incorporado num imóvel ou se tornar parte integrante de um imóvel” the equipment has become a fixture to or incorporated in land”/“incorporation ou de la fixation du matériel à un immeuble”.

B. O art. 4 versa ainda o âmbito material de aplicação da Convenção e por ele se vê que não é feliz a expressão francesa “crédit-bail mobilier”.

Na verdade, e ao menos do ponto de vista das categorias jurídicas portuguesas (art. 204, n.º 1, alínea e), e 4 do Código Civil), o objecto da operação pode tornar-se num imóvel que nem por isso a Convenção deixa de ser aplicável.

No n.º 2 consagra-se uma norma de conflitos, recorrendo à solução tradicional de mandar reger as questões sobre direitos reais pela “lex rei sitae”.

ARTIGO 5

1. A aplicação desta Convenção só é afastada se cada uma das partes no contrato de fornecimento e cada uma das partes no contrato de locação financeira der o seu acordo a tal afastamento.

2. Quando a aplicação desta Convenção não tenha sido afastada nos termos do parágrafo precedente, as partes podem, nas suas relações recíprocas, afastar ou modificar qualquer das suas disposições, à excepção do que se prevê nos artigos 8, parágrafo 3, e 13, parágrafos 3, alínea b), e 4.

O art. 5 trata do “grau de imperatividade” da Convenção. Para que a sua aplicação seja afastada “in totum”, exige o artigo que cada uma das três partes nisso acorde. Não afastando integralmente a Convenção, podem as partes no que toca às normas que se apliquem às suas relações contratuais recíprocas, derrogá-la, excepto nos casos das disposições enunciadas. Note-se que estas disposições evidenciam, só por si, a sua natureza injuntiva.

ARTIGO 6

1. Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta o seu objecto, os seus fins, tal como são enunciados no preâmbulo, o seu carácter internacional, a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e o respeito pela boa fé no comércio internacional.

2. As questões relativas às matérias regidas por esta Convenção que nela não estejam expressamente resolvidas devem ser decididas de acordo com os princípios gerais em que ela se baseia ou, na ausência de tais prin-

cípios, com o direito aplicável por força das regras de direito internacional privado.

O art. 6 trata da interpretação da Convenção e da integração dos casos nela não previstos. Note-se que, à primeira vista, o recurso a um direito nacional só pareceria lícito quando dos próprios princípios não fosse possível retirar a solução. Porém, são vários os preceitos da Convenção que pressupõem a aplicação simultânea de um direito nacional (v.g., arts. 7 e 8). Por último, observe-se que, quando tal recurso deva ter lugar, ocorrerá facilmente que, em cada foro, por virtude da diversidade das normas de conflitos nacionais, seja aplicado um direito diferente.

Cfr. o art. 7 da Convenção de Viena de 1980.

CAPÍTULO II

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DAS PARTES

ARTIGO 7

1. a) Os direitos reais do locador sobre o equipamento são oponíveis ao representante da massa falida e aos credores do locatário, incluindo àqueles que estejam munidos de título executivo ou tenham obtido a apreensão judicial do equipamento.
- b) Para os efeitos deste parágrafo, “representante da massa falida” inclui qualquer liquidatário, administrador ou outra pessoa designada para administrar o património do locatário em benefício dos credores.

2. Quando, segundo o direito aplicável, a oponibilidade dos direitos reais do locador sobre o equipamento às pessoas referidas no parágrafo anterior depender do cumprimento de regras de publicidade, tais direitos só serão oponíveis se tais regras tiverem sido observadas.

3. Para efeitos do parágrafo precedente, o direito aplicável é o direito do Estado que, no momento em que a pessoa referida no parágrafo 1 possa invocar as regras referidas no parágrafo precedente:

- a) no que toca a embarcações registadas, seja o Estado no qual esteja efectuado o registo a favor do proprietário (para efeitos desta alínea, um afretador em casco nu não é tido como proprietário);

- b) no que toca a aeronaves que estejam registadas nos termos da Convenção sobre Aviação Civil Internacional concluída em Chicago em 7 de Dezembro de 1944, seja o Estado no qual esteja efectuado tal registo;
- c) no que toca a qualquer outro equipamento de um tipo que habitualmente seja deslocado de um Estado para outro, incluindo motores de aeronaves, seja o Estado no qual o locatário tenha o seu estabelecimento principal;
- d) no que toca a qualquer outro equipamento, seja o Estado no qual o equipamento se encontre situado.

4. O parágrafo 2 não prejudica as disposições de qualquer outro tratado, nos termos das quais os direitos reais do locador sobre o equipamento devam ser reconhecidos.

5. Este artigo não prejudica a preferência dos credores que tenham:

- a) um direito de retenção ou outro direito real de garantia sobre o equipamento, de origem convencional ou não, desde que não resultantes de um processo executivo ou de outra forma de apreensão judicial, ou
- b) qualquer direito de apreensão, retenção ou disposição atribuído especificamente em relação a embarcações ou aeronaves, segundo o direito aplicável por força das regras de direito internacional privado.

A. Traduzimos por “representante da massa falida” “trustee in bankruptcy”/“syndic de faillite”, por “estejam munidos de título executivo ou tenham obtido a apreensão judicial” “have obtained an attachment or execution”/“porteurs d’un titre exécutoire définitif ou provisoire”, por “embarcações registadas” “registered ship”/“navires et bateaux immatriculés”, por “direito de retenção ou outro direito real de garantia” “lien or security interest”/“privilege ou sûreté mobilière”, por “de um processo executivo ou de uma forma de apreensão judicial” “of an attachment or execution”/“d’un titre exécutoire définitif ou provisoire” e por “direito de apreensão, retenção ou disposição” “right of arrest, detention or disposition”/ “droit de saisir, retenir ou de disposer”.

B. Abrindo o capítulo nuclear da Convenção, relativo aos direitos e obrigações das partes, o art. 7 trata da oponibilidade a terceiros dos direitos reais do locador (mostrando assim que a Convenção não regula apenas as relações entre as partes). Trata-se de uma matéria em que o consenso é difícil, quer pelo que toca à conciliação dos interesses envolvidos, quer pelo que toca à compatibilização das características técnicas dos vários direitos nacionais.

Contudo, a Convenção não podia evitar abordar este ponto quente, porque ele está ligado à própria razão de ser do “leasing”: a segurança do financiador face ao financiado e em concurso com os demais credores deste (foi a busca de tal segurança que, pelo menos em grande medida, justificou o aparecimento e determina a expansão desta forma jurídica). O locador, permanecendo, durante todo o período do financiamento, titular do direito de propriedade sobre o equipamento, pretende poder realizar os seus créditos através da recuperação do bem locado.

Mas, é também o carácter “disfuncionalizado” de tal propriedade que leva a que seja frequentemente posta em causa a sua natureza, sendo as tentativas de re-qualificação especialmente fáceis (sem prejuízo de terem lugar universalmente) naquelas ordens jurídicas que absorveram (já) expressamente a utilização do direito de propriedade para fins de garantia ou que conhecem a possibilidade de cindir este direito sem dar lugar à criação de novos direitos qualitativamente diversos.

Por outro lado, é sabido que ordens jurídicas há em que o princípio “posse vale título” se faz sentir de modo a desguarnecer quase totalmente o proprietário contra os actos de alienação ou oneração por parte daqueles a quem tenha confiado os seus bens.

A esta luz, o teor geral deste artigo é bem compreensível: não seria possível, sem gravíssimos equívocos, qualificar como de propriedade os direitos do locador (e a utilização da expressão direitos reais — “real rights” — é já uma cedência dos países de direito anglo-americano), já porque os mesmos não são sempre iguais, já porque o seu regime e a sua qualificação são divergentes; de igual modo, não seria possível consagrar uma prevalência absoluta dos mesmos; mas, a outro tempo, seria votar ao insucesso uma Convenção que não reconhecesse, até algum ponto, os direitos dos locadores sobre os equipamentos.

O artigo pode ser resumido, dizendo que ele: a) consagra (no n.º 1) a regra da oponibilidade; b) em certos casos (n.ºs 2 e 3), subordina tal oponibilidade ao cumprimento de regras de publicidade; c) estabelece certas excepções à regra (n.º 5).

No direito português, v. o art. 9, n.º 1, do Dec-Lei 171/79 e, especificamente sobre automóveis, o art. 5, n.º 1, alínea d), e n.º 2, do Dec.-Lei 54/75, de 12 de Fevereiro (na redacção do Dec.-Lei 461/82, de 26 de Novembro), e os arts. 18, n.º 5, e 42, n.º 5, do Decreto 55/75, de 12 de Fevereiro (na redacção do Decreto 130/82, de 27 de Novembro). Julgamos que, no nosso direito, a ausência de registo da locação financeira mobiliária não preclui a oponibilidade do direito de propriedade. A não se julgar esta forma de publicidade legal meramente enunciativa (para utilizar a expressão de Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, 4.ª ed., Coimbra, 1987, pág. 345), há-de entender-se que ela apenas condiciona a oponibilidade a terceiros das posições contratuais.

A mais completa discussão da matéria que conhecemos foi feita, para o direito francês, por Danièle Crémieux-Israel, *Leasing et crédit-bail mobiliers*, Paris, 1975, págs. 139 e segs..

C. O “Comité Maritime Internacional” recomendou à Conferência Diplomática que excluísse as embarcações do âmbito da Convenção, tendo em vista a muito especial configuração de alguns contratos que as têm como objecto, configuração essa que, nomeadamente, poderia levar a considerar-lhe submetidas operações de natureza diversa da do “leasing”. Como se vê pelo n.º 3, alínea a), a Conferência não seguiu tal parecer, tendo-se limitado à precaução em que consiste o esclarecimento nessa alínea colocado entre parênteses.

Sobre o “leasing” de navios, entre nós, v. o artigo de Mário Raposo, assim intitulado, no *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 25, Abril/1984.

D. Portugal é parte na Convenção sobre Aviação Civil Internacional assinada em Chicago em 7 de Dezembro de 1944. A aprovação foi feita pelo Dec.-Lei 36.158, de 17 de Fevereiro de 1947, e a ratificação publicada no *Diário do Governo*, 1.ª Série, de 28 de Abril de 1948.

E. Por fugir à regra de conflitos tradicional, é de destacar a alínea c) do n.º 3.

ARTIGO 8

1. a) A não ser quando esta Convenção ou o contrato de locação financeira disponham em contrário, o locador não é responsável perante o locatário por danos ligados ao equipamento, salvo na medida em que o locatário tenha sofrido danos em consequência de ter confiado na competência e no juízo do locador e de o locador ter intervindo na escolha do fornecedor ou do equipamento.
 - b) O locador não é, na sua qualidade de locador, responsável face a terceiros pela morte ou danos, pessoais ou patrimoniais, causados pelo equipamento.
 - c) As disposições precedentes deste parágrafo não regulam a responsabilidade do locador noutra qualidade que não a de locador, nomeadamente na de proprietário.
2. O locador garante que o gozo da coisa pelo locatário não será perturbado por pessoa que tenha título ou direito prevalecente ou que pretenda ter título ou direito prevalecente e aja ao abrigo de decisão judicial, desde que tal título, direito ou pretensão não derive de acto ou omissão do locatário.
3. As partes não podem afastar ou modificar as disposições do parágrafo precedente na medida em que o título ou direito prevalecente derive de um acto ou omissão do locador que seja intencional ou gravemente culposos.
4. As disposições dos parágrafos 2 e 3 não prejudicam as obrigações mais amplas que impendam sobre o locador relativamente ao gozo da coisa e que sejam imperativas segundo o direito aplicável por força das regras de direito internacional privado.

A. Tal como no art. 1, traduzimos por “competência e juízo” “skill and judgment”/“compétence”.

B. O art. 8, n.º 1, trata de outro problema (ou melhor, de um conjunto de problemas) que também está no núcleo do “leasing”: a

responsabilidade do locador, quer perante o locatário, quer perante terceiros, pelos prejuízos “causados” pelo equipamento. Essa responsabilidade desdobra-se, pois, nas vertentes contratual e extra-contratual.

No que toca àquela, o problema é vulgarmente apresentado nos vários direitos nacionais — que, é bom lembrar, na sua quase totalidade, não têm regras específicas sobre os aspectos contratuais do “leasing” — como o da validade das cláusulas exoneratórias.

No que respeita à responsabilidade extra-contratual, o problema mais comum reside na aplicabilidade das regras que a ligam à propriedade.

A alínea a) resolve as questões de responsabilidade contratual em causa, isentando dela o locador, excepto nas situações (não paradigmáticas) em que ele não se tenha remetido a um papel de mero financiador. Similarmente, quanto à disposição-regra, para o direito português, v. o art. 20 do Dec.-Lei 171/79.

As alíneas b) e c) resolvem a questão da responsabilidade extra-contratual de modo que nos parece não inteiramente claro, mas que julgamos poder resumir dizendo que afirmam a irresponsabilidade do locador, sem prejuízo da aplicabilidade das regras dos direitos nacionais, designados pelas normas de conflito do foro, que regulem a matéria. De tais regras não são, porém, aplicáveis, as que liguem a responsabilidade à qualidade de locador. Julgamos que, no direito português, o locador financeiro não é civilmente responsável pelos danos “causados” pelo equipamento a terceiros, pois que no nosso direito nenhuma norma liga a responsabilidade à propriedade (no caso dos veículos, a ligação é à “directão efectiva”, que, julgamos, o locador financeiro não tem; lembre-se, contudo, que há quem, como parte da jurisprudência e Antunes Varela — Das obrigações em geral, vol. I, 5.^a ed., Coimbra, pág. 622 — afirme que no aluguer o veículo é utilizado tanto no interesse do locatário como no do locador e que qualquer deles tem a direcção efectiva).

Por último, note-se, no âmbito do direito comunitário europeu, que a Directiva 85/374/CEE, que se refere à responsabilidade do produtor por produtos defeituosos, responsabiliza aqueles que importem para a Comunidade produtos ao abrigo de um contrato de “leasing”, assimilando-os a produtores (art. 3, n.º 2).

C. Os n.ºs 2 a 4 tratam ainda da responsabilidade contratual do locador, as agora no que se refere a perturbações do gozo da coisa pelo locatário que provenham de pessoa “que tenha título ou direito prevalecente ou que pretenda ter título ou direito prevalecente e aja ao abrigo de decisão judicial”. A regra — revelando que não se atribui aos direitos reais do locador uma mera função de garantia — é a da responsabilidade, excepto-nando-se a hipótese de tal título, direito ou pretensão derivar de acto ou omissão do locatário (n.º 2).

As partes apenas poderão afastar tal responsabilidade no que toca a actos ou omissões do locador que não sejam intencionais ou gravemente culposos (n.º 3).

Além disso, ressalva-se a aplicabilidade das regras imperativas do direito nacional, aplicável por força das normas de conflitos do foro, que estabeleçam regime mais severo para o locador (n.º 4), prevendo ainda o art. 20 a possibilidade de os Estados contratantes declararem que não aplicarão a regra do n.º 3, mas sim o seu direito interno, se este não permitir as cláusulas exoneratórias em causa.

Para o direito português, v. os arts. 19, alínea b), e 20, “in fine”, do Dec.-Lei 171/79.

ARTIGO 9

1. O locatário deve cuidar adequadamente do equipamento, usá-lo com razoabilidade e conservá-lo no estado em que lhe foi entregue, ressalvados o desgaste inerente a um uso normal e qualquer modificação do equipamento acordada pelas partes.

2. Findo o contrato de locação financeira, o locatário, a não ser que exerça o direito a comprar o equipamento ou a mantê-lo em locação por novo prazo, deve devolver o equipamento ao locador no estado indicado no número anterior.

O art. 9 contém preceitos dirigidos à dimensão locatícia do “leasing”, consagrando soluções tradicionais nesta área.

Cfr. o art. 1038, alíneas c), d) e i), do Código Civil e os arts. 22, alínea a), e 24, alínea f), do Dec.-Lei 171/79.

ARTIGO 10

1. As obrigações que para o fornecedor resultam do contrato de fornecimento vinculam-no também perante o locatário, como se este fosse parte em tal contrato e como se o equipamento lhe devesse ser directamente fornecido. Contudo, o fornecedor não é responsável simultaneamente perante o locador e o locatário pelo mesmo prejuízo.

2. O disposto neste artigo não atribui ao locatário o direito a resolver ou a anular o contrato de fornecimento sem o consentimento do locador.

A. Traduzimos por “resolver ou anular” “terminate or rescind”/“résilier ou annuler”.

B. O art. 10 atribuiu (n.º 1) ao locatário direitos contra o fornecedor, pese embora entre eles nenhum contrato ser celebrado. É, assim, este, por excelência, o lugar da consagração do carácter trilateral da operação de “leasing”, da indissociabilidade dos contratos de locação financeira e de fornecimentos.

Porém, e como os artigos seguintes confirmam, o locatário não é colocado na posição do locador no contrato de fornecimento, não podendo, nomeadamente, resolver ou anular esse contrato.

Cfr. o art. 23 do Dec.-Lei 171/79 e o que sobre ele dissemos em A locação financeira..., pág. 63.

ARTIGO 11

Os direitos resultantes para o locatário do contrato de fornecimento nos termos desta Convenção não são afectados pela modificação de qualquer cláusula do contrato de fornecimento que por ele tenha sido anteriormente aprovada, a não ser que ele consinta nessa modificação.

Nos termos do art. 1, n.º 1, para que a Convenção se aplique, o locador terá de celebrar o contrato de fornecimento de acordo com as instruções do locatário e em termos aprovados por este, na medida em que lhe digam respeito, sendo, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, ainda característico que o fornecedor tenha conhecimento de que entre locador e locatário foi ou irá ser celebrado o contrato de locação financeira.

Tal justifica não apenas o conteúdo do art. 10 mas também o do presente artigo, que, assim, se liga de perto não só a ele como ao art. 1.

ARTIGO 12

1. Quando o equipamento não seja entregue, seja entregue fora do prazo ou não seja conforme com o previsto no contrato de fornecimento:

- a) o locatário tem, face ao locador, o direito a recusar o equipamento ou a resolver o contrato de locação; e
- b) o locador tem o direito a suprir a sua falta de entrega do equipamento em conformidade com o contrato de fornecimento, como se o locatário tivesse contratado a compra do equipamento ao locador nos precisos termos do contrato de fornecimento.

2. Os direitos resultantes do parágrafo precedente são exercidos do modo e perdidos nas circunstâncias em que o seriam se o locatário tivesse contratado a compra do equipamento ao locador nos precisos termos do contrato de fornecimento.

3. O locatário tem o direito de não pagar as rendas devidas por força do contrato de locação financeira até que o locador tenha suprido a falta de entrega do equipamento em conformidade com o contrato de fornecimento ou ele próprio tenha perdido o direito a recusar o equipamento.

4. Quando o locatário exerça o direito a resolver o contrato de locação financeira, tem direito a reaver quaisquer rendas ou outras quantias pagas antecipadamente, descontadas de uma quantia razoável em contrapartida do benefício que tenha tirado do equipamento.

5. O locatário não tem qualquer outro direito contra o locador com fundamento na não entrega, no atraso da entrega ou na entrega de equi-

pamento desconforme, a não ser na medida em que tal resulte de acto ou omissão do locador.

6. O disposto neste artigo não prejudica os direitos do locatário contra o fornecedor resultantes do artigo 10.

O artigo 12 é o primeiro dos dois artigos que lidam com a “patologia” do contrato, versando as consequências do incumprimento da obrigação de entrega do equipamento.

Definido que o papel do locador no contrato de fornecimento é determinado pelo locatário, reconhecida a imbricação dos contratos de fornecimento e de locação financeira, estabelecido até (no art. 10) que as obrigações do fornecedor o vinculam também perante o locatário, teria sido possível regular o não cumprimento da obrigação de entrega do equipamento “pondo o locador entre parênteses”. Isto é, teria sido possível — e, para nós, preferível — consagrar que a falta de cumprimento do contrato pelo fornecedor não determinaria a falta de cumprimento do contrato de locação financeira pelo locador e que, assim, o locatário só teria direitos contra o fornecedor, não podendo eximir-se ao cumprimento das obrigações para ele resultantes do contrato de locação financeira.

Porém, a Convenção seguiu outro caminho, mais atento aos interesses do locatário (havendo a notar, contudo, que, face à natureza supletiva das disposições em causa, na prática, os locadores muitas vezes impõem cláusulas contratuais que lhes sejam mais favoráveis). Tal foi o de considerar que é o locador que procede à entrega do equipamento e que, assim, face a uma não entrega, a uma entrega tardia ou a uma entrega defeituosa, o locatário tem os direitos que “normalmente” os contraentes adimplentes têm face aos inadimplentes (a recusar a prestação desconforme — n.º 1, alínea a) —, a suspender a execução da sua prestação — n.º 3 — e a resolver o contrato — n.º 4). Fazendo uma concessão à realidade das coisas (isto é, a que, materialmente falando, o locador é, em regra, estranho à entrega), a Convenção nega (n.º 5), porém, direitos indemnizatórios ao locatário contra o locador, remetendo-o para o fornecedor (n.º 6).

O direito português parece negar ao locatário algumas das faculdades que a Convenção lhe outorga, nomeadamente em caso de entrega de equipamento desconforme (v. art. 20 do Dec.-Lei 171/79).

ARTIGO 13

1. No caso de incumprimento pelo locatário, o locador tem direito às rendas vencidas e não pagas, bem como a juros e a indemnização.

2. Se o incumprimento pelo locatário for substancial, o locador, sem prejuízo do disposto no parágrafo 5 deste artigo, pode ainda exigir o pagamento antecipado do valor das rendas futuras, se tal estiver previsto no contrato de locação financeira, ou resolver o contrato de locação financeira e consequentemente:

a) reaver o equipamento; e

b) exigir uma indemnização que o coloque na situação em que se encontraria se o locatário tivesse cumprido pontualmente o contrato de locação financeira.

3. a) O contrato de locação financeira pode dispor sobre o modo por que os prejuízos indemnizáveis nos termos do parágrafo 2, alínea b), devem ser calculados.

b) Tal estipulação é válida salvo se der lugar a uma indemnização manifestamente superior ao valor dos prejuízos indemnizáveis nos termos do parágrafo 2, alínea b). As partes não podem afastar ou modificar o disposto neste parágrafo.

4. Se o locador resolver o contrato de locação financeira, não pode invocar cláusula do mesmo contrato que estabeleça o vencimento antecipado das rendas, mas o valor de tais rendas pode ser levado em consideração no cômputo dos prejuízos previsto nos parágrafos 2, alínea b), e 3. As partes não podem afastar ou modificar o disposto neste parágrafo.

5. O locador não pode exigir o pagamento antecipado das rendas ou exercer o seu direito de resolução nos termos do parágrafo 2, a não ser que, mediante comunicação ao locatário, lhe tenha dado uma possibilidade razoável de suprir o não cumprimento, na medida em que este pudesse ser suprido.

A. Traduzimos por “indenização manifestamente superior ao valor dos prejuízos indenizáveis” “damages substantially in excess of those” / “indemnité excessive par rapport aux dommages-intérêts”.

B. O art. 13 continua a regulação da “patologia” do contrato, tratando do incumprimento pelo locatário.

Para além de atribuir ao locador o direito às rendas vencidas e a indenização pela mora (n.º 1), admite (n.os 2 e 4) outras duas possibilidades de reacção, em alternativa: a resolução ou a exigência antecipada do valor das rendas futuras. Esta última, porém, só existirá se o contrato a estabelecer.

Julgamos que no direito português também é válida a cláusula que confira ao locador o direito a, em caso de incumprimento, exigir o valor das rendas futuras (obviamente que, nesta hipótese, o locador não poderá simultaneamente resolver o contrato). Tal opinião parte da recusa da aplicação automática do regime da locação à locação financeira, sempre que sobre esta a lei não disponha especificamente. Embora mantenhamos a opinião (v. *A locação financeira...*, pág. 71) de que (com a óbvia excepção do que se refere à matéria da resolução — art. 26 do Dec.-Lei 171/79) o regime da locação financeira é, em princípio, integrado pelo da locação, cremos que haverá que recusar tal fonte integrativa sempre que — como aqui — se demonstre que o sentido do regime da locação é inadequado à natureza da locação financeira.

Na verdade, no quadro de uma pura locação, uma cláusula de vencimento antecipado de rendas — a ser válida — teria outro sentido. O vencimento antecipado refere-se a fracções de uma prestação e na locação as rendas não são fracções de uma prestação, mas elas próprias prestações.

No entanto, na locação financeira, ou, pelo menos, nos casos de “full-pay-out leasing”, as rendas (e o eventual preço de aquisição, comumente chamado de “valor residual”) são, no seu conjunto, a retribuição do valor pago pelo locador ao fornecedor. E, embora continuemos a recusar (v. *A locação financeira...*, págs. 61, 91 e 95) a pura assimilação do “leasing” a um negócio de crédito, julgamos que nalguns aspectos de regime o paralelismo se justifica. Ora, ninguém duvida de que no negócio creditício paradigmático — o mútuo — a matéria é regulável pelas partes e de que, na ausência de estipulação, a não realização de uma das prestações em que se

desdobre a obrigação do mutuário importa que as restantes se vençam antecipadamente.

ARTIGO 14

1. O locador pode, por qualquer forma, ceder ou onerar, no todo ou em parte, os seus direitos sobre o equipamento ou os resultantes do contrato de locação financeira. Tal cessão não exonera o locador de qualquer das obrigações resultantes do contrato de locação financeira, não modifica a natureza deste, nem o respectivo regime jurídico resultante desta Convenção.

2. O locatário só pode ceder o direito a utilizar o equipamento bem como quaisquer outros direitos resultantes do contrato de locação financeira se o locador consentir na cessão e sem prejuízo dos direitos de terceiros.

Pelo que toca ao locador, estabelece o art. 14 que ele pode ceder ou onerar, no todo ou em parte, quer os seus direitos sobre o equipamento, quer o lado activo da sua posição contratual. Não pode, porém, (sem o consentimento do locatário) transmitir qualquer das suas obrigações.

Pelo que toca ao locatário, é também qualquer transmissão de direitos que carece do consentimento do locador.

Para o direito português, para além das regras gerais, cfr. os arts. 17 e 22, alínea d), do Decreto-Lei 171/79.



CAPÍTULO III

DISPOSIÇÕES FINAIS

ARTIGO 15

1. Esta Convenção fica aberta à assinatura na sessão de encerramento da Conferência Diplomática para a Adopção dos Projectos de Convenções do Unidroit sobre “Factoring” Internacional e Locação Financeira Internacional e permanecerá aberta à assinatura por todos os Estados, em Otava, até 31 de Dezembro de 1990.

2. Esta Convenção está sujeita a ratificação, aceitação ou aprovação pelos Estados que a assinaram.

3. Esta Convenção fica aberta à adesão por todos os Estados que não sejam Estados signatários, a partir da data em que fica aberta à assinatura.

4. A ratificação, aceitação, aprovação ou adesão é efectuada pelo depósito de um instrumento formal apropriado junto do depositário.

A. Cfr. os arts. 2, alínea b), 11, 14 e 15 da Convenção sobre o Direito dos Tratados e o art. 91 da Convenção de Viena de 1980.

B. Sobre o “factoring”, v. Teresa Anselmo Vaz, O contrato de factoring, in Revista da Banca, n.º 3, Julho/Setembro 1987 e as nossas Notas sobre o contrato de factoring (publicadas no n.º 8 da Revista Jurídica da AAFDL e na obra colectiva Novas perspectivas do direito comercial, Coimbra, 1988.

ARTIGO 16

1. Esta Convenção entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de seis meses contado da data do depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

2. Para cada Estado que ratifique, aceite, aprove ou adira a esta Convenção, posteriormente ao depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, esta Convenção entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de seis meses contado da data do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

A. Cfr. o art. 24, n.ºs 1 e 3, da Convenção sobre o Direito dos Tratados e o art. 99, n.ºs 1 e 2, da Convenção de Viena de 1980.

B. Sublinhe-se que o número de Estados cujo consentimento é exigido para a entrada em vigor é o mínimo possível num tratado multilateral. Julgamos saber — embora sem o poder assegurar — que esse número mínimo já foi atingido e que, assim, a Convenção já está em vigor.

ARTIGO 17

Esta Convenção não prevalece sobre qualquer tratado já concluído ou a concluir; em particular, não afecta qualquer responsabilidade atribuída a qualquer pessoa por tratados existentes ou futuros.

A. Cfr. o art. 30 da Convenção sobre o Direito dos Tratados e o art. 90 da Convenção de Viena de 1980.

B. V. Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, ob. cit., págs. 256 e 257.

ARTIGO 18

1. Se um Estado Contratante compreender duas ou mais unidades territoriais em que sejam aplicáveis sistemas jurídicos diversos relativamente a

matérias tratadas nesta Convenção, esse Estado pode, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, declarar que esta Convenção se aplica a todas as suas unidades territoriais ou apenas a uma ou várias delas, e pode, a qualquer momento, substituir a sua declaração por outra declaração.

2. Estas declarações serão notificadas ao depositário e indicarão expressamente as unidades territoriais às quais a Convenção se aplica.

3. Se, por força de uma declaração feita ao abrigo deste artigo, esta Convenção se aplicar a uma ou mais das unidades territoriais de um Estado Contratante, mas não a todas, e se o estabelecimento de uma parte estiver situado num tal Estado, esse estabelecimento, para os fins desta Convenção, será considerado como não estando situado num Estado Contratante, a menos que se encontre numa unidade territorial na qual a Convenção se aplique.

4. Se um Estado Contratante não fizer qualquer declaração ao abrigo do parágrafo 1, a Convenção aplicar-se-á a todas as unidades territoriais desse Estado.

A. Cfr. o art. 29 da Convenção sobre o Direito dos Tratados e o art. 93 da Convenção de Viena de 1980.

B. V. Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, ob. cit., págs. 260 e segs.

ARTIGO 19

1. Dois ou mais Estados que tenham regras jurídicas iguais ou afins sobre as matérias regidas por esta Convenção podem, a qualquer momento, declarar que a Convenção não é aplicável quando o fornecedor, o locador e o locatário tenham os seus estabelecimentos nesses Estados. Tais declarações podem ser feitas conjuntamente ou por declarações unilaterais recíprocas.

2. Um Estado Contratante que, sobre matérias regidas por esta Convenção, tenha regras jurídicas iguais ou afins das de um ou mais Estados não contratantes pode, a qualquer momento, declarar que a Convenção não é aplicável quando o fornecedor, o locador e o locatário tenham os seus estabelecimentos nesses Estados.

3. Se um Estado ao qual se refira uma declaração feita ao abrigo do parágrafo precedente se tornar posteriormente um Estado Contratante, tal declaração, a partir da data na qual a Convenção entre em vigor em relação ao novo Estado Contratante, terá o efeito de uma declaração feita ao abrigo do parágrafo 1, desde que o novo Estado Contratante se associe a essa declaração ou faça uma declaração unilateral recíproca.

A. *Cfr. o art. 94 da Convenção de Viena de 1980.*

B. *V. Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, ob. cit., págs. 262 e segs.*

ARTIGO 20

Um Estado Contratante pode declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, que substituirá o Artigo 8, parágrafo 3, pelo seu direito interno, se este não permitir que o locador se exonere da responsabilidade pelo incumprimento ou por comportamento negligente.

A. *Traduzimos por “responsabilidade pelo incumprimento ou por comportamento negligente” “liability for its default or negligence” / “faute ou de sa négligence”.*

B. *Cfr. o art. 17 da Convenção sobre o Direito dos Tratados.*

C. *V. notas ao art. 8.*

ARTIGO 21

1. As declarações feitas ao abrigo desta Convenção no momento da assinatura estão sujeitas a confirmação aquando da ratificação, aceitação ou aprovação.

2. As declarações e as confirmações das declarações são feitas por escrito e notificadas formalmente ao depositário.

3. Relativamente aos Estados declarantes, as declarações produzem efeitos simultaneamente com a entrada em vigor desta Convenção. No entanto, as declarações de que o depositário receba uma notificação formal depois dessa entrada em vigor produzem efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de seis meses contado a partir do momento da recepção pelo depositário. As declarações unilaterais recíprocas feitas ao abrigo do Artigo 19 produzem efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de seis meses contado a partir da recepção da última declaração pelo depositário.

4. Qualquer Estado que faça uma declaração ao abrigo desta Convenção pode revogá-la, a qualquer momento, mediante uma notificação formal dirigida, por escrito, ao depositário. Tal revogação produz efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de seis meses contado a partir do momento da recepção da notificação pelo depositário.

5. A revogação de uma declaração feita ao abrigo do Artigo 19 torna ineficaz, relativamente ao Estado que a faça, a partir do momento em que a revogação produza efeitos, qualquer declaração conjunta ou unilateral recíproca feita por outro Estado ao abrigo desse artigo.

A. Cfr. o art. 97 da Convenção de Viena de 1980.

B. V. Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, ob. cit., págs. 266 e segs..

ARTIGO 22

Não são permitidas quaisquer reservas para além das expressamente autorizadas nesta Convenção.

Cfr. os arts. 19 e segs. da Convenção sobre o Direito dos Tratados e o art. 98 da Convenção de Viena de 1980.

ARTIGO 23

Esta Convenção aplica-se às operações de locação financeira em que tanto o contrato de locação financeira como o contrato de fornecimento sejam concluídos na data ou após a data em que a Convenção entre em vigor relativamente aos Estados Contratantes referidos no Artigo 3, parágrafo 1, alínea a), ou relativamente ao Estado ou aos Estados Contratantes referidos no parágrafo 1, alínea b), desse artigo.

A. Cfr. o art. 24 da Convenção sobre o Direito dos Tratados e o art. 100 da Convenção de Viena de 1980.

B. V. Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, ob. cit., págs. 271 e 272.

ARTIGO 24

1. Esta Convenção pode ser denunciada por qualquer Estado Contratante em qualquer momento posterior à data na qual ela entre em vigor relativamente a esse Estado.

2. A denúncia é efectuada mediante o depósito de um instrumento apropriado junto do depositário.

3. A denúncia produz efeitos no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um prazo de seis meses contado a partir do depósito do instrumento de denúncia junto do depositário. Quando, no instrumento de

denúncia, for indicado um prazo mais longo para que a denúncia produza efeitos, esta produz efeitos no termo de tal prazo mais longo contado a partir do respectivo depósito junto do depositário.

- A. *Cfr. os arts. 54 e segs. da Convenção sobre o Direito dos Tratados e o art. 101 da Convenção de Viena de 1980.*
- B. *V. Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, ob. cit., págs. 272 e 273.*

ARTIGO 25

1. Esta Convenção fica depositada junto do Governo do Canadá.
2. O Governo do Canadá:
 - a) informará todos os Estados que tenham assinado ou aderido a esta Convenção e o Presidente do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit) de:
 - (i) cada nova assinatura ou depósito de um instrumento de ratificação, aprovação ou adesão, bem como da respectiva data;
 - (ii) cada declaração feita ao abrigo dos Artigos 18, 19 e 20;
 - (iii) a revogação de qualquer declaração feita ao abrigo do Artigo 21, parágrafo 4;
 - (iv) a data da entrada em vigor desta Convenção;
 - (v) o depósito de qualquer instrumento de denúncia desta Convenção, bem como da data do seu depósito e da data na qual ela produza efeitos;
 - b) transmitirá cópias autenticadas desta Convenção a todos os Estados signatários, a todos os Estados que adiram à Convenção e ao Presidente do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (Unidroit).

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados pelos seus respectivos Governos, assinaram a presente Convenção.

FEITO em Otava, aos vinte e oito dias de Maio de mil noventa e oitenta e oito, num único original cujos textos inglês e francês são igualmente autênticos.

Cfr. os arts. 76 e segs. da Convenção sobre o Direito dos Tratados.

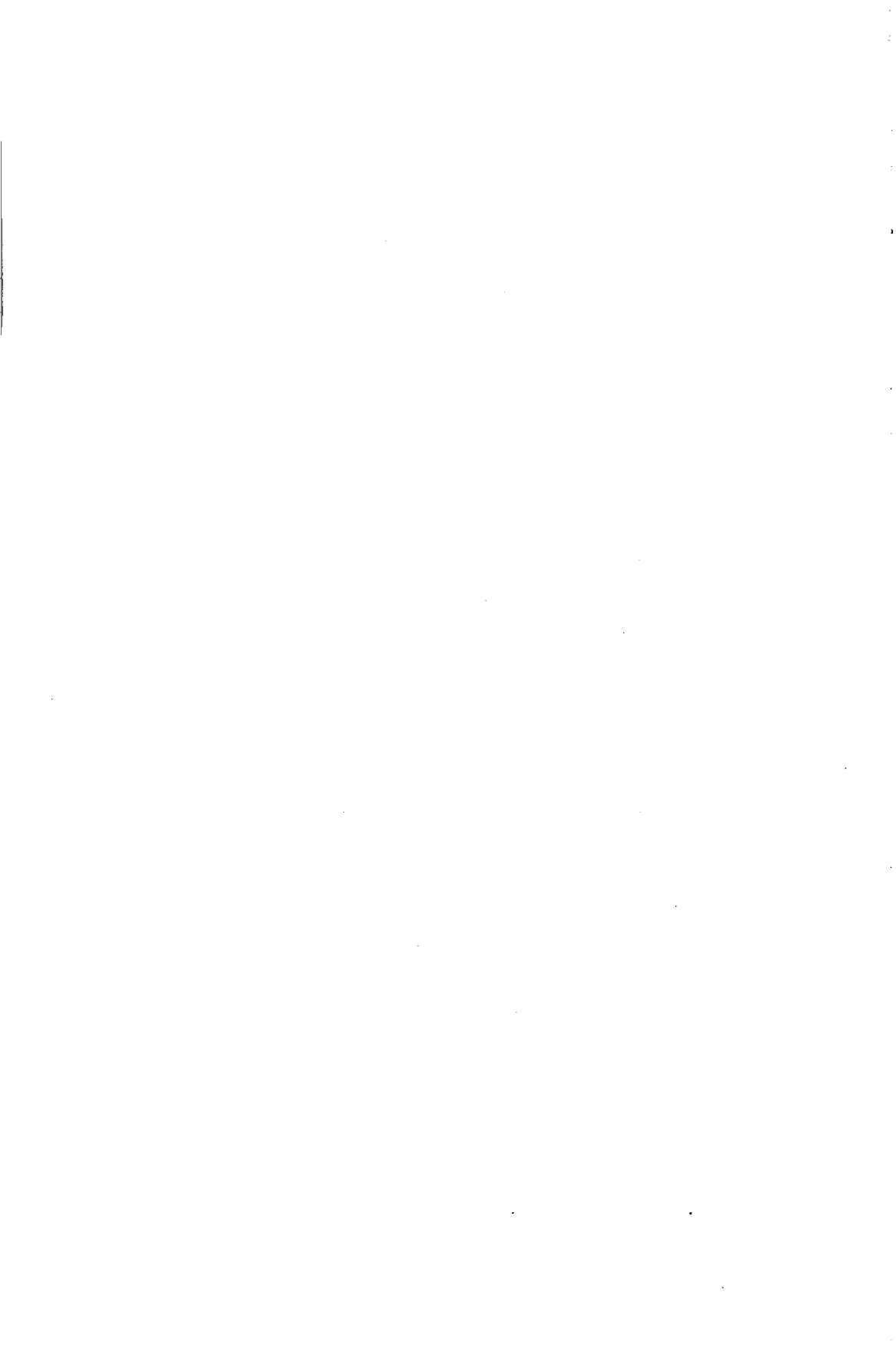
OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

- I. Embora definindo como seu objecto a operação global de locação financeira, integrando nela quer o contrato de locação financeira, quer o de fornecimento, a Convenção debruça-se quase só sobre aquele. As referências que faz a este são apenas as necessárias para dotar o locatário dos meios necessários para reagir directamente contra o fornecedor. A opção justifica-se já que o teor do contrato de fornecimento, em si mesmo, não é alterado pela sua conexão com um contrato de locação financeira.*
- II. A Convenção tenta um equilíbrio entre o interesse dos locadores financeiros de verem reconhecido que a sua intervenção é a de meros financiadores e o dos locatários de só cumprirem as suas obrigações na medida em que o contrato de fornecimento seja cumprido. Julgamos que o compromisso consagrado é mais favorável aos locatários que o regime do direito português.*
- III. Ao nível das formas jurídicas, a busca do equilíbrio deveria levar à procura de um lugar intermédio entre os regimes da locação e dos negócios de crédito. Só que tais regimes não são pontualmente fusíveis e assim era inevitável a prevalência de um — no caso, o da locação (sensível, sobretudo, nos arts. 8, n.ºs 2 a 4, 12, n.ºs 1, alínea a), 3 e 4).*
- IV. Tendencialmente, pode afirmar-se que a aproximação do regime do “leasing” ao da locação favorece os locatários, enquanto a assimila-*

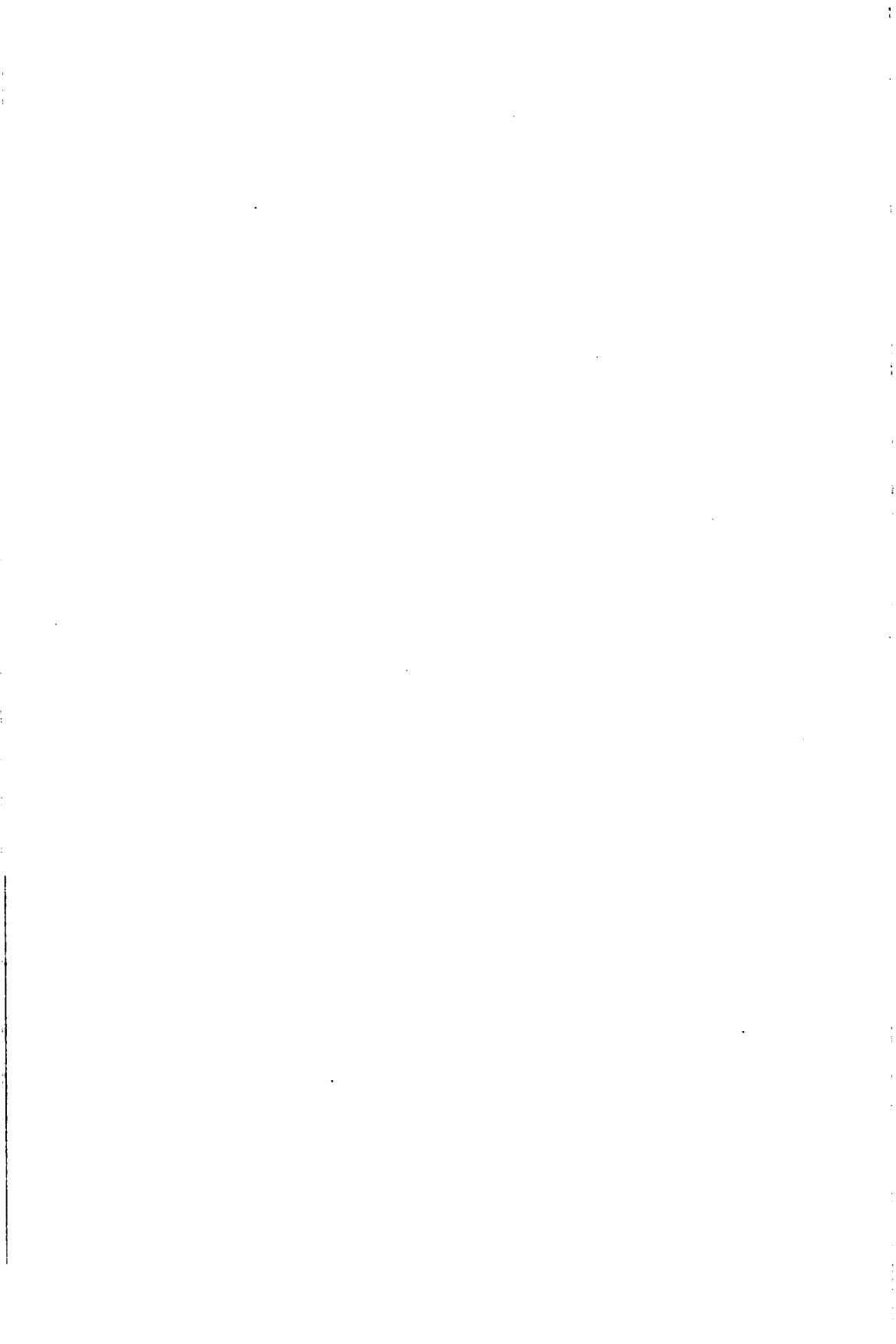
ção do mesmo aos negócios de crédito favorece os locadores. A história jurídica do desenvolvimento do “leasing” é a dos esforços dos locadores para convencerem os aplicadores e os criadores da lei da irrecondutibilidade da figura à locação, ou, pelo menos, do afastamento de parte substancial do regime desta. Em Portugal, o processo foi — e é — algo diferente, por a lei se ter antecipado à prática negocial e ter, à partida, reconhecido largamente a especificidade da figura face ao contrato de locação tradicional.

- V. *A natureza supletiva da maioria dos preceitos da Convenção permite que, na prática negocial, haja um afastamento do perfil que ela traça para a operação. Não é necessário ser entendido nas artes divinatórias para antever que tal afastamento será sistematicamente no sentido de uma maior salvaguarda dos interesses dos locadores. Das escassas disposições imperativas, a única que representa um embaraço — aliás, de bondade discutível — aos interesses dos locadores é a do art. 8, n.º 3, reforçado pelo previsto no art. 20.*
- VI. *Ao renunciar ao estabelecimento de uma disciplina completa, prevenindo, mesmo para aspectos puramente obrigacionais, o recurso aos direitos nacionais designados competentes pelas normas de conflitos do foro, a Convenção admite ter em vista uma unificação apenas parcial do regime das operações internacionais de “leasing”. Esta modéstia de propósitos é tanto mais acentuada quanto alguns dos casos de chamamento expresso dos direitos nacionais respeitam a matérias onde há profundas divergências, não só técnicas como substanciais (v. g., art. 7, n.ºs 2, 3 e 5, e art. 8, n.º 4).*
- VII. *Apesar do que ficou dito no ponto anterior, a Convenção, se entrar em vigor relativamente a um número significativo de Estados, pode vir a desempenhar um papel relevante no incremento das operações internacionais de locação financeira, não só pela redução das incertezas resultantes da incipiência (sobre a matéria de muitos dos direitos nacionais, como pela oferta aos intervenientes de marcos de referência para a negociação.*

Outubro de 1988
RUI PINTO DUARTE



ESTUDOS



ÁLVARO MARIA DE VILHENA DE OLIVEIRA E SILVA

(Président du Tribunal Administratif de Lisbonne)

**LE SURSIS A EXECUTION DES DECISIONS
ADMINISTRATIVES
EN
DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS**

Septembre 1988



1. INTRODUCTION

2. LA PROCEDURE DU SURSIS A EXECUTION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

2.1. *Le domaine du sursis à exécution*

2.1.1. Les actes concernés

- A) La décision faisant objet d'une demande de sursis doit être exécutoire
- B) Impossibilité (en principe) d'octroi par le juge administratif d'une décision de rejet
- C) Remarques à propos des décisions permissives

2.1.2. La disparation progressive de la restriction née de l'ordre public

- A) Le décret du 30 septembre 1953
- B) Le Conseil d'Etat, juge du sursis à exécution des décisions administratives intéressant l'ordre public et relevant au fond des Tribunaux Administratifs
- C) Le décret du 27 janvier 1983 abroge la restriction née de l'ordre public

2.2. *L'importance des règles procédurales*

2.2.1. La juridiction en principe compétente

2.2.2. La procédure proprement dite

- A) La demande de sursis à exécution doit être liée à l'existence d'une requête sur le fond
- B) L'exigence d'une requête séparée et expresse
- C) La motivation et le ministère d'avocat
- D) La recevabilité dans le temps de la demande de sursis à exécution et le risque pour celle-ci d'être dépourvue d'objet

2.2.3. L'instruction et le jugement de la demande de sursis à exécution

- A) L'instruction est poursuivie d'extrême urgence
- B) Le jugement de la demande du sursis à exécution
- C) L'appel du jugement du sursis à exécution des décisions administratives
- D) Le non-lieu à statuer

2.3. *Les justifications du sursis à exécution des décisions administratives*

2.3.1. Les justifications pratiques du sursis à exécution

- A) Le sursis à exécution, solution à utilisation exceptionnelle apportée à la lenteur de la justice administrative
- B) Le sursis à exécution est justifié par l'urgence à paralyser les effets d'une décision administrative

2.3.2. Les justifications théoriques du sursis à exécution

- A) L'intérêt général, raison d'être du sursis à exécution
- B) Le sursis à exécution serait justifié par le caractère provisoire de l'acte administratif

3. LES CONDITIONS D'OCTROI DU SURSIS A EXECUTION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

3.1. *Les conditions jurisprudentielles établies par le Conseil d'État*

3.1.1. La condition du préjudice difficilement réparable

3.1.1.1. L'évolution terminologique de la qualification du préjudice

3.1.1.2. Le juge administratif tient compte des circonstances de l'affaire

3.1.1.3. La notion de préjudice depuis 1953

3.1.1.4. Essai de définition du préjudice difficilement réparable

3.1.2. La condition des moyens sérieux de nature à justifier, en l'état de l'instruction, l'annulation de la décision attaquée

3.1.2.1. L'absence de référence expresse à la condition du moyen sérieux par la grande majorité des décisions antérieures à 1953

3.1.2.2. La mention du moyen sérieux depuis 1953

3.1.2.3. Essai de définition du moyen sérieux de nature à justifier, en l'état de l'instruction, l'annulation de la décision attaquée

3.1.2.4. Le risque de préjugement par une étude trop approfondie des moyens

3.2. *La libre appréciation du juge administratif*

3.3. *Les effets du jugement du sursis à exécution*

3.4. *Évolution législative pour un octroi plus favorable du sursis à exécution*

A) Les dispositions légales dans les lois du 10 juillet 1976 et du 12 juillet 1983

B) Les principales applications jurisprudentielles

4. CONCLUSION

5. STATISTIQUES DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS FRANÇAIS CONCERNANT LES ANNÉES 1976/77 A 1980/81 ET DES DECISIONS EN MATIERE DE SURSIS A EXECUTION RENDUES PAR LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE DIJON POUR L'ANNEE 1981/1982 AINSI QUE LE NIVEAU D'ACTIVITE DES DIFFERENTS TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS POUR L'ANNEE 1980/1981

6. ANNEXES

N.° 1 — Formulaire pour requête à fin de surseoir à exécution

N.° 2 — Formulaire pour la communication d'une demande de sursis

7. BIBLIOGRAPHIE

LE SURSIS A EXECUTION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

1. Introduction

En droit administratif, sauf dispositions législatives spéciales, les recours contentieux formés devant la juridiction administrative contre les actes de l'administration n'en suspendent pas l'exécution.

Le principe du caractère non suspensif du recours fut établi par l'article 3 du décret du 22 juillet 1806, en même temps qu'il était assorti d'une exception: le sursis à exécution.

Étant donné que l'administration est investie du "privilège du préalable" elle peut mettre en application des décisions qu'elle prend sans avoir besoin du juge pour les faire exécuter, puisque ses décisions bénéficient d'une présomption de légalité.

Même au cas où l'acte administratif est illégal et qu'un recours est pendant pour le faire annuler, la décision est exécutoire, c'est-à-dire, elle fait naître unilatéralement des obligations à la charge des tiers sans recourir à leur consentement.

L'exécution immédiate des décisions administratives — si illégales — peut entraîner des préjudices très difficilement réparables.

C'est pourquoi la jurisprudence a décidé que l'administration agissait à ses risques et périls, pouvant les intéressés, en dehors de l'annulation de l'acte, réclamer une indemnité pour compenser le dommage que l'exécution de l'acte illégal leurs a causé.

Depuis l'arrêt Zimmerman du 27 février 1903, les requérants bénéficient encore d'une indemnité pour couvrir la faute d'une précipitation anormale de l'exécution d'une décision qui est frappé de recours en annulation.

Cependant la juridiction administrative fait preuve d'une grande parcimonie en ce qui concerne cette indemnité et en plus, très souvent la réparation n'est pas totale et parfois le préjudice subsiste: nous sommes alors devant un préjudice irréparable.

C'est justement pour paralyser l'action administrative de façon préventive qu'on fait appel au sursis à exécution tel qu'il est expressément prévu par le législateur.

Le Conseil d'État — depuis le décret du 22 juillet 1806 — et les tribunaux administratifs — depuis le décret du 30 septembre 1953 — ne prononcent pas le sursis à exécution des décisions administratives qu'exceptionnellement (1).

Seulement les actes administratifs définitifs et exécutoires peuvent être objet du sursis ce qui exclut les décisions de rejet lorsque celles-ci ne modifient pas l'ordonnement juridique des requérants.

Actuellement on remarque une certaine tendance pour l'unification de la procédure devant le Conseil d'État et les tribunaux administratifs, notamment par la disparition — opérée par le décret du 27 janvier 1983 — de l'interdiction qui était faite aux tribunaux administratifs d'ordonner le sursis à exécution des décisions administratives l'ordre public.

La jurisprudence du Conseil d'État sur les deux conditions d'octroi du sursis a été consacrée par l'article 54 alinéa 4 du décret du 30 juillet 1963: "Le sursis peut être ordonné, à la demande du requérant, par la section de l'assemblée du contentieux, si l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissent en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée".

Il faut dire que même quand ces deux conditions sont réunis ça ne veut pas dire que le sursis est automatiquement et obligatoirement octroyé, puisque le juge garde la pleine liberté d'apprécier, au vu des circonstances de chaque affaire, s'il doit ou non accorder le sursis à exécution.

A partir de 1976 la procédure du sursis à exécution s'est assouplie considérablement surtout dans le domaine de l'environnement et des actes des collectivités décentralisées.

(1) L'article R 96 du Code des Tribunaux Administratifs statue ainsi: "La requête devant un tribunal administratif n'a pas d'effet suspensif sauf s'il en est ordonné autrement par le tribunal à titre exceptionnel".

C'est ainsi que les lois du 13 juillet 1976 et du 22 juillet 1982 n'exigent que la condition des moyens sérieux pour l'octroi du sursis à exécution.

Les tribunaux administratifs ne peuvent ordonner le sursis qu'à titre exceptionnel et jamais prescrire un sursis à exécution dans une matière intéressant "l'ordre public" sauf, depuis le décret du 12 mai 1980, à l'égard des décisions relatives à l'entrée et séjour des étrangers en France.

2. La procédure du sursis à exécution des décisions administratives

Le sursis à exécution des décisions administratives peut être prononcé par le Conseil d'État et aussi par les tribunaux administratifs. Cependant, la possibilité du juge administratif suspendre l'exécution de telles décisions reste limitée.

La procédure, c'est-à-dire, l'ensemble des formalités à accomplir pour pouvoir soumettre une prétention à la justice, doit être précise et rapide, afin de remédier d'urgence aux conséquences irréparables que pourrait causer l'exécution d'une décision administrative illégale.

L'instruction est menée d'extrême urgence même si aucun texte légal prévoit un délai.

2.1. Le domaine du sursis à exécution

Le champ d'application du sursis à exécution des décisions administratives est réglé, pour les tribunaux administratifs, par l'article R 96 du C.T.A. qui dispose: "La requête devant le Tribunal Administratif n'a pas d'effet suspensif, s'il n'en est pas ordonné autrement par le tribunal à titre exceptionnel".

Et pour le Conseil d'Etat l'article 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 statue: "Sauf dispositions législatives spéciales, la requête au Conseil d'Etat n'a point d'effet suspensif, s'il n'en est pas autrement ordonné par le Conseil d'Etat".

N'importe qu'elle requête adressée au tribunal administratif, ou bien au Conseil d'État, peut se faire accompagner d'une demande de sursis à exécution, mais son octroi est exceptionnel.

Le juge administratif refuse à surseoir à l'exécution des décisions administratives qui n'auraient pas de caractère exécutoire, ainsi qu'aux décisions négatives puisqu'il ne peut pas obliger l'administration à prendre une décision qu'elle avait refusée d'adopter auparavant.

Le Conseil d'État a refusé pendant des décennies d'ordonner le sursis à exécution des décisions administratives en matière d'ordre public lorsque les tribunaux administratifs étaient compétents sur le fond en premier ressort.

2.1.1. *Les actes concernés*

Dans l'arrêt HUGLO du 2 juillet 1982, le Conseil d'État rappelle qu'en principe, la décision administrative qui fait l'objet d'une demande de sursis à exécution doit avoir un caractère exécutoire⁽²⁾.

- A) La décision faisant l'objet d'une demande de sursis à exécution doit être exécutoire.

L'administration a le pouvoir de prendre des décisions unilatérales qui s'imposent aux administrés sans avoir besoin de leur consentement: ce sont des décisions exécutoires. La demande de sursis à exécution est l'accessoire d'un recours pour excès de pouvoir. Or, celui-ci ne peut être formé qu'à l'encontre d'une décision qui porte atteinte aux intérêts du requérant, d'où sont écartés les actes préparatoires et les actes confirmatifs.

Pour permettre le sursis, il ne suffit qu'une décision fasse grief: il faut qu'elle ait un caractère exécutoire, tel qu'il a été défini dans l'arrêt d'assemblée AMOROS, du 23 janvier 1970: "les tribunaux administratifs et le Conseil d'État ne peuvent, en principe, ordonner le sursis à exécution d'une décision qui leur est déférée que si cette décision est exécutoire; en revanche, ils n'ont pas le pouvoir d'ordonner qu'il sera sursis à exécution d'une décision de rejet, sauf dans le cas où le maintient de cette

(2) Rec. p. 258 A.J.D.A. 1982.

décision entraînerait une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement”.

B) Impossibilité (en principe) d'octroi par le juge administratif d'une décision de rejet.

Vers les années 1950 l'État devient interventionniste-il dispense des prestations en tous genres: secours en argent, autorisations, subventions, etc. Le sollicitant, les particuliers voient parfois leur demande rejeté. Or, ce refus peut être pour certains d'entre eux la cause d'un préjudice irréparable. Ils font alors un recours en annulation à l'encontre de la décision administrative qui a refusé de leur donner satisfaction et l'assortissent d'une demande de sursis à exécution.

Dans la jurisprudence AMOROS, le Conseil d'État affirme que, s'il prononce le sursis à exécution d'une décision de rejet, il adresse alors une injonction à l'administration, ce qu'il ne peut se permettre. En effet, en accordant le sursis à exécution d'une décision refusant la restitution d'un permis de conduire, le juge obligerait l'administration à le restituer au requérant et le Conseil d'État s'est toujours refusé de se substituer à l'administration active ou de lui donner des injonctions.

Si une décision négative, qui n'entraîne pas de changement par rapport à la situation antérieure de l'intéressé, est de nature à causer un préjudice difficilement réparable et risque sérieusement d'être annulée, elle devait pouvoir faire l'objet d'un sursis à exécution, au même titre qu'une décision positive.

C) Remarques à propos des décisions permissives

Tandis que la décision impérative est prise dans l'intérêt général et oblige le particulier, la décision permissive offre la possibilité à un particulier de réaliser un objectif qu'il s'est lui même fixé. Cependant, même après avoir reçu autorisation, il peut y renoncer (comme c'est le cas du permis de conduire).

Quand il s'agit de décisions permissives très souvent la décision administrative n'est pas exécutée par l'administration elle-même. Cependant, il faut dire que les conditions d'octroi du sursis sont les mêmes dans les deux cas.

2.1.2. *La disparition progressive de la restriction née de l'ordre public*

La majorité des demandes de sursis à exécution d'une décision administrative touche à l'ordre public.

Pendant la période 1977/78, plus de six demandes sur dix adressées au Conseil d'État intéressaient le domaine des expulsions.

A) Le décret du 30 septembre 1953

L'article 9 du décret du 30 septembre 1953 interdisait au juge de surseoir à l'exécution d'une décision administrative intéressant "la maintien de l'ordre, la sécurité et la tranquillité public".

Le décret du 28 juillet 1969 fit disparaître les notions de sécurité et de tranquillité. Seule fut maintenue la restriction de l'ordre public.

Au sens administratif du terme, l'ordre public est constitué par un minimum de conditions essentielles à une vie sociale convenable. Son contenu varie avec l'état des croyances sociales; la sécurité des biens et des personnes; la salubrité; la tranquillité et le maintien de l'ordre dans la rue en sont le fondement. Il revêt aussi des aspects économiques (la lutte contre la vie chère, l'accaparement), voire esthétiques (protection des sites et monuments).

B) Le Conseil d'État, juge du sursis à exécution des décisions administratives intéressant l'ordre public et relevant au fond des tribunaux administratifs.

L'article R 96 alinéa 2 interdit aux tribunaux administratifs de prononcer le sursis à exécution des décisions intéressant l'ordre public.

Le Conseil d'État est seul compétent pour statuer en premier et dernier ressort sur la demande de sursis à exécution des décisions d'expulsion, alors même que le recours en annulation de ces décisions relève des tribunaux administratifs. Il décide que la réforme de 1953, qui a modifié la répartition des compétences au sein de la juridiction administrative, n'a pas eu pour objet de diminuer les pouvoirs de la juridiction administrative dans son ensemble.

- C) Le décret du 27 janvier 1983 abroge la restriction née de l'ordre public.

Le décret du 12 mai 1980 modifié l'article R 96 alinéa 2: "Toutefois, le tribunal ne peut prescrire qu'il soit sursis à l'exécution des décisions intéressant l'ordre public, à l'exception de celles qui sont relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France".

Le champ d'incompétence des tribunaux administratifs se restreint.

Toutefois, les décisions d'expulsion et d'assignation à résidence continuaient à relever de l'ordre public et seulement avec le décret du 27 janvier 1983 l'alinéa 2 de l'article R 96 se voit abrogé.

Désormais, la restriction concernant l'ordre public n'existe plus en matière de sursis à exécution d'une décision administrative. Les tribunaux administratifs peuvent prononcer le sursis à exécution d'une décision d'expulsion, mais aussi de toute décision administrative relevant de leur compétence de droit commun au fond.

2.2. L'importance des règles procédurales

La précision des règles qui intéressent la compétence, la recevabilité de la demande, l'instruction et le jugement du sursis à exécution des décisions administratives mérite le plus grand intérêt parce qu'elle doit assurer un sursis à exécution rapide, contradictoire et efficace.

Devant les Tribunaux Administratifs, la procédure du sursis à exécution est régie par les articles R 97 à R 100 du Code des Tribunaux Administratifs.

Devant le Conseil d'État, elle fut largement déterminée par les usages.

Les règles procédurales ont une importance considérable, car de leur bonne adaptation à la finalité de l'institution, qui est de pouvoir surseoir rapidement à l'exécution d'une décision paraissant illégale et pouvant entraîner des conséquences difficilement réparables, dépend l'efficacité du sursis à exécution.

2.2.1. *La juridiction en principe compétente*

Les règles normales de procédure s'appliquant, les Tribunaux Administratifs traitent la plupart des dossiers.

La demande ne saurait être jugée par une juridiction outre que celle dont relève le jugement tendant à l'annulation de la décision litigieuse.

Le droit d'accorder le sursis à exécution d'une décision administrative appartient donc au Tribunal Administratif compétent territorialement, car la demande de sursis à exécution doit être liée à une requête au fond.

Il appartient au Conseil d'État et au Conseil du Contentieux Administratif pour les litiges relevant de sa compétence.

En cas d'appel du jugement d'un Tribunal Administratif sur un recours en annulation, le sursis à exécution peut être demandé pour la première fois devant le Conseil d'État.

2.2.2. *La procédure proprement dite*

A) La demande de sursis à exécution doit être liée à l'existence d'une requête sur le fond

La recevabilité de la demande de sursis à exécution d'une décision administrative est subordonnée à l'existence d'un recours sur le fond de la décision litigieuse. Le sursis à exécution est annexé à un recours principal. Ce dernier vise le fond de l'affaire.

Cela résulte à la fois de l'article 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 et de l'article 9 alinéa premier du décret du 30 septembre 1953, où il est précisé que les recours ne sont pas suspensifs. Dans l'absence d'un recours en annulation, la demande de sursis à exécution est irrecevable et la même chose arrive lorsque la demande au principal a été rejetée, ou dans le cas où le recours principal a été déposé tardivement.

B) L'exigence d'une requête séparée et expresse

L'exigence d'une requête séparée et expresse est contenue dans l'article R 97 du Code des Tribunaux Administratifs: "Les conclusions à fin de sursis doivent être expressees et présentées par requête séparée".

Le fait de faire la distinction entre le demande de sursis à exécution et la requête sur le fond permet au juge de disposer d'arguments propres au sursis, sans avoir à préjuger du fond de l'affaire. C'est un avantage pour le requérant car l'étude de la requête est ainsi accélérée.

La requête est rédigée sur papier libre et devra solliciter expressément le sursis à exécution. Le requérant aura intérêt à invoquer les deux conditions d'octroi imposées par la jurisprudence: le moyen sérieux et le préjudice difficilement réparable.

C) La motivation et le ministère d'avocat

La requête doit être présentée par ministère d'avocat si le recours principal n'en est pas dispensé et doit être suffisamment motivée par référence à la requête principale sous peine de se voir refuser dans les termes prévus par l'article R 98 alinéa 2 du Code des Tribunaux Administratifs: "Lorsqu'il apparaît au Tribunal Administratif, au vu de la requête introductive d'instance et des conclusions de sursis, que le rejet de ces conclusions est d'ores et déjà certain, le président peut faire application des dispositions de l'article R 114 C.T.A.", c'est-à-dire, dispenser l'instruction.

D) La recevabilité dans le temps de la demande de sursis à exécution et le risque pour celle-ci d'être dépourvue d'objet.

Il est normal que les délais de recevabilité ne soient pas spécifiés par les textes, puisque la demande de sursis à exécution d'une décision administrative est justifiée par l'urgence. Cependant, il faut envisager ce délai relativement au recours en annulation, car la demande de sursis à exécution est subordonnée à l'existence d'un recours sur le fond.

Le recours au fond a pour but d'obtenir l'annulation de la décision, mais la demande de sursis à exécution a pour but d'éviter qu'en l'attente de l'annulation, la décision ne produise des effets irréparables. Le sursis à exécution apporte au requérant un avantage que la décision d'annulation ne peut lui donner.

Toutefois, la facilité de demander le sursis à exécution dans le temps connaît une limite: lorsque la décision a définitivement produit ses effets malencontreux, la demande es dépourvue d'objet.

2.2.3. *L'instruction et le jugement de la demande de sursis à exécution*

Les articles R 98 à R 101 du Code des Tribunaux Administratifs réglementent l'instruction et le jugement du sursis à exécution des décisions administratives.

A) L'instruction est poursuivie d'extrême urgence

Pour le déroulement d'une instruction normale, le juge fixe un délai pour présenter les observations et les mémoires. Lorsqu'une des parties ne répond pas à une demande dans le délai imparti, le secrétaire de la juridiction lui adresse une mise en demeure. En cas de force majeure, un nouveau et dernier délai peut être accordé.

L'instruction est poursuivie d'extrême urgence comme le prévoit l'article R 98 du C.T.A.: "Les délais accordés aux parties et administrations intéressés pour fournir leurs observations sur cette demande sont fixés au minimum et doivent être rigoureusement observés, faute de quoi il est passé outre, sans mise en demeure".

Aucun délai n'est imposée au juge. Celui-ci se voit confier par les textes la mission de réduire au minimum le temps imparti à chacun pour fournir ses explications, ce qui suggère bien la caractère urgent de la procédure du sursis à exécution. Le délai de réplique peut être réduit à 48 heures. Le juge veille au respect du caractère contradictoire de la procédure.

Quant au Conseil d'État, aucune disposition ne lui impose explicitement de se prononcer d'urgence.

L'alinéa 2 de l'article R 98 du C.T.A. donne au président du Tribunal la possibilité de rejeter d'emblée et sans instruction les conclusions fantaisistes à fin de sursis à exécution.

B) Le jugement de la demande de sursis à exécution

En premier ressort, le sursis à exécution est prononcé par les formations normales de jugement du Tribunal Administratif ou du Conseil d'État.

L'article R 96 du C.T.A. précise que "La requête devant le Tribunal Administratif n'a pas d'effet suspensif, s'il n'en est pas ordonné autrement par le Tribunal" c'est-à-dire le pouvoir de sursis est exercé collégialement.

L'octroi du sursis à exécution devant le Conseil d'État, jusqu'an décret du 26 août 1975, ne pouvait être prononcé que par la section ou par l'assemblée plénière.

Depuis 1975, le sursis était ordonné par le Conseil d'État en son entier. Il n'y avait pas désignation d'instances particulières. Mais le décret 84-819 du 29 août 1984, venu modifier l'article 54 du décret du 30 juillet 1963, habilite la soussection en formation de jugement à prononcer le sursis à exécution dans tous les cas.

Le Tribunal Administratif doit motiver sa décision dans tous les cas: rejet ou accord. Cet exigence résulte de l'article R 99 du C.T.A.: "Dans tous les cas, il est statué sur les conclusions à fin de sursis par jugement motivé...". Elle était nécessaire puisqu'elle permet au juge d'appel de connaître les motifs du juge du premier ressort. En plus elle renseigne les parties sur l'appréciation qui a été faite de leurs prétentions.

Devant le Conseil d'État, seule la décision d'octroi fait objet d'une décision expresse. La demande peut être rejetée sans forme, par une décision ni motivée, ni même rédigée. Il s'agit d'une vieille tradition.

Cependant, l'article 54 alinéa 5 du décret du 30 juillet 1963 a été modifié par le décret du 29 août 1984: la disposition prévoyant que le rejet des conclusions à fin de sursis n'avait pas à être motivé a été supprimée. Lorsque le Conseil d'État accorde le sursis à exécution, sa motivation est sommaire, mais rien ne l'empêche de rompre avec cette attitude.

L'article R 100 du C.T.A. énonce: "Le jugement prescrivant le sursis à exécution d'une décision administrative est, dans les 24 heures, notifié aux parties en cause ainsi qu'à l'auteur de la décision; les effets de ladite décision sont suspendus à partir du jour où son auteur reçoit cette notification".

Le sursis à exécution accordé entraîne suspension des effets de la décision attaquée jusqu'au jugement sur le fond, mais l'appel peut remettre en cause.

C) L'appel du jugement du sursis à exécution des décisions administratives

Le jugement rendu sur une demande de sursis à exécution par le Tribunal Administratif est susceptible d'appel devant le Conseil d'État, dans la quinzaine qui suit sa notification (article R 101 du C.T.A.). Ce délai s'impose à l'appelant même s'il n'a pas été mentionnée dans la notification du jugement. Son non respect entraîne l'irrecevabilité de l'appel. L'appel peut être déposé le premier jour ouvrable suivant l'expiration du délai.

Peuvent faire appel toute partie à l'instance de premier ressort et l'auteur de la décision attaquée. En principe, le ministre a compétence pour représenter l'État devant le Tribunal. Il peut donc faire appel en tant que partie. Si l'acte émane du préfet, par exemple, celui-ci peut attaquer le jugement qui paralyse l'acte dont il est l'auteur devant le Conseil d'État.

L'appelant peut être le demandeur du sursis à exécution qui a vu conclure au rejet de ses prétentions en première instance. Pendant ce temps et jusqu'au jugement de l'appel, le requérant devra subir les effets de la décision administrative en cause, celle-ci continuant à s'appliquer.

L'appel peut être dirigé contre un refus ou un accord du sursis dans les termes énoncés par l'article R 101 du C.T.A.: "les jugements rendus sur une demande de sursis à exécution peuvent être attaqués par la voie de l'appel devant le Conseil d'État".

L'appelant qui demande au Conseil d'État l'annulation de la décision accordant le sursis à exécution, peut joindre à cette requête une demande de suspension immédiate du sursis, en l'attente de la décision de l'appel.

L'article R 101 alinéa 2 prévoit: "Les appelants peuvent joindre à leurs pouvoirs une demande tendant à ce qu'il soit mis fin au sursis à exécution".

Cette demande de suspension doit être expresse: le juge ne peut pas la prononcer d'office. La suspension est ordonnée par le président de la section du contentieux, ou par les présidents adjoints, ou bien encore par un conseiller délégué par le président. Il le fait par ordonnance non motivée et sans instruction

préalable. Elle est prononcée immédiatement et à titre provisoire. La décision de suspension produit son effet jusqu'à ce que le juge d'appel se soit prononcé sur maintien ou non du sursis à exécution et que le ministre intéressé en ait reçu notification. Elle déroge au principe non suspensif de l'appel et rétablit le principe du caractère exécutoire de la décision administrative.

Le "sursis du sursis" a pour conséquence directe l'application de la décision litigieuse. Cet état de fait peut exposer le requérant à un non-lieu à statuer.

D) Le non-lieu à statuer

Une demande de sursis à exécution peut perdre son objet avant même que le juge ait pu statuer, de sorte qu'elle devient irrecevable.

Cette situation peut se produire, d'abord lorsque l'acte attaqué a été retiré par son auteur, ensuite lorsque le jugement au fond vient d'être rendu, de sorte qu'il n'y a plus de suspension d'application de l'acte à organiser dans l'attente du jugement au fond, enfin lorsque l'acte litigieux a déjà été entièrement exécuté, de sorte qu'il n'y a pas plus d'exécution à suspendre.

Le non-lieu à statuer peut être prononcé en première instance, on en appel. La décision est exécutée avant que le juge ne se soit trouvé en mesure de statuer sur la demande de sursis à exécution. Le problème se pose avec acuité dans les domaines où il y a urgence à prononcer le sursis à exécution, tels que le permis de construire et l'autorisation de licenciement.

2.3. *Les justifications du sursis à exécution des décisions administratives*

Les décisions exécutoires de l'administration gardent toute leur force et produisent leurs effets nonobstant les recours qui sont formés à leur encontre: c'est ce qu'on appelle le principe de l'effet non suspensif des recours.

Le sursis à exécution est le moyen utilisé par le juge avant de statuer sur le fond, de suspendre l'effet de la décision qui lui est déférée, dans le cas où elle peut paraître illégale et son exécution risque d'avoir des conséquences irréparables pour le requérant.

2.3.1. *Les justifications pratiques du sursis à exécution*

La justice administrative est lente à se prononcer puisque la durée moyenne d'un procès est égale à deux ans.

Mais même si le juge administratif parvenait à juger le fond d'une affaire dans les délais assez courts, il existerait encore certains cas qui justifieraient le recours au sursis à exécution puisqu'il y a parfois urgence à préserver les intérêts des requérants qui pourraient subir des dommages irréparables en quelques jours, du fait de l'exécution d'une décision administrative paraissant illégale.

- A) Le sursis à exécution, solution à utilisation exceptionnelle apportée à la lenteur de la justice administrative.

Tardive, la censure du juge revêt plus une valeur morale qu'un intérêt pratique.

De toute manière, il faut tenir compte de la période technique du procès qui dure de trois à six mois et durant ce délai une maison peut être achevée, l'expulsion d'un étranger s'est réalisée et a des conséquences irréparables.

La justice est trop lente quand la sanction n'arrive pas à temps. Un commerçant exclu d'un centre commercial attendra mieux la décision pendant deux ans que l'étranger qui a été expulsé. Le sursis à exécution est donc justifié par l'urgence.

- B) Le sursis à exécution est justifiée par l'urgence à paralyser les effets d'une décision administrative

L'urgence de cette procédure peut se définir comme un besoin immédiat et pressant de remédier à une situation qui paraît illégale et qui produit des effets indésirables.

Dans ce cas une décision rapide s'impose, car tout retard entraînerait un grave préjudice pour celui qui s'en prévaut. Il faut que le juge agisse vite, avant que la décision illégale ait pu produire ses effets irréparables.

Malgré la disposition de l'article R 98 du C.T.A., "l'instruction est poursuivie d'extrême urgence", la procédure est encore trop lente, comme le prouvent les trop nombreux jugements décidant que la demande est devenue sans objet, parce que l'acte a été exécuté.

2.3.2. *Les justifications théoriques du sursis à exécution*

On peut dire que le sursis à exécution des décisions administratives repose sur le caractère provisoire de l'acte administratif.

A) L'intérêt général serait la raison d'être du sursis à exécution

Pour certains auteurs aux conditions classiques du sursis à exécution des décisions administratives, le moyen sérieux et le préjudice difficilement réparable, il fallait ajouter une autre, celle de l'intérêt public.

Selon ces auteurs l'immense majorité des décisions qui ordonnent le sursis se justifient par des raisons d'intérêt général (l'intérêt de la défense nationale, le libre exercice des cultes, la conservation des sites et monuments historiques, le fonctionnement d'oeuvres sociales, etc.).

Il est vrai que les juges ne mentionnent jamais l'intérêt général comme une condition d'octroi du sursis à exécution des décisions administratives mais il est la raison profonde et sous-jacente qui permet au juge d'accorder ou non le sursis.

Dans les textes, on ne trouve ni définition d'ensemble de la notion, ni détermination de critères en permettant la reconnaissance.

L'intérêt général peut être invoqué dans tous les sens, c'est-à-dire, aussi bien dans celui du caractère non suspensif des recours que celui du sursis à exécution.

B) Le sursis à exécution serait justifié par le caractère provisoire de l'acte administratif

Le sursis à exécution représente une atteinte à la force juridique de l'acte administratif étant donné que même contestées devant le juge, les décisions exécutoires demeurent obligatoires. Le sursis à exécution porte atteinte à ce caractère obligatoire.

L'acte administratif restera provisoire tant que le juge n'aura pas vérifié sa légalité. En effet, ne possédant pas le caractère initial de la loi, sa force juridique est limitée et il est contestable. Il est donc provisoire parce qu'il peut être annulé et si un recours a été engagé, il restera provisoire tant que le juge ne se sera pas prononcé.

Lorsqu'il est prononcé, l'acte administratif peut être remis en cause par les tiers; lorsqu'il est définitif, seule l'administration peut le modifier, le retirer ou l'abroger.

Le sursis à exécution se fonde sur le caractère provisoire de l'acte administratif et s'adresse à un acte contestable paraissant illégal.

3. Les conditions d'octroi du sursis à exécution des décisions administratives

Le décret du 22 juillet 1806 a donné au juge le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution des décisions administratives, mais aussi d'en créer les conditions d'octroi.

Pour que le juge puisse octroyer le sursis il exige la réunion de deux conditions:

- Un moyen sérieux, de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué, c'est-à-dire un moyen suffisamment précis et pertinent pour faire croire à l'illégalité de la décision;
- Un préjudice difficilement réparable, qui ne pourra donc pas être réparé entièrement et de manière satisfaisante.

Si la décision paraît illégale et que son exécution a de graves conséquences, il sera urgent d'y remédier. Le juge va surseoir à l'exécution de la décision administrative, à moins que les circonstances de l'affaire ne l'amènent à refuser. En matière de sursis à exécution le juge reste fidèle au principe de la loi: l'octroi du sursis à exécution doit être exceptionnel.

3.1. *Les conditions jurisprudentielles établies par le conseil d'État*

Le Conseil d'État est seul à l'origine de la théorie des conditions d'octroi du sursis à exécution des décisions administratives. L'exigence des deux conditions remonte à l'arrêt du 23 novembre 1888 "soeurs hospitalières de l'Hotel-Dieu de Paris"⁽³⁾.

Le juge traite d'abord le préjudice difficilement réparable, car cette condition est propre au domaine du sursis à exécution. En examinant d'abord la condition du préjudice, le Tribunal Administratif pourra, s'il en constate l'absence, rejeter sur cette base la demande de sursis à exécution, puis qu'il faut la réunion des deux conditions. Ainsi, le juge ne donne aucune indication sur les chances de sursis du recours en annulation.

(3) Rec. pág. 874.

Bien que juge ne doive pas préjuger du fond de l'affaire, en se prononçant sur le sérieux des moyens, il indique au requérant si le recours en annulation a une chance ou non d'aboutir.

Le requérant doit avoir intérêt à agir, cet intérêt doit être légitime et raisonnable, personnel à l'individu ou au groupement qui forme le recours et suffisamment caractérisé.

3.1.1. La condition du préjudice difficilement réparable

Le sursis à exécution est un remède et, à ce titre, il doit demeurer l'exception. C'est pourquoi le Conseil d'État a conditionné l'octroi du sursis à exécution à l'existence d'un préjudice chez le requérant en cas d'exécution de la décision attaquée.

Toutefois, il ne s'agit pas de retenir n'importe quel préjudice. Le Conseil d'État a déterminé à partir de quel seuil le préjudice dont se plaint le requérant peut être considéré comme justifiant le sursis à exécution d'une décision administrative.

C'est au juge qu'incombe l'appréciation de cette condition.

3.1.1.1. L'évolution terminologique de la qualification du préjudice

Les premières décisions se contentaient d'un simple dommage.

Puis, les termes utilisés pour qualifier le préjudice ont considérablement varié: dommage irréparable, préjudice grave, préjudice réel et irréparable, et même préjudice grave et irréparable.

Ce dernier qualificatif associait les deux termes qui figurent le plus souvent dans la jurisprudence du Conseil d'État, mais il paraît impossible de tracer une évolution précise de la notion de préjudice à la lumière des expressions employées pour le caractériser. Le juge administratif reste très souvent laconique dans ses motivations. Il cherche à qualifier le préjudice selon les circonstances propres à chaque affaire.

3.1.1.2. Le juge administratif tient compte des circonstances de l'affaire

Le juge administratif tient compte de l'évolution des valeurs de la société. Les intérêts en présence ont changé avec le temps et le Conseil d'État a su s'adapter pour défendre les valeurs essentielles du moment. La juridiction fut plus restrictive jusqu'à la réforme du contentieux en 1953 et même au-delà, du moins en ce qui concerne le Conseil d'État.

3.1.1.3. *La notion de préjudice depuis 1953*

Le Conseil d'État abandonne le qualificatif "grave" ou "irréparable" pour énoncer désormais que le préjudice présente "un caractère de nature à justifier le sursis à exécution" "qu'il n'est pas établi que l'exécution de la décision attaquée ait été de nature à causer un préjudice susceptible de justifier une décision de sursis".

Depuis, ces formules sont reprises dans la plupart des arrêts du Conseil d'État qui reste mystérieux et secret dans sa motivation.

3.1.1.4. *Essai de définition du préjudice difficilement réparable*

Le préjudice est le dommage, le tort causé au requérant par l'exécution de la décision administrative. L'article 54 du décret du 30 juillet 1963 (Code des Tribunaux Administratifs) reprend cette idée, en précisant que l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables. Il faut que les conséquences de la décision soient la source d'un préjudice pour le demandeur du sursis à exécution. De plus, le préjudice n'est de nature à justifier le sursis à exécution que si le demandeur qui s'en prévaut se trouve dans une situation juridiquement protégée.

Le sursis à exécution ne sera accordé qu'à partir d'un certain seuil de gravité, qui rend le préjudice irréparable de manière satisfaisante par un dédommagement pécuniaire. Lorsque l'exécution de la décision entraîne un préjudice exclusivement pécuniaire, le sursis à exécution sera refusée par le juge.

Le caractère difficilement réparable du préjudice ne sera pris en compte que s'il révèle une gravité certaine, se manifestant notamment par une impossibilité de reconstituer "in natura".

Une décision administrative prise dans l'intérêt général peut être aussi suspendue lorsque le préjudice susceptible de résulter de son exécution est lui-même de nature à léser un autre intérêt général. C'est le cas pour l'atteinte portée à un site historique ou pittoresque, l'atteinte à la salubrité.

Dans la plupart des décisions, nous pouvons constater une gravité flagrante. L'appréciation du caractère difficilement réparable du préjudice est vite faite, même si certains cas sont limite.

En conclusion, on peut dire que le préjudice allégué a plus de chances d'être considéré comme difficilement réparable lorsque:

- un intérêt général est lésé;
- les conséquences ne sont pas exclusivement pécuniaires et difficiles à réparer en nature;
- le dommage est d'une gravité certaine;
- la liberté individuelle ou le droit de propriété est en cause.

L'exigence du préjudice est donc spécifique au régime général du sursis à exécution.

3.1.2. *La condition des moyens sérieux de nature à justifier en l'état de l'instruction, l'annulation de la décision attaquée*

La condition liée au préjudice ne suffit pas à elle seule à justifier un sursis à exécution car, si la décision paraît légale, elle doit s'appliquer et le préjudice qui pourrait en résulter pour le plaignant deviendrait une conséquence normale de l'exécution de la décision administrative.

L'utilité de cette deuxième condition n'est donc pas à remettre en cause; pourtant, la condition des moyens sérieux apparut très tard dans la rédaction des arrêts.

3.1.2.1. *L'absence de référence expresse à la condition du moyen sérieux par la grande majorité des décisions antérieures à 1953.*

Le moyen est l'argumentation qu'invoque le requérant à l'appui de sa prétention. La condition du moyen sérieux apparut pour la première fois dans l'arrêt "chambre syndical des constructeurs de moteurs d'avion du 12 novembre 1938, où le juge s'exprime ainsi: "considérant qu'il résulte de l'examen du pourvoi que le caractère sérieux des moyens développés à son appui ne saurait pas être contesté...".

De 1806 à 1954 seulement l'arrêt précité et un autre, datant de 1948 concernant la chambre des métiers de Vienne, évoquent la condition des moyens sérieux.

L'examen du moyen sérieux en premier lie l'idée de sursis à exécution à l'idée d'illégalité; l'appréciation du moyen sérieux est moins rapide que celle du préjudice.

Depuis 1953, le juge examine d'abord la condition liée au préjudice.

3.1.2.2. *La mention du moyen sérieux depuis 1953*

Avec la réforme du contentieux administratif de 1953, le Conseil d'État passe à se prononcer sur le mérite des moyens pour vérifier si le

Tribunal Administratif a fait une juste application de sa jurisprudence traditionnelle.

Le Conseil d'État, en mentionnant la nécessité des deux conditions, rappelle à l'ordre les Tribunaux Administratifs et leur indique le caractère toujours exceptionnel du sursis à exécution. Un seul des moyens suffit: le sursis à exécution est refusé s'il n'y a pas de préjudice irréparable alors même que les moyens de la requête sont sérieux.

Le Conseil d'État adopte une nouvelle motivation en remplaçant l'expression "moyen sérieux" par la formule "moyen qui paraît (ou ne paraît pas) de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée".

3.1.2.3. Essai de définition du moyen sérieux de nature à justifier, en l'état de l'instruction, l'annulation de la décision attaquée.

Dans le cadre du sursis, le moyen sérieux est celui qui fait croire à l'illégalité de l'acte attaqué; lorsque la légalité ne fait pas de doute, le juge peut rejeter la demande.

3.1.2.4. Le risque de préjugement par une étude trop approfondie des moyens

Parfois, à première vue, il est difficile d'apprécier si la décision mise en cause paraît illégale ou non. Pour se prononcer, le juge doit donc approfondir un peu l'étude des moyens et souvent, comme il ressort des conclusions des commissaires du gouvernement, l'examen du moyen est poussé très loin.

Le risque de préjugement serait considérable si, saisi en appel, le Conseil d'État motivait largement une décision de sursis, en expliquant pourquoi un moyen est sérieux ou ne l'est pas. Par la suite, le Tribunal Administratif qui jugerait le fond pourrait s'en trouver moins libre.

Le juge examine le sérieux des moyens "en l'état de l'instruction": l'instruction est encore à un stade embryonnaire; le juge ne possède pas tous les éléments qui lui permettraient de statuer sur le fond. Sa décision comporte un risque: celui de se tromper par manque d'éléments.

Le juge et les commissaires du gouvernement ne se contentent pas d'un examen rapide de l'affaire. L'étude des moyens prend beaucoup de temps, ce qui nuit à l'efficacité du sursis à exécution.

Le juge peut examiner le fond, mais sans trancher le litige.

Finalement, il faut ajouter que la condition des moyens et celle liée au préjudice sont nécessaires et cumulatives, comme prévoit l'article 54 alinéa 4 du Code des Tribunaux Administratifs.

3.2. *La libre appréciation du juge administratif*

Le juge administratif dispose d'une marge d'appréciation certaine par le biais de l'interprétation des deux conditions d'octroi. Le caractère difficilement réparable du préjudice peut prêter à discussion. Quant aux moyens, ils peuvent aboutir à une annulation alors qu'en l'état de l'instruction, ils n'avaient pas paru sérieux et de nature à justifier une annulation.

Même lorsque le préjudice difficilement réparable et le moyen sérieux sont établis, le juge peut refuser l'octroi du sursis à exécution qui n'est jamais un droit. En plus des deux conditions, le juge apprécie au cas par cas s'il doit ou non accorder le sursis à exécution; les conditions sont nécessaires mais non suffisantes.

En effet, comme prévoit l'article 54 du C.T.A. le sursis à exécution "peut" être ordonné et non "doit" être ordonné.

3.3. *Les effets du jugement du sursis à exécution*

L'octroi du sursis à exécution a pour effet de suspendre l'application de la décision administrative attaquée jusqu'au jour du jugement sur le fond. L'acte attaqué cesse de recevoir une exécution; le caractère exécutoire de la décision administrative se trouve remis en cause par la décision du juge.

Quand le sursis à exécution est ordonné, il prend effet dès la notification du jugement qui, selon l'article R 100 du C.T.A. doit être notifié aux parties ainsi qu'à l'auteur de la décision en cause dans les 24 heures.

En cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut prononcer, soit spontanément, soit sur demande de l'intéressé, une astreinte contre les personnes morales de droit public, afin d'assurer l'exécution de cette décision de justice (cfr. loi du 16 juillet 1980); les demandes tendant au prononcé d'astreintes ne peuvent être introduites qu'après un délai de six mois suivant la notification de la décision juridictionnelle inexécutée, sauf cas d'urgence (notamment sursis à exécution).

La fin du sursis peut intervenir en trois hypothèses:

- en premier lieu, si le jugement accordant le sursis à exécution est frappé d'appel, les effets se développeront jusqu'au jugement d'appel (le recours n'ayant pas d'effet suspensif);
- en deuxième lieu, le sursis à exécution peut être objet d'une suspension. S'agissant du sursis à exécution prescrit par le Tribunal Administratif et le Conseil d'État ayant été saisi en appel, le président de la section du contentieux peut, par ordonnance non motivé et sans instruction préalable, y mettre fin "immédiatement et à titre provisoire", à la demande d'une partie (article 9 alinéa 3 du C.T.A.).
S'agissant du sursis à exécution directement ordonné par le Conseil d'État, il peut être mis fin "à tout moment" par une décision de l'une quelconque des formations de jugement, qu'elles que soient celles qui l'ont ordonné article 54 du décret du 30 juillet 1963);
- en troisième et dernier lieu, la fin la plus normale du sursis à exécution a lieu le jour du jugement en annulation.

Les jugements rendus en matière de sursis à exécution des décisions administratives n'ont jamais l'autorité de la chose jugée, n'étant pas rendus qu'en l'état de l'instruction à la date à laquelle ils interviennent.

Un refus de sursis à exécution n'interdit pas de nouvelles demandes ultérieures.

3.4. *Évolution législative pour un octroi plus favorable du sursis à exécution*

Le droit administratif français est essentiellement d'origine prétoirienne: les arrêts du Conseil d'État sont riches de renseignements pour le législateur et souvent ils créent le droit, comme dans le cas des conditions d'octroi du sursis à exécution des décisions administratives, et des fois ils constituent un appel au législateur pour qu'il modifie le droit existant.

Dans le domaine de l'environnement et du sursis à exécution des décisions autorisant le permis de construire, la discussion se fait essentiellement autour des moyens sérieux puisque la condition du préjudice irréparable est pratiquement toujours réalisée.

Conscient de cette réalité, le législateur est intervenu par deux fois, en 1976 et 1983, afin de faciliter l'octroi du sursis à exécution des décisions administratives intéressant l'environnement les deux lois n'exigent que la condition unique des moyens.

Nous pouvons ainsi remarquer un assouplissement législatif puisque ces lois ne créent pas une nouvelle condition d'octroi du sursis à exécution, mais elles reprennent une des deux conditions élaborées par le juge pour le sursis à exécution classique.

Les lois du 10 juillet 1976 et du 12 juillet 1983, relatives à la protection de la nature, et à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, instituent un sursis à exécution des décisions administratives dont l'octroi est subordonné uniquement à l'existence du moyen sérieux, de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée. Dès lors que le juge constate l'existence de cette condition, il doit faire droit à cette demande.

Cette obligation de "faire droit" est dérogatoire à celle du sursis à exécution classique, pour lequel le juge garde tout pouvoir d'accorder ou non le sursis, même si les conditions sont remplies.

A) Les dispositions légales dans les lois du 10 juillet 1976 et du 12 juillet 1983

Le dernier alinéa de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature dispose: "si une requête déposée devant la juridiction administrative contre une autorisation ou une décision d'approbation visée à l'alinéa 1 du présent article est fondée sur l'absence d'étude d'impact, la juridiction saisie fait droit à la demande de sursis à exécution de la décision attaquée dès lors que cette absence est constatée selon une procédure d'urgence".

La loi du 12 juillet 1983 dispose en son article 6: "les juridictions administratives saisies d'une demande de sursis à exécution d'une décision prise après des conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la commission d'enquête font droit à cette demande si l'un des moyens invoqués dans la requête paraît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation".

Ces deux dispositions organisent la même procédure. Toutefois, une différence est à remarquer: la loi de 1976, contrairement à celle de 1983, annonce quel est le moyen sérieux: l'étude de l'impact.

Ces deux lois prévoient un sursis à exécution qui se distingue du sursis à exécution classique. En premier lieu, le juge est tenu de faire droit à la demande de sursis si la condition est remplie, sans pouvoir faire usage du pouvoir d'appréciation qu'il s'est reconnu lorsque les conditions du sursis à exécution sont réunies. En second lieu, le juge n'a pas à vérifier le caractère difficilement réparable du préjudice que causerait au requérant l'exécution de la décision attaquée.

Aux termes de la loi de 1983, il est toujours nécessaire que la décision administrative contre laquelle le sursis à exécution à condition unique est demandé, ait été prise après des conclusions défavorables, le requérant pourra toujours demander le sursis à exécution de droit commun.

Contrairement à la loi de 1983, la loi de 1976 précise ce que doit être le moyen sérieux: l'absence d'étude d'impact. Cette notion est vague et redonne au juge un pouvoir d'appréciation quant à l'octroi du sursis à exécution.

B) Les principales applications jurisprudentielles

Le fait de ne pas avoir réalisé l'étude d'impact dans un cas où elle est légalement obligatoire, rendrait illégale la décision autorisant ou approuvant le projet soumis à cette étude. Mais il arrive que la sanction intervienne trop tard, après le commencement ou même après l'achèvement des travaux, d'où l'utilité de la procédure du sursis à exécution prévu par l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976.

Le juge vérifie d'abord si l'étude d'impact est obligatoire. Le texte prévoit que l'absence d'étude d'impact est constaté selon une procédure d'urgence.

Il ne s'agit donc pas de recourir aux procédures des articles R 102 (référé) ou R 104 (constat d'urgence), mais seulement de procéder à l'instruction dans les conditions prévues à l'article R 98 du C.T.A. (délai fixé au minimum). La constatation devra se faire rapidement. L'administration pourra remédier à l'absence d'étude d'impact en la fournissant dans un bref délai. Il faut dire que l'absence d'étude d'impact comprend l'absence matérielle et l'absence juridique selon l'article 2 alinéa 3 de la loi de 1976 que dispose: l'étude de l'impact comprend, au minimum, une analyse de l'état initial du site et de son environnement, l'étude de la modification que le projet y engendre-

rait et les mesures émises pour supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables à l'environnement".

La définition de l'étude d'impact n'étant pas très précise, le juge retrouve une certaine liberté d'appréciation.

Mais comment le juge distinguera-t-il entre l'inexistence juridique et l'insuffisance de l'étude? Eh bien, en comparant le contenu de l'étude et le contenu minimum exigé à l'article 2 alinéa 3.

Le Conseil d'État saisi en appel peut contourner l'obligation que lui impose la loi de 1976, en prononçant la suspension prévue dans le cadre du sursis à exécution de droit commun (article 54). Cette juridiction affirme encore une fois son autonomie pour apprécier, au cas par cas, si elle doit accorder ou non le sursis, même lorsque les conditions (ou la condition) sont réunies.

Les textes ont leur importance, mais le Conseil d'État sait rappeler le caractère exceptionnel du sursis à exécution. L'octroi de celui-ci est facilité par la loi car les décisions administratives en cause intéressent le domaine de l'environnement. Il est d'intérêt général que soit protégé l'environnement. Toute décision prise avec empressement ou à la légère (absence juridique d'étude d'impact) peut avoir des effets incontrôlés sur l'environnement. Il s'agit d'un domaine où le préjudice est souvent réalisé: les constructions, démolitions, transformations modifient presque toujours de manière irréversible les situations antérieures. La protection de l'environnement est l'affaire de tous.

La dérogation au sursis à exécution classique s'applique donc par l'intérêt général qui réside dans la défense de l'environnement. La faveur législative joue dans un intérêt qui dépasse le simple intérêt particulier.

4. Conclusion

Le sursis et exécution des décisions administratives est un instrument utilisé par le Conseil d'État pour protéger les particuliers contre les atteintes graves et illégales de l'administration; il est un moyen de protection des libertés publiques; c'est la voie la plus usuelle mise à la

disposition du requérant particulier lorsqu'il se trouve seul face à l'administration pour défendre ses droits individuels.

Pour être efficace, le sursis à exécution des décisions administratives doit impérativement intervenir très vite. Toute atteinte grave et difficilement réparable à la liberté individuelle, aux droits des particuliers, mérite que l'on s'y attache et qu'on la prévienne par le sursis à exécution, si besoin est.

C'est depuis la réforme du contentieux administratif de 1953 que la politique du juge administratif en matière de sursis à exécution s'est véritablement développée. En effet, l'intervention du Conseil d'État ne peut se faire, d'une manière générale, que sur la base de l'appel d'un jugement du Tribunal Administratif. Ainsi, le Conseil d'État allait maintenir sa prééminence dans la définition de la jurisprudence.

L'évolution de la jurisprudence a démontré la grande prudence dont a fait preuve le juge administratif en matière d'octroi du sursis à exécution. Cette prudence avait toutefois été brisée à partir du moment où les tribunaux administratifs furent habilités à ordonner le sursis à exécution et qui en ont fait un usage assez large. Malgré cela, l'évolution jurisprudentielle a révélé que le rôle des tribunaux administratifs étant enfermé dans les limites très étroites qui sont dûes aux textes régissant le sursis à exécution et surtout à l'autorité du Conseil d'État qu'il veut préserver.

Cette autorité du Conseil d'État est justifiée par des raisons de politique jurisprudentielle. Ainsi, en statuant comme juge d'appel, le Conseil d'État, transposait au juge du premier degré sa ligne de conduite. C'est pourquoi les décisions des tribunaux administratifs sont pratiquement calquées sur celles du Conseil d'État.

Les conditions rigoureuses d'octroi du sursis à exécution assurent à l'administration une véritable protection qui s'est encore accentuée par l'arrêt "association de sauvegarde du quartier Notre-Dame" du 13 février 1976, d'autant plus que cette décision a été confirmée par l'arrêt "Huglo" du 2 juillet 1982, surtout quand il dit que "le sursis n'est pour le juge qu'une simple faculté, alors même qu'existent des moyens sérieux d'annulation et un préjudice difficilement réparable".

5. Statistiques des tribunaux administratifs français concernant les années 1976/77 à 1980/81 et des décisions en matière de sursis à exécution rendues par le tribunal administratif de Dijon pour l'année 1981/1982 ainsi que le niveau d'activité des différents tribunaux administratifs pour l'année 1980/1981

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS
RÉPARTITION DES AFFAIRES ET DES INSTANCES PAR RESSORT GÉOGRAPHIQUE

Tribunal administratif	1976-1977			1977-1978			1978-1979			1979-1980			1980-1981		
	Affaires enregis- trées	Affaires jugées	Stock	Affaires enregis- trées	Affaires jugées	Stock	Affaires enregis- trées	Affaires jugées	Stock	Affaires enregis- trées	Affaires jugées	Stock	Affaires enregis- trées	Affaires jugées	Stock
Paris	4.177	3.658	10.121	4.771	4.187	10.275	5.585	3.902	12.388	5.956	4.527	13.817	6.375	7.663	12.529
Amiens	835	525	1.033	784	521	1.296	775	598	1.473	877	562	1.788	894	803	1.882
Besançon	527	555	937	562	573	926	640	600	966	601	551	1.016	623	778	852
Bordeaux	1.142	994	1.200	1.219	1.131	1.288	1.478	1.123	1.643	1.295	1.337	1.601	1.291	1.272	1.620
Caen	732	539	1.143	748	593	1.298	659	669	1.288	874	756	1.399	1.094	693	1.860
Châlons-sur-Murme	688	529	495	498	532	461	722	540	643	607	735	515	718	626	608
Clermont-Ferrand	888	734	2.269	948	854	2.363	747	868	2.242	988	717	2.513	924	818	2.619
Dijon	663	547	574	683	601	656	645	462	839	888	620	1.107	833	882	1.078
Grenoble	1.213	956	1.692	1.163	772	2.086	1.331	1.024	2.393	1.630	1.050	2.873	1.710	1.478	3.204
Lille	1.060	1.091	1.860	1.064	988	1.936	1.372	978	2.329	1.524	1.064	2.789	1.606	1.207	2.189
Limoges	372	300	528	268	378	410	446	437	427	564	460	531	498	382	647
Lyon	1.113	966	2.087	1.272	1.058	2.301	1.516	1.124	2.693	1.432	1.304	2.821	1.586	1.685	2.722
Marseille	2.575	1.769	4.354	2.232	1.739	4.963	2.309	1.398	5.865	3.249	2.641	6.754	2.900	3.296	6.301
Montpellier	1.022	813	2.369	1.178	1.023	2.524	1.284	1.181	2.625	1.556	1.502	2.680	1.445	1.573	2.540
Nancy	736	621	650	673	602	721	793	609	905	834	632	1.111	757	646	1.222
Nantes	1.086	835	1.982	1.209	933	2.258	1.258	1.034	2.482	1.496	1.297	2.681	1.603	1.600	2.684
Nice	1.480	1.251	3.357	1.494	1.177	3.673	1.662	1.440	3.897	2.037	1.521	4.413	1.775	2.184	4.???
Orléans	1.113	748	2.268	962	660	2.570	1.218	837	2.951	1.513	1.064	3.208	1.127	1.258	3.077
Pau	757	664	1.061	624	604	1.081	888	731	1.238	898	748	1.388	841	942	1.277
Poitiers	1.197	908	2.426	1.207	1.226	2.407	1.264	1.512	2.159	1.297	1.221	2.235	1.301	1.572	1.???
Rennes	1.127	1.262	1.674	1.241	1.168	1.749	1.295	1.454	1.590	1.636	1.083	2.143	1.797	1.369	2.571
Rouen	701	524	1.193	640	495	1.338	734	590	1.482	797	593	1.686	856	725	1.817
Strasbourg	1.341	1.295	2.534	1.399	1.413	2.520	1.889	1.509	2.900	2.647	1.850	3.697	1.886	1.978	3.6??
Toulouse	965	826	1.342	1.122	776	1.688	1.182	950	1.920	2.238	1.300	2.858	1.192	1.144	1.964
Versailles	1.708	1.453	2.961	1.766	1.281	3.440	2.199	1.382	4.264	2.562	1.397	5.429	2.578	1.974	5.916
Saint Denis de la Réunion	166	240	401	199	220	380	1.455	239	1.507	201	343	1.456	1.330	1.238	3.631
Fort de France	846	237	1.234	255	283	1.210	312	707	813	354	739	425	328	389	366
Saint Pierre et Miquelon	"	"	"	"	"	"	"	"	11	14	14	11	14	21	4
Totaux	30.231	24.840	53.745	30.181	25.788	58.254	35.658	27.898	66.023	40.569	31.628	75.044	39.882	40.146	74.688

dont
contentieux
électoral 528

**DECISION EN MATIERE DE SURSIS A EXECUTION
RENDUES PAR LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE DIJON:**

(données chiffrées)

**NOMBRE DE SURSIS A EXECUTION ACCORDES
POUR L'ANNEE 1981/82:**

5 sursis à exécution ont été accordés dont 2 ont été annulés par le Conseil d'État et 1 confirmé.

NOMBRE DE SURSIS A EXECUTION REFUSES:

8 sursis à exécution ont été refusés dont 1 car la demande était sans objet (travaux achevés) et 1 car le tribunal administratif avait statué au fond.

**DOMAINE OU LES CONCLUSIONS A FIN DE SURSIS SONT
LES PLUS FREQUENTES:**

Urbanisme, en particulier le permis de construire.

1979 - 1980: 9 sursis à exécution en matière d'urbanisme sur 43
1980 - 1981: 5 sursis à exécution en matière d'urbanisme sur 25
1981 - 1982: 9 sursis à exécution en matière d'urbanisme sur 25.

**AUCUN JUGEMENT N'A ETE RENDU SUR LA BASE DE
L'ARRET "ASSOCIATION DE SAUVEGARDE DU QUAR-
TIER NOTRE-DAME" DU 12/2/1976.**

La lecture du tableau indique le niveau d'activité des différents tribunaux administratifs pour l'année 1980-1981.

En retenant le critère du nombre d'affaires enregistrées, un classement peut être établi, par ordre décroissant, en pourcentage du total des recours déposés:

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS DE:	(pourcentage.)
— Paris	16
— Marseille	7,27
— Versailles	6,46
— Strasbourg	4,70
— Rennes	4,50
— Nice	4,45
— Grenoble	4,30
— Lille	6
— Nantes	4
— Montpellier	3,62

Par rapport au nombre d'affaires jugées, les résultats sont les suivants:

TRIBUNAUX AMDINISTRATIFS DE:	(pourcentage.)
— Paris	19
— Marseille	6,2
— Nice	5,45
— Versailles	5
— Strasbourg	4,85

6. ANNEXES

ANNEXE N.º 1

(FORMULAIRE POUR REQUETE A FINS DE SURSEoir
A EXECUTION)(1)

A MESSIEURS LE PRESIDENT ET
CONSEILLERS COMPOSANT LE
TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE

Monsieur Jean Durand

Adresse....

A l'honneur de vous demander qu'il soit sursis à exécution de la décision attaquée par la requête enregistrée le 15 octobre 1973.

La réalisation des travaux d'aménagement, exécutés sur la base de l'arrêté du préfet de X... du 30 septembre 1973, arrêté manifestement illégal, porterait un préjudice irréparable au requérant.

Par ces motifs et puisque la décision ne concerne pas l'ordre public, il vous demande qu'il soit sursis à son exécution.

Fait à X..... le 15 octobre 1973.

Signature

Pièces jointes:

- copie de la requête attaquant l'arrêt préfectoral,
- 2 copies de la présente.

(1) Cf. Chares Debbasch: Contentieux administratif, 3.^a Ed., Dalloz, p. 941.

ANNEXE N.º 2

**(FORMULAIRE POUR LA COMMUNICATION D'UNE
DEMANDE DE SURSIS (1))**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE
MARSEILLE

*Greffe Bureau Central
22-24, rue Breteuil*

Marseille, le.....

RECOMMANDE AVEC A.R.

Le Président du Tribunal Administratif de Marseille,
à

INSTANCE N.º

J'ai l'honneur de vous communiquer, sous ce pli, la requête présentée par
tendant à obtenir le sursis à l'exécution de

La présente affaire est inscrite au rôle de l'audience du

Vos observations, en exemplaires, devront parvenir au tribunal au plus tard avant cette date.

Un avis d'audience vous est adressé sous ce pli.

Je vous transmets par ailleurs, sous ce pli séparé, la requête aux fins d'annulation de la décision entreprise.

*Pour le président,
Le secrétaire-greffier,*

(1) Cd. Charles Debbasch: Contentieux Administratif, 3.^e Ed., Dalloz, p. 949.

7. BIBLIOGRAPHIE

1. ANDRE DE LAUBADERE — *Traité de Droit Administratif* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris 1980.
2. CHARLES DEBBASCH — *Contentieux Administratif* — Précis Dalloz, 2.^e édition — Paris 1978.
3. CHARLES EISENMAN — *Cours de Droit Administratif* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris 1983.
4. CHRISTIAN GABOLDE — *Traité Pratique de le Procédure des Tribunaux Administratifs* — 2.^e édition — Dalloz — Paris 1974.
5. DIDIER LINOTTE — *Exécution des Décisions de Justice Administrative et Astreintes en Matière Administrative* — La Semaine Juridique — 1981 n.° 11 — Tome 55.
6. G. GABOLDE — *La Procédure des Tribunaux Administratifs* — Dalloz — 1981.
7. G. PEISER — *Droit Administratif* — 8.^e édition — Dalloz — Paris 1978.
8. G. PEISER — *Contentieux Administratif* — 3.^e édition — *Mémentos*, Dalloz, Paris 1979.
9. GEORGES VEDEL, PIERRE DEVOLVE — *Droit Administratif* — 9.^e édition — Presses Universitaires de France — Paris 1982.
10. GUY BRAIBANT, NICOLE QUESTIAUX et CÉLINE WIENER — *Le Contrôle de l'Administration de la Protection des Citoyens* — Cujas — Paris 1973.
11. GUY BRAIBANT — *Le Droit Administratif Français* — Dalloz — Paris 1984.
12. GUY ISSAC — *La Procédure Administrative non Contentieuse* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris 1968.
13. HANS D. IARASS — *Besonderheiten des Französischen Verwaltungsrecht in Vergleich* — *Die öffentliche Verwaltung* — nov. 1981 — N.° 21 — Année 34.

14. HUBERT AMIEL — Le Sursis d'Exécution des Décisions Administratives: évolution récente et perspectives — *Revue de Droit Prospectif* — N.º 5 Marseille 1978.
15. JEAN-JACQUES GLEIZAL — Le Sursis à Exécution des Décisions Administratives — *Théorie et Politique Jurisprudentielle — Droit Administratif* — 1975 — Année 31 — N.º 13.
16. JEAN-JACQUES ISRAEL — La Régularisation du Droit et de Jurisprudence — Paris 1979.
17. JEAN MARIE AUBY et MICHEL FROMONT — Les Recours Contre les Actes Administratifs dans les Pays de la Communauté Economique Européenne — *Jurisprudence Générale Dalloz* — Paris 1971.
18. JEAN MARIE AUBY et R. DRAGO — *Traité de Contentieux Administratif* — Tome II — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris 1962.
19. JEAN RIVERO — *Droit Administratif* — Précis Dalloz — 7.^e édition — Paris 1975; 8.^e édition — Paris 1977; 10.^e édition — Paris 1983.
20. JEAN YVES VICENT — Le Retrait des Actes Administratifs Unilatéraux — *Examen Comparatif des Solutions Adoptées en Droit Européen* — *Revue Trimestrielle de Droit Européen* — N.º 1 — 1974.
21. LOUIS TROTABAS — *Manuel de Droit Public Administratif* — Montchrestien — 1969.
22. MARCEL WALINE — *La Procédure Administrative non Contentieuse* — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris 1968.
23. MARCEL BOURJOL — *Droit Administratif* — Montchrestien — 1969.
24. MAURICE BOURJOL — *Droit Adminsitratif* — 2. Le Contrôle de l'Action Administrative — Masson et C.^{ie} — Paris 1973.
25. MAURICE TOURDIAS — Le Sursis à Exécution des Décisions Administratives — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris 1957.

26. MICHEL FROMONT — La Protection Provisoire des Particuliers Contre des Décisions Administratives dans les États Membres des Communautés Européennes — Revue Internationale de Sciences Administratives N.º 4 — 1984.
27. MICHEL FROMONT — Rechtsschutz Genenüber der Verwaltung in Deutschland, Frankreich un den Europäischen Gemeinschaften — Carl Heymanns Verlag KG — 1967.
28. MICHEL FROMONT — L'Influence des Droits Français et Allemand sur les Conditions de Recevabilité du Recours en Annulation devant la Cour de Justice des Communautés Européennes — Revue Trimestrielle de Droit Européen — Sirey — Paris 1966.
29. P. MAGDALENAT — Le Sursis à Exécution des Décisions Administratives dans le Droit Administratif Français — Fac. D.S.P. — Dijon 1986.
30. PETER BEKER — Der Einfluss des Französischen Verwaltungsrecht auf den Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften — Hansicher Gildenverlag — Haumburg 1963.
31. PIERRE LANDON — Le Recours pour Excès de Pouvoir depuis 1954 — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris 1968.
32. RENÉ CHAPUS — Droit Administratif Général — Montchrestien — Paris 1985.
33. S. KHALIFA — Le Sursis à Exécution dans le Domaine de l'Urbanisme — Fac. D.S.P. — Dijon — 1984.
34. SKOURIS WASSILIOS — Der Vorläufige Rechtsschutz im Französischen Amtsüberschreitungsverfahren — Die Verwaltung — Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft — Band 14 — Duncker & Humbolt — Berlin 1981.
35. Y. GAUDEMET — Le Juge Administratif et le Prononcé du Sursis — Actualité Juridique de Droit Administratif (A.J.D.A.) sept. 1975/381.

DOCUMENTAÇÃO

TRIBUNAL PERMANENTE DE ARBITRAGEM

O Tribunal Permanente de Arbitragem foi criado pelas Convenções da Haia de 1899 e 1907 para o regulamento pacífico dos conflitos internacionais.

O Secretariado funciona, com carácter permanente, na Haia, enquanto o Tribunal não é de funcionamento permanente.

Não se trata de um verdadeiro tribunal, representando um mecanismo destinado a facilitar a formação de jurisdições (lista de pessoas qualificadas e disponíveis, locais de trabalho, serviços de secretariado e outros).

Cada Estado Parte, indica o nome de 4 personalidades qualificadas e disponíveis para arbitrar diferendos internacionais, designação que é feita por seis anos.

Os membros nacionais do Tribunal têm legitimidade para apresentar a candidatura dos Juizes do Tribunal Internacional de Justiça, bem como apresentar candidatos para o Prémio Nobel da Paz.

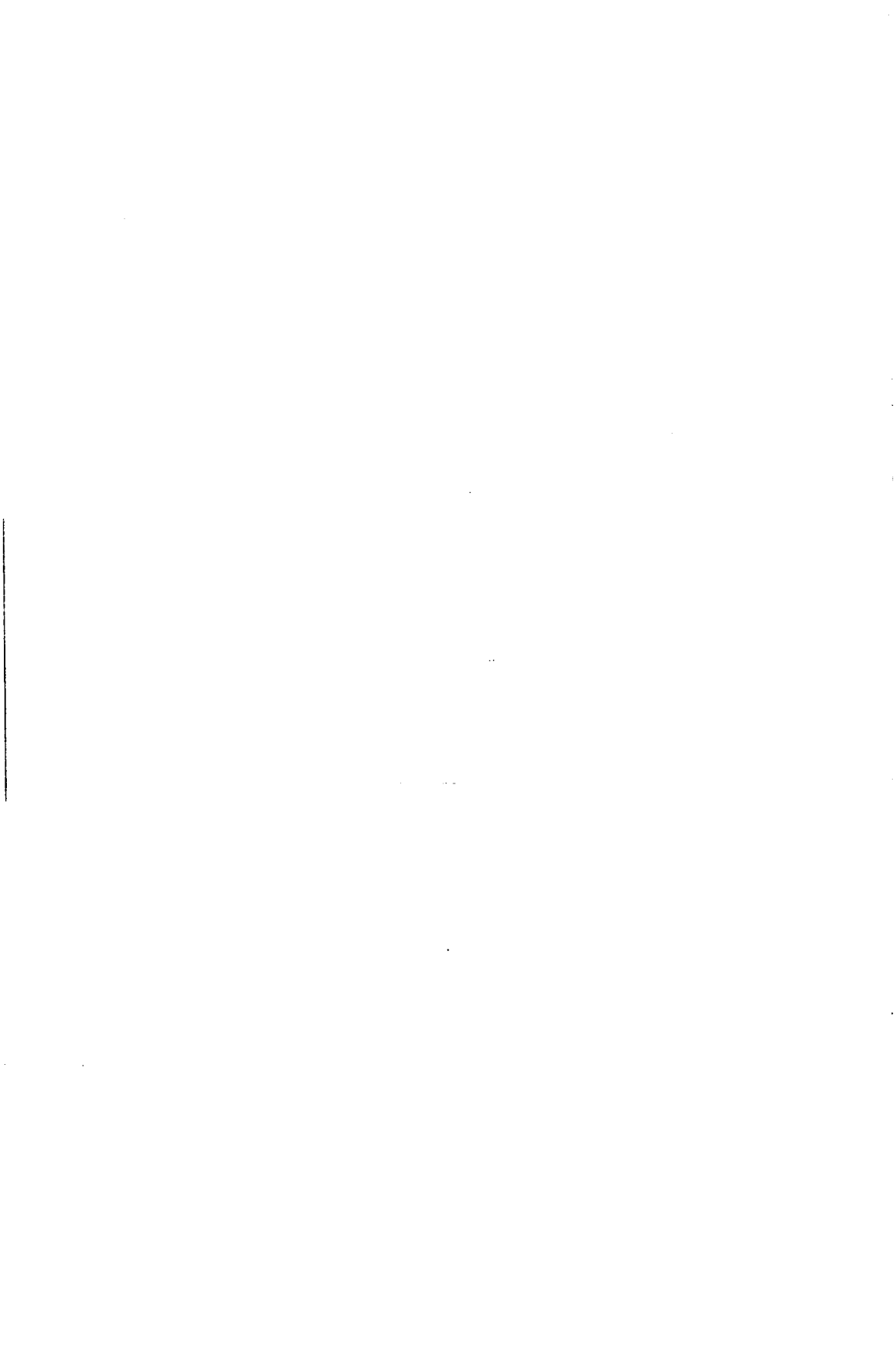
Pelo Tribunal Permanente de Arbitragem correram 2 diferendos em que Portugal foi parte: entre Portugal e os Países Baixos (1914) sobre fronteiras da Ilha de Timor e entre a Espanha, França, Grã Bretanha e Portugal (1920) sobre bens de religiosos.

Documentação e Direito Comparado publica o texto das decisões proferidas no âmbito dos referidos processos, apresentando de seguida a publicação do compromisso arbitral, bem como algumas das decisões no “différend au sujet des réclamations relatives aux biens de nationaux britanniques, espagnols et français saisis (arrolados) par le Gouvernement de la République Portugaise à la suite de la proclamation de la République”.

Como nota curiosa dir-se-á que foi a primeira vez que um julgamento internacional foi proferido no Palácio da Paz.

PINHEIRO FARINHA

*(Membro do Tribunal Permanente
de Arbitragem desde 25 de Janeiro de 1975)*



**AFFAIRES DITES
“DES BIENS CONTESTÉS EN PORTUGAL”.**

COMPROMIS

signé à Lisbonne le 31 Juillet 1913

Le Gouvernement de la République Française, le Gouvernement de Sa Majesté Britannique et le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne, d'une part, et le Gouvernement de la République Portugaise, d'autre part, réciproquement signataires de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux,

S'étant mis d'accord pour soumettre à un Tribunal d'Arbitrage, constitué suivant la procédure sommaire prévue au Chapitre IV de ladite convention, les réclamations relatives aux biens des nationaux français, britanniques et espagnols saisis (arrolados) par le Gouvernement de la République Portugaise à la suite de la proclamation de la République,

Les soussignés, dûment autorisés à cet effet, sont convenus du compromis suivant:

ARTICLE 1

Un Tribunal composé comme il est dit ci-après, est chargé de statuer sur les réclamations relatives aux biens des nationaux français, britanniques et espagnols, saisis (arrolados) par le Gouvernement de la République Portugaise à la suite de la proclamation de la République et énumérées dans les listes annexées au présent compromis.

ARTICLE 2

Le Tribunal sera composé des trois arbitres suivants que les quatre Gouvernements choisissent d'un commun accord: l'Hon. ELIHU ROOT, Son Excellence le Jonkheer A.-F. DE SAVORNIN LOHMAN, M. LARDY.

ARTICLE 3

Le Tribunal examinera et règlera les dites réclamations en statuant d'après le droit conventionnel éventuellement applicable et, à défaut, d'après les dispositions et les principes généraux du droit et de l'équité.

ARTICLE 4

Le Tribunal examinera successivement chacune des réclamations d'après l'ordre alphabétique des particuliers intéressés, les Gouvernements réclameurs ayant la faculté de présenter comme un seule réclamation les diverses réclamations concernant un même intéressé.

Chaque réclamation sera l'objet d'une sentence distincte.

ARTICLE 5

Pour chacune des réclamations, la procédure comportera exclusivement un mémoire présenté par le Gouvernement réclameur dans un délai de quatre mois à dater du présent compromis, et un contre-mémoire présenté par le Gouvernement de la République Portugaise dans le délai de mois à dater du dépôt du mémoire.

Si le Gouvernement réclameur le juge convenable, il pourra présenter une réplique écrite, trois semaines au moins avant la première réunion du Tribunal; le Gouvernement de la République Portugaise aura le droit, au cours de ces trois semaines et jusqu'au jour de la dite réunion, d'y répondre par une contre-réplique.

Le Tribunal pourra, s'il l'estime nécessaire, demander à l'un et à l'autre des agents de lui fournir des explications orales ou écrites auxquelles l'agent de la partie adverse aura le droit de répondre.

ARTICLE 6

Les mémoires, contre-mémoires et, s'il y a lieu, les répliques et contre-répliques, seront déposés, aux dates respectivement prévues, au Bureau de la Cour Permanente d'Arbitrage à la Haye, en trente-deux exemplaires, avec les copies certifiées conformes de tous les documents et pièces qui seront invoqués à l'appui.

Le Bureau en assurera sans retard la transmission aux arbitres et aux parties, savoir trois exemplaires pour chaque arbitre, vingt exemplaires pour la partie adverse, trois exemplaires resteront dans les archives du Bureau.

ARTICLE 7

La langue française est la langue du Tribunal. Les pièces et documents rédigés dans une autre langue ne devront être produits, sous réserve d'autorisation ou dispense spéciales accordés par le Tribunal, qu'accompagnés d'une traduction française certifiée conforme.

ARTICLE 8

Le Gouvernement de la République Portugaise désignera de un à trois agents chargés de le représenter devant le Tribunal.

Les Gouvernements de la République Française, de Sa Majesté Britannique et de Sa Majesté le Roi d'Espagne désigneront chacun un agent, pour constituer la délégation commune chargée de les représenter devant le Tribunal.

Les trois Gouvernements pourront toutefois, s'ils le jugent préférable, ne se faire représenter que par un seul et même agent. Les agents pourront être assistés de conseils.

ARTICLE 9

Le Tribunal est compétent pour régler les conditions d'exécution de ses sentences.

ARTICLE 10

Le Tribunal se réunira à La Haye, sur la convocation de son Président, six semaines après le dépôt des contre-mémoires, prévus à l'art. 5.

Chaque sentence sera rendue dans le plus court délai possible et, au plus tard, dans les quinze jours qui suivront la mise de la réclamation en délibéré.

ARTICLE 11

Les honoraires des membres du Tribunal sont fixés à raison de 1.200 francs par semaine, frais de voyage et séjour compris, étant entendu que quatre semaines seront comptées en vue de l'étude des mémoires et contre-mémoires dès avant la réunion du Tribunal; les honoraires afférents à ces quatre semaines seront versés aux arbitres le jour de la première réunion du Tribunal.

Chacune des parties déposera au bureau de la Cour Permanente d'Arbitrage à La Haye, en même temps que ces mémoires et à titre de provision, une somme de 3.000 florins néerlandais.

ARTICLE 12

Pour tout ce qui n'est pas prévu par le présent compromis, les dispositions de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux seront applicables au présent arbitrage.

Fait en quadruple exemplaire, à Lisbonne le 31 juillet 1913.

*signé: DAESCHNER, MACIEIRA,
A. HARDINGE, VILLASINDA*

PROTOCOLE I

Séance du jeudi 2 Septembre 1920

Le Tribunal s'est réuni en séance publique à 11 heures 10 du matin dans le Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage.

Le Président et les Arbitres présents étaient:

Le Très Honorable ELIHU ROOT, ancien Secrétaire d'État, ancien Secrétaire d'État au Ministère de la Guerre, ancien Sénateur, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage, Président;

Son Excellence le Jonkheer A.-F. DE SAVORNIN LOHMAN, Docteur en droit, Ministre d'État, ancien Ministre de l'Intérieur, Membre de la Seconde Chambre des États-Généraux et

Monsieur CHARLES-EDOUARD LARDY, Docteur en droit, ancien Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de Suisse à Paris, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage.

Assistent à la séance les Agents et Agents adjoints des Parties.

Pour la France:

Monsieur HENRI FROMAGEOT, Docteur en droit, Jurisconsulte du Ministère des Affaires Etrangères, Agent;

Monsieur AMÉ-LEROY, Consul de France, Secrétaire de l'Agent de France.

Pour la Grande-Bretagne:

Monsieur H.-W. MALKIN, Jurisconsulte adjoint au Ministère des Affaires Etrangères, Agent et Conseil.

Pour l'Espagne:

Monsieur CRISTOBAL BOTELLA, Avocat-Conseil de l'Ambassade d'Espagne à Paris, Agent.

Pour le Portugal:

Monsieur le Juge VICENTE LUIS GOMES, Docteur en droit, Agent;

Monsieur AFFONSO DE MELLO PINTO VELLOSO, Docteur en droit, ancien Ministre de la Justice, Agent adjoint;

Monsieur JEAN PROSPER-LÉVY, Docteur en droit, Conseiller honoraire de la Légation de Portugal en France, Agent adjoint.

Le Président prononce le discours suivant:

“Je déclare ouverte la première séance du Tribunal arbitral constitué par le Compromis du 31 juillet 1913 pour statuer entre l’Espagne, la France et la Grande-Bretagne, d’une part, et le Portugal, de l’autre, sur les affaires dites “des biens contestés en Portugal”. La procédure sera sommaire à teneur du Compromis, c’est-à-dire qu’elle sera exclusivement écrite, par application du chapitre 4 de la Convention signée à La Haye le 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des Conflits internationaux.

Au début des travaux du Tribunal c’est une vraie satisfaction pour moi de constater, après les tempêtes qui se sont abattues sur le monde au cours des dernières années, que la Cour Permanente d’Arbitrage vit encore.

Nous avons l’espoir et la confiance qu’elle subsistera pour le bien du monde, pour l’avancement du règne du droit public et de la paix de justice entre les nations.

Le Tribunal se félicite de se trouver réuni dans la capitale de ce noble peuple néerlandais dont l’histoire offre tant d’exemples de courage héroïque pour la défense de son indépendance et, au cours de ces dernières années, tant de preuves de son charitable dévouement.

Le Tribunal présente ses hommages respectueux à Sa Majesté la Reine WILHELMINE et à la Famille Royale, personnification des traditions et des libertés du peuple néerlandais.

Par application de l’article 66 de la Convention de 1907 je désigne comme Secrétaire général du Tribunal: M. le Baron MICHIELS VAN VERDUYNEN, Secrétaire général de la Cour Permanente d’Arbitrage et M. CROMMELIN. 1^{er} Secrétaire du Bureau International de cette Cour. L’instruction étant close et la procédure sommaire applicable en la cause ayant lieu exclusivement par écrit, le Tribunal continuera sa séance à huis clos. Une séance publique sera tenue cet après-midi à 3 heures.”

La séance est levée à 11 heures 20 du matin.

La Haye, le 2 septembre 1920.

Le Président: ELIHU ROOT.

Le Secrétaire général: MICHIELS VAN VERDUYNEN.

Le Secrétaire: CROMMELIN.

PROTOCOLE II

Séance du jeudi 2 Septembre 1920

Le Tribunal s'est réuni en séance publique à 3 heures 15 de l'après-midi, tous les arbitres étant présents ainsi qu'en qualité d'Agents et d'Agents adjoints des Parties:

M. H.-W. MALKIN, Agent du Gouvernement Britannique;

M. CRISTOBAL BOTELLA, Agent du Gouvernement Espagnol;

M. HENRI FROMAGEOT, Agent du Gouvernement Français;

M. AMÉ-LEROY, Secrétaire de l'Agent du Gouvernement Français;

M. VICENTE LUÍS GOMES, Agent du Gouvernement Portugais;

MM. AFFONSO DE MELLO PINTO VELLOSO et JEAN PROSPER-LÉVY, Agents adjoints du Gouvernement Portugais.

Le Président déclare la séance ouverte. Il donne la parole au Baron MICHIELS VAN VERDUYNEN pour donner lecture de la sentence du Tribunal arbitral au sujet des contestations entre la République Française et la République Portugaise, contestations qui ont fait l'objet d'une seule sentence, ainsi que le Tribunal y a été autorisé par un arrangement signé à Lisbonne le 13 août 1920 et dûment notifié au Secrétaire du Tribunal.

Le Secrétaire général donne lecture de la sentence relative aux réclamations du Gouvernement Français.

SENTENCE

Rendue le 2 Septembre 1920

Par le

TRIBUNAL ARBITRAL

dans

Les Affaires dites

“DES BIENS CONTESTÉS EN PORTUGAL”

Considérant que, par un compromis conclu à Lisbonne le 31 juillet 1913, le Gouvernement de Sa Majesté Britannique, le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne et le Gouvernement de la République Française, d'une part, et le Gouvernement de la République Portugaise d'autre part, respectivement signataires de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, se sont mis d'accord pour soumettre à un Tribunal d'Arbitrage, constitué suivant la procédure sommaire prévue au chapitre IV de ladite Convention, les réclamations relatives aux biens des nationaux britanniques, espagnols, et français saisis (*arrolados*) par le Gouvernement de la République Portugaise à la suite de la proclamation de la République;

Considérant qu'aux termes dudit compromis, le Tribunal arbitral a été composé de:

Le Très Honorable ELIHU ROOT, ancien Secrétaire d'État, ancien Ministre de la Guerre, Sénateur de l'État de New-York, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence le Jonkherr A.-F. DE SAVORNIN LOHMAN, Docteur en droit, Ministre d'État, ancien Ministre de l'Intérieur, Membre de la Seconde Chambre des États-Généraux, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence Monsieur CHARLES-EDOUARD LARDY, Docteur en droit, Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de Suisse à Paris, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Considérant que le Gouvernement de la République Française a désigné comme Agent e Conseil:

M. HENRI FROMAGEOT, Docteur en droit, Jurisconsulte du Ministère des Affaires Etrangères, Agent;

M. AMÉ LEROY, Secrétaire de l'Agent du Gouvernement Français.

Le Gouvernement de la République Portugaise:

M. le Juge VICENT LUÍS GOMES, Docteur en droit, Agent;

M. le Juge AFFONSO DE MELLO PINTO VELLOSO, et

M. JEAN PROSPER-LÉVY, Conseiller honoraire près la Légation de Portugal à Paris, Agents adjoints;

Considérant que par lettres échangées entre les Ministres de Grande-Bretagne, d'Espagne et de France à Lisbonne et le Gouvernement de la République Portugaise les 21 novembre 1913, 26 janvier 1914, 19 octobre 1914, 30 septembre - 7 octobre 1919, 17-26 janvier 1920, les délais respectivement prévus par ledit compromis pour le dépôt des mémoires, contre-mémoires et répliques ont été successivement prorogés;

Considérant que suivant accord passé à Lisbonne le 13 août 1920 et dûment notifié au Secrétariat du Tribunal, les Gouvernements Britannique, Français et Portugais ont convenu que "Le Tribunal aura toute liberté de régler, d'après l'équité et par un seul ou plusieurs jugement, les réclamations qui font l'objet de l'arbitrage";

Considérant qu'à la date du 31 janvier 1914 l'Agent du Gouvernement de La République Française a régulièrement déposé au Secrétaire du Tribunal les mémoires et documents relatifs aux réclamations, en tant que nationaux français, de: François-Xavier Schürer, Louis-Felix Girollet, Augustin-Marie La Brousse, François-Joseph Salvan, Désiré-Théophile Caultet, Emile-Jules-César Senicourt, Hélène-Marceline-Marie de Geslin de Bourgogne, Anne-Madeleine-Augustine Dufour, Rosalie-Joséphine Billaut, Marie-Louise-Anna Théroine, Ernestine Savary, Louise-Marie Robert et Besson, Claudine Perret et Poyet, Marie Vaslet et Banatre, Delphine-Laure Jallon et Guillon et Marie-Louise Dault et Cocheril, Marie Durand, Marie Barat, Sophie Traubaud, Marie-Louise Dévenas (et conjointement avec elles D. Salvadora Espinosa de los Monteros, sujette espagnole et Alice Wilman, sujette britannique), Denise Alis et Marie Solomiac, Marie Ménard et Marie-Joséphine Dupé;

Considérant qu'à la date du 25 septembre 1919, l'Agent du Gouvernement de la République Portugaise a régulièrement déposé, au Secrétariat du Tribunal, les contre-mémoires et documents relatifs aux dites réclamations;

Considérant que l'instruction étant close, le Tribunal, constitué comme il est dit ci-dessus, s'est réuni à La Haye au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage le 2 septembre 1920;

En la forme:

Considérant que, les réclamations soumises au Tribunal ayant pour origine les mêmes faits, il y a lieu de statuer à leur égard par un seul et même jugement.

Au fond:

Considérant les circonstances dans lesquelles les réclamants possédaient en Portugal les biens revendiqués ainsi que les charges qui en résultaient, et spécialement le fait qu'ils avaient apporté des fonds dans ce pays;

Considérant qu'il n'a pas plus été dans l'intention du Gouvernement de la République Portugaise de rechercher dans la saisie desdits biens une source de profits pécuniaires qu'il n'avait été dans l'intention des revendiquants de porter atteinte au respect dû aux lois et aux institutions du Portugal;

Que dans ces conditions le règlement ci-après des réclamations, objet du présent arbitrage, apparaît comme juste et équitable et de nature à satisfaire les légitimes prétentions respectives des parties, toutes réclamations, quel qu'en soit l'objet, soit des réclamants soit du Gouvernement Portugais, relativement aux biens réclamés, étant déclarées définitivement réglées et désormais éteintes;

Considérant, en ce qui concerne la dame Marie Ménard, que la nationalité française de ladite dame n'est pas établie et qu'en conséquence la réclamation présentée en son nom par le Gouvernement Français n'est pas recevable;

Par ces Motifs,

LE TRIBUNAL ARBITRAL

Déclare et prononce ce qui suit:

1.º Le Gouvernement de la République Portugaise conservera à titre de propriétaire, les biens par lui saisis à la suite du décret du 8 octobre 1910, savoir: l'établissement du Collège Sainte-Marie à Porto; du Collège du Saint-Esprit à Braga; de l'École agricole et coloniale de Cintra, avec leurs dépendances, mobiliers et accessoires, respectivement réclamés par les Sieurs François-Xavier Schürer, Louis-Félix Girollet, Augustin-Marie La Brousse, et Joseph-François Salvan; deux terrains sis route das Amoreiras et route das Amoreiras et da Circumvallação à la place do Leão à Lisbonne; l'École et l'hôpital Rego à Lisbonne; le convent de San Domingo à Benfica; le Collège de Marvilla près de Lisbonne; divers terrains et maisons sis au Mont de Santa Quiteria, arrondissement de Felgueiras, district de Porto,

avec leurs dépendances, mobiliers et accessoires, respectivement réclamés par les Sieurs Désiré-Théophile Caullet et Emile-Jules-César Sénicourt; deux immeubles sis l'un à Lisbonne, rua do Patrocínio n.º 1, 3, 5 et l'autre à Braga, rua dos Congregados, avec leurs dépendances, mobiliers et accessoires, réclamés par la dame Hélène-Marceline-Marie de Geslin de Bourgogne; un immeuble sis à Lisbonne, Escadinhas de San Chrispim, n.º 5, 7 et 9; un immeuble sis à Lisbonne, Costa do Castello n.º 1 à 15, et un immeuble constituant le Collège Notre-Dame de Monserrate, à Viana do Castello, avec leurs dépendances, mobiliers et accessoires, respectivement réclamés par les dames Anne-Madeleine-Augustine Dufour, Rosalie-Joséphine Billaut et Anne Théroine; moitié des immeubles sis à Funchal, rua das Hortas et "beco" das Hortas; un immeuble sis à Campolide de Cima, paroisse de Saint-Sébastien de Pedreira de Lisbonne; deux immeubles sis à Covilhã, nommés, "Casa Nova" et "Lage da Mó", avec leurs dépendances, mobiliers et accessoires, respectivement réclamés par les dames Ernestine Savary, Louise-Marie Robert et Besson, Claudine Perret et Poyet, Marie Vaslet et Banatre, Delphine-Laure Jallon et Guillon, Marie-Louise Dault et Cocheril, Marie Durand, Marie Barat, Sophie Trabaud, Marie-Louise Dévenas, Salvadora Espinosa de los Monteros et Alice Wilman; un immeuble sis à Campo Maior, rua da Carreira, connue sous le nom du Palais; un immeuble sis au même village, rua da Mouraria de Baixo n.º 1; et un immeuble sis à Lisbonne, rue des Picoas n.º 13, comprenant une maison, une chapelle et un parc, avec ses dépendances, mobilier et accessoires, respectivement réclamés par les dames Denise Alis et Marie Solomiac, mais sous réserve de ce qui est dit ci-après en ce qui concerne la chapelle, ses accessoires, mobilier et objets consacrés au culte;

2.º Le Gouvernement de la République Portugaise effectuera entre les mains de la Légation de France à Lisbonne, dans le délai de 30 jours à dater de la présente décision arbitrale, le versement d'une somme nette, globale et forfaitaire de 328 contos 867 escudos et 50 centavos, franche et quitte de toute charge quelconque, destinée aux réclamants ci-dessus visés; à l'expiration dudit délai, ladite somme sera productive d'intérêts à raison de 6 pour cent l'an, taux de l'intérêt légal en Portugal;

3.º Le Gouvernement Portugais fera son affaire du paiement des dettes existant en Portugal, à la date du 8 octobre 1910, à la charge des sieurs Schürer, Girollet, La Brousse et Salvan, réclamants ci-dessus visés, ainsi que des dettes grevant les immeubles réclamés par la dame de Geslin de Bourgogne, réclamante ci-dessus également visée;

4.º La Chapelle de Picoas, composée suivant le plan ci-annexé d'un rez-de-chaussée et d'un premier étage, ensemble le mobilier et les vases sacrés, en général tous les objets et ornements pour l'exercice du culte, sera laissée aux dames Denise Alis et Marie Solomiac pour être mis à la disposition du Nonce à Lisbonne;

5.º L'immeuble situé rue de San Diniz 605 freguezia de Paralhos à Porto, réclamé par la dame Marie-Joséphine Dupé, affecté à un établissement d'éducation pour jeunes filles, continuera à recevoir cette affectation; au cas où ladite affectation viendrait à prendre fin,

l'immeuble ferait retour au Gouvernement Portugais qui serait tenu de verser à la Légation de France à Lisbonne, dans les 30 jours de la désaffectation, une indemnité de 8 contos au profit de ladite dame Dupé;

6.º La réclamation de la dame Marie Ménard est écartée comme non recevable;

7.º Toutes autres conclusions des Parties sont rejetées et toutes réclamations ultérieures, quel qu'en soit l'objet, soit des réclamants ci-dessus mentionnés, soit du Gouvernement Portugais, relativement aux biens réclamés, objet du présent arbitrage, sont déclarées définitivement réglées et désormais éteintes.

Fait à LA HAYE, au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage, le 2 septembre 1920.

Le Président: ELIHU ROOT.
Le Secrétaire général: MICHIELS VAN VERDUYNEN.
Le Secrétaire: CROMMELIN.

Le Président invite Monsieur le Secrétaire général à remettre un exemplaire de la sentence à l'Agent du Gouvernement Français ainsi qu'à l'Agent du Gouvernement Portugais.

Le Secrétaire général s'acquitte de cette mission.

Le Président: Je constate que par cette remise la sentence est dûment notifiée aux Parties contestantes.

Le Président donne ensuite la parole au Baron MICHIELS VAN VERDUYNEN pour donner lecture de la sentence du Tribunal arbitral au suje des contestations entre la Grande-Bretagne et la République Portugaise, contestations qui ont fait l'objet d'une seule sentence⁽¹⁾, ainsi que le Tribunal y a été autorisé par un arrangement signé à Lisbonne le 13 août 1920 et dûment notifié au Secrétaire du Tribunal.

Le Secrétaire général donne lecture de la sentence relative aux réclamations du Gouvernement Britannique.

(1) Omite-se a sentença por o Governo Britânico declarou "abandonner puremet, simplement et sans reserves les réclamation présentés par lui au nom...."

PROTOCOLE III

O Estado não tem legitimidade para se ocupar dos interesses de quem não fôr seu nacional.

P.F.

Séance du samedi 4 septembre 1920

Le Tribunal s'est réuni à 11 heures 10 du matin, tous les arbitres étant présents ainsi que, en qualité d'Agents et Agents adjoints des Parties:

M. CRISTOBAL BOTELLA, Agent du Gouvernement Espagnol;

M. VICENTE LUÍS GOMES, Agent du Gouvernement Portugais;

MM. AFFONSO DE MELLO PINTO VELLOSO et JEAN PROSPER-LÉVY, Agents adjoints du Gouvernement Portugais.

Le Président déclare la séance ouvert. Il donne la parole au Baron MICHIELS VAN VERDUYNEN pour donner lecture des sentences du Tribunal arbitral au sujet des contestations entre le Gouvernement Royal Espagnol et la République Portugaise.

Le Secrétaire général donne lecture des sentences relatives aux réclamations du Gouvernement Royal Espagnol.

SENTENCE

Rendue le 4 Septembre 1920

Par le

TRIBUNAL ARBITRAL

dans

Les Affaires dites

"DES BIENS CONTESTÉS EN PORTUGAL"

Considérant que par un compromis conclu à Lisbonne le 31 juillet 1913, le Gouvernement de Sa Majesté Britannique, le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne et le

Gouvernement de la République Française d'une part, le Gouvernement de la République Portugaise d'autre part, respectivement signataires de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, se sont mis d'accord pour soumettre à un Tribunal d'Arbitrage, constitué suivant la procédure sommaire prévue au chapitre IV de ladite Convention, les réclamations relatives aux biens des nationaux britanniques, espagnols et français saisis (arrolados) par le Gouvernement de la République Portugaise à la suite de la proclamation de la République;

Considérant qu'aux termes dudit compromis, le Tribunal arbitral a été composé de:

le Très Honorable ELIHU ROOT, ancien Secrétaire d'État, ancien Ministre de la Guerre, Sénateur de L'État de New-York, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence le Jonkheer A.-F. de SAVORNIN LOHMAN, Docteur en droit, Ministre d'État, ancien Ministre de l'Intérieur, Membre de la Seconde Chambre des États-Généraux, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence Monsieur CHARLES-EDOUARD LARDY, Docteur en droit, Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de Suisse à Paris, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Considérant que le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne a désigné comme Agent:

M. CRISTOBAL BOTELLA, Avocat, Conseil de l'Ambassade de S. M. le Roi d'Espagne, Agent;

Le Gouvernement de la République Portugaise:

M. le Juge VICENTE LUÍS GOMES, Docteur en Droit, Agent;

M. le Juge AFFONSO DE MELLO PINTO VELLOSO, ancien Ministre de la Justice et

M. JEAN PROSPER-LÉVY, Conseiller honoraire de la Légation de Portugal en France, Agents adjoints;

Considérant que par lettres échangées entre les Ministres de Grande-Bretagne, d'Espagne et de France à Lisbonne et le Gouvernement de la République Portugaise les 21 novembre 1913, 26 janvier 1914, 19 octobre 1914, 30 septembre — 7 octobre 1919, 17-26 janvier 1920, les délais respectivement prévus par ledit compromis pour le dépôt des mémoires, contre-mémoires et répliques ont été successivement prorogés;

Considérant qu'à la date du 21 février 1914 l'Agent du Gouvernement de S. M. le Roi d'Espagne a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal les mémoires et documents relatifs aux réclamations, en tant que nationaux espagnols de: Baldomero Aldaz y Lopez, José Antonio Alvarez y Tabua, Madame Conception Barrenechea y Manterola, Baldomero Ciriza et autres, Baldomero Ciriza et Andrés Gaspa Moga, Baldomero Ciriza Olangua et Andrés Gaspa Moga, Fructuoso Fernandes de Gamboa, Ignacio Rodriguez Insua et Andrés Santiago, Maximino Llana, Pedro Gomes Nunez, Francisco Perez, Eduardo Fernandez Pesquero, Madame Tomasa Rocatallada y Escartin, Antonio Rodriguez Sobrino, Madame Magdalena Rodriguez y Laplana, Robustiano Rodriguez y Sobrino, Loccadio Ruiz et Crescencio Marquez et Luis Uzarraga;

Considérant qu'à la date du 25 septembre 1919, l'Agent du Gouvernement de la République Portugaise a régulièrement déposé au Secrétaire du Tribunal les contre-mémoires et documents relatifs auxdites réclamations;

Considérant qu'à la date du 6 août 1920, l'Agent du Gouvernement de S. M. le Roi d'Espagne a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal une Réplique relative aux dites réclamations;

Considérant que l'instruction étant close, le Tribunal, constitué comme il est dit ci-dessus, s'est réuni à la Haye au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage le 4 septembre 1920;

Considérant qu'à teneur de l'article 4 du Compromis, le Tribunal doit examiner successivement chacune des réclamations, et que chacune de celles-ci doit être l'objet d'une sentence distincte;

LE TRIBUNAL,

Vu la demande présentée par le Gouvernement Espagnol en faveur de Baldomero Aldaz Y Lopez et les pièces à l'appui de cette réclamation;

Vu le contre-mémoire présenté par le Gouvernement Portugais au sujet de ladite réclamation et les pièces à l'appui;

Attendu, en ce qui concerne les faits qui ont donné lieu au différend soumis à l'arbitrage du Tribunal:

que le Gouvernement Espagnol réclame en faveur de Baldomero Aldaz y Lopez une maison nommée "O Collegio" avec une chapelle ouverte au public et avec d'autres dépendances décrites dans son Mémoire, ainsi qu'une autre maison nommée "da Amalia", le tout situé rue de S. Brás, village de Aldeia da Ponte, commune de Sábugal, district de Guarda, et acheté par le réclamant pour la somme de 3500 Escudos (soit environ 17.500 francs), le 8 janvier 1898 au Père Angelo Hercules Mani Efigeni, sujet italien, représenté par le Père Lourenco Gonçãos;

qu'à l'immeuble susdit était installée l'association religieuse du Collegio d'Aldeia da Ponte, de laquelle le réclamant était membre et qui avait été autorisée par décret du 18 octobre 1901;

que ladite association a été disoute par décret royal du 12 septembre 1910 et que, quelques jours plus tard, le Gouvernement Portugais s'est mis en possession des immeubles revendiqués;

Atendu que le Gouvernement Portugais objecte en premier lieu que le réclamant dit être Espagnol, mais ne rapporte pas la preuve de sa nationalité en sorte que cette réclamation échappe à la juridiction du Tribunal;

Attendu qu'en effet le réclamant n'a rapporté aucune preuve pour constater de la manière prescrite tant par le Code Civil espagnol que par le Code Civil portugais qu'il appartient à une des nationalités susdites;

Par ces Motifs,

le Tribunal déclare la réclamation du Gouvernement Espagnol en faveur de M. Baldomero Aldaz Y Lopes non recevable.

Fait à LA HAYE, au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage, le 4 septembre 1920.

Le Président: ELIHU ROOT
Le Secrétaire général: MICHIELS VAN VERDUYNEN
Le Secrétaire: CROMMELIN

SENTENCE

Rendue le 4 Septembre 1920

Par le

TRIBUNAL ARBITRAL

dans

Les Affaires dites

"DES BIENS CONTESTÉS EN PORTUGAL"⁽¹⁾

Considérant que par un compromis conclu à Lisbonne le 31 juillet 1913, le Gouvernement de Sa Majesté Britannique, le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne et le

(1) Satisfeito pelo Estado demandando o interesse da vítima, o litígio fica sem objecto.

Gouvernement de la République Française, d'une part, et le Gouvernement de la République Portugaise d'autre part, respectivement signataires de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, se sont mis d'accord pour soumettre à un Tribunal d'Arbitrage, constitué suivant la procédure sommaire prévue au chapitre IV de ladite Convention, les réclamations relatives aux biens des nationaux britanniques, espagnols et français saisis (arrolados) par le Gouvernement de la République Portugaise à la suite de la proclamation de la République;

Considérant qu'aux terms dudit compromis, le Tribunal arbitral a été composé de:
le Très Honorable ELIHU ROOT, ancien Secrétaire d'État, ancien Ministre de la Guerre, Sénateur de l'État de New-York, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence le Jonkheer A.-F. de SAVORNIN LOHMAN, Docteur en droit, Ministre d'État, ancien Ministre de l'Intérieur, Membre de la Seconde Chambre des États-Généraux, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence Monsieur CHARLES-EDOUARD LARDY, Docteur en droit, Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de Suisse à Paris, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Considérant que le Gouvernement de la Majesté le Roi d'Espagne a désigné comme Agent:

Le Gouvernement de la République Portugaise:

M. le Juge VICENTE LUÍS GOMES Docteur en droit, Agent;

M. AFFONSO DE MELLO PINTO VELLOSO, ancien Ministre de la Justice et

M. JEAN PROSPER-LÉVY, Conseiller honoraire de la Légation de Portugal en France,
Agents adjoints;

Considérant que par lettres échangées entre les Ministres de Grande-Bretagne, d'Espagne et de France à Lisbonne et le Gouvernement de la République Portugaise les 21 novembre 1913, 26 janvier 1914, 19 octobre 1914, 30 septembre — 7 octobre 1919, 17-26 janvier 1920, les délais respectivement prévus par ledit compromis pour le dépôt des mémoires, contre-mémoires et répliques ont été successivement prorogés;

Considérant qu'à la date du 21 février 1914 l'Agent du Gouvernement de S.M. le Roi d'Espagne a régulièrement déposé au Secrétaire du Tribunal les mémoires et documents relatifs aux réclamations, en tant que nationaux espagnols de: Baldomero Aldaz y Lopez, José Antonio Alvarez y Tabua, Madame Concepcion Barrenechea y Manterola, Baldomero Ciriza et autres, Baldomero Ciriza et Andrés Gaspa Moga, Baldomero Ciriza Olan-gua et Andrés Gaspa Moga, Fructuoso Fernandez de Gamboa, Ignacio Rodriguez Insua et Andrés Santiago, Maximino Llana, Pedro Gomez Nuñez, Francisco Perez, Eduardo Fernandez Pesquero, Madame Tomasa Rocatallada y Escartin, Antonio Rodriguez Sobrino, Madame Magdalena Rodriguez y Laplana, Robustiano Rodriguez y Sobrino, Leocadio Ruiz et Crescencio Marquez et Luis Uzarraga;

Considérant qu'à la date du 25 septembre 1919, l'Agent du Gouvernement de la République Portugaise a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal les contre-mémoires et documents relatifs aux dites réclamations;

Considérant qu'à la date du 6 août 1920, L'Agent du Gouvernement de S.M. le Roi d'Espagne a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal une Réplique relative aux dites réclamations;

Considérant que l'instruction étant close, le Tribunal, constitué comme il est ci-dessus, s'est réuni à la Haye au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage le 4 septembre 1920;

Considérant qu'à teneur de l'article 4 du Compromis, le Tribunal doit examiner successivement chacune des réclamations, et que chacune de celles-ci doit être l'objet d'une sentence distincte;

LE TRIBUNAL,

Vu la demande présentée par le Gouvernement Espagnol en faveur de M. Maximino Llaneza et les pièces à l'appui de cette réclamation;

Vu le contre-mémoire présenté par le Gouvernement Portugais au sujet de ladite réclamation et les pièces à l'appui;

Attendu, en ce qui concerne les faits qui ont donné lieu au différend soumis à l'arbitrage du Tribunal:

Que le réclamant prétend que plusieurs révolutionnaires ont, dans les premiers jours de la révolution d'octobre 1910 en Portugal, arrêté son serviteur, qui portait un sac contenant des documents ou manuscrits indiqués dans l'inventaire annexé au Mémoire et qu'ils ont remis le sac au Gouvernement civil (Préfecture) qui l'a gardé;

Attendu que le Gouvernement Portugais conteste que les faits se soient passés de la manière indiquée par le réclamant; qu'en outre le Gouvernement Portugais s'est donné la peine de faire rechercher les documents dont il s'agit et les a retrouvés; que le Gouvernement Portugais a fait savoir au réclamant que les manuscrits avaient été trouvés et qu'il pouvait se les faire remettre à Lisbonne;

Attendu que le Gouvernement Portugais a produit au Tribunal la copie d'une déclaration du réclamant portant qu'il a reçu tous les manuscrits énumérés dans la demande présentée par le Gouvernement de S.M. le Roi d'Espagne par devant ce Tribunal et qu'il renonce à sa réclamation;

Par ces Motifs,

Le Tribunal arbitral rejette la demande comme devenue sans objet.

Fait à LA HAYE, au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage, le 4 septembre 1920.

Le Président: ELIHU ROOT
Le Secrétaire général: MICHIELS VAN VERDUYNEN
Le Secrétaire: CROMMELIN

SENTENCE

Rendue le 4 septembre 1920

par le

TRIBUNAL ARBITRAL

dans

Les Affaires dites

"DES BIENS CONTESTÉS EN PORTUGAL".⁽¹⁾

Considérant que par un compromis conclu à Lisbonne le 31 juillet 1913, le Gouvernement de Sa Majesté Britannique, le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne et le Gouvernement de la République Française, d'une part, et le Gouvernement de la République Portugaise d'autre part, respectivement signataires de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, se sont mis d'accord pour soumettre à un Tribunal d'Arbitrage, constitué suivant la procédure sommaire prévue au chapitre IV de ladite Convention, les réclamations relatives aux biens des nationaux britanniques, espagnols et français saisis (arrolados) par le Gouvernement de la République Portugaise à la suite de la proclamation de la République;

(1) Não contestada a nacionalidade da requente, deve a mesma ser aceite pelo Tribunal. Cabe à requerente provar que são seus os bens reclamados;

Considérant qu'aux termes dudit compromis, le Tribunal arbitral a été composé de:

le Très Honorable ELIHU ROOT, ancien Secrétaire d'État, ancien Ministre de la Guerre, Sénateur de l'État de New-York, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence le Jonkheer A.-F. de SAVORNIN LOHMAN, Docteur en droit, Ministre d'État, ancien Ministre de l'Intérieur, Membre de la Seconde Chambre des États-Généraux, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence Monsieur CHARLES-ÉDOUARD LARDY, Docteur en droit, Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de Suisse à Paris, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Considérant que le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne a désigné comme Agent:

M. CRISTOBAL, BOTELLA, Avocat, Conseil de l'Ambassade de S. M. le Roi d'Espagne, Agent;

Le Gouvernement de la République Portugaise:

M. le Juge VICENTE LUÍS GOMES, Docteur en droit, Agent;

M. AFFONSO DE MELLO PINTO VELLOSO, ancien Ministre de la Justice et

M. JEAN PROSPER-LÉVY, Conseiller honoraire de la Légation de Portugal en France, Agents adjoints;

Considérant que par lettres échangées entre les Ministres de Grande-Bretagne, d'Espagne et de France à Lisbonne et le Gouvernement de la République Portugaise les 21 novembre 1913, 26 janvier 1914, 19 octobre 1914, 30 septembre — 7 octobre 1919, 17-26 janvier 1920, les délais respectivement prévus par ledit compromis pour le dépôt des mémoires, contre-mémoires et répliques ont été successivement prorogés;

Considérant qu'à la date du 21 février 1914 l'Agent du Gouvernement de S.M. le Roi d'Espagne a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal les mémoires et documents relatifs aux réclamations, en tant que nationaux espagnols de: Baldomero Aldaz y Lopez, José António Alvarez y Tabua, Madame Concepcion Barrenechea y Manterola, Baldomero Ciriza et autres, Baldomero Ciriza et Andrés Gaspa Moga, Baldomero Ciriza Olangua et Andrés Gaspa Moga, Fructuoso Fernandez de Gamboa, Ignacio Rodriguez Insua et Andrés Santiago, Maximino Llaneza, Pedro Gomes Nunez, Francisco Perez, Eduardo Fernandez Pesquero, Madame Tomasa Rocatalada y Escartin, Antonio Rodriguez Sobrino, Madame Magdalena Rodriguez y Laplana, Robustiano Rodriguez y Sobrino, Leocadio Ruiz et Crescencio Marquez et Luis Uzarraga;

Considérant qu'à la date du 25 septembre 1919, l'Agent du Gouvernement de la République Portugaise a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal les contre-mémoires et documents relatifs aux dites réclamations;

Considérant qu'à la date du 6 août 1920, l'Agent du Gouvernement de S.M. le Roi d'Espagne a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal une Réplique relative aux dites réclamations;

Considérant que l'instruction étant close, le Tribunal, constitué comme il est dit ci-dessus, s'est réuni à la Haye au Palais de La Cour Permanente d'Arbitrage le 4 septembre 1920;

Considérant qu'à teneur de l'article 4 du Compromis, le Tribunal doit examiner successivement chacune des réclamations, et que chacune de celles-ci doit être l'objet d'une sentence distincte;

LE TRIBUNAL,

Vu la demande présentée par le Gouvernement Espagnol en faveur de Dona Tomasa Rocatalada y Escartin et les pièces à l'appui de cette réclamation;

Vu le contre-mémoire présenté par le Gouvernement Portugais au sujet de ladite réclamation et les pièces à l'appui;

Attendu, en ce qui concerne les faits qui ont donné lieu au différend soumis à l'arbitrage du Tribunal:

que la demanderesse habitait depuis plusieurs années à Lisbonne lors de la révolution du 3 au 5 octobre 1910 dans un immeuble appartenant à une dame espagnole et à d'autres dames portugaises, immeuble où était installée l'association religieuse dénommée "Associação do Santíssimo Coração de Jesus", dont elle était membre et qui était autorisée en Portugal par décret du 18 octobre 1901;

que beaucoup d'objets mobiliers, indiqués à l'inventaire annexé au mémoire de la demanderesse et évalués dans cet inventaire au prix de 25 361 escudos 90, soit 121.805 francs, se trouvaient dans cet immeuble;

que le Gouvernement de la République Portugaise s'est emparé au moment de la Révolution du 3 au 5 octobre 1910 de l'immeuble susdit avec les objets qui s'y trouvaient;

que le demanderesse déclare que ces objets lui appartiennent et doivent lui être restitués;

Attendu que le Gouvernement Portugais observe que la demanderesse n'a pas prouvé sa nationalité parce qu'elle n'a pas fourni son acte de naissance, mais qu'il consent à ne pas se prévaloir de ce moyen parce que la demanderesse a produit un certificat du Consulat d'Espagne, considéré comme suffisant;

Attendu que les Parties ne contestant pas la nationalité de la demanderesse, le Tribunal est en droit de considérer cette dernière comme Espagnole;

Attendu d'autre part, que le demanderesse ne prouve d'aucune manière que les objets réclamés lui appartiennent; que le fait allégué par elle que les objets réclamés et un registre où ils figureraient, se seraient trouvés, lors de l'occupation par le Gouvernement Portugais, dans la maison où elle demeurait, ne prouve pas que ces objets ont été la propriété particulière de la réclamante, parce que, d'après le Mémoire, une association religieuse s'était installée dans l'immeuble par elle habité, association qui nécessairement était formée de plusieurs personnes, et qu'un simple registre n'indique pas et ne peut pas indiquer laquelle des habitantes de la maison est propriétaire du mobilier qui s'y trouve;

PAR CES MOTIFS,

le Tribunal arbitral décide que le Gouvernement de la République Portugaise n'est pas tenu de restituer à la Légation d'Espagne à Lisbonne, pour être remis à la demanderesse, les objets indiqués à l'inventaire annexé au Mémoire ou leur valeur.

Fait a LA HAYE, au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage, le 4 septembre 1920.

Le Président: ELIHU ROOT
Le Secrétaire général: MICHIELS VAN VERDUYNEN
Le Secrétaire: CROMMELIN

SENTENCE

Rendue le 4 septembre 1920

par le

TRIBUNAL ARBITRAL

dans

Les Affaires dites

"DES BIENS CONTESTÉS EN PORTUGAL".⁽¹⁾

Considérant que par un compromis conclu, à Lisbonne le 31 juillet 1913, le Gouvernement de Sa Majesté Britannique, le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne et le

(1) Publica-se esta sentença, dado que a final se regista que "pour la première fois depuis l'achèvement du PALAIS DE PAIX, un jugement international est prononcé dans cette enceinte".

Gouvernement de la République Française, d'une part, et le Gouvernement de la République Portugaise d'autre part, respectivement signataires de la Convention de la Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, se sont mis d'accord pour soumettre à un Tribunal d'Arbitrage, constitué suivant la procédure sommaire prévue au chapitre IV de ladite Convention, les réclamations relatives aux biens des nationaux britanniques, espagnols et français saisis (arrolados) par le Gouvernement de la République Portugaise à la suite de la proclamation de la République;

Considérant qu'aux termes dudit compromis, le Tribunal arbitral a été composé de:
le Très Honorable ELIHU ROOT, ancien Secrétaire d'État, ancien Ministre de la Guerre, Sénateur de l'État de New-York, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence le Jonkheer A.-F. de SAVORNIN LOHMAN, Docteur en droit, Ministre d'État, ancien Ministre de l'Intérieur, Membre de la Seconde Chambre des États-Généraux, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Son Excellence Monsieur CHARLES-EDOUARD LARDY, Docteur en droit, Envoyé extraordinaire et Ministre plénipotentiaire de Suisse à Paris, Membre de la Cour Permanente d'Arbitrage;

Considérant que le Gouvernement de Sa Majesté le Roi d'Espagne a désigné comme Agent:
Le Gouvernement de la République Portugaise:

M. le Juge VICENTE LUÍS GOMES Docteur en droit, Agent;

M. AFFONSO DE MELLO PINTO VELLOSO, ancien Ministre de la Justice et

M. JEAN PROSPER-LÉVY, Conseiller honoraire de la Légation de Portugal en France,
Agents adjoints;

Considérant que par lettres échangées entre les Ministres de Grande-Bretagne, d'Espagne et de France à Lisbonne et le Gouvernement de la République Portugaise les 21 novembre 1913, 26 janvier 1914, 19 octobre 1914, 30 septembre — 7 octobre 1919, 17-26 janvier 1920, les délais respectivement prévus par ledit compromis pour le dépôt des mémoires, contre-mémoires et répliques ont été successivement prorogés;

Considérant qu'à la date du 21 février 1914 l'Agent du Gouvernement de S.M. le Roi d'Espagne a régulièrement déposé au Secrétaire du Tribunal les mémoires et documents relatifs aux réclamations, en tant que nationaux espagnols de: Baldomero Aldaz y Lopez, José Antonio Alvarez y Tabua, Madame Concepcion Barrenechea y Manterola, Baldomero Ciriza et autres, Baldomero Ciriza et Andrés Gaspa Moga, Baldomero Ciriza Olan-gua et Andrés Gaspa Moga, Fructuoso Fernandez de Gamboa, Ignacio Rodriguez Insua et Andrés Santiago, Maximino Llana, Pedro Gomez Nunez, Francisco Perez, Eduardo Fernandez Pesquero, Madame Tomasa Rocatallada y Escartin, Antonio Rodriguez Sobrino, Madame Magdalena Rodriguez y Laplana, Robustiano Rodriguez y Sobrino, Leocadio Ruiz et Crescencio Marquez et Luis Uzarraga;

Considérant qu'à la date 25 septembre 1919, l'Agent du Gouvernement de la République Portugaise a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal les contre-mémoires et documents relatifs aux dites réclamations;

Considérant qu'à la date du 6 août 1920, l'Agent du Gouvernement de S. M. le Roi d'Espagne a régulièrement déposé au Secrétariat du Tribunal une Réplique relative aux dites réclamations;

Considérant que l'instruction étant close, le Tribunal, constitué comme il est dit ci-dessus, s'est réuni à la Haye au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage le 4 septembre 1920;

Considérant qu'à teneur de l'article 4 du Compromis, le Tribunal doit examiner successivement chacune des réclamations, et que chacune de celles-ci doit être l'objet d'une sentence distincte;

LE TRIBUNAL,

Vu la demande présentée par le Gouvernement Espagnol en faveur de M. Luis Uzarraga, et les pièces à l'appui de cette réclamation;

Vu le contre-mémoire présenté par le Gouvernement Portugais au sujet de ladite réclamation et les pièces à l'appui;

Attendu, quant aux faits qui ont donné lieu au différend soumis au Tribunal arbitral:

que le Gouvernement Espagnol demande au Tribunal, en faveur de M. Luis Uzarraga, citoyen espagnol:

- 1.º la restitution d'un certain nombre d'objets mobiliers lui appartenant ainsi qu'à sa femme, objets qu'il avait déposés chez des Pères espagnols résidant à Travessa das Mercês, n.º 72, à Lisbonne, où il résidait en attendant d'avoir trouvé du travail dans sa profession d'ouvrier électricien;
- 2.º l'allocation d'une somme de 130 Escudos à titre d'indemnité pour le chômage, ainsi que pour la perte de ses outils professionnels;

Attendu que le Gouvernement Portugais objecte, en premier lieu, que le réclamant ne rapporte pas la preuve de sa prétendue nationalité espagnole;

Attendu que le Gouvernement Espagnol a eu connaissance de cette exception par le contre-mémoire portugais et n'a formulé aucune observation;

Attendu que le réclamant, qui se dit Espagnol, ne rapporte en effet aucune preuve de sa nationalité;

Attendu que le Tribunal est chargé, en vertu de l'article 1^{er} du Compromis, de statuer sur des réclamations relatives aux biens de ressortissants de l'Espagne, de la France et de la Grande-Bretagne, mais que le réclamant ne prouve pas, de la manière prescrite tant par le Code civil espagnol que par le Code Civil portugais, qu'il appartient à une des nationalités susdites;

PAR CES MOTIFS,

le Tribunal arbitral déclare la réclamation du Gouvernement Espagnol en faveur de M. Luís Uzarraga non recevable.

Fait a LA HAYE, au Palais de la Cour Permanente d'Arbitrage, le 4 septembre 1920.

Le Président: ELIHU ROOT
Le Secrétaire général: MICHIELS VAN VERDUYNEN
Le Secrétaire: CROMMELIN

Le Président invite Monsieur le Secrétaire général à remettre un exemplaire des sentences à l'Agent du Gouvernement Espagnol ainsi qu'à l'Agent du Gouvernement Portugais.

Le Secrétaire général s'acquitte de cette mission.

Le Président: Je constate que par cette remise les sentences sont dûment notifiées aux Parties contestantes.

Le Président prononce les paroles suivantes:

"Nous voici arrivés au terme de nos travaux. Le Tribunal remercie MM. les Agents des Parties contestantes du concours qu'ils lui ont prêté par l'élaboration de leurs savants mémoires qui ont puissamment contribué à élucider les délicates questions à solutionner.

Le Tribunal adresse aussi l'expression de sa gratitude au Baron MICHIELS VAN VERDUYNEN, Secrétaire général de la Cour Permanente d'Arbitrage et à M. CROMMELIN, Premier Secrétaire du Bureau International de ladite Cour, qui ont eu à fournir en quelques jours un travail considérable pour l'impression des sentences.

Il me reste à constater que pour la première fois depuis l'achèvement du Palais de la Paix, un jugement international est prononcé dans cette enceinte. Notre jugement est donc une inauguration; elle est une date importante dans l'histoire de cette maison et nous espérons que cette sentence sera suivie de beaucoup d'autres dans l'intérêt de la paix et de la concorde entre les nations.

Je déclare la session close".

La Séance est levée à midi 10.

LA HAYE, le 4 septembre 1920.

Le Président: ELIHU ROOT.
Le Secrétaire général: MICHIELS VAN VERDUYNEN.
Le Secrétaire: CROMMELIN.

**DECISÃO ARBITRAL PROFERIDA
EM EXECUÇÃO DO ACORDO ASSINADO EM HAIA,
A 3 DE ABRIL DE 1913,
ENTRE OS PAÍSES BAIXOS E PORTUGAL
SOBRE A DELIMITAÇÃO
DE UMA PARTE DAS SUAS POSSESSÕES
NA ILHA DE TIMOR.**

1. Os Governos dos Países Baixos e de Portugal acordaram em solicitar a designação de um árbitro para solucionar uma questão de delimitação de uma parte das suas possessões na Ilha de Timor. Este árbitro deveria decidir, à luz do artigo 3.º, 10 da Convenção concluída em Haia a 1 de Outubro de 1904, atendendo aos dados fornecidos pelas partes e fundando-se nos princípios gerais do direito, o limite entre Noel Bilomi e “a nascente da ribeira Noel Meto”.

2. Em 20 de Abril de 1859, foi assinado um Acordo em Lisboa estabelecendo uma repartição territorial entre os dois Governos, acordo que, no entanto, mantinha dois enclaves — um português, Oikussi, no território holandês; e um holandês, Maukatar no território português.

Por um outro Acordo de 10 de Junho de 1893, “desejosos de desenvolver as suas relações no arquipélago, nas condições mais favoráveis para o desenvolvimento da civilização e do comércio”, os dois Governos decidiram estabelecer uma forma mais exacta e clara de demarcação das suas possessões, fazendo desaparecer os enclaves existentes.

Foi assim designada uma Comissão mista encarregada de formular uma proposta que pudesse servir de base para a conclusão de um Acordo sobre a linha de demarcação na Ilha de Timor, proposta que veio a dar lugar à Convenção Diplomática, assinada em Haia a 1 de Outubro de 1904 e devidamente ratificada.

Nos termos desse texto, importaria indicar, no terreno, no mais curto prazo possível, uma linha teoricamente fixada como limite oriental do território Oikussi-Ambeno, a linha A-C.

3. Foi exactamente esta delimitação que impediu que chegassem a acordo os comissários designados, bem como os dois Governos que, face a esta dificuldade, decidiram recorrer ao mecanismo de arbitragem.

4. Nos termos do artigo 2.º do compromisso, o árbitro deveria basear a sua decisão nos tratados em vigor entre os Países Baixos e Portugal e nos princípios gerais do direito internacional, procurando determinar qual a verdadeira e comum intenção dos Países Baixos e de Portugal nas negociações que haviam precedido a Convenção de 1904.

5. O ponto C da linha A-C não era contestado. O ponto A era aquele onde os trabalhos de delimitação haviam sido interrompidos em 1899, e não seriamente contestado por Portugal.

6. O pedido de delimitação apresentado por Portugal correspondia, segundo o árbitro, à linha que aquele Estado havia reivindicado em 1902 e posteriormente abandonado, face à ameaça holandesa de romper as negociações, circunstância que viabilizara a Convenção Diplomática de 1904.

7. Ainda segundo o árbitro, a linha sugerida pelo Governo holandês não contrariava a equidade, a que sempre importa atender nas relações internacionais, uma vez que permitiria a Portugal receber mais territórios do que aqueles que lhe adiviriam da aplicação da linha A-C, a que dera o seu consentimento na Convenção de 1904.

Mas, no caso de o traçado sugerido por Portugal vir a ser adoptado, os Países Baixos poderiam fundadamente pretender que assim se viam privados de quase todos os territórios que teoricamente a Convenção de 1904 lhes atribuíra, como contrapartida ao abandono das suas próprias reivindicações.

8. Nestes termos, foi decidido que o artigo 3.º, n.º 10 da Convenção concluída em Haia em 1 de Outubro de 1904, sobre a delimitação das possessões holandesas e portuguesas na Ilha de Timor deveria ser interpretado em conformidade com as conclusões do Governo real dos Países Baixos.

MARTA SANTOS PAIS

Cour Permanente d'Arbitrage
SENTENCE ARBITRALE
rendue en
exécution du compromis signé à La Haye le 3 avril 1913
entre
LES PAYS-BAS ET LE PORTUGAL
au sujet de la délimitation d'une partie de leurs possessions dans
L'ILE DE TIMOR

Une contestation étant survenue entre le Gouvernement royal néerlandais et celui de la République portugaise au sujet de la délimitation d'une partie de leurs possessions respectives dans l'île de Timor, les deux Gouvernements ont décidé, par une Convention signée à La Haye le 3 avril 1913 et dont les ratifications ont été échangées dans la même ville le 31 juillet suivant, d'en remettre la solution en dernier ressort à un arbitre, et ont à cet effet désigné d'un commun accord le soussigné.

Pour comprendre le sens et la portée du compromis du 3 avril 1913, il y a lieu d'exposer succinctement les négociations qui ont précédé ce compromis.

I

HISTORIQUE

L'île de Timor, la dernière à l'orient de la série continue des îles de la Sonde et la plus rapprochée de l'Australie, fut découverte au XVI^{ème} siècle par les Portugais; cette île mesure environ 500 kilomètres de longueur de l'ouest à l'est sur une largeur de 100 kilomètres au maximum. Une haute chaîne de montagnes, dont certains sommets atteignent près de 3000 mètres d'altitude, sépare l'île dans le sens de la longueur en deux versants.

La partie orientale de l'île, d'une superficie approximative de 19,000 kilomètres carrés avec une population d'environ 300,000 habitants, est portugaise. La partie occidentale, avec une population évaluée en 1907 à 131,000 habitants et une superficie d'environ 20,000 kilomètres carrés, est sous la souveraineté des Pays-Bas, à l'exception du "Royaume d'Okussi" et "d'Ambeno", situé sur la côte nord-ouest au milieu de territoires néerlandais de tous les côtés sauf du côté de la mer. Ce nom de "rois" donné par les Portugais aux chefs des tribus s'explique par le fait que, dans la langue indigène, on les appelle *Leorey*; la syllabe finale de ce mot a été traduite en portugais par le mot *Rey*. Les Néerlandais donnent à ces chefs le titre plus modeste de *radjahs*.

Cette répartition territoriale entre les Pays-Bas et le Portugal repose sur les Accords suivants:

Le 20 avril 1859, un traité signé à Lisbonne et dûment ratifié au cours de l'été de 1860, avait déterminé les frontières respectives par le milieu de l'île, mais avait laissé subsister (art. 2), "l'enclave" néerlandaise de Maucatar au milieu des territoires portugais et "l'enclave" portugaise d'Oikoussi au milieu des territoires néerlandais de l'ouest de l'île. Il fut stipulé (art. 3) que cette "enclave d'Oikoussi comprend l'État d'Ambenu "partout où y est arboré le pavillon portugais, l'État d'Oikoussi proprement dit et celui de Noimuti". Voir annexe A page 33.

Par une autre Convention signée à Lisbonne le 10 juin 1893 et dûment ratifiée, les deux Gouvernements, désirant régler dans les conditions les "plus favorables au développement de la civilisation et du commerce" leurs relations dans l'archipel de Timor, convinrent d'établir d'une façon "plus claire et plus exacte la démarcation de leurs possessions" dans cette île "et de faire disparaître les enclaves actuellement existantes" (Préambule et art. 1^{er}). Une commission d'experts devait être désignée à l'effet de" formuler une proposition pouvant servir de base à la conclusion d'une "Convention ultérieure déterminant la nouvelle ligne de démarcation dans ladite île" (art. II). En cas de difficultés, les deux Parties s'engageaient à se soumettre à la décision... d'arbitres" (art. VII). Voir annexe B page 36.

Cette commission mixte se rendit sur les lieux et se mit d'accord en 1898-1899 sur la plus grande partie de la délimitation. Toutefois, tant sur la frontière principale au milieu de l'île de Timor que sur la frontière du Royaume d'Okussi-Ambenu dans la partie occidentale de l'île, d'assez nombreuses divergences persistaient. La carte annexée sous N.° II indique les prétentions respectives. Une Conférence fut réunie à La Haye du 23 juin au 3 juillet 1902 pour tâcher de les solutionner. Elle arrêta le 3 juillet 1902 un projet qui fut transformé en Convention diplomatique signée à La Haye le 1^{er} octobre 1904 et dûment ratifiée. Voir annexe C page 39.

Les résultats sommaires de cette Convention de 1904 sont figurés sur la carte transparente annexée sous N.° I; la superposition de la carte transparente N.° I sur la carte N.° II permet de constater que le Portugal a obtenu, au centre de l'île de Timor, l'enclave néerlandaise de Maukatar, et que les Pays-Bas ont obtenu dans cette même région le Tahakay et le Tamira Ailala. D'autre part, au nord-ouest de l'île de Timor et au sud du territoire désigné par le traité de 1859 sous le nom d'enclave d'Oikoussi, les Pays-Bas obtiennent le Noimuti. Enfin la limite orientale contestée de ce territoire d'Oikoussi-Ambeno est fixée théoriquement selon une ligne A-C qui devra être, "arpentée et indiquée sur le terrain dans le plus court délai possible". (Actes de la Conférence de 1902, séances du 27 juin, pages 10 et 11, et du 28 juin,

page 12; Convention du 1^{er} octobre 1904, article 4). La ligne A-C admise en Conférence fut définie à l'article 3 chiffre 10 de la Convention de 1904 dans les termes suivants: "A partir de ce point" (le confluent de la Noël Bilomi avec l'Oè-Sunan), la limite suit le thalweg de l'Oè-Sunan, traverse autant que possible Nipani et Kelali (Keli), gagne la source de la Noël Meto et suit le thalweg de cette rivière jusqu'à son embouchure".

Tout semblait terminé, lorsque les commissaires délimitateurs arrivés sur les lieux en juin 1909 pour les opérations du bornage de la frontière orientale de l'Oikussi-Ambeno ne purent se mettre d'accord et décidèrent d'en référer à leurs Gouvernements. Les deux Gouvernements ne purent pas davantage se mettre d'accord et décidèrent de recourir à un arbitrage. Quelle était cette difficulté rencontrée par les commissaires délimitateurs?

II

LA DIFFICULTÉ QUI A PROVOQUÉ L'ARBITRAGE

En procédant aux travaux de délimitation de la frontière orientale de l'Oikussi-Ambeno, les commissaires avaient commencé au nord, sur la côte, et remonté dans la direction du sud le cours de la rivière Noël Meto, qui devait servir de frontière de son embouchure à sa source. Ces opérations eurent lieu entre le 1^{er} et le 10 juin 1909, et une borne fut placée à la source de la Noël Meto. Cette source étant dominée par des falaises abruptes impossibles à franchir, les commissaires résolurent une reconnaissance générale du terrain entre la partie septentrionale et la partie méridionale du territoire encore à délimiter, c'est-à-dire entre la source de la Noël Meto au nord et la rivière Noël Bilomi au sud.

Au nord, un premier dissentiment surgit: La carte (voir annexe III) signée en 1904 en même temps que la Convention, portait le mot *Kelali* accompagné entre parenthèses du mot *Keli*. Les délégués néerlandais soutirent que le mot *Keli* désigne, sur le sommet du mont Kelali, un point spécial situé à l'ouest de la source de la Noël Meto entre deux pierres "en pic" et qui a été indiqué par les indigènes du Tumbaba (néerlandais) comme la limite entre eux et les indigènes (portugais) de l'Ambeno; ce point est, d'après les commissaires néerlandais, une "magnifique limite" naturelle qui suit à peu près la limite figurée sur la carte de 1904. Les commissaires portugais au contraire proposaient de suivre... quelques thalwegs dans le terrain à l'est de la ligne proposée par les délégués néerlandais, en partant de la même borne placée à la source de la Noël Meto. La commission décida d'arpenter les deux lignes et de laisser la solution aux autorités supérieures.

Dans la partie sur, sur la rivière Bilomi, les commissaires constatent, dans leur séance du 17 juin 1909, qu'ils ont suivi de l'ouest à l'est le cours de la Nono Nisi (ou Nise) puis le cours de la Noël Bilomi et qu'ils ont maintenant, "atteint l'endroit (où la commission de 1899 avait terminé son travail) où il faut continuer l'arpentage vers le nord". Ce point avait été désigné dans la Convention de 1904, article 3, chiffres 9 et 10, et sur la carte y annexée, comme le confluent de la Noël Bilomi et de l'Oè Sunan. "Les quatre délégués constatent qu'à ce endroit, il y a deux affluents venant du nord, mais qu'aucun d'eux ne s'appelle l'Oè Sunan."

Les délégués néerlandais exposent alors que la contrée située entre ces deux affluents est nommée Sunan, qu'ils ne connaissent d'ailleurs aucun affluent de la Noël Bilomi portant le nom d'Oè Sunan et qu'il n'en existe pas; il insistent donc pour que la ligne frontière soit arpentée vers le nord à partir du point désigné sur les cartes de 1899 et de 1904.

Les délégués portugais font observer qu'une rivière nommée Oè Sunan ou Oil Sunan, qui n'est, il est vrai, pas un affluent de la Bilomi, existe plus à l'est et a sa source, "tout près du Bilomi".

Les commissaires décident à l'unanimité d'arpenter les deux lignes "en partant du point" indiqué sur les cartes de 1899 et de 1904 et, "où la commission de 1899 a terminé son travail", savoir la ligne proposée par les délégués néerlandais dans la direction du nord et la ligne désirée par les Portugais dans la direction de l'est (séance du 17 juin 1909, Premier Mémoire portugais, page 27).

A la séance du 21 juin 1909 et au cours de l'arpentage de la ligne frontière proposée par les délégués portugais dans la direction de l'est en remontant la rivière Noël Bilomi "les quatre délégués constatent unanimement qu'ils n'ont pas rencontré un affluent (de la Noël Bilomi) nommé l'Oè-Sunan". Les Délégués néerlandais font observer que la Bilomi a, dans cette région, changé de nom, à quoi leurs collègues portugais répliquent "que la rivière de Bilomi continue toujours, mais que, suivant les usages indigènes, elle porte le nom de la contrée qu'elle traverse". Enfin et surtout, les délégués portugais font observer qu'à peu de distance de la Bilomi se trouve, sur la rive nord, un mont Kinapua, sur le versant opposé duquel se trouve une rivière portant le nom d'Oè Sunan et qui coule vers le nord. Il suffirait de suivre le cours de cette rivière, de remonter ensuite la rivière Noi Fulan et de relier enfin la source de celle-ci avec la source de la Noël Meto déjà reconnue par la commission mixte.

Les délégués néerlandais déclarent inutile de procéder à la reconnaissance de cette rivière, car le mont Kinapua et la limite qui résulterait de la proposition portugaise sont en dehors du territoire qui était contesté en 1899; le mont Tasona figure sur la carte de 1899 sur l'extrême limite orientale des prétentions portugaises d'alors, prétentions que le traité de 1904 a écartées; il ne saurait donc être question d'une délimitation allant encore plus loin vers l'est.

Les travaux de la Commission mixte furent suspendus et la question, portée sur le terrain diplomatique, donna lieu à un long échange de correspondances entre les cabinets de La Haye et de Lisbonne.

Ces correspondances ont abouti à l'accord de 1913 confiant à l'arbitre le mandat de décider, d'après "les données fournies par les parties", et "en se basant sur les principes généraux du droit, comment doit être fixée, conformément à l'art. 3, 10 de la Convention

conclue à La Haye le 1^{er} octobre 1904, la limite à partir de la Noël Bilomi jusqu'à la source de la Noël Meto". Voir annexe D page 43.

III

LE POINT DE VUE PORTUGAIS

Les principaux arguments invoqués par le Gouvernement de la République portugaise en faveur de la thèse soutenue par ses commissaires délimitateurs peuvent être résumés comme suit:

1. Au point où les travaux de délimitation de 1899 ont été arrêtés et où, d'après le traité de 1904 et d'après la carte y annexée, la Noël Bilomi doit recevoir un affluent du nom de l'Oè Sunan, il est reconnu d'un commun accord qu'il n'existe aucun affluent de ce nom.

2. Il existe au contraire, plus à l'est, une rivière Oè Sunan qui n'est pas, il est vrai, un affluent de la Bilomi, mais qui prend sa source très près de cette rivière Bilomi, sur le versant nord de la montagne Kinapua; sur le mont Kinapua se trouve une borne proclamée par de nombreux chefs indigènes comme ayant servi de limite reconnue entre les Ambenos portugais et les Tumbabas néerlandais. De ce même mont Kinapua descend vers la Bilomi un ruisseau, et, du sommet, ces deux cours d'eau semblent se continuer. D'après les chefs indigènes, le cours de cette rivière Oè-Sunan est la limite historique et naturelle entre les Ambenos portugais d'une part et les Tumbabas et les Amakonos néerlandais d'autre part.

3. Les mêmes chefs indigènes font rentrer dans l'Ambeno toute la région comprise entre cette rivière d'Oè Sunan à l'est, la rivière Ni Fullan au nord, et le territoire incontestablement portugais de l'Oikoussi Ambeno à l'ouest des monts Kelali et Netton. Sur une carte privée publiée à Batavia, le nom d'Ambeno se trouve même en entier inscrit dans la partie revendiquée à tort aujourd'hui par les Pays-Bas.

4. Le traité de 1859 pose en principe que les États indigènes ne doivent pas être séparés, morcelés; or la délimitation proposée par les Pays-Bas coupe le territoire des Ambenos et priverait ces indigènes de leurs pâturages et terrains maraîchers qui se trouveraient par là situés à l'orient de la frontière et en territoire néerlandais.

5. Rien ne prouve que le bornage à effectuer doit nécessairement commencer au point où le travail de délimitation avait été suspendu en 1899 à la suite d'hostilités entre les indigènes et marqué sur les cartes au confluent de la Bilomi avec le ruisseau l'Oè Sunan qui n'existe pas en réalité à cet endroit. A cet endroit se trouvent deux affluents: le Kaboun et le Nono-Offi. Pourquoi suivre vers le nord le cours du Kaboun plutôt que celui du Nono-Offi qui vient du nord-est et qui se jette au même point dans la Bilomi?

Dans la pensée du Gouvernement portugais, on a voulu seulement donner dans les cartes de 1899 et 1904 aux commissaires délimitateurs "un graphique destiné à fixer les idées, et comme une vague et simple indication de ce qui devait être réglé plus tard".

La véritable intention des Signataires du traité de 1904 a été de suivre le cours de l'Oè Sunan, là où il est en réalité, c'est-à-dire beaucoup plus à l'est. Rien n'empêche donc, dans l'esprit du traité, de remonter la Bilomi jusqu'au point le plus rapproché de la source du vrai Oè Sunan, source si rapprochée du cours de la Bilomi qu'elle en est presque un affluent.

6. La ligne proposée par les Pays-Bas qui, d'après le traité de 1904, doit "traverser autant que possible Nipani et Kelali (Keli)" ne *traverse* pas Nipani, mais touche seulement Fatu Nipani, c'est-à-dire l'extrémité occidentale de Nipani. Elle ne répond donc pas au programme de 1904.

7. La ligne proposée par les Pays-Bas ne constitue pas une frontière naturelle, tandis que celle suggérée par le Portugal suit de cours d'eau sur presque tout son parcours.

IV

LE POINT DE VUE NÉERLANDAIS

Les principaux arguments du Gouvernement royal néerlandais peuvent être résumés comme suit:

1. Le traité de 1859 n'avait nullement prescrit d'une façon impérative que les territoires indigènes ne doivent pas être divisés ou morcelés. Il a, au contraire, attribué au Portugal "l'État d'Ambenu partout où y est arboré le pavillon portugais", sanctionnant ainsi non

seulement la division d'un État indigène, mais précisément la division de l'État d'Ambenu et cela dans les termes suivants: "La Néerlande cède au Portugal... *cette partie* de l'État d'Ambenu ou d'Ambeno qui, depuis plusieurs années, a "arboré le pavillon portugais".

Au surplus, le traité de 1859 a pu être et a été effectivement modifié par les traités subséquents et ce sont les traités subséquents qui, aujourd'hui, doivent seuls être pris en considération là où ils ont modifié le traité de 1859.

2. Il n'existe aucune incertitude sur le point auquel les commissaires délimitateurs se sont arrêtés en 1899. Ce point a servi de base aux négociations de 1902 et a été repéré sur la carte (annexe III) signée alors par les négociateurs des deux Pays pour être jointe au projet de traité. Ce projet de 1902 est devenu le traité de 1904. C'est de ce point et non d'un autre que part la ligne A-C, admise en 1902 comme devant former la frontière (carte annexe I). Cette ligne A-C se dirige de ce point vers le nord jusqu'à la source de la rivière Noël Meto et la frontière doit suivre ensuite ce cours d'eau jusqu'à son embouchure dans la mer au nord.

L'emplacement de la source de la Noël Meto a été contradictoirement reconnu en 1909; une borne y a été plantée d'un commun accord. La discussion ne porte que sur le tracé entre cette source et le point A situé à l'endroit où les commissaires se sont arrêtés en 1899.

3. Sur la carte officielle de 1899 (annexe IV) comme sur la carte officielle de 1904 (annexe III), figure au point dont il s'agit un affluent venant du nord et auquel on a, par une erreur que les Pays-Bas ne contestent pas, donné à tort le nom d'Oè Sunan. Cet affluent, qui porte en réalité chez les Tumbabas le nom de Kabun et chez les Ambenos celui de Lèos, répond entièrement à l'intention des Parties contractantes, qui était de suivre, à partir du point A, un affluent venant du nord dans la direction A-C. L'erreur de nom a d'autant moins de portée que, très fréquemment dans la région, les cours d'eau portent plusieurs noms, ou changent de nom, ou portent le nom de la contrée qu'ils traversent; or la région à l'est du Kabun ou Lèos (l'Oè Sunan de 1904) porte, d'après le Gouvernement portugais, le nom à consonnance analogue d'hue Son, et d'après les commissaires néerlandais celui de Sunan, ce qui peut expliquer l'erreur des commissaires.

4. Les chefs indigènes de l'Amakono (néerlandais) ont déclaré (commission mixte, séance du 21 février 1899) que leur pays comprend toute la région "situé entre l'Oè Sunan, Nipani, Kelali-Keli, et la Noël Meto (à l'ouest), la mer de Timor (au nord), la Noël Boll Bass, les sommets Humusu et Kin Napua (à l'est), Tasona, la Noël Boho et la Noël Bilomi (au sud)". Or la frontière occidentale décrite ici et indiquée dès 1899 comme séparant les Amakonos (néerlandais) de l'Ambeno (portugais) est précisément celle qui a été consacrée par le traité de 1904. L'Oè Sunan qui y figure ne peut être que le cours d'eau auquel on a donné à tort mais d'un commun accord ce nom dans les cartes officielles de 1899 et de 1904, c'est-à-dire un cours d'eau situé à l'ouest du territoire contesté, et non le prétendu Oè Sunan actuellement invoqué par le Portugal, et qui est situé sur la frontière orientale du territoire contesté. Le traité de 1904 a attribué aux Pays-Bas ce territoire contesté. C'est donc bien le cours d'eau, peu importe son nom, situé à l'ouest dudit territoire que les parties ont entendu adopter comme limite.

La preuve que le Portugal n'a pu, en 1899 et 1904, avoir en vue la rivière orientale à laquelle il donne maintenant le nom d'Oè Sunan, est fournie par le fait qu'à la séance du 21 février 1899, ses commissaires ont proposé comme limite une ligne partant du point où la rivière appelée alors Oè Sunan se jette dans la Bilomi et remontant ensuite vers l'est la Noël Bilomi jusqu'à Nunkalaï (puis traversant Tasona et, à partir de Kin Napua se dirigeant vers le nord jusqu'à Humusu et à la source de la Noël Boll Bass dont le cours aurait servi de frontière jusqu'à son embouchure dans la mer). Cette proposition portugaise de 1899 serait incompréhensible s'il s'agissait d'une rivière autre que celle figurant sur les cartes officielles de 1899 et 1904 sous le nom d'Oè Sunan; comment pourrait-êre question d'une autre rivière Oè Sunan située à l'est de Nunkalaï, alors que Nunkalaï est, en réalité, à l'ouest de ce nouvel Oè Sunan découvert par les Portugais et non pas à l'est?

5. Deux enquêtes récentes instituées par les autorités néerlandaises de l'île de Timor ont, d'ailleurs, confirmé qu'aucune rivière du nom d'Oè Sunan ne prend sa source sur le mont Kinapua; la rivière qui prend sa source sur le versant nord, à une certaine distance du sommet, porte les noms de Poamesse ou de Noilpolan, et se jette à Fatoe Metassa (Fatu Mutassa des Portugais) dans la Noël Manama, la Ni Fullan des cartes portugaises (Second Mémoire néerlandais, chiffre VII, page 6).

6. Il est exact que la ligne proposée par les Pays-Bas ne traverse pas le territoire de Nipani, mais le traité de 1904 ne l'exige pas. Il stipule que la ligne destinée à relier la source de l'Oè Sunan à la source de la Noël Meto traversera, "autant que possible Nipani". Comme le territoire à délimiter était inexploré, les mots, "autant que possible" étaient justifiés; en fait, la ligne suggérée par les Pays-Bas, si elle ne traverse pas tout le territoire de Nipani, en traverse l'extrémité occidentale appelée Fatu Nipani. Or, d'après les déclarations consignées au procès-verbal de délimitation du 21 février 1899, les indigènes, en désignant l'Oè-Sunan, Nipani, Kelali et la Noël Meto comme la frontière orientale de l'Okussi Ambeno (portugais) et comme la frontière occidentale de l'Amakono (néerlandais), avaient eu en vue la masse rocheuse de Fatu Nipani formant l'extrémité occidentale de Nipani.

7. La frontière proposée par les Pays-Bas est une frontière naturelle formée par une chaîne de montagnes séparant partout les cours d'eau.

Il n'a jamais été prescrit ou recommandé en 1902-1904 de suivre avant tout des cours d'eau comme limite, et, sur la frontière méridionale de l'Okussi-Ambeno, on a, sur plusieurs points, notamment lorsque la ligne passait du bassin d'une rivière dans un autre, placé des bornes d'un commun accord. (Voir notamment l'art. 3 de la Convention de 1904, chiffres 2, 3 et 4).

Il suffira aussi de quelques bornes pour délimiter la frontière sur la ligne de faite proposée par les Pays-Bas.

Le tracé réclamé par le Portugal exigerait d'ailleurs lui aussi des bornes dans la région du mont Kinapua entre la Bilomi et le prétendu nouvel Oè Sunan, et en outre dans la région entre la source de la Noël Meto et la rivière à laquelle les Portugais donnent le nom de Ni-Fullan c'est-à-dire aux deux extrémités du tracé portugais.

8. La ligne que le Portugal propose aujourd'hui reproduit en substance ses prétentions de 1899 et de 1902 dans cette région. Or il est incontestable qu'en acceptant à la Conférence de 1902 et en consignant dans le traité de 1904 la ligne A C, le Portugal a cédé un territoire auquel il prétendait auparavant. Il ne saurait équitablement revendiquer aujourd'hui ce même territoire.

V

LES RÈGLES DE DROIT APPLICABLES

A teneur de l'article 2 du compromis, l'arbitre doit baser sa décision non seulement sur les traités en vigueur entre les Pays-Bas et le Portugal relatifs à la délimitation de leurs possessions dans l'île de Timor, mais aussi sur "les principes généraux du droit international".

Il est presque superflu de rappeler ces principes.

HEFFTER, *Völkerrecht*, § 94, s'exprime, par exemple, comme suit: "Tous les traités obligent à l'exécution loyale et complète, non pas seulement de ce qui a été littéralement promis, mais de ce à quoi on s'est engagé, et aussi de ce qui est conforme à l'essence de tout traité quelconque comme à l'intention concordante des contractants (c'est-à-dire à ce qu'on appelle l'esprit des traités)." Heffter ajoute § 95: "L'interprétation des traités doit, dans le doute, se faire conformément à l'intention réciproque constatable, et aussi conformément à ce qui peut être présumé, entre Parties agissant loyalement et raisonnablement, avoir été promis par l'une à l'autre à teneur des termes employés."

RIVIER, *Principes du droit des gens*, II, N.º 157, formule les mêmes pensées dans les termes suivants: "Il faut avant tout constater la commune intention des parties: *id quod actum est*... La bonne foi dominant toute cette matière, les traités doivent être interprétés non pas exclusivement selon leur lettre, mais selon leur esprit... Les principes de l'interprétation des traités sont, en somme, et *mutatis mutandis*, ceux de l'interprétation des conventions *entre particuliers*, principes de bon sens et d'expérience, formulés déjà par les Prudents de Rome" (Ulpen, L. 34, au Digeste De R. J. 50.17: *Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur quod actum est*").

Entre particuliers, les règles auxquelles Rivier renvoie ont été formulées dans les principaux codes en termes suffisamment précis pour se passer de commentaires:

Code civil français, néerlandais, etc., art. 1156-1157. "On doit dans les Conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens

littéral des termes. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun." *Code civil allemand* de 1896, art. 133: Pour l'interprétation d'une déclaration de volonté, il faut *rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression* (Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften." *Code civil portugais* de 1867, art. 684. *Code suisse des obligations de 1911*, art. 18: "Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de *rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la Convention.*"

Il est inutile d'insister, le droit des gens comme le droit privé étant sur ce point entièrement concordants.

Il ne reste plus qu'à faire application aux circonstances de la cause de ces règles et à rechercher quelle a été la réelle et commune intention des Pays-Bas et du Portugal lors des négociations de 1902 qui ont abouti à la Convention de 1904.

VI

L'INTENTION DES PARTIES EN SIGNANT LA CONVENTION DE 1904

1. Le traité de Lisbonne du 10 juin 1893 avait eu pour but de chercher à établir une démarcation plus claire et plus exacte des possessions respectives dans l'île de Timor et de faire disparaître les "enclaves actuellement existantes" (art. 1^{er}). Les "enclaves", figurant sous ce nom au traité antérieur signé à Lisbonne le 20 avril 1859, étaient celles de Maucatar (art. 2, premier alinéa) et d'Oï Koussi (art. 2, second alinéa, et art. 3, premier alinéa).

Lorsqu'en juin 1902, les Délégués des deux Gouvernements se réunirent à La Haye pour chercher à concilier les propositions divergentes des commissaires délimitateurs envoyés sur les lieux en 1898-1899, les délégués furent immédiatement d'accord pour attribuer au Portugal l'enclave néerlandaise de Maucatar au centre de l'île de Timor, et aux Pays-Bas l'enclave portugaise de Noimuti, au sud du "royaume" d'Ambeno. A la séance du 26 juin, les Portugais demandèrent, au milieu de l'île, toute la partie du territoire de Fialarang située à l'est de la rivière Mota Bankarna (voir la carte annexe II); il soutinrent en outre que le royaume d'Ambeno confinant à la mer ne pouvait pas plus être considéré comme une enclave que la Belgique, le Portugal ou les Pays-Bas et qu'il ne pouvait donc être question de l'attribuer à la Néerlande; ils revendiquèrent aussi pour l'Ambeno tout le Hinterland de la côte comprise au nord entre les embouchures de la Noël Meto et de la

Noël Boll Bass. Ce Hinterland devait s'étendre au sud jusqu'à la rivière Noël Bilomi et suivre cette rivière de l'ouest à l'est entre le point auquel les commissaires délimitateurs s'étaient, à l'ouest, arrêtés en 1899 et, à l'est, un lieu dénommé Nunkalai sur la carte dessinée alors en commun par les commissaires délimitateurs des deux Pays. — Les limites de ce territoire contesté avant été désignées par les quatre lettres A B C D sur une carte (voir annexe II) présentée par les Délégués néerlandais à la Conférence de 1902, la discussion s'engagea sur la ligne occidentale A C préconisée par les Pays-Bas, et la ligne orientale B D réclamée par le Portugal.

Sur la carte ci-annexée sous N.º IV, on a reproduit les prétentions respectives, telles qu'elles résultent de la carte signée en commun par tous les commissaires délimitateurs, à Koepang, le 16 février 1899.

Les délégués néerlandais déclarèrent à la Conférence du 26 juin 1902 que les chefs du territoire de Fialarang, au milieu de l'île de Timor, se refusaient absolument à passer sous la souveraineté du Portugal, en sorte qu'il n'était pas ou n'était plus possible de supprimer cette pointe que le territoire néerlandais fait dans cette région en territoire portugais (Voir carte II).

Le premier délégué portugais répliqua qu'il ne fallait pas trop se laisser guider par des préoccupations d'humanité envers les peuples de l'île de Timor; pour des cas peu graves, ces tribus quittent leur sol natal pour s'établir ailleurs, et ils sont plusieurs fois quitté le territoire néerlandais pour s'établir dans le territoire portugais et inversement". Finalement, le Délégué portugais renonça au territoire des Fiamarangs au milieu de l'île de Timor, mais demanda que la frontière orientale de l'Oikoussi fût fixée "selon la proposition des commissaires néerlandais de 1899". (Voir cette proposition dans le procès-verbal de la séance tenue à Koepang le 8 février 1899 dans le premier Mémoire portugais, p. 24).

Le lendemain 27 juin, le premier Délégué néerlandais accepta la proposition portugaise, mais, pour éviter tout malentendu, réclama pour son Gouvernement "la certitude *absolue* que la limite orientale d'Okussi *représentée par la ligne A C* sera démarquée autant que possible sur le terrain même".

Il y avait, en effet, malentendu, car le premier délégué portugais répondit que sa proposition de la veille "ne disait pas que la frontière à l'est d'Okoussi sera formée par la ligne A C, mais au contraire par la ligne proposée par la commission mixte de 1899 et indiquée par les lettres A B".

Le premier délégué néerlandais répliqua aussitôt que "si la ligne A C n'est pas acceptée comme frontière à l'est d'Oikoussi (et si les demandes néerlandaises pour la frontière au centre de Timor ne sont pas agréées)... les délégués néerlandais retirent leur consentement à la proposition portugaise... Jamais ils ne pourraient soumettre à leur Gouvernement un projet ne satisfaisant pas à ces conditions". — Le délégué néerlandais termina en déclarant que, si un accord amiable sur ces bases n'intervenait pas, les Pays-Bas recourraient à l'arbitrage prévu par la Convention de 1893 sur la "question des enclaves", donnant ainsi à entendre qu'en cas de refus de la ligne A C pour la frontière orientale de l'Ambeno, les Pays-Bas soulèveraient la question beaucoup plus vaste de savoir si la totalité de l'Ambeno n'était pas une enclave pouvant revenir logiquement à la Néerlande, puisque l'Ambeno

avait été à plusieurs reprises désigné comme enclave dans le traité de 1859 et puisqu'un des buts de la Convention de 1893 était la "suppression des enclaves".

A la séance du 28 juin, les délégués portugais, ayant examiné sérieusement la proposition des délégués néerlandais, émise dans la séance du 27 juin, ont résolu d'accepter cette proposition, ainsi que les conditions posées par eux (par les délégués néerlandais), à ce sujet".

Il importait de reproduire avec détails cette discussion, parce qu'elle jette un jour décisif sur la réelle et commune intention des Parties. — Le Portugal s'est déclaré satisfait de la situation qui lui était offerte. Au milieu de l'île de Timor, il gagnait la grande enclave de Maukatar; s'il n'y gagnait pas le pays des Fialarangs, il conservait dans l'ouest de l'île de Timor l'Oikussi Ambeno et évitait d'avoir à discuter devant des arbitres la question délicate de savoir si ce royaume était ou non une "enclave" susceptible d'être attribuée en entier aux Pays-Bas; le Portugal a préféré dans ces circonstances renoncer à la partie orientale contestée de l'Oikussi Ambeno plutôt que de risquer d'y perdre davantage ou même d'y perdre tout; il a trouvé, en un mot, dans l'ensemble de la négociation, des compensations jugées par lui suffisantes à l'ensemble de la ligne B D et de la ligne intermédiaire A B qu'il réclamait. — Il a finalement accepté la ligne A C réclamée *sine qua non* par les Pays-Bas.

Il est donc certain que cette ligne A C doit, dans l'intention des Parties, être considérée comme une *concession* faite par le Portugal aux Pays-Bas et ce fait a été proclamé par les Délégués portugais eux-mêmes dans le Mémoire qu'ils ont remis à la séance du 26 juin 1902, au cours des Conférences de La Haye, en ces termes: "ces territoires représentent une *réduction considérable* des frontières du royaume d'Ocussi-Ambenou".

2. Qu'est-ce que la ligne A C?

a) Et d'abord où est le point C? A l'embouchure de la rivière Noël Meto dans la mer de Timor au nord de l'île. Aucune contestation n'existe à ce sujet, et la Convention de 1904, article 3, chiffre 10, stipule expressément que la frontière suit le thalweg de la Noël Meto de sa source à son embouchure. — Entre 1899 et 1902-1904, le Portugal prétendait au contraire à tout le territoire à l'est de la Noël Meto jusqu'à la rivière Noël Boll Bass; l'embouchure de la Noël Boll Bass était le point B, terminus nord de la ligne A B revendiquée par le Portugal (Proposition portugaise, séance du 21 février 1899; 2^e Mémoire néerlandais annexe II, Procès-verbaux des Conférences de La Haye 1902, page 10, et cartes ci-annexées I et II).

Si l'emplacement du point C n'est pas contesté, il est cependant utile de constater que l'adoption en 1904, comme ligne de démarcation, du cours de la Noël Meto plutôt que du cours de la Noël Boll Bass prouve l'intention générale de ramener la frontière vers l'ouest.

b) L'emplacement de la source de la Noël Meto a été déterminé et une borne y a été plantée d'un commun accord (procès-verbal du 14 juin 1909, 1^{er} Mémoire portugais, page 26). Toute cette partie du tracé est ainsi définitivement réglée. (Voir carte annexe VI).

c) Où est maintenant, à l'autre extrémité de la ligne, le point A convenu à la Conférence de 1902? Les Pays-bas soutiennent que ce point A se trouve là où se termina la reconnaissance de 1899 et où les commissaires durent arrêter leurs travaux à cause d'hostilités entre les tribus indigènes, c'est-à-dire au point où les commissaires, après avoir suivi la Nono Balena, la Nono Nive et la Noël Bilomi, ont atteint le confluent de cette dernière rivière avec une autre venant du nord et à laquelle avait été attribué d'un commun accord le nom d'Oè Sunan.

Toute la ligne de démarcation dans cette partie occidentale et inférieure du bassin de la Bilomi a été sanctionnée et définitivement admise comme frontière par le traité de 1904, article 3, chiffre 9. Lors de la reconnaissance postérieure du 17 juin 1909, il est constaté au procès-verbal que ce point n'est pas douteux: "On décide *unanimentement* que de ce point, c'est à dire le point où la commission de 1899 a terminé son travail, l'arpentage sera poursuivi." (1^{er} Mémoire néerlandais, annexe III, page 4, 1^{er} Mémoire portugais, page 27). La divergence se produit seulement sur ce qu'il y a lieu de faire à partir de ce point, soit vers le nord (demande néerlandaise) soit dans la direction de l'est (demande portugaise). Or ce point, celui auquel les travaux avaient été suspendus en 1899, celui à partir duquel des divergences s'étaient produites entre 1899 et 1902, a été marqué sur la carte officielle signée contradictoirement par les commissaires délimitateurs des deux Pays le 16 février 1899; c'est ce même point qui a été envisagé lorsqu'à la Conférence de La Haye de 1902, les délégués des deux États ont solutionné le différend en se prononçant pour une frontière se dirigeant vers le nord et désignée sous le nom de ligne A C. En plaçant cette carte du 16 février 1899 (annexe IV ci-jointe) sous la carte annexée à la Convention de 1904 (annexe III ci-jointe), on constate qu'il y a concordance absolue entre elles quant à l'emplacement du point dont il s'agit.

Le Gouvernement portugais ne conteste d'ailleurs pas très vivement l'emplacement du point A, car dans son premier Mémoire il s'exprime comme suit, page 10: "On ne prétend pas nier que la ligne ne part du point A, auquel se rapportent les procès-verbaux des négociations, vers le point C. ce qu'on discute, ce sont ses inflexions subordonnés..." et plus loin, page 15: "On ne conteste pas que la frontière dont il s'agit ne parte du point où les arpenteurs ont été empêchés d'aller plus loin; ce qu'on nie, c'est qu'on ait eu l'intention de la diriger *de là* directement vers le nord."

De ce qui précède, il résulte pour l'arbitre la certitude que trois points de la ligne A C sont dûment établis, incontestables et même incontestés: le point C au nord, la source de la Noël Meto au milieu et le point A au sud, à l'endroit où les travaux de délimitation ont été suspendus en 1899. Ces trois points correspondent certainement à l'intention des Parties lorsqu'elles ont négocié le projet de convention de 1902 et l'ont transformé en convention en 1904. Admettre une autre solution quant à l'emplacement du point A serait d'ailleurs remettre en question la frontière convenue pour le cours inférieur de la Noël Bilomi par le chiffre 9 de l'article 3 du traité de 1904; or ce chiffre 9 n'est pas contesté et n'est pas en cause.

3. Il reste à examiner maintenant la partir de la ligne A C comprise entre le point A au sud et la source de la Noël Meto au milieu de cette ligne A C.

Ici encore et toujours, il faut rechercher l'intention réelle et concordante des Parties au moment où elles ont contracté:

En 1902, deux propositions étaient en présence: Celle du Portugal avait été formulée comme suit dans le procès-verbal de la séance des commissaires délimitateurs tenue à Koepang le 21 février 1899 (annexe II au 2^{me} Mémoire néerlandais): "De ce dernier point (le point A), le long de la Noël Bilomi jusqu'à Nunkalai, de là traversant Tasona, Kin Napua, Humusu, jusqu'à la source de la Noël Boll Bass; puis le long de cette rivière jusqu'à l'embouchure". Aux Conférences de La Haye de 1902, ce tracé (D B) fut abandonné dès la séance du 26 juin par la Délégation portugaise et remplacé par la demande d'un tracé intermédiaire et diagonal A B qui prenait pour frontière au nord-est le cours de la Noël Boll Bass au lieu de la Noël Meto (voir la carte ci-jointe II). Le 28 juin, la délégation portugaise abandonnait cette ligne de retraite A B, reculait vers l'ouest de la Noël Boll Bass à la Noël Meto (voir carte ci-joint II), et acceptait la ligne A C réclamée par les Pays-Bas. Cette ligne A C était aussitôt tracée sur une carte qui a été annexée officiellement au traité de 1904 (voir carte annexe III).

Sur cette carte, la frontière, partant du point A auquel aboutissait la frontière incontestée du cours inférieur de la Noël Bilomi, remonte dans la direction du nord le cours d'un petit affluent appelé d'un commun accord Oè Sunan, puis continue vers le nord jusqu'à l'emplacement, alors inconnu, de la source de la Noël Meto. Ce tracé de la carte était défini et commenté comme suit dans le traité, art. 3, chiffre 10: "à partir de ce point (A), la limite suit le thalweg de L'Oè Sunan, traverse autant que possible Nipani e tkelali (Keli), gagne la source de la Noël Meto et suit le thalweg de cette rivière jusqu'à son embouchure". Or ce texte, devenu définitif dans le traité de 1904, est la reproduction mot à mot du texte proposé par les commissaires néerlandais à cette même séance de Koepang, 21 février 1899, en opposition aux prétentions portugaises d'alors. La simple mise en regard de ces deux cartes et le fait qu'en 1902-1904, la proposition portugaise a été totalement écartée et la proposition néerlandaise insérée mot à mot, suffit à établir avec évidence l'intention des Parties contractantes: lorsqu'elles ont négocié et signé l'accord de 1904, elles ont adopté le tracé néerlandais et écarté le tracé désiré par le Portugal sur cette partie des frontières des deux États dans l'île de Timor. Les deux parties ont donc eu, dans la pensée de l'arbitre, la volonté réelle et concordante d'adopter le tracé le plus occidental, non seulement sur le versant nord de l'île, entre la Noël Boll Bass et la Noël Meto, mais aussi dans le centre de l'île entre le cours de la Noël Bilomi et la source de la Noël Meto.

Il convient maintenant d'entrer dans les détails de l'examen de ce tracé le plus occidental:

4. Le Portugal fait observer aujourd'hui que le cours d'eau dénommé Oè Sunan sur les cartes officielles de 1899 et de 1904 et dans l'art 3, chiffre 9, du traité de 1904, n'existe pas; que ce cours d'eau porte en réalité le nom de Kabun chez les membres de la tribu des Tumbabas ou de Lèos chez les membres de la tribu des Ambenos, et que le véritable Oè Sunan se trouve à six ou sept kilomètres plus à l'est. Il est vrai, ajoute le Gouvernement portugais, que cet autre Oè Sunan n'est pas un affluent de la rivière Bilomi, qu'il prend sa source à une certaine distance de cette rivière, sur le versant nord du Mont Kinapua, mais cet autre Oè Sunan et le Monte Kinapua sont revendiqués par les Ambenos (portugais) comme formant d'ancienne date la frontière entre eux à l'ouest et les Amakonos néerlandais

à l'est. C'est donc bien, dans la pensée du Gouvernement portugais, à cet autre Oè Sunan que les deux Gouvernements ont pensé lorsqu'ils ont, à l'art 3, chiffre 10, du traité de 1904, stipulé que la frontière suivrait le cours de l'Oè Sunan.

Pour apprécier la portée de cette allégation, il y a lieu de se rappeler que, sur la carte dressée par les commissaires délimitateurs des deux Pays le 16 février 1899 à Koepang (carte annexe IV), la frontière demandée alors par le Portugal est indiquée par un pointillé *en suivant à la montée le cours présumé de la Noël Bilomi* dans la direction de l'est à partir du point (A) auquel les dits commissaires avaient dû alors arrêter leurs travaux, c'est-à-dire à partir du confluent de la Noël Bilomi avec ce qu'on appelait alors d'un commun accord l'Oè Sunan; on a eu soin, dans cette carte de 1899, de faire suivre le pointillé des mots "Noël Bilomi", pour bien indiquer le désir des commissaires portugais de continuer à suivre, en le remontant, le cours de la rivière.

D'autre part, lors de la signature du traité de 1904, on a, au contraire, sur la carte annexée au traité, supprimé tout ce pointillé à l'est du point auquel on s'était arrêté en 1899, pour bien montrer qu'il n'y avait plus lieu de continuer à remonter dans la direction de l'est le cours alors inexploré de la Noël Bilomi, et qu'au contraire, la frontière devait se diriger vers le nord (voir carte transparente annexe III). Cela implique, dans la pensée de l'arbitre, l'intention concordante d'attribuer, en amont du point A, les *deux rives* de la Noël Bilomi aux Pays-Bas.

Un autre fait qui paraît à l'arbitre impliquer la même intention concordante des Parties lors de la signature de la Convention de 1904, est que, dans la description de la frontière proposée en 1899 par les commissaires portugais, il sont suggéré de *l'ouest à l'est* le tracé suivant: "De ce dernier point (le confluent de la Noël Bilomi avec l'affluent nommé alors l'Oè Sunan) le long de la Noël Bilomi *jusqu'à Nunkalai*, de là traversant Tasona, Kinapua..."; d'après cette description portugaise, Nunkalai se trouve donc à l'est de la rivière d'Oè-Sunan et à l'ouest de Kinapua. Or l'autre rivière Oè-Sunan, actuellement revendiquée comme frontière par le Portugal, se trouve située à plusieurs kilomètres à l'est et non à l'ouest de Nunkalai, d'où résulte l'impossibilité que cette rivière ait été visée par les délégués portugais dans leurs propositions d'alors.

Ce qui confirme encore cette impression de l'arbitre, c'est le fait que le nouvel Oè Sunan, celui qui, six kilomètres plus à l'est, a sa source sur le versant septentrional du mont Kinapua, n'est pas un *affluent* de la Noël Bilomi.

Enfin, cet autre Oè Sunan ne se dirige pas "vers Nipani et Kelali (Keli)" comme le prescrit le traité de 1904, mais se confond très vite avec d'autres rivières se dirigeant vers l'est pour aboutir finalement dans les régions incontestablement néerlandaises.

Tout cet ensemble de circonstances concordantes amène l'arbitre à la conviction qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'erreur de nom commise par les commissaires délimitateurs en 1899 et par les négociateurs des actes internationaux de 1902 et 1904 lorsqu'ils ont donné au Kabun ou Lèos le nom d'Oè Sunan, et qu'il y a lieu au contraire d'admettre que c'est bien le Kabun ou Lèos que les Parties ont eu l'intention de viser comme devant servir de frontière à partir du point A dans la direction du nord. Cette erreur commune aux commissaires des deux Pays s'explique d'ailleurs lorsqu'on constate que la plupart des cours d'eau de la région portent plusieurs noms ou portent le nom de la région qu'ils traversent et qu'une

région voisine du Kabun ou Lèos porte le nom de Sunan dont la consonnance se rapproche d'Oè Sunan.

Admettre une autre solution, accepter un tracé remontant le cours de la Noël Bilomi jusqu'au mont Kinapua, puis passant dans le bassin d'un autre Oè Sunan qui n'est pas un affluent de la Bilomi et qui ne se dirige pas vers Nipani et Kelali, serait contraire à tout l'esprit de la négociation de 1902-1904, et inconciliable avec la carte annexée à la convention de 1904. Le Portugalne saurait équitablement revendiquer après coup, entre la Noël Bilomi et la source de la Noël Meto et à propos d'un bornage, presque exactement le territoire auquel il a expressément renoncé en 1902-1904 contre les compensations jugées par lui suffisantes ou parce qu'il a voulu éviter alors de la part des Pays-Bas un appel à l'arbitrage ou des revendications plus étendues dans la région d'Okussi (voir cartes annexes V et VI).

De ce qui précède, se dégage, en d'autres termes, la conviction que la volonté des Parties contractantes doit être interprétée en ce sens qu'à partir du point A situé sur la rivière Bilomi, la frontière suit, dans la direction du nord, le thalweg de la rivière Kabun ou Lèos jusqu'à la source de ce dernier cours d'eau dénommé à tort Oè Sunan en 1899, 1902 et 1904.

Le raisonnement exposé ci-dessus sous chiffre 4 serait superflu si, comme l'affirme le Gouvernement de Pays-Bas (second Mémoire, chiffre VII page 6) les dernières reconnaissances faites sur place ont établi que ce nouvel Oè Sunan n'existe pas et que le cours d'eau auquel les Portugais donnent ce nom s'appelle en réalité Noël Polan ou Poeamesse.

5. Il ne reste plus à rechercher l'intention des Parties que pour la section comprise entre la source de la rivière Kabun ou Lèos (dénommée à tort Oè Sunan de 1899 à 1904) et la source de la Noël Meto.

La Convention de 1904 s'exprime comme suit: "Le Thalweg de l'Oè Sunan (reconnu sous N.º 4 ci-devant devoir être dénommée Kabun ou Lèos) traverse autant que possible Nipani et Kelali (Keli), (et) gagne la source de la Noël Meto..."

Les commissaires délimitateurs néerlandais et leur Gouvernement proposent de relier les sources des rivières Kabun et Noël Meto en suivant presque exactement la ligne de partage des eaux, c'est-à-dire une suite de sommets dont les principaux porteraient, du sud au nord, les noms de Netton, Adjause, Niseu ou Nisene, Wanat ou Vanate, Fatu Nipani ou Fatu Kabi (Fatoe Kabi) et Kelali (Keli).

Cette proposition est contestée par le Gouvernement portugais parce qu'elle serait contraire aux intentions des Parties dont le but aurait été, lors de la conclusion des traités entre les deux Gouvernements, de ne pas séparer les États indigènes; or cette ligne détacherait de l'Ambeno portugais toute la partie orientale; le Gouvernement portugais invoque, dans son premier et surtout dans les annexes de son second Mémoire, les dépositions de nombreux chefs indigènes pour établir, en substance, que tout l'espace qui serait attribué aux Pays-Bas fait partie de l'Ambeno et appartient aux Ambenos. Il invoque en outre une carte privée éditée à Batavia, sur laquelle les Ambenos sont indiqués comme occupant le territoire

revendiqué par les Pays-Bas. Le Gouvernement portugais est d'avis que l'Ambeno-Oikussi a incontestablement été attribué au Portugal par le traité de 1859 et que la tribu des Ambenos ne saurait être partagée entre deux souverainetés.

Une fois de plus, l'arbitre doit chercher à reconstituer la volonté des Parties. Or d'après le texte du traité de 1859, le Portugal a obtenu seulement la "partie" de l'État d'Ambeno qui "a arboré le pavillon portugais"; il n'y aurait donc rien d'anormal à ce que certaines parties de l'Ambeno eussent été considérées, dès 1859, comme restant sous la souveraineté des Pays-Bas. En outre, la carte privée éditée à Batavia ne saurait prévaloir contre les deux cartes officielles signées par les commissaires ou délégués des deux États en 1899 et en 1904 et ces deux cartes officielles (annexes III et IV) ne font pas figurer le nom d'Ambeno dans le territoire contesté; l'une et l'autre inscrivent ce nom à l'ouest et en dehors du territoire contesté. Il résulte, d'ailleurs, des documents fournis que, dès 1899, les commissaires néerlandais produisaient des déclarations des chefs indigènes tumbabas et amakonos assurant que ce territoire leur appartenait et ne faisait pas partie de l'Ambeno (annexe III au second Mémoire Néerlandais, déclaration faite à la séance tenue à Koepang le 21 février 1899). On se trouve donc en présence d'affirmations contradictoires des indigènes. Ceux-ci se battaient en 1899 depuis plus de vingt ans (premier Mémoire portugais, p. 22), lors de l'arrivée dans cette région des commissaires-délimitateurs, et le Gouvernement portugais reconnaît (dans son premier Mémoire, p. 9) comme "certain que les peuples à l'Est de l'Oikussi Ambeno se disputent depuis longtemps les territoires contigus et que ces peuples se trouvent de telle sorte entremêlés, qu'il est difficile de distinguer ce qui leur appartient en réalité". Voir aussi dans le second Mémoire portugais, p. 10, la déposition du chef ambeno Béne Necat: "La partie orientale d'Oikussi et d'Ambeno a été habitée par le peuple Tumbaba qui en a été chassé il y a trois générations... par les Ambenos... Depuis lors cette région est déserte, bien qu'elle qu'elle soit parcourue par les Tumbabas et par les Ambenos."

L'intention des Parties lors de la négociation de 1902 se trouve documentée par le procès-verbal de la séance du 26 juin (procès-verbaux, page 7) au cours de laquelle le premier Délégué portugais a, lui-même, conseillé "de ne pas trop se laisser guider en cette matière par les préoccupations d'humanité envers les peuples dans l'île de Timor; pour des causes peu graves, ces tribus quittent leur sol natal pour s'établir ailleurs et on plusieurs fois quitté le territoire néerlandais pour s'établir dans le territoire portugais et inversement". Le lendemain, procès-verbaux, page 11, le premier délégué néerlandais faisait observer que son Gouvernement faisait, "une grande concession" en ne réclamant pas la totalité de l'Ambeno, attendu qu'à son avis la convention de 1893 impliquait la "disparition de l'enclave d'Oikussi"; il déclarait que, si les deux Gouvernements ne pouvaient en venir à un arrangement sur la base de la ligne A C proposée par les Pays-Bas, ceux-ci se verraient engagés à recourir à l'arbitrage pour établir si l'Ambeno n'était pas une "enclave" devant leur être attribuée toute entière, et c'est alors que, le 28 juin, la délégation portugaise accepta sans restriction ni réserve la ligne A C telle qu'elle était réclamée par la délégation néerlandaise.

De tout cet ensemble de faits résulte pour l'arbitre la conviction qu'en 1902-1904, l'accord s'est fait sans tenir compte du risque de détacher telle ou telle parcelle réclamée par les Ambenos, les Tumbabas ou les Amakonos et en constatant expressément qu'on ne se préoccuperait pas des prétentions, d'ailleurs contradictoires, des indigènes. Des procès-verbaux de 1902 résulte, en d'autres termes, pour l'arbitre, la conviction que le Portugal a

accepté la ligne A C telle qu'elle était réclamée par les Pays-Bas, précisément parce que le Portugal préférerait abandonner des prétentions d'ordre secondaire à l'est afin de conserver le gros morceau, c'est-à-dire afin de conserver ce que le traité de 1859 avait appelé l'"enclave" d'Ambeno-Okussi; C'est avec raison aussi, dans la pensée de l'arbitre, que le Gouvernement néerlandais soutient dans son second mémoire, page 2, que rien dans le traité de 1859 ne s'opposait à la division du royaume d'Ambeno et ajoute: "Même si le traité de 1859 n'avait pas sanctionnée une telle division... le Gouvernement portugais ne pourrait légitimement s'opposer à présent à une pareille division. De telles objections viendraient trop tard et auraient dû être élevées avant la conclusion du traité de 1904".

L'arbitre fait observer en outre que, sur les deux cartes officielles de 1899 et de 1904 (annexes III et IV), le Nipani est indiqué comme se trouvant très près et légèrement à l'est de la ligne A C, à peu de distance de la source de l'Oè Sunan (aujourd'hui reconnu devoir être appelé Kabun ou Lèos); si l'on adoptait le tracé actuellement réclamé par le Portugal, ce tracé passerait fort loin à l'est et au nord du Nipani et par conséquent, "traverserait" encore moins ce territoire que le tracé proposé par les Pays-Bas. Il est vrai que le Gouvernement portugais place de Nipani (voir la carte annexée sous chiffre VI au premier Mémoire néerlandais et mot *Nipani* inscrit en bleu sur la carte ci-jointe annexe IV) au nord-est du territoire contesté, mais cette carte unilatérale portugaise ne saurait être opposée aux deux cartes officielles de 1899 et de 1904, (annexes III et IV) signées des délégués des deux États; d'ailleurs, même sur cette carte exclusivement portugaise, la frontière désirée par le Portugal semble tracée au nord de Nipani et ne paraît pas "traverser" ce territoire.

6. Le Gouvernement de la République portugaise objecte enfin à ce tracé d'une ligne à peu près directe du sud au nord entre la source de la rivière Kabun ou Lèos et la source de la Noël Meto, que c'est une frontière terrestre, devant nécessiter la pose de bornes, tandis que la ligne orientale suggérée par le Portugal est essentiellement formée par une succession de rivières, ce qui est préférable pour éviter des conflits entre les indigènes. Dans la pensée de l'arbitre, cette objection ne repose sur aucune indication résultant des négociations de 1899 à 1904. Sur la frontière méridionale de l'Okussi-Ambeno, la frontière adoptée en 1904 est, sur un assez grand nombre de points, indépendante des cours d'eau et a dû ou pourra devoir être marquée sur le terrain par des bornes. Le tracé suggéré par le Portugal comporterait, lui aussi, des parties terrestres et la plantation de bornes, notamment à l'angle sud-est, (aux environs du mont Kinapua, entre le cours de la rivière Bilomi et le cours de la rivière dénommée Oè Sunan par les Portugais), et à l'angle nord-ouest, (entre la source de la rivière appelée par les Portugais Ni-Fullan et la source de la Noël Meto).

Le tracé suggéré par les commissaires néerlandais paraît à l'arbitre constituer une frontière suffisamment naturelle pour être facilement délimitable sur le terrain. Il se compose d'une série continue de sommets assez élevés, portant, du sud au nord, les noms de Netton, Loamitoe, Adjause, Niseu, Wanat, Fatoe-Nipani, Kelali ou Keli, dont l'altitude est indiquée entre 500 et 1000 mètres. Cette chaîne sert de ligne de partage des eaux et les rivières à l'est de cette ligne coulent vers l'orient. Il ne semble donc pas qu'il soit techniquement difficile de procéder à la délimitation le long de cette chaîne de hauteurs, dont la direction générale répond entièrement à la ligne théorique A C adoptée d'un commun accord en 1904.

VII

CONCLUSIONS

Les considérations de fait et de droit qui précèdent ont amené l'arbitre aux conclusions suivantes:

1. Le traité de 1859 avait attribué au Portugal, dans la partie occidentale de l'île de Timor, l'"enclave" d'Oikussi-Ambenu, et les Pays-Bas ont cédé alors au Portugal "*cette partie d'Ambenu qui, depuis plusieurs années, a arboré le pavillon portugais*".

2. La Convention de 1893 a eu pour but "d'établir d'une façon plus claire et plus exacte la démarcation" des possessions respectives à Timor et d'y "faire disparaître les enclaves actuellement existantes".

3. La Convention de 1904 a régularisé la frontière au centre de l'île en attribuant au Portugal l'enclave néerlandaise de Maukatar et d'autres territoires contestés, et aux Pays-Bas au sud-ouest de l'île, l'enclave portugaise de Noemuti. D'autre part, les Pays-Bas ont renoncé, au cours des négociations de 1902, à soulever la grosse question de savoir si l'Oikussi Ambenu n'était pas, comme l'indiquait le traité de 1859, une "enclave" devant leur revenir. Cet accord a eu lieu à la condition, expressément acceptée par le Portugal, d'adopter, pour la frontière orientale de ce royaume d'Oikussi (Ambenu), la ligne A C réclamée au cours des négociations de 1902 par les Pays-Bas. Cette ligne A C a été consacrée par le traité de 1904. (Voir Cartes annexes I et II).

4. Le point C de cette ligne n'est pas contesté; il est situé sur la côte nord de l'île de Timor, à l'embouchure dans la mer de la Noël Meto, dont le cours a été substitué en 1902-1904 au cours de la rivière Noël Boll Bass, située plus à l'est et qu'avait réclamé le Portugal.

Le cours de la Noël Meto, dont le thalweg doit servir de frontière jusqu'à sa source, a été reconnu, n'est pas contesté, et une borne a été plantée contradictoirement à sa source.

5. Le point A, à l'extrémité méridionale de la ligne convenue en 1904, est le point auquel les travaux de délimitation ont été interrompus en 1899. Cela n'est pas sérieusement contesté par le Portugal, qui, à deux reprises dans son premier Mémoire, se sert des mots: "On ne peut pas nier que la ligne partu du point A, auquel se rapportent les procès-verbaux des négociations (p. 10)... On ne conteste pas que la frontière dont il s'agit ne parte du point où les arpenteurs de 1899 ont été empêchés d'aller plus loin" (p. 15). Contester l'emplacement du point A serait remettre en question la délimitation du cours inférieur de la Noël Bilomi en aval de ce point; or cette partie de la frontière a été réglée définitivement par le

chiffre 9 de l'article 3 du traité de 1904; le point A a été d'ailleurs repéré contradictoirement sur les cartes officielles de 1899 et de 1904 (Voir annexes III et IV).

6. Les négociateurs de 1902-1904 se sont trouvés à partir de ce point A en présence de deux propositions. L'une, la proposition portugaise, consistait à faire remonter à la frontière la rivière Noël Bilomi dans la direction de l'est jusqu'à Nunkalaï, puis à diriger la frontière vers le nord, par Humusu, afin d'atteindre la source de la rivière la Noël Boll Bass se jetant dans la mer à l'orient de la Noël Meto (ligne B D). L'autre, la proposition néerlandaise, dite ligne A C, consistait à se diriger vers le nord dès le point A jusqu'aux sources de la Noël Meto. Les négociateurs ont nettement, catégoriquement, répudié le premier tracé portugais pour accepter la seconde ligne A C réclamée par les Pays-Bas; ils ont, sur la carte annexée au traité de 1904, attribué aux Pays-Bas *les deux rives* de la Noël Meto en amont du point A, auquel les délimitateurs avaient arrêté leurs travaux en 1809 (Voir les cartes III et IV).

7. La description dans le traité de 1904, article 3, chiffre 10, de cette ligne A C, la carte contradictoirement dessinée en 1899 et sur laquelle les négociateurs de 1902 ont délibéré, comme enfin la carte officiellement annexée au traité de 1904, mentionnent au point A, comme devant former limite dans la direction du nord, un affluent auquel toutes les Parties ont donné de 1899 à 1909 le nom d'Oè-Sunan. Les Parties sont aujourd'hui d'accord que cet affluent porte en réalité le nom de Kabun ou de Lèos. Une autre rivière, découverte postérieurement à environ six kilomètres plus à l'est, porte, d'après les Portugais, le nom d'Oè Sunan et prend sa source au nord du Kinapua, montagne située très près de la rive nord de la Bilomi. L'existence de cette rivière Oè Sunan est contestée par les Pays-Bas dans leurs second Mémoire à la suite de deux reconnaissances récentes; ce prétendu Oè-Sunan s'appellerait en réalité Poemasse ou Noël Polan.

Il est, dans la pensée de l'arbitre, impossible que cette autre rivière Oè Sunan, si elle existe, ait été celle que les négociateurs de 1899 et de 1902-1904 avaient en vue, car,

a) elle n'est pas un affluent de la Noël Bilomi;

b) la frontière *proposée* à cette époque *par le Portugal* et écartée d'un commun accord en 1902-1904 devait, en partant du point A et en se dirigeant vers l'est, passer par Nunkalaï puis par Kinapua; or Nunkalaï est situé plusieurs kilomètres à l'ouest du mont Kinapua et à l'ouest de la source de cette nouvelle rivière dénommée Oè Sunan par les Portugais;

c) *Les deux rives* de la Noël Bilomi en amont et à l'est du point A ayant été attribués aux Pays-Bas en 1904, l'affluent devant servir de frontière dans la direction du nord ne peut être recherché en amont et à l'est du point A.

Les principes généraux sur l'interprétation des Conventions exigent qu'on tienne compte, "de la réelle et commune intention des Parties sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir par erreur". Les Parties ont, il est vrai, commis une erreur en donnant le nom d'Oè Sunan à l'affluent venant du nord au point A, mais c'est cet affluent seul (dénommé alors par erreur Oè Sunan) qui était nécessairement, dans la pensée concordante des Parties, le point auquel la frontière devait quitter la Noël

Bilomi pour se diriger vers le nord, — et non une autre rivière à laquelle les Portugais donnent ce nom d'Oè Sunan et qui serait située six kilomètres plus à l'est. En d'autres termes, c'est bien le thalweg de la rivière aujourd'hui dénommée Kabun pour Lèos qui doit servir de frontière à partir du point A dans la direction du nord.

8. A partir de la source de cette rivière Kabun ou Lèos (dénommée à tort Oè Sunan de 1899 à 1909) au sud, la frontière doit, à teneur de l'article 3, chiffre 10, du traité de 1904, "traverser autant que possible Nipani et Kelali (Keli)" pour gagner la source de la Noël Meto, au nord.

La délimitation proposée par le Portugal contournerait entièrement la région désignée sur la carte officielle de 1904 sous le nom de Nipani et située, d'après cette carte, près de la source du Kabun ou Lèos; la frontière s'éloignerait de Nipani de plusieurs kilomètres dans la direction de l'est. Même si, comme le fait une carte portugaise qui n'a pas de caractère contradictoirement reconnu, on donnait le nom de Nipani à une région située beaucoup plus au nord, à l'orient des sources de la Noël Meto, la frontière réclamée par le Portugal ne traverserait pas davantage Nipani, mais le contournerait par le nord.

Le traité de 1904 prescrit de traverser "autant que possible" le Nipani. Le tracé suggéré par les Pays-Bas longe la partie occidentale du Nipani et s'en trouve plus près que le tracé proposé par le Portugal.

9. Le Portugal objecte que la ligne directe nord-sud entre les sources de la rivière Kabun et de la rivière Noël Meto morcellerait le territoire des Ambenos en l'attribuant partie aux Pays-Bas et partie au Portugal; ce morcellement serait contraire au traité de 1859.

Dans la pensée de l'arbitre, cette objection n'est pas fondée en ce sens que, déjà en 1859, une "partie" de l'Ambeno était incontestablement placée sous la souveraineté des Pays-Bas. En outre, au cours des négociations de 1899 à 1904, il a été produit des déclarations contradictoires des indigènes, les Amakonos et les Tumbabas néerlandais revendiquant le territoire contesté et les Ambenos portugais le revendiquant de leur côté. Ce prétendu morcellement n'est donc pas démontré. De plus, il a été entendu aux Conférences de 1902, sur les observations du premier délégué portugais lui-même, qu'il n'y avait pas lieu de se préoccuper outre mesure des prétentions de tribus qui se déplacent fréquemment et passent successivement du territoire de l'un des États dans celui de l'autre. L'objection que les territoires d'une même tribu ne doivent pas être morcelés, ne saurait ainsi être retenue par l'arbitre, car elle aurait dû être présentée au cours des négociations de 1902-1904; actuellement, elle est tardive, parce que le traité de 1904, le seul dont l'arbitre ait à interpréter l'article 3, chiffre 10, ne fait aucune mention d'une volonté des Parties de ne jamais séparer des populations indigènes; ce traité a au contraire tracé la ligne de démarcation à la suite de Conférences au cours desquelles il a été entendu que les considérations de ce genre ne doivent pas être prépondérantes.

10. La ligne de faite proposée par le Gouvernement néerlandais entre la source de la rivière Kabun (Lèos), au sud, et la source de la Noël Meto, au nord, est suffisamment naturelle pour pouvoir être tracée sur le terrain sans grandes difficultés pratiques. Elle offre l'avantage que les cours d'eau descendent uniformément de cette ligne de faite vers des territoires tous placés sous la souveraineté néerlandaise. Le tracé suggéré par le Gouverne-

ment portugais attribuerait au contraire à des souverainetés différentes la partie supérieure et la partie inférieure de ces divers cours d'eau.

11. D'une façon générale, la demande du Portugal reproduit, en fait, complètement, pour tout le territoire entre la Noël Bilomi au sud et la source de La Noël Meto au nord, la ligne que cet État revendiquait en 1902 et qu'il a abandonnée tant à la fin de la Conférence de 1902 que par le traité de 1904. Si la demande portugaise actuelle était fondée, on ne s'expliquerait pas pourquoi les Pays-Bas ont fait, en 1902, du rejet de cette demande portugaise une condition *sine qua non*. Les Conventions entre États, comme celles entre particuliers, doivent être interprétées "plutôt dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet que "dans le sens avec lequel elles n'en pourraient produire aucun". La menace néerlandaise de rompre les négociations en 1902 n'aurait pas de sens si l'intention avait été alors d'attribuer au Portugal précisément le territoire réclamé par les Pays-Bas comme une condition de l'accord.

12. Enfin, si l'on se place au point de vue de l'équité, qu'il importe de ne pas perdre de vue dans les relations internationales, la ligne de faite suggérée par les Pays-Bas n'est pas contraire à l'équité, en ce sens que le Portugal recevra plus de territoires qu'il n'en devait espérer selon la ligne théorique A C, à laquelle il a consenti en 1904, avant qu'on pût aller reconnaître le terrain. La ligne A C est toute entière tracée à l'intérieur du territoire qui reviendra au Portugal; la République portugaise sera de la sorte mieux partagée, en fait, qu'elle ne pouvait s'y attendre (voir carte annexée VII). Si, au contraire, le tracé oriental suggéré par le Gouvernement portugais était adopté, les Pays-Bas pourraient avec raison prétendre qu'on les prive de presque tout le territoire qui leur avait été attribué théoriquement en 1904 en contre-partie de l'abandon de l'enclave de Maukatar au centre de l'île de Timor et en contre-partie de l'abandon des revendications néerlandaises sur l'ensemble de l'enclave d'Ambeno.

En conséquence,

L'ARBITRE

vu les deux traités signés à Lisbonne les 20 avril 1859 et 10 juin 1893 et le traité signé à La Haye le 1^{er} octobre 1904 entre les Pays-Bas et le Portugal pour la délimitation de leurs possessions respectives dans l'île de Timor;

vu le compromis d'arbitrage signé à La Haye le 3 avril 1913, et notamment l'article 2 ainsi conçu: "L'arbitre, statuant sur les données fournies par les Parties, décidera en se basant sur les traités et les principes généraux du droit international, comment doit être fixée conformément à l'article 3, 10^o de la Convention conclue à La Haye le 1^{er} octobre 1904, concernant la délimitation des possessions néerlandaises et portugaises dans l'île de Timor, la limite à partir de la Noël Bilomi jusqu'à la source de la Noël Meto";

vu les Notes diplomatiques faisant par au soussigné de sa désignation comme arbitre para application de l'article 1^{er} du compromis;

vu les premiers et seconds Mémoires remis en temps utile par chacune des hautes Parties contestantes, ainsi que les cartes et documents annexés aux dits mémoires;

vu les considérations de fait et de droit formulées ci-dessus sous chiffres I à VII;

vu la Convention signée à La Haye le 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux;

ARRÊTE

L'article 3, chiffre 10, de la Convention conclue à La Haye le 1^{er} octobre 1904 concernant la délimitation des possessions néerlandaises et portugaises dans l'île de Timor doit être interprété conformément aux conclusions du Gouvernement royal des Pays-Bas, pour la limite à partir de la Noël Bilomi jusqu'à la source de la Noël Meto; en conséquence, il sera procédé à l'arpentage de cette partie de la frontière sur la base de la carte au 1/50 000 annexée sous N^o IV au premier Mémoire remis à l'arbitre par le Gouvernement néerlandais. Une reproduction de cette carte signée par l'arbitre est jointe comme annexe VII à la présente sentence dont elle fera partie intégrante.

Les frais, fixés à fr. 2000, ont été prélevés sur la somme de 4000 fr. consignée entre les mains de l'arbitre en exécution de l'art 8 du compromis du 3 avril 1913; la différence, soit fr. 2000, sera restituée aux deux parties par égales portions et contre quittance, au moment de la notification de la sentence.

Fait en trois exemplaires dont l'un sera remis contre récépissé par M. le secrétaire général du Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage à La Haye, à Son Excellence le Ministre des Affaires Étrangères des Pays-Bas pour valoir notification au Gouvernement royal néerlandais, et dont le second sera remis le même jour et dans les mêmes formes à Son Excellence l'Envoyé extraordinaire et Ministre Plénipotentiaire de la République portugaise près S. M. la Reine des Pays-Bas pour valoir notification au Gouvernement de la République portugaise. Le troisième exemplaire sera déposé aux archives du Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage.

Paris, le 25 juin 1914.

LARDY

ANNEXE A

TRAITÉ DE LISBONNE DU 20 AVRIL 1859

Sa Majesté le Roi des Pays-Bas et sa Majesté le Roi de Portugal et des Algarves, ayant jugé utile de mettre fin aux incertitudes existantes relativement aux limites des possessions Néerlandaises et Portugaises dans l'Archipel de Timor et Solor, et voulant prévenir à jamais tout malentendu que pourraient provoquer des limites mal définies et des enclaves trop multipliées, ont muni, afin de s'entendre à cet égard, de leurs pleins-pouvoirs, savoir:

.....
Lesquels, après s'être communiqués les dits pleins-pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus de conclure un traité de démarcation et d'échange, contenant les articles suivants:

ARTICLE 1

Les limites entre les possessions Néerlandaises et Portugaises sur l'île de Timor seront au nord, les frontières qui séparent Cova de Juanilo; et au sud, celles qui séparent Sua de Lakecune.

Entre ces deux points, les limites des deux possessions sont les mêmes que celles des États limitrophes Néerlandais et Portugais.

Ces États sont les suivants:

*États limitrophes sous la domination
de la Néerlande:*

Juanilo,
Silawang,
Fialarang (Fialara),
Lamaksanulu,
Lamakanée,
Naitimu (Nartimu),
Manden,
Dirma,
Lakecune.

*États limitrophes sous la domination
du Portugal:*

Cova,
Balibo,
Lamakitu,
Tafakaj ou Takaj,
Tatumea,
Lanken,
Dacolo,
Tamiru Eulalang (Eulaleng),
Suai.

ARTICLE 2

La Néerlande reconnaît la souveraineté du Portugal sur tous les États qui se trouvent à l'est des limites ainsi circonscrites, à l'exception de l'État Néerlandais de Maucatar ou

Caluninène (Coluninène), qui se trouve enclavé dans les États Portugais de Lamakitu, de Tanterine, de Follafaix (Follefait) et du Suai.

Le Portugal reconnaît la souveraineté de la Néerlande sur tous les États qui se trouvent à l'ouest de ces limites, à l'exception de l'enclave d'Oikoussi, qui demeure Portugaise.

ARTICLE 3

L'enclave d'Oikoussi comprend l'État d'Ambenu partout où y est arboré le pavillon Portugais, l'État d'Oikoussi proprement dit, et celui de Noimuti.

Les limites de cette enclave sont les frontières entre Ambenu et Amfoang à l'ouest, d'Insana et Reboki (Beboki), y compris Cicale à l'est, et Sonnebait, y compris Amakono et Tunebaba (Timebaba) au sud.

ARTICLE 4

Sur l'île de Timor, le Portugal reconnaît donc la souveraineté de la Néerlande sur les États d'Amarassi, de Bibico (Traijnico, Wajjniko), de Buboque (Reboki), de Derima (Dirma), de Fialara (Fialarang), de Lamakanée, de Nira (Lidak), de Juanilo, de Mena et de Fulgarite ou Folgarita (dépendances de l'État de Harnenno).

ARTICLE 5

Le Néerlande cède au Portugal le royaume de Moubara (Maubara) et cette partie d'Ambenu ou d'Ambeno (Sutrana) qui, depuis plusieurs années, a arboré le pavillon Portugais.

Immédiatement après que l'échange des ratifications de ce traité par Leurs Majestés le Roi des Pays-Bas et le Roi de Portugal aura eu lieu, le Gouvernement des Pays-Bas donnera l'ordre à l'autorité supérieure des Indes Néerlandaises de remettre le royaume de Moubara (Maubara) à l'autorité supérieure Portugaise de Timor Dilly.

ARTICLE 6

La Néerlande se désiste de toute prétention sur l'île de Kambing (Pulo Kambing), au nord de Dilly, et reconnaît la souveraineté du Portugal sur cette île.

ARTICLE 7

Le Portugal cède à la Néerlande les possessions suivantes:

sur l'île de Flores, les États de Larantuca, Sicca et Paga, avec leurs dépendances;

sur l'île d'Adenara, l'État de Pamangkaju.

Le Portugal se désiste de toutes les prétentions que peut-être, il aurait pu faire valoir sur d'autres États ou endroits situés sur les îles ci-dessus nommées, ou sur celles de Lomblen, de Pantar et d'Ombaij, que ces États portent le pavillon Néerlandais ou Portugais.

ARTICLE 8

En vertu des dispositions de l'article précédent, la Néerlande obtient la possession entière en non-partagée de toutes les îles situées au nord de Timor, savoir: celles de Flores, d'Adenara, de Solor, de Lomblen, de Pantar (Quantar), et d'Ombaij, avec les petites îles environnantes appartenant à l'Archipel de Solor.

ARTICLE 9

En compensation de ce que le Portugal pourrait perdre à l'échange des possessions respectives ci-dessus mentionnées, le Gouvernement des Pays-Bas:

1.° donnera au Gouvernement Portugais quittance complète de la somme de 80,000 florins, empruntée en 1851 par le Gouvernement des possessions Portugaises dans l'Archipel de Timor au Gouvernement des Indes Néerlandaises;

2.° remettra en outre au Gouvernement Portugais une somme de 120,000 florins des Pays-Bas.

Cette somme sera versée un mois après l'échange des ratifications du présent traité.

ARTICLE 10

La liberté des cultes est garantie de part et d'autre aux habitants des territoires échangés par le présent traité.

ARTICLE 11

Le présent traité, qui sera soumis à la sanction des pouvoirs législatifs en conformité des règles prescrites par les lois fondamentales en vigueur dans les Royaumes des Pays-Bas et du Portugal, sera ratifié et les ratifications seront échangées à Lisbonne, dans le délai de huit mois, à partir de sa signature, ou plus tôt, si faire se peut.

En foi de quoi les plénipotentiaires respectifs ont signé le présent traité, y ont apposé le sceau de leurs armes.

Fait à Lisbonne, le vingt avril mil huit cent cinquante-neuf.

(Signé) M. HELDEWIER.
L.S.

(Signé) A. M. DE FONTES PEREIRA DE MELLO
L.S.

ANNEXE B

CONVENTION DE LISBONNE DU 10 JUIN 1893

Sa Majesté la Reine des Pays-Bas et en Son Nom Sa Majesté la Reine-Régente du Royaume

et Sa Majesté le Roi de Portugal et des Algarves, reconnaissant la communauté d'intérêts qui existe entre Leurs possessions dans l'Archipel de Timor et Solor et voulant régler dans un esprit de bonne entente mutuelle les conditions les plus favorables au développement de la civilisation et du commerce dans Leurs dites possessions, ont résolu de conclure une convention spéciale et ont nommé à cet effet pour Leurs plénipotentiaires, savoir:

.....

lesquels, après s'être communiqué leurs pleins pouvoirs respectifs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus des articles suivants:

ARTICLE 1

Afin de faciliter l'exercice de leurs droits de Souveraineté, les Hautes Parties contractantes estiment qu'il y a lieu d'établir d'une façon plus claire et plus exacte la démarcation de leurs possessions à l'île de Timor et de faire disparaître les enclaves actuellement existantes.

ARTICLE 2

Les Hautes Parties contracantes nommeront à cet effet une commission d'experts qui sera chargée de formuler une proposition pouvant servir de base à la conclusion d'une convention ultérieure, déterminant la nouvelle ligne de démarcation dans la dite île.

Cette convention sera soumise à l'approbation de la législature des deux pays.

ARTICLE 3

Il sera accordé à l'île de Timor aux bateaux pêcheurs appartenant aux sujets de chacune des Hautes Parties contractantes, ainsi qu'à leurs équipages, la même protection de la part des autorités respectives, que celles dont jouiront les sujets respectifs.

Le commerce, l'industrie et la navigation des deux pays y jouiront du traitement de la nation étrangère la plus favorisée, sauf le traitement spécial accordé respectivement par les Hautes Parties contractantes aux États indigènes.

ARTICLE 4

Les Hautes Parties contractantes décident que l'importation et l'exportation de toutes armes à feu entières ou en pièces détachées, de leurs cartouches, des capsules ou d'autres munitions, destinées à les approvisionner, sont interdites dans leurs possessions de l'Archipel de Timor et Solor.

Indépendamment des mesures prises directement par les Gouvernements pour l'armement de la force publique et l'organisation de leur défense, des exceptions pourront être admises à titre individuel pour leurs sujets Européens, offrant une garantie suffisante que l'arme et les munitions qui leur seraient délivrées, ne seront pas cédées ou vendues à des tiers, et pour des voyageurs étrangers, munis d'une déclaration de leur Gouvernement constatant que l'arme et les munitions sont exclusivement destinées à leur défense personnelle.

ARTICLE 5

Toutefois les autorités supérieures de la partie néerlandaise et de la partie portugaise de l'île de Tumor seront autorisées à fixer annuellement d'un commun accord, le nombre et la qualité des armes à feu non perfectionnées et la quantité de munitions qui pourront être introduites dans le courant de la même année, ainsi que les conditions dans lesquelles cette importation pourra être accordée.

Cette importation cependant ne pourra se faire que par l'intermédiaire de certaines personnes ou agents qui résident à l'île même et qui auront obtenu à cet égard une autorisation spéciale de l'administration supérieure respective.

En cas d'abus cette autorisation sera immédiatement retirée et ne pourra être renouvelée.

ARTICLE 6

Le Gouvernement néerlandais, voulant donner une preuve de son désir de consolider ses rapports de bon voisinage, déclare renoncer à l'indemnité à laquelle il prétend avoir droit du chef de certains traitements que des pêcheurs Néerlandais-Indiens ont subi de 1889 à 1892 de la part des autorités du Timor-portugais.

ARTICLE 7

Dans le cas où quelque difficulté surgirait par rapport à leurs relations intercoloniales dans l'Archipel de Timor et Solor ou au sujet de l'interprétation de la présente convention, les Hautes Parties contractantes s'engagent à se soumettre à la décision d'une commission d'arbitres.

Cette commission sera composée d'un nombre égal d'arbitres choisis par les Hautes Parties contractantes et d'un arbitre désigné par ces arbitres.

ARTICLE 8

La présente convention sera ratifiée et les ratifications en seront échangées à Lisbonne.

En foi de quoi, les plénipotentiaires l'ont signée et y ont apposé leurs cachets.

Fait à Lisbonne, en double expédition, le dix juin mil huit cent quatre-vingt-treize.

(L.S.) (Signé) CAREL VAN HEECKEREN.
ERNESTO RODOLPHO HINTZE RIBEIRO.

DÉCLARATION

Les soussignées plénipotentiaires des Gouvernements signataires de la convention du 10 juin 1893 sont convenus de la déclaration suivante.

Afin d'assurer le résultat de leur action commune qui tend surtout à encourager le commerce et l'industrie de leurs nationaux par des garanties de sécurité et de stabilité, les Hautes Parties contractantes déclarent qu'elles se reconnaissent réciproquement, en cas de cession soit en partie soit en totalité de leurs territoires ou de leurs droits de souveraineté dans l'Archipel de Timor et Solor, le droit de préférence à des conditions similaires ou équivalentes à celles qui auront été offertes. Les cas de désaccord sur ces conditions tombent également sous l'application de l'article de l'article septième de la convention précitée.

La présente déclaration qui sera ratifiée en même temps que la convention conclue à Lisbonne le 10 juin 1893, sera considérée comme faisant partie intégrante de cette convention et aura la même force et valeur.

En foi de quoi, les plénipotentiaires respectifs ont signé la présente déclaration et y ont apposé leurs cachets.

Fait à Lisbonne en double expédition, le 1^{er} juillet 1893.

(L.S.) (Signé) CAREL VAN HEECKEREN.
ERNESTO RODOLPHO HINTZE RIBEIRO.

ANNEXE C

CONVENTION DE LA HAYE DU 1^o OCTOBRE 1904

Sa Majesté la Reine des Pays-Bas et Sa Majesté le Roi de Portugal et des Algarves, etc.,
etc,

reconnaissant la communauté d'intérêts qui existe entre Leurs possessions dans l'Archipel de Timor et de Solor, et désirant arriver à une démarcation claire et exacte de ces possessions dans l'île de Timor, après avoir pris connaissance du résultat des travaux de la Commission mixte pour la régularisation des frontières néerlandaises et portugaises dans l'île de Timor, instituée par les Gouvernements respectifs en vertu de l'article II de la Convention conclue entre les Hautes Parties à Lisbonne le 10 juin 1893, ont résolu de conclure une Convention à cet effet et ont nommé pour Leurs plénipotentiaires.

.....
Lesquels après s'être communiqué leurs pleins-pouvoirs, trouvés en bonne et due forme, sont convenus de ce qui suit:

ARTICLE 1

Les Pays-Bas cèdent le Maucatar au Portugal.

ARTICLE 2

Le Portugal cède aux Pays-Bas le Noimuti, le Tahakay et le Tamiru Ailala.

ARTICLE 3

La limite entre O'kussi-Amenu, appartenant au Portugal, et les possessions néerlandaises dans l'île de Timor est formée par une ligne:

1.^o partant du point à l'embouchure de la noel (rivière) Besi d'où le point culminant de Pulu-(île) Batek se voit sous un azimut astronomique de trente, degrés quarante-sept minutes Nord-Ouest, suivant le thalweg de la Noël Besi, celui de la Noël Niema et celui de la Bidjael Sunan jusqu'à sa source:

2.^o montant de là jusqu'au sommet Bidjael Sunan, et descendant par le thalweg de la Noël Miu Mavo jusqu'au point situé au Sud-Ouest du village Oben;

3.º de là passant à l'ouest de ce village par les sommets Banat et Kita jusqu'au sommet Nivo Nun Po: de là suivant le thalweg des rivières la Nono Boni et la Noël Pasab jusqu'à son affluent le Nono Susu, et montant le Nono Susu jusqu'à sa source;

4.º passant le Klus (Crus) jusqu'au point où la frontière entre Abani et Nai Bobo croise la rivière la Fatu Basin, et de là au point nommé Subina;

5.º descendant ensuite par le thalweg de la Fatu Basin jusqu'à la Kè An; de là jusqu'au Nai Naõ;

6.º passant le Nai Naõ et descendant dans la Tut Nonie, par le thalweg de la Tut Nonie jusqu'à la Noël Ekan;

7.º suivant le thalweg de la Noël Ekan jusqu'à l'affluent le Sonau, par le thalweg de cet affluent jusqu'à sa source et de là à la rivière Nivo Nono;

8.º montant par le thalweg de cette rivière jusqu'à sa source, pour aboutir, en passant le point nommé Ohoé Baki, à la source de la Nono Balena;

9.º suivant le thalweg de cette rivière, celui de la Nono Nisè et celui de la Noël Bilomi jusqu'à l'affluent de celle-ci Oè Sunan;

10.º à partir de ce point la limite suit le thalweg de l'Oè Sunan, traverse autant que possible Nipani et Kelali (Keli), gagne la source de la Noël Meto et suit le thalweg de cette rivière jusqu'à son embouchure.

ARTICLE 4

La partie de la limite entre O'kussi-Ambenu et les possessions néerlandaises, visée à l'article 3 10º, sera arpentée et indiquée sur le terrain dans le plus court délai possible.

L'arpentage de cette partie et l'indication sur le terrain seront certifiés par un procès-verbal avec une carte à dresser en deux exemplaires qui seront soumis à l'approbation des Hautes Parties contractantes; après leur approbation, ces documents seront signés au nom des Gouvernements respectifs.

Ce n'est qu'après la signature de ces documents que les Hautes Parties contractantes acquèreront la souveraineté des régions mentionnées aux articles 1 et 2.

ARTICLE 5

La limite entre les possessions des Pays-Bas dans la partie occidentale et du Portugal dans la partie orientale de l'île de Timor suivra du Nord au Sud une ligne:

1.° partant de l'embouchure de la Mota Biku (Silaba) par le thalweg de cette rivière jusqu'à son affluent le We Bedain, par le thalweg du We Bedain, jusqu'à la Mota Asudaät (Assudat), par le thalweg de cette rivière jusqu'à sa source, et suivant de là dans la direction du Nord au Sud les coteaux du Kleek Teruïn (Klin Teruïn) et du Berënis (Birënis) Kakótun;

2.° puis jusqu'à la rivière Muda Sorun, suivant le thalweg de cette rivière, et celui de la Turah Naruk jusqu'à la rivière la Telau (Talau);

3.° suivant le thalweg de la Telau jusqu'à la rivière la Malibaka, par le thalweg de cette rivière, celui de la Mautilu, et celui de la Pepies jusqu'à la montagne Bulu Hulu (Bulu Bulu);

4.° de là jusqu'au Karawa Kotun, du Karawa Kotun par le thalweg de la rivière la Marees (Lolu) jusqu'à la rivière la Tafara, par le thalweg de cette rivière jusqu'à sa source appelée la Mota Tiborok (Tibor), et montant de là au sommet Dato Miet et descendant à la Mota Alun;

5.° par le thalweg de la Mota Alun, celui de la Mota Sukaër (Sukar), et celui de la Mota Baukama, jusqu'à l'affluent de celle-ci, appelé Kalan-Féhan;

6.° passant les montagnes Tahi Fehu, Fatu Suta, Fatu Rusa, le grand arbre nommé Halifea, le sommet Uas Lulik, puis traversant la rivière la We Merak où elle reçoit son affluent We Nu, puis passant la grande pierre nommée Fatu Rokon, les sommets Fitun Monu, Debu Kasabauk, Ainin Matan et Lak Fuin;

7.° du Lak Fuin jusqu'à point où la hali Sobuk se jette dans la Mota haliboï et par le thalweg de cette rivière jusqu'à sa source;

8.° de cette source jusqu'à celle de la Mota Bebulu, par le thalweg de cette rivière jusqu'à la We Diek, montant aux sommets Ai Kakar et Takis, descendant dans la Mota Masin et suivant le thalweg de la Mota Masin et de son embouchure nommée Mota Talas.

ARTICLE 6

Sauf les dispositions de l'article 4, les limites décrites aux articles 3 et 5 sont tracées sur les cartes annexées à la présente Convention et signées par les plénipotentiaires respectifs.

ARTICLE 7

Les territoires respectivement cédés seront évacués et l'administration en sera remise aux autorités compétentes dans les six mois après l'approbation du procès-verbal visé à l'article 4.

ARTICLE 8

Les archives, cartes et autres documents relatifs aux territoires cédés, seront remis aux nouvelles autorités en même temps que les territoires mêmes.

ARTICLE 9

La navigation sur les rivières formant limite sera libre aux sujets des deux Hautes Parties contractantes à l'exception du transport d'armes et de munitions.

ARTICLE 10

Lors de la remise des territoires cédés, des bornes en pierre indiquant l'année de la présente convention, d'une forme et d'une dimension convenables au but qu'elles sont destinées à remplir, seront plantées avec solennité à un endroit convenable de la côte près de l'embouchure des rivières nommées ci-après. Les bornes néerlandaises seront plantées sur les rives occidentales de la Mota Biku et de la Mota Masin et les bornes portugaises sur les rives orientales de ces rivières. Les quatre bornes en pierre seront fournies par le Gouvernement Néerlandais aux frais des deux gouvernements et le Gouvernement Néerlandais mettra un bâtiment de la marine royale à la disposition des autorités respectives pour la remise solennelle de territoires cédés et la plantation des bornes.

En outre la frontière, où elle n'est pas formée par des limites naturelles, sera d'un commun accord démarquée sur le terrain par les autorités locales.

ARTICLE 11

Sauf les dispositions de l'article 4, il sera dressé procès-verbal en langue française constatant la cession des territoires et la plantation des bornes.

Les procès-verbaux seront dressés en doubles exemplaires et signés par les autorités respectives des deux pays.

ARTICLE 12

La liberté des cultes est garantie de part et d'autre aux habitants des territoires échangés par la présente Convention.

ARTICLE 13

Les Hautes Parties contractantes se reconnaissent réciproquement, en cas de cession soit en partie soit en totalité de leurs territoires ou de leurs droits de souveraineté dans l'Archipel

de Timor et Solor, le droit de préférence à des conditions similaires ou équivalentes à celles qui auraient été offertes.

ARTICLE 14

Toutes questions ou tous différends sur l'interprétation ou l'exécution de la présente Convention, s'ils ne peuvent être réglés à l'amiable, seront soumis à la Cour Permanente d'Arbitrage conformément aux dispositions prévues au chapitre II de la Convention internationale du 29 juillet 1899 pour la solution pacifique des conflits internationaux.

ARTICLE 15

La présente Convention sera ratifiée et les ratifications en seront échangées aussitôt que possible après l'approbation de la législation des deux Pays.

En foi de quoi les plénipotentiaires respectifs ont signé la présente Convention et y ont apposé leurs cachets.

Fait en double expédition, à La Haye le 1^{er} octobre 1904.

(L.S. (Signé) B. MELVIL DE LYNDEN

(L.S.) (Signé) IDENBURG.

(L.S.) (Signé) CONDE DE SELIR.

ANNEXE D

COMPROMIS D'ARBITRAGE SIGNÉ À LA HAYE LE 3 AVRIL 1913

Sa Majesté la Reine des Pays-Bas et le Président de la République Portugaise considérant que l'exécution de la Convention conclue entre les Pays-Bas et le Portugal à La Haye le 1^{er} octobre 1904, concernant la délimitation des possessions néerlandaises et portugaises

dans l'île de Timor, a fait naître un différend au sujet de l'arpentage de la partie de la limite visée à l'article 3, 10.º de cette Convention:

désirant mettre fin à l'amiable à ce différend;

vus l'article 14 de la dite Convention et l'article 38 de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux conclu à La Haye le 18 octobre 1907;

ont nommé pour Leurs plénipotentiaires, savoir:

.....
lesquels, dûment autorisés à cet effet, sont convenus des articles suivants:

ARTICLE 1

Le Gouvernement de Sa Majesté la Reine des Pays-Bas et le Gouvernement de la République Portugaise conviennent de soumettre le différend susmentionné à un arbitre unique à choisir parmi les membres de la Cour permanente d'Arbitrage.

Si les deux Gouvernements ne pouvaient tomber d'accord sur le choix de tel arbitre, ils adresseront au Président de la Confédération Suisse la requête de le désigner.

ARTICLE 2

L'arbitre statuant sur les données fournies par les Parties, décidera en se basant sur les traités et les principes généraux du droit international, comment doit être fixée conformément à l'article 3, 10.º de la Convention conclue à La Haye le 1^{er} octobre 1904, concernant la délimitation des possessions néerlandaises et portugaises dans l'île de Timor, la limite à partir de la Noël Bilomi jusqu'à la source de la Noël Meto.

ARTICLE 3

Chacune des Parties remettra par l'intermédiaire du Bureau International de la Cour permanente d'Arbitrage à l'arbitre dans un délai de 3 mois après l'échange des ratifications de la présente Convention un mémoire contenant l'exposé de ses droits et les documents à l'appui et en fera parvenir immédiatement une copie certifiée conforme à l'autre Partie.

A l'expiration du délai susnommé chacune des Parties aura un nouveau délai de 3 mois pour remettre par l'intermédiaire susindiqué à l'arbitre, si elle le juge utile, un second mémoire dont elle fera parvenir une copie certifiée conforme à l'autre Partie.

L'arbitre est autorisé à accorder à chacune des Parties qui le demanderait une prorogation de 2 mois par rapport aux délais mentionnés dans cet article. Il donnera connaissance de chaque prorogation à la Partie adverse.⁽¹⁾

(1) Une prorogation de deux mois a été accordée aux Parties par l'arbitre pour la remise de leurs *seconds* mémoires.

ARTICLE 4

Après l'échange de ces mémoires aucune communication écrite ou verbale ne sera faite à l'arbitre, à moins que celui-ci ne s'adresse aux Parties pour obtenir d'elles ou de l'une d'elles des renseignements ultérieurs par écrit.

La partie qui donnera ces renseignements en fera parvenir immédiatement une copie certifiée conforme à l'autre Partie et celle-ci pourra, si bon lui semble, dans un délai de 2 mois après la réception de cette copie, communiquer par écrit à l'arbitre les observations auxquelles ils lui donneront lieu. Ces observations seront également communiquées immédiatement en copie certifiée conforme à la Partie adverse.

ARTICLE 5

L'arbitre siègera à un endroit à désigner par lui.

ARTICLE 6

L'arbitre fera usage de la langue française tant dans la sentence que dans les communications qu'il aura à adresser aux Parties dans le cours de la procédure. Les mémoires et autres communications émanant des Parties seront dressés dans cette langue.

ARTICLE 7

L'arbitre décidera de toutes les questions qui pourraient surgir relativement à la procédure dans le cours du litige.

ARTICLE 8

Aussitôt après la ratification de la présente Convention chacune des Parties déposera entre les mains de l'arbitre une somme de deux mille francs à titre d'avance pour les frais de la procédure.

ARTICLE 9

La sentence sera communiquée par écrit par l'arbitre aux Parties.

Elle sera motivée.

L'arbitre fixera dans sa sentence le montant des frais de la procédure. Chaque Partie supportera ses propres frais et une part égale des dits frais de procédure.

ARTICLE 10

Les Parties s'engagent à accepter comme jugement en dernier ressort la décision prononcée par l'arbitre dans les limites de la présente Convention et à l'exécuter sans aucune réserve.

Tous différends concernant l'exécution seront soumis à l'arbitre.

ARTICLE 11

La Présente Convention sera ratifiée et entrera en vigueur immédiatement après l'échange des ratifications qui aura lieu à La Haye aussitôt que possible.

En foi de quoi, les plénipotentiaires respectifs ont signé la présente Convention qu'ils ont revêtue de leurs cachets.

Fait en double à La Haye, le 3 avril 1913.

(L.S.) (Signé) R. DE MAREES VAN SWIDEREN.

(L.S.) (Signé) ANTONIO MARIA BARTHOLOMEU FERREIRA.

TABLE DES MATIERES

- I. Historique
- II. La difficulté qui a provoqué l'arbitrage
- III. Le point de vue portugais
- IV. Le point de vue néerlandais
- V. Les règles de droit néerlandais
- VI. L'intention des Parties en signant la Convention de 1904
- VII. Conclusions
 - Dispositif

ANNEXES

- A. Traité de Lisbonne du 20 avril 1859
- B. Convention de Lisbonne du 10 juin 1893
- C. Convention de La Haye du 10 octobre 1904
- D. Compromis de La Haye du 3 avril 1913



ÍNDICE



DIREITO COMUNITÁRIO

Repercussões dos alargamentos das Comunidades — uma perspectiva comunitária.

Maria João do Rosário Estorninho 7

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Pinheiro Farinha

Sumário das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Erkner e Hofhauer contra a Áustria	59
Poiss contra a Áustria	61
Lechner e Hess contra a Áustria	63
Capuano contra a Itália	65
Baggeta contra a Itália	67

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão proferida no caso Kostovski contra a Holanda	69
---	----

Comissão Europeia dos Direitos do Homem

- Sumário e texto do relatório da Comissão na queixa de Peter Darby contra a Suécia 95

Comité de Ministros

- Sumário e texto da Resolução DH (89)22 do Comité de Ministros relativa à sentença do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 26 de Outubro de 1988, no caso Martins Moreira 119

Estudos sobre os Direitos do Homem

L'Oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme

Louis Pettiti 125

La reception des textes et de la jurisprudence des instances européennes dans la péninsule ibérique

Evelyne Monteiro e Eliette Cavagna 145

O artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a sua influência na interpretação e aplicação do artigo 520.º do Código de Processo Penal Italiano — uma sentença da Corte Suprema di Cassazione

Manuel António Lopes Rocha 187

ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Nações Unidas

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança

Marta Santos Pais 207

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança — tradução

Marta Santos Pais 231

Unidroit

A Convenção do Unidroit sobre Locação Financeira Internacional — tradução e notas

Rui Pinto Duarte 273

ESTUDOS

Le sursis à exécution des décisions administratives en droit administratif français

Álvaro Maria de Vilhena de Oliveira e Silva 311

DOCUMENTAÇÃO

Tribunal Permanente de Arbitragem

Pinheiro Farinha e Marta Santos Pais 353

Texto das decisões do Tribunal Permanente de Arbitragem

— Affaires dites “Des biens contestés en Portugal”
Sentences du 4 septembre 1920 355

— Sentence arbitrale rendue en exécution du compromis signé à la Haye, le 3 avril 1913 entre les Pays-Bas et le Portugal au sujet de la délimitation d’une partie de leurs possessions dans l’île de Timor 383



Assinaturas podem ser pedidas a
Subscriptions may be addressed to
Abonnements pourront être adressés à

GABINETE DE GESTÃO FINANCEIRA — MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
PRAÇA DO COMÉRCIO — 1000 LISBOA — PORTUGAL

A restante correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
Other communications concerning this Review shall be addressed to
Toute autre correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
RUA DO VALE DE PEREIRO, 2 - 4.º — 1200 LISBOA — PORTUGAL
Tel.: 68 11 41 — Telex 42 701 PROLUR P

Composto
e impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
Lisboa