PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO

LISBOA

DIREITO COMUNITÁRIO

"La société anonyme est une institution essentielle dans les sociétés politiques non-socialistes. Il faut donc sans cesse rechercher ce qui peut lui donner plus d'éfficacité et plus d'honnéteté" ([1]).

([1]) André TUNC, Le droit anglais des sociétés anonymes, Paris, Dalloz, 1971, n.º 1, p. 1.

Université de Strasbourg III
Faculté de Droit et de Sciences Politiques et Sociales

LE STATUT
DU COMISSAIRE AUX COMPTES
DANS
LA SOCIÉTÉ ANONYME EUROPÉENNE

Note d'études présenté par Humberto F. XAVIER,
en vue de l'obtention du Diplome d'Études Approfondies de Droit Européen.

Ouvrage couronné par le Centre Français de Droit Comparé année 1979

Directeur de recherche
Monsieur J.-M. BISCHOFF, professeur
Président de l'Université

Strasbourg, 1978

INTRODUCTION

L'Europe, en son état actuel de développement, a besoin d'entreprises de taille européenne, qui pourront être constituées par des fusions de société déjà existantes, ou, par des créations de filiales communes ou de holdings. Or, une question fondamentale se pose dès que l'on aborde le problème des sociétés: c'est celle d'un véritable pouvoir de contrôle autonome. L'exercice de ce pouvoir de contrôle a été confié à des experts indépendants appelés "commissaires aux comptes" qui exercent leurs fonctions dans l'intérêt des actionnaires et des tiers.

C'est pourquoi il n'est pas exagéré d'affirmer que le succès et surtout la confiance en la société européenne dépenden pour beaucoup du statut du commissaire aux comptes.

En effet les commissaires aux comptes constituent dans la Société Européenne un organe de contrôle technique et financier. De plus ces professionnels sont de véritables gardiens de la légalité des droits des associés et même des droits des tiers. Par ailleurs, ils peuvent exercer leur mission individuellement ou au sein de sociétés de vérification (1).

Nous avons choisi de présenter cette étude du statut du commissaire aux comptes dans le cadre de la société anonyme européenne, car la société européenne, à l'instar de tous les types de sociétés commerciales, postule l'exercice d'un contrôle de sa gestion. La société anonyme européenne, plus qu'aucune autre, préconise un contrôle dans la mesure où il s'agit "d'entreprises adaptées aux dimensions du Marché Commun."

---

(1) En effet les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées par des personnes physiques, ou des sociétés, entre elles, sans doute, sous forme de sociétés civiles professionnelles.

A) *Notion et importance de la SE.*

"L'activité économique de l'homme s'est dans toute l'histoire manifestée sous une double forme: une forme individuelle dans laquelle ne se trouvent en présence que l'industrie et le capital d'une seule personne et une forme collective qui implique la réunion de l'industrie et des capitaux de plusieurs individus, la forme collective prime sur la forme individuelle, et que la création de multiples sociétés commerciales est le reflet de cette primauté. Cette évolution s'explique aisement: le groupement renforce le crédit et diminue les risques.

Actuellement, la forme juridique "société" s'étend en des proportions considerables au point d'envahir l'économie toute entière. Or, parmi les sociétés commerciales, les sociétés par actions jouent un rôle de premier plan, quant au montant des capitaux qu'elles mettent en oeuvre, des effectifs qu'elles emploient et du chiffre d'affaires qu'elles réalisent.

Le type idéal de ces sociétés par actions est, sans conteste, la société anonyme (1).

La création d'une société anonyme européenne, alors que se manifeste la tendance, très forte en matière commerciale, au rapprochement des législations et à la convergence des systèmes juridiques, temoigne que l'Europe du droit peut aider utilement à la construction de l'Europe tout court (2).

D'un autre côté, M. Gundelach (commissaire des Communautés européennes) a pu affirmer au cours d'une conférence de presse tenue à Bruxelles que "le Statut des sociétés anonymes européennes represente un droit complet des sociétés. A cet égard, il diffère de la plupart des textes adoptés par la Communauté qui peuvent se présenter, comme vous le savez, soit sous la forme de recommandations ou de directives à mettre en oeuvre par le législateur national, soit sous forme de résolutions. Le Statut est une loi proprement dite... Il s'agit d'un droit communautaire moderne

---

(1) HADDAD (E.) Le statut des dirigeants de sociétés anonymes. Thèse doct. droit. Aix-Marseille. 1976, p. 3.

(2) LELEUX (P.) Commission CEE. Conference de la Société Royale d'Economie politique. 1967.

Cf. BONASSIERS (P.) Le droit du Marché commum et les groupements d'interêt économique. Travaux et mémoires de la faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-en--Provence. Presses Universitaires de France. Paris 1972, p. 13.

et complet sur la base duquel les sociétés européennes pourront exercer leurs activités en Europe en tant qu'entités économiques (1).

Dès lors on admet volontiers que la "société anonyme européenne instaure une possibilité très importante: celle de surmonter les barrières frontalières au sein de la communauté, tant sur le plan économique que sur le plan social et socio-politique. C'est dans ce fait que la société européenne trouve son fondement essentiel... (2).

C'est ainsi que le Parlement européen dans son rapport complémentaire sur la proposition de la Commission des C.E. au Conseil concernant un règlement relatif au statut de la société anonyme européenne se félicite que la commission ait proposé un statut de la société anonyme européenne, sous la forme d'un instrument juridique original destiné à remédier aux inconvénients découlant de la divergence des législations nationales et à faciliter la coopération internationale entre les entreprises communautaires; On estime toutefois nécessaire de mettre le règlement proposé en concordance avec les autres propositions qui ont été élabourées entre temps sur le plan communautaire en matière de droit des sociétés afin d'eviter des disparités non justifiées objectivement entre les dispositions nationales et les règles communautaires; croit fermement que l'institution de la société anonyme européenne facilitera les relations d'affaires sur le plan international, souvent entravées par des préjugés à l'égard des sociétés étrangères, et favorisera la réalisation en commun de grands travaux de recherche et d'exécution par des sociétés de nationalités différentes, collaboration qui ne manquera pas d'avoir des répercussions favorables sur l'économie communautaire, le rapprochement des peuples de la Communauté et les progrès du droit communautaire; estime que la création de sociétés anonymes européennes constituera un facteur important de développment d'une politique industrielle commune et, en tant que tel, sera un élément essentiel de l'union économique envisagée (1 et 2).

---

(1) Commission des communautés européennes. Information à la presse. Document I p. (75) 86. Bruxelles du 5 mai 1975.

(2) HADDAD (E.) op. cit. p. 174.

+ Statut des sociétés européennes (proposition modifiée de règlement présenté par la Commission au Conseil des C.E. le 13 mai 1975 en vertu de l'article 149, alinea 2 du traité C.E.E.).

On notera que l'ensemble des dispositions du Statut des Sociétés Anonymes Européennes (dite "Societas Europea" SE), ne vise pas à remplacer les divers droits nationaux par un droit unique (donc les divers droits nationaux subsistent avec leurs propres différences) "mais seulement à rapprocher ces différents droits et à leur permettre de surmonter les obstacles liés soit à l'établissement permanent dans un autre pays, soit à la réalisation d'opérations nécessitant l'application de plusieurs droits nationaux (3).

Bref, la société européenne se présente comme l'instrument idéal destiné à favoriser les entreprises industrielles et commerciales communautaires. De ce fait, la société européenne régie par une réglementation uniforme, sera "un instrument original et efficace au service des firmes opérant dans le marché commun." (4) Il s'agit d'une structure moderne qui essaye de créer une forme neutre européenne, qui ménage les sentiments nationaux et qui est directement applicable dans tout Etat membre. L'objectif premier est celui de la restructuration, à la dimension de la Communauté, des facteurs de production et de commercialisation afin d'aboutir à un fonctionnement du marché élargi, comparable à celui d'un marché national. (5).

B) *Interêt de l'étude du statut du commissaire aux comptes*

"La société anonyme se trouve à une croisée de chemins dans l'histoire. Ses possibilités de croissance continue étant, à vues humaines, illimitées, elle est capable de devenir un instrument majeur dans la société. Mais

---

(1) Parlement Européen. Document de séance 1974-75. Rapport complémentaire fait au nom de la Commission juridique. Document 67/74. p. 5 et s.

(2) Notons que dans l'exposé des motifs de la proposition modifiée de règlement de la Commission des Communautés européennes, cette dernière a défini l'objectif essentiel du Statut de la Société anonyme européenne. Il s'agit de faciliter le passage des Communautés de l'union douanière à l'union économique et la transformation du territoire européen en un espace économique homogène.

(3) GLEICHMANN et CATHALA: Le Statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la commission des communautés européennes in Rev. Soc. 1972, p. 19.

(4) Cf. 30 jours d'Europe Juin 1975, p. 23.

(5) Cf. GLEICHMANN et CATHALA op. cit. p. 10.

la société anonyme est aussi susceptible d'abus surprenants car les dangers inhérents à son fonctionnement sont considérables (1).

Derechef l'utilité du commissaire aux comptes est de première importance, puisque son succès sera celui de la société européenne, car de lui dépend la bonne marche de la SE et la confiance des actionnaires dans les informations qui leur sont communiquées par la SE. Mais c'est aussi de lui qui dépend la confiance du monde financier don la SE aura besoin. De surcroit l'intervention du commissaire aux comptes est précieuse pour les actionnaires minoritaires, très souvent enclins à soupçonner la direction de méconnaitre leurs intérêts au profit de la majorité. En dernier lieu la mission de contrôle du commissaire est très utile pour gagner la confiance des tiers, qui envisagent de traiter avec la SE ou d'acquérir des titres que la SE a émis.

Au delá de la protection de l'intérêt indivuduel des actionnaires et des tiers, c'est pour l'intérêt de l'épargne collective que l'intervention du commissaire est capitale, car cette épargne ne peut s'investir largement dans la SE que dans la mesure où les épargnants communautaires auront confiance dans l'exactitude des comptes annuels et du rapport de gestion, en somme sur la bonne marche de la SE. Donc un contrôle efficace et sérieux exercé par le commissaire aux comptes peut permettre sans doute à la SE de se procurer les capitaux nécessaires pour le développement et l'accroissement de ses activités ainsi que du crédit dans des conditions avantageuses.

Lorsque l'on suit le processus de l'évolution de la société anonyme, l'on est amené à constater qu' "actuellement, dans la vie des "sociétés par actions", il n'est peut-être pas de notion plus importante que celle de contrôle... Or le terme contrôle recouvre un ensemble de techniques juridiques propres à limiter les pouvoirs d'une personne sur le patrimoine qui n'est pas le sien. C'est ainsi qu'on peut parler de contrôle exercé par les commissaires aux comptes" (2).

Donc au départ de l'évolution de la société anonyme — et à plus forte raison de la société européenne puisqu'il s'agit de sociétés qui ont pour but de "permettre plus facilement la création et le développement d'entreprises adaptées aux dimensions du Marché commun" (3) — se pose la question

---

(1) HADDAD (E.) op. cit. p. 13.

(2) CHAMPAUD (CI) Le pouvoir de concentration de la société par actions. Paris, Sirey. 1962, p. 105.

(3) HIRSCH (A.) Le projet d'une Société Européenne et le droit Suisse. Ouvrage publié par le Centre d'Études juridiques Européennes Genève. 1976.

du contrôle exercé par le commissaire aux comptes. Comme le constate M. Guyon (pour la France), "que le monde des affaires avait pris peu à peu conscience de l'utilité d'un contrôle sérieux, tel qu'il était pratiqué, notamment en Grande Bretagne par les "auditors" groupés dans des corporations de "chartered accountants", en Allemagne par les "Wirtschaftsprüfer" et aux Etats-Unis par les memores de l'institut des experts comptables" (1).

La Fonction de commissaire aux comptes est donc d'actualité dans la vie politique et économique et juridique. Elle a fait l'objet de nombreuses études dans le droit des sociétés des pays membres de la Communauté. Mais en ce qui concerne la société européenne, jusqu'à présent aucune étude n'a été entreprise sur cette question du moins à notre connaissance. Il nous est donc apparu nécessaire de porter notre attention sur la situation des personnes chargées de ce contrôle. En effet le statut juridique du commissaire aux comptes dans la société anonyme européenne mérite d'être précise à l'heure actuelle.

De plus, les lacunes (2) qui contient le Statut des Sociétés Anonymes Européennes se font sentir au niveau du statut du commissaire aux comptes. Par conséquent les nombreux problèmes qui se poseront dans la pratique, constituent une raison supplémentaire de faire le point en ce domaine, d'où la difficulté de notre étude. D'autant plus que le système du droit subsidiaire prévu à l'article 7 est difficile à mettre en oeuvre en l'occurrence.

Certes "l'article 7 s'efforce de surmonter la difficulté que soulève la nécessité de compléter le Statut, qui ne peut naturellement tour régler, par le recours à d'autres normes juridiques.

Le système adopté réduit au minimum la référence aux droits internes des Etats membres. Il soustrait explicitement à l'application de ces droits toutes les matières que le Statut régit. Lorsqu'un point relatif à l'une des matières n'est pas expressément réglé, il doit être tranché:

a) selon les principes généraux dont le Statut s'inspire;
b) à défaut, selon les régles ou principes généraux communs aux droits des Etats membres.

(1) GUYON (Y.) Commissaires aux Comptes (Statut et conditions générales d'exercice du contrôle: in jurisclasseur des sociétés. Paris, 1976, fasciculc 134A n.° 2. Cet auteur cite Kovarik, le commissaire aux comptes et le Wirtschaftsprüfer, Paris, 1966.

(2) Ce qui est normal puisque le Statut SE constitue une loi communautaire qui réglemente l'ensemble du droit des sociétés, certes global, comportant 284 articles. Ce qui ne peut bien évidemment tout réglementer. Par consèquent des lacunes sont inévitables.

Les indications impératives dont devront ainsi s'inspirer les tribunaux ne seront certes pas d'une application aisée, en raison de leur caractère purement abstrait (1).

C'est pourquoi certains commentateurs affirment que la solution du problème "restera lié à la conception même de société européenne, aussi longtemps que l'harmonisation progressive des droits nationaux, poursuivie laborieusement depuis plusieurs années, n'aura pas permis de réaliser pratiquement sinon un droit uniforme des sociétés anonymes, du moins un droit dont les principes et les règles générales seront aussi peu différenciées que possible" (2).

Aussi pour essayer d'y voir plus clair et de cerner l'étude du statut du commissaire aux comptes dans la société européenne, nous ferons appel constamment au droit comparé et en particulier au droit français afin d'éclaircir ou compléter certaines dispositions qui nous sembleront obscures.

Notre étude sera consacrée à l'examen du statut du commissaire aux comptes dans la société européenne. Nous chercherons tout d'abord dans un premier chapitre à exposer l'ensemble des règles de la designation du commissaire aux comptes. Puis nous procéderons dans un deuxième chapitre à l'étude de la dureé et des conditions de cessation des fonctions du commissaire aux comptes.

---

(1) Le Projet de Statut des Sociétés Européennes in R.T.D.E. 1971 p. 570..

(2) R.T.D.E. 1971 op. cit. p. 573. Voir aussi BONASSIES (P.) Le droit du Marché commun et les groupements d'interêt économique, travaux et mémoires de la faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence, Presses universitaires de France, Paris, 1972, p. 43.

CHAPITRE I

DESIGNATION DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

En abordant l'étude (du statut) du commissaire aux comptes la question qui vient tout d'abord à l'esprit est: comment devient-on commissaire aux comptes?

Pour répondre à cette question nous étudierons, tour à tour, dans une première section, les modes de nomination du commissaire aux comptes; dans une deuxième section, les conditions exigées d'une personne pour pouvoir être nommée commissaire aux comptes.

SECTION I

MODE DE DESIGNATION

Savoir de quel organe compétant relève la désignation du ou des commissaires constitue un problème très important dont la solution permet ou non un contrôle efficace de la SE et de l'indépendance de ces professionnels. Qui "constituent dans les sociétés anonymes un organe de contrôle technique et financier que la loi a considéré comme propre à assurer une bonne gestion des Administrateurs" (1).

(1) WISNER (J.) La réforme du commissariat aux comptes in cahier de l'Institut Français des Experts Comptables, Paris, 1970 n.° 2, p. 11.

Comme dans la quasi totalité des pays membres de la Communauté Economique Européenne, le commissaire aux comptes est en règle générale désigné par les actionnaires. Les rédacteurs du Statut ont cependant prévu quelques exceptions.

Nous avons déjà dit que la règle générale est que la désignation du ou ces commissaires aux comptes appartient à l'assemblée générale, mais dans des circonstances particulières les rédacteurs du Statut ont prévu la désignation du commissaire aux comptes par décision de justice.

Nous consacrerons un premier paragraphe à ce qui est la règle générale, c'est-à-dire la désignation du ou des commissaires par l'assemblée générale, et assemblées générales fondatrices, pour étudier, dans un deuxième paragraphe, la désignation exceptionnelle du commissaire aux comptes.

Par. 1
DESIGNATION NORMALE DU COMISSAIRE AUX COMPTES PAR L'ASSEMBLÉE

En effet l'article 204 du Statut qui régit la question de la désignation du commissaire aux comptes déclare que "Le commisaire aux comptes est élu annuellement par l'assemblée générale. Pour le premier exercice, il peut être élu par les assemblées générales des sociétés fondatrices".

Cette disposition de l'article 204 impose implicitement à toute SE d'avoir un ou plusieurs commissaires aux comptes, mais un nombre minimum de commissaires n'est pas exigé (1). Par contre, en France le législateur a exigé la désignation d'un nombre minimum de deux commissaires aux comptes dans le cas d'une société faisant appel public à l'épargne ou dont le capital dépasse cinq millions de francs (2).

---

(1) Sans doute les rédacteurs du Statut n'ont pas jugé nécessaire d'en disposer ainsi; car il peut sembler naturel que des sociétés professionnelles de commissaires aux comptes soient chargées du contrôle des comptes lorsque la SE dont il s'agit est de grande importance.

(2) Cf. article 223 de la loi française sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966 et l'article 186 du décret n.° 67 - 236 du 23 mars 1967.

Nous savons déjà que le commissaire aux comptes est nommé par l'assemblée générale; mais nous savons aussi qu'il peut être nommé par l'assemblée générale (1) des sociétés fondatrices.

Pour mieux pouvoir suivre notre exposé rappelons que "le caractère nécessairement international de la société européenne résulte de l'article 2, plusieurs sociétés existantes, dont deux au moins doivent relever de législations nationales différentes" (2).

Précisons également que la constitution d'une SE peut se faire de trois manières:

— par fusion,
— par création d'une société holding,
— ou par création d'une filiale commune.

De plus une société européenne pourra constituer une filiale dans la même forme juridique que celle de la maison mère. De toute évidence les sociétés fondatrices doivent être des entreprises déjà existantes et avoir déjà la personnalité juridique selon leur droit national.

Ceci dit, il est facile de comprendre que par assemblée générale des sociétés fondatrices, on sous-entend une assemblée générale de chaque société qui va se constituer en SE. Ainsi les actionnaires des deux entreprises déjà existantes décident de se constituer en SE, et par la même occasion ils nomment le ou les commissaires aux comptes pour le premier exercice. Cette disposition a le mérite d'éviter de réunir l'assemblée générale uniquement pour désigner le ou les commissaires aux comptes; d'autant plus que la réunion de l'assemblée générale des actionnaires est une procédure longue et coûteuse (3). Il ne parait pas utile de faire d'autres commentaires sur cette question.

Après ces considérations de caractère général, il conviendra d'apprécier le mode de désignation du commissaire aux comptes, en fonction de l'organe compétent, de l'acceptation des fonctions et de la publicité.

---

(1) L'assemblée générale groupe les actionnaires qui jouissent du droit de vote. Elle doit en principe être réunie au moins une fois par an.

Précisons également que le rôle et l'importance de l'assemblée générale ont été réduits par les rédacteurs du Statut qui ont transféré au conseil de surveillance certaines des attributions qui lui étaient traditionnellement réservées (dans la plupart des droits nationaux). Les auteurs du Statut ont considéré que l'assemblée n'est pas à même d'exercer réellement les fonctions que lui attribuent les législations traditionnelles et ont espéré que le contrôle de la gestion serait mieux assurée par les personnes compétentes qui forment le conseil de surveillance.

(2) VAN RYN (J), Le projet de Statut des sociétés anonymes. R.T.D.E. 1971, p. 564.

(3) Voir p. 20 de cette étude.

A) *Organe compétent*

Nous avons dit que les auters du Statut ont voulu que pour le premier exercice le commissaire aux comptes puisse être élu par les assemblés générales des sociétés fondatrices (1). Cete disposition un peu curieuse peut-être se justifie néanmoins dans l'intention des auteurs du Statut: en effet, ceux-ci on voulu que ce choix du commissaire pût être effectué par les assemblées générales des sociétés fondatrices, mais pas obligatoirement.

D'après cette disposition (art. 204 paragraphe 1) la désignation des premiers commissaires aux comptes n'est pas une prérogative exclusive des assemblés générales des sociétés fondatrices, c'est-à-dire de deux sociétés de deux pays de la Communauté, qui ont décidé de se constituer en une société anonyme européenne (SE); il faut déduire que les actionnaires de chacune de ces deux sociétés lors de la constitution dans une SE ont désigné un, deux ou trois commissaires aux comptes de leur société pour exercer leurs fonctions de la SE. Or cette question introduit un concept libellé de manière trop générale et ouvre par conséquent de la sorte, la voie à une certaine interprétation.

Bien évidemment, la désignation du ou des commissaires par l'assemblée générale constitue la procédure normale (2). Par conséquent, le ou les commissaires sont désignés par les actionnaires réunis en assemblé générale, qui sont libres dans le choix, mais il convient d'ajouter tout de suite que seuls peuvent être commissaires aux comptes, les personnes qui remplissent certaines conditions légales (3), que nous étudierons plus loin.

A présent, il convient de préciser la solution la plus généralement admise par les pays de la communauté européenne.

"Que ce soit en Grande Bretagne, en France ou en Allemagne, c'est à l'assemblée générale annuelle que revient, en principe, le droit de désigner les contrôleurs. Mais là s'arrêt toute similitude entre les droits de ces trois pays.

En effet, les "directors" anglais peuvent procéder à la nomination des premiers "auditors" de la même manière ils peuvent pourvoir à toute vacance fortuite de leur poste. Dans les deux autres pays du continent, il n'est pas question de l'intervention du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance dans cette nomination, bien qu'en

---

(1) Cf. article 204 du Statut paragraphe 1, in fine.
(2) Cf. article 204 paragraphe 1.
(3) Voir ci-dessous section II, par 1, pp. 28 et suivantes.

Allemagne la loi ait prévu que le conseil de surveillance recommande le nom d'un "Wirtschaftsprüfer" ou d'une société de "Wirtschaftsprüfer" et que le directoire lui confie sa mission (art. 163, al. 3 Ak + G). En France les premiers commissaires aux comptes sont nommés par l'assemblée générale constitutive dans les sociétés faisant appel public à l'épargne (art. L 79) et par les statuts dans les autres sociétés (art. L 88)"([4]).

Au cours de la vie sociale de la SE, comme en droit français et des autres pays de la communauté, à l'expiration des fonctions du ou des premiers commissaires, l'assemblée générale des actionnaires a la compétence pour la nomination des commissaires aux comptes ([2]).

Or, le principe est la désignation par l'assemblée générale des actionnaires, ce qui n'est pas à l'abri de toute critique.

Dès lors on a pu proposer — en France — que le pouvoir de désigner le ou les commissaires aux comptes soit attribué au Conseil de surveillance et non pas à l'assemblée générale des actionnaires ([3]). Sur ce dernier point, en droit français, MM. Guyon et Coquereau ont pu affirmer: "bien qu'excellente dans son principe, la désignation par l'assemblée ne suffit pas à assurer l'indépendance des commissaires. Habituellement les associés ne choisissent pas véritablement les candidats. Ils entérinent les propositions des dirigeants" ([4]).

Mais en ce qui concerne le système du Statut, il convient de nuancer cette affirmation ([5]), puisque la disposition du Statut est directement issue du droit allemand. En effet, il est expressément dit dans la proposition première du règlement portant statut des sociétés anonymes européennes présentée par la Commission des C.E. au Conseil le 30 juin 1970, que le choix des rédacteurs concernant les organes de la SE a été fait "en faveur

---

([1]) MAOUD (Y.H.) Le contrôleur des comptes de sociétés (auditor) en droit anglais. Thèse Paris Droit. 1975 p. 81.

([2]) Cf. article 204 paragraphe 1er du Statut et art. 223, al. 1er de la loi française sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966.

([3]) Cette solution fut proposée au cours des travaux parlementaires de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Voir rapport Ass. nat. n.° 1368 t. 3 p. 15 in J.O. déb. Assemb. Nat. du 9 juin 1965 p. 1895.

([4]) GUYON et COQUEREAU: Le commissariat aux comptes. Paris, Librairies Technique 1971, p. 61 cité par ces auteurs Ripert, traité élémentaire de droit commercial, t. 1 par roblot n.° 1218.

([5]) Précisons toutefois que selon le sytème du Statut, l'élection — du commissaire —n'est définitive que si elle ne soulève d'opposition ni de la part du conseil de surveillance ou du directoire, ni de la part des actionnaires minoritaires. Leur opposition doit obligatoirement être motivée par des intérêts de la SE.

du système allemand qui permet une surveillance et un contrôle plus constant et plus efficace".

Dans ce sens précisons que certains auteurs s'accordent à reconnaître que selon le droit allemand, le Conseil de surveillance recommande le nom du commissaire (Wirtschaftsprüfer) ou d'une société de Wirtschaftsprüfer à l'assemblé générale des actionnaires (1)

Enfin, dans la quasi totalité des Etats membres de la CEE, force nous est de constater que la désignation du commissaire aux comptes est une prérogative de l'assemblée générale des actionnaires. C'est donc à juste titre qu'une situation identique est consacrée par les rédacteurs du Statut. En outre nous ne devons pas oublier que les compétences de l'assemblée générale sont limitées. Elle a des pouvoirs bien délimités puisque l'article 83 du Statut prévoit que "les présentes dispositions concernant l'assemblée générale ne portent pas atteinte aux pouvoirs du conseil de surveillance et du comité européen d'entreprise".

Ainsi la désignation du commissaire aux comptes est de la compétence de l'assemblée générale annuelle qui délibère sur les comptes annuels de l'exercice écoulé, puisque le commissaire est élu annuellement.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer que l'assemblée générale statue en principe à la "majorité des voix valablement exprimées", sauf une exception: "les statuts de la société peuvent prescrire des majorités spéciales, sans qu'elles puissent, en aucun cas, dépasser quatre cinquièmes des voix valablement exprimées" (2).

Mais en stricte logique une assemblée générale ordinaire convoquée extraordinairement (3) pourra toujours désigner un commissaire si besoin est; par exemple en cas de carence de l'assemblée générale normalement compétente.

A présent il convient de préciser un autre point essentiel de cette question, de l'organe compétent, qui concerne l'ordre du jour de l'assemblée générale. En effet, l'ordre du jour a une grande importance, car il permet de renseigner les actionnaires sur les questions qui seront débat-

---

(1) Cf. MAOUD (Y.H.) Le contrôleur des comptes de sociétés (auditor) en droit anglais. Thèse Droit Paris II. 1975 p. 81.

(2) Cf. article 91, paragraphe 2 du Statut.

(3) Précisons que le Statut n'établit pas de distinction entre assemblées générales ordinaires et assemblées générales extraordinaires.

(4 et 5) Cf. JUGLART et IPPOLITO, Cours de droit commercial, Paris, Montchrestien 3e éd. T. II 1968, n.os 775.

tues afin que ceux-ci puissent les aborder en connaissance de cause (4); tel est le cas de la nomination du ou des commissaires aux comptes.

C'est ainsi que selon les termes de l'art. 86 paragraphe 4 "l'assemblée ne peut décider sur des questions qui ne sont pas inscrites à l'ordre du jour régulièrement publié qu'à l'unanimité des actionnaires représentant l'intégralité du capital. A défaut de cette unanimité, elle ne peut décider que la convocation d'une nouvelle assemblée générale sur un nouvel ordre du jour".

La désignation du commissaire doit donc obligatoirement figurer à cet ordre du jour. Retenons encore que l'art. 86 paragraphe 2 dispose que: "l'avis de convocation contient l'ordre du jour et les propositions sur les différents points". Cette disposition nous conduit à affirmer que le nom du ou des commissaires dont la désignation est proposée à l'assemblée générale doit figurer à l'ordre du jour.

En tout état de cause certains n'hésitent pas à considérer ce problème de l'ordre du jour "d'une très grande importance" (5).

Mais vraisemblablement, la SE décidera des candidatures des commissaires aux comptes avant la rédaction de l'ordre du jour. Mais cette question ne posera pas de problème majeur puisque en règle générale c'est le nom du ou des commissaires qui ont effectué la vérification de l'exercice écoulé qui sera proposé au vote de l'assemblée générale (1). Ceux-ci auront vraisemblablement accepté de renouvellement de leurs fonctions. Mais il convient cependant d'examiner plus avant ce problème de l'acceptation des fonctions de commissaires aux comptes, qui peut poser des difficultés dans certains cas.

B. *Acceptation des fonctions*

La société européenne doit désigner au moins un commissaire aux comptes. Mais elle ne peut imposer à quelqu'un d'accepter cette tâche. C'est pourquoi nous sommes amenés à parler de l'acceptation des fonctions.

Du reste, le Statut ne prescrit aucun mode d'acceptation des fonctions par le ou les commissaires aux comptes nommés lors de la constitution de la SE et en cours de la vie sociale, car de toute évidence il ne saurait y avoir désignation parfaite sans "accord des volontés de la société

(1) Voir ci-après, chapitre II Section 1 de notre étude pp. 44 et s.

et du commissaire" (1). Afin de répondre à cette question capitale, il faut se reporter au règles ou principes généraux dont le Statut SE s'inspire ou aux principes généraux des Etats membres visés à l'article 7 (2).

Par exemple le Conseil National des commissaires aux comptes français formule la recommandation suivante: "le commissaire pressenti ne peut accepter aucune mission exercée précédemment par un de ses confrères sans avoir au préalable pris contact avec celui-ci, que la mission du prédécesseur ait ou non atteint sa date normale d'expiration."

La même obligation existe à l'encontre du nouveau commissaire vis-à-vis des commissaires restés en fonction.

Toujours selon le droit français, lorsque le remplacement ou le défaut de renouvellement (du commissaire en exercice) a été motivé par le désir de la société d'éluder le contrôle censoriel ou par le refus d'accepter les honoraires demandés, "le commissaire pressenti ne peut entrer en fonction qu'après en avoir référé au président du conseil régional et obtenu son autorisation" (3).

Il est évident qu'il existe des moyens de constater si le commissaire désigné accepte ou non ses fonctions (4):

a) si le commissaire est présent à l'assemblée générale, son acceptation sera consignée dans le procès-verbal et constatée par sa signature à la suite d'une mention manuscrite: "Bon pour acceptation des fonctions de commissaires aux comptes".

b) s'il n'est pas présent à l'assemblée, le commissaire peut donner son acceptation par écrit au moyen d'une lettre, mais dans ce cas cette

---

(1) GUYON et COQUEREAU op. cit. n.° 64.

(2) En effet l'article 7 stipule que:

1. Sauf disposition contraire, les matières que le présent statut régit, même sur les points qu'il ne règle pas expressément, sont soustraites à l'application des droits des Etats membres. Lorsqu'un point n'est pas expressément réglé, il doit être tranché:

a) selon les principes généraux dont ce Statut s'inspire,

2b) si ces principes généraux ne permettent pas de trancher la question, selon les règles ou principes généraux communs aux droits des Etats membres.

Pour l'application du présent réglement, les règles ou principes généraux des droits des Etats membres visés au paragraphe *b* ci-dessus en font partie intégrante.

2. Les matières qui ne sont pas régies par le présent Statut sont soumises au droit national applicable en l'espèce.

(3) Lamy sociétés 1978 p. 313.

(4) Nous nous somes guidés sur le système français pour baser nos affirmations.

acceptation doit être préalable pour pouvoir être annexée au procès-verbal (1).

Mais rien n'empêche d'admettre une acceptation tacite du commissire résultant de l'exercice effectif des fonctions par le commissaire. Telle a été la position de certains auteurs et de certaines décisions de jurisprudence concernant la loi française du 24 juillet 1867 qui ne prévoyait pas de forme d'acceptation (2) à l'instar du Statut.

Le caractère permanent de la fonction du commissaire aux comptes nous conduit en stricte logique à conseiller l'acceptation expresse et immédiate par le commissaire aux comptes.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer qu'en France, l'ordre des experts comptables: et comptables agrées a recommandé à l'occasion de l'étude présentée au XXV^{e} Congrès national la formule suivante: "le plus souvent le commissaire aux comptes, dont la nomination est proposée à l'assemblée devra faire connaître très rapidement la société qu'il aura à contrôler. Bien que la loi n'est rien prévu à ce sujet, il convient à la société de fournir au commissaire pressenti tous renseignements que celui-ci pourrait demander. Il est souhaitable également qu'il puisse prendre contact, après accord de la société, avec son prédécesseur" (3). La même remarque vaut tout naturellement pour le commissaire de la SE.

Nous avons donc pu constater que le Statut est muet sur la question de l'acceptation des fonctions par le commissaire aux comptes.

Nous insistons encore une fois sur la nécessité (pratique) de l'acceptation des fonctions de commissaire aux comptes, étant donné le caractère permanent de la mission de ces professionnels comme l'atteste la mention au régistre européen du commerce (4). C'est pourquoi ces deux motifs nous conduisent à nous prononcer pour une acceptation expresse. Pour renforcer cette opinion, rappellons que les organismes professionnels — tels qu'ordre des experts comptables et des comptables agrées et l'institut français des experts comptables — font nettement ressortir la nécessité

(1) Cette remarque vaut naturellement aussi en ce qui concerne les premiers commissaires.

(2) En ce qui concerne la position française voir ordre des experts comptes et comptables agrées. "L'exercice du commissariat aux comptes, paris, 1970 p. 21.

(3) Le commissarial aux comptes op. cit. p. 23.

(4) C'esl ce qui ressorl de l'article 94 du Statut implicitement.

d'une acceptation expresse, immédiate et sans doute de préférence préalable, des fonctions de commissaire aux comptes. Car "tout élu doit accepter ses fonctions".

Mais la nominations ne sera véritablement parfaite qu'après la publicité.

C. *Publicité de la désignation*

La désignation du ou des commissaires, intéressant non seulement la SE mais aussi des tiers en contact avec elle, a été entourée de certaines mesures de publicité.

C'est ainsi que la publicité de la désignation du ou des commissaires de la SE est assurée grâce au jeu de l'article 94 intitulé — "Procès-verbal de l'assemblée générale — combiné avec l'article 204, paragraphe premier.

L'article 94 prévoit ainsi, à son paragraphe premier que "le procès--verbal de l'assemblée générale est établi par le notaire: il fait mention... des décisions prises par l'assemblée générale" — puis il ajoute dans le paragraphe trois in fine que "deux copies légalisées du procès-verbal et de ses annexes sont déposées auprès du registre européen du commerce".

En stricte logique les dispositions ci-dessus énoncées organisent implicitement la publicité, de la désignation à la fonction de commissaire aux comptes par l'assemblée générale. Celle-ci établit un procès-verbal qui est déposé auprès du registre européen du commerce (1), ce qui implique de toute évidence une publicité de la désignation de la fonction de commissaire organisée d'une manière permanente.

Nous ne pouvons que constater l'absence de dispositions précises et détaillées à ce sujet. Il convient donc de se reporter aux principes généraux dont le Statut s'inspire.

Dans cet ordre d'idées l'article 9 (2) du Statut intitulé 'Publication des actes relatifs à la SE' a pris le soin de fare incérer les publications concernant la SE aux bulletins officiels des publications des sociétés anonymes de l'Etat où la SE a son siège.

---

(1) Il faut observer que le registre européen de commerce doit être considéré comme un instrument de publicité de droit commun auquel le bénéficiaire de l'information peut se référer, quel que soit l'objet de sa sollicitude.

(2) L'article 9 du Statut dispose en effet que: "toutes les publications concernant le SE paraissent au Journal officiel des Communautés européennes et aux bulletins officiels des publications des sociétés anonymes de l'Etat membre où la SE a son siège. La publication

Nous serons conduit dans un premier temps à examiner les formalités de publicité de la désignation du commissaire dans un système national, en l'occurence le système français, afin d'aboutir par la suite à des conclusions de caractère plus général.

Nous nous limiterons ici uniquement à énoncer dans ses grandes lignes les modalités de la publicité de la désignation du commissaire français. Cette publicité est assurée en droit français par des règles bien précises et complètes. C'est ainsi que la société (1) doit accomplir les formalités suivantes: Publication dans un journal d'annonces légales indiquant les nom, prénom usuel et domicile du ou des commissaires aux comptes désignés (art. D. 285, alinéa 3-10° et D. 287).

Du reste il est intéressant de noter que déjà en 1936, en ce qui concerne le système français, un auteur a pu écrire que "pour réaliser une publicité vraiment efficace, à la portée de tous les intéressés, l'idéal serait que le public puisse trouver dans de nombreux endroits, greffes des tribunaux de commerce, chambres de commerce, tous les renseignements qu'il désire sur une société quelconque. Ainsi il n'y aurait que le minimum de dérangement et de frais pour les intéressés" (2). Sur ce dernier point le Statut propose une solution plus réaliste puisque le registre du commerce semble réunir les conditions de cet idéal.

Le système français prévoit enfin les deux modalités suivantes: d'une part, en cas de changement de ou des commissaires, la publicité doit être identique. C'est-à-dire qu'il y aura lieu de procéder à une publication dans un journal d'annonces légales (3). Pour le Statut, la situation est identique à la précédente.

---

au Journal officiel des Communautés européennes fait foi seulement dans la langue originale.

Les organes de publication visés au paragraphe précédent son dénomés ci-après "journaux de la société". Puis l'article 9a intitulé: "Effets de la publication précise que "les actes qui doivent être déposés au registre du commerce et les indications qui doivent y être inscrites ne sont opposables aux tiers qu'après la publication visée à l'article 9, à moins que la société prouve que le tiers en avait connaissance. Toutefois, pour les opérations intervenues avant le 16e jour après le jour de la publication, ces actes et indications ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance".

(1) Nous entendons par société uniquement les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

(2) BERTHAULT (A.) La publicité des sociétés de commerce, avant et après Décret loi BO. 10 1935, Thèse, Paris 1936 (telle était la conclusion de cette thèse).

(3) Cf. art. 287 de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

D'autre part, le nom du commissaire aux comptes doit figurer au registre du commerce. Ici aussi la situation est identique à celle du Statut.

On peut dire qu'il y a identité d'esprit des dispositions françaises et de celles du Statut à l'égard de la publicité permanente, car le texte français précise qu'à toute époque de l'année, toute personne, même non actionnaire peut se faire communiquer au siège social — (en annexe à une copie des statuts) — la liste des commissaires aux comptes en exercice ([5]).

Dans cet ordre d'idées, l'article 8 paragraphe 4 du Statut prévoit que: "toute personne peut prendre connaissance du registre européen du commerce et de ses annexes, ainsi que des documents qui y sont déposés". Il y a sur ce point identité d'esprit entre les deux systèmes dans la mesure où le registre européen du commerce contient la liste des commissaires aux comptes en exercice.

Par ailleurs, il faut ajouter que selon le sytème français — décret 69/810 du 12 août 1969 — le commissaire nommé en cette qualité dans une société doit notifier sa nomination au conseil régional de la compagnie dont il est membre, par lettre recomandée dans un délai de 8 jours, et le conseil régional en informe le conseil national. Il s'agit là d'une réglementation qui concerne l'organisation professionnelle, qui ressort de la réglementation de chaque Etat membres des communautés.

Il semble finalement que le système retenu par le Statut s'inspire largement du droit allemand et dans une moindre mesure du droit français. Au surplus "on y décèle una tendance quasi systématique à ne retenir que les disposition nationales les plus contraignantes avec pour conséquence qu'on aboutit à une réglementation pas trop rigide et détaillée sur de nombreux points" ([2]), ce qui explique ses avantages ou inconvénients de certains de ses éléments. Il s'agit aussi de poursuivre notre comparaison lorsque la désignation du commissaire aux comptes s'insère dans des circonstances exceptionnelles, lorsque celui-ci n'est plus désigné par l'assemblée générale des actionnaires mais par l'autorité judiciaire.

([1]) Décret n.° 67-236 du 23 mars 1967 art. 153 al. 2.

([2]) KEUTGEN (G.) et HUYS (M.) Demain, la Société Européenne in Journal des Tribunaux 1971 p. 490.

Par. 2
DESIGNATION EXCEPTIONNELLE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES PAR DECISION DE JUSTICE

Mais la désignation du commissaire aux comptes par l'assemblée générale est seulement la règle générale. A certains moments de la vie de la SE, la désignation du commissaire aux comptes selon la procédure normale peut ne pas être convenable et même parfois impossible.

A défaut de désignation par l'assemblée générale ou si une personne nommée en qualité de commissaire ne peut remplir sa tâche, l'autorité judiciaire a le pouvoir de désigner un commissaire. Cette hypothèse demeure malgré tout exceptionnelle puisque l'article 204 dans son paragraphe 2 dispose que "si l'assemblée générale ne procède pas à la nomination em temps utile, ou si une personne nommée ne peut remplir sa tâche, le tribunal du siège nomme un commissaire aux comptes à la demande du conseil de surveillance ou d'un actionnaire". Par conséquent, le texte du Statut énumère limitativement les cas de nomination judiciaire. Cette disposition est issue du droit allemand (1), et dans une moindre mesure de la loi française puisque celle-ci ne prévoit que l'hypothèse où l'assemblée a omis d'élire un commissaire.

Mais le Statut a également prévu la nomination judiciaire après la récusation du commissaire par l'assemblée générale, ceci afin de préserver l'impartialité du commissaire aux comptes. En effet, à l'instar du droit allemand, il accorde au directoire, conseil de surveillance et à la minorité des actionnaires, la possibilité de demander au tribunal du siège de la SE de récuser (2) — pour motif grave — un commissaire aux comptes nommé par l'assemblée générale et désigner une autre personne à sa place.

---

(1) En effet, l'article 163 de la loi sur les sociétés par actions du 6 septembre 1965 (Aktiengesetz) dispose à l'alinéa 3 que: "lorsque l'assemblée générale a laissé écouler l'exercice sans avoir élu de commissaire aux comptes, le tribunal doit les désigner à la requête de la direction, du conseil de surveillance ou d'un actionnaire. Il en est de même lorsqu'un commissaire élu a refusé d'accepter sa mission de contrôle, a fait défaut ou n'a pas pu terminer son contrôle en temps utile que l'assemblée générale n'a pas élu un autre commissaire".

(2) Précisions que les auteurs du Statut n'utilisent pas l'expression récusation, mais celle de révocation; à l'instar du législateur allemand, cf. article 163, alinéa 2 de l'Aktiengesetz du 6 septembre 1965.

— Nous verrons plus loin en détail cette question de la récusation du commissaire nommé par l'assemblée aux pp. 61 et suivantes de cette étude.

En revanche, le texte français ne protège que la minorité, alors que "le droit anglais semble étranger à ces questions. La minorité y est bien moins protégée" (1).

Par conséquent, la désignation d'un commissaire aux comptes par décision de justice peut être envisagée à un double point de vue:

— comme moyen d'assurer le pouvoir régulier de la personne morale;
— comme moyen de protéger les minoritaires.

A) *Moyen d'assurer le fonctionnement régulier de la personne morale*

Encore une fois il nous faut constater que l'article 204, paragraphe 2, précise qu'à défaut de désignation du ou des commissaires par l'assemblée générale des actionnaires, ou si une personne nommée en qualité de comissaire ne peut remplir sa tâche, le conseil de surveillence ou tout actionnaire peut demander en justice la désignation de celui-ci.

Cette procédure est exceptionnelle. Par ailleurs, il en résulte une continuité de plein droit dans le contrôle de la SE. En effet, nous savons que la réunion d'une nouvelle assemblée générale nécessite un certain délai, au minimum d'un mois (2) alors que la désignation du commissaire en justice est rapide (3).

Une comparaison avec les autres systèmes européens, à notre avis, sera le meilleur moyen de bien comprendre l'importance de ces dispositions. En effet, nous avons signalé précédement que la principale différence entre la réglementation française et la solution proposée par le Statut tient au fait que le système français ne prévoit de désignation judiciaire que l'assemblée générale omet de désigner un commissaire aux comptes. En effet, l'article 224, alinéa 3 de la loi française du 24 juillet 1966 ne vise que

(1) MAOUD. (Y.H.) Le contrôleur des comptes de sociétés (auditeur) en droit anglais, Thèse, Paris, 1975 p. 89.

(2) Cf. article 86, paragraphe 1 (intitulé procédure de convocation) dispose que l'assemblée générale est convoquée au moins un mois avant la date de la réunion.

(3) On notera qu'en droit français la désignation du commissaire aux comptes par décision de justice ordonnance de référé constituc un moycn rapide, peu côuteux et efficace, alors que la convocation de l'assemblée générale nécessite un délai relativement important (20 Jours à un mois). En Allemagne, selon l'article 163 de L'Aktiengesetz la désignation en Justice est soumise à une procédure sur requête. En effet, cette procédure est encore plus rapide que la procédure française de référé qui suppose une assignation.

l'ommission et non le refus. En revanche, le Statut ajoute: "si une personne nommée ne peut remplir sa tâche, le tribunal du siège nomme un commissaire aux comptes...". Nous croyons pouvoir affirmer à juste titre que cette dernière disposition permet de mieux éviter l'absence de vérification par le commissaire aux comptes pour un temps déterminé. En somme la mission de vérification permanente est bien assurée, mieux qu'en droit français.

Enfin, il est permis de constater que les rédacteurs du Statut ont suivi la tendance récente qui est l'accroissement du rôle du juge dans la vie des sociétés; ceci dans le but d'éviter des abus possibles dans certaines circonstances particulières.

C'est ainsi que "si une personne nommée (par l'assemblée générale) ne peut remplir sa tâche, le tribunal du siège nomme un commissaire aux comptes à la demande du conseil de surveillance ou d'un actionnaire" (1). Il en est de même au cas où il y a récusation du commissaire nommé par la assemblée générale, c'est-à-dire s'il y a opposition (2), de la part du directoire, du conseil de surveillance, ou de la minorité des actionnaires. Il y a donc désignation par le juge d'un nouveau commissaire à la place du commissaire nommé par l'assemblée générale (3).

En outre, nomination judiciaire intervient: par suite du refus du commissaire aux comptes désigné d'accepter ses fonctions, ou d'impossibilité survenant d'accepter la mission (décès, incapacité, nullité, constatés ultérieurement, il faut admettre aussi empêchement dans l'exercice) (4).

La comparaison du texte français et du Statut permet de souligner, pour commencer, une similitude des principes concernant le recours au tribunal.

Des différences sont néanmoins à signaler, car la solution retenue par le législateur français est moins complète que celle du Statut, car la loi française prévoit certes la nomination du ou des commissaires par voie judiciaire, dans le cas où l'assemblée générale a omis de procéder à cette désignation.

Mais cette disposition offre cependant des différences avec les dispositions du Statut. C'est ainsi que le législateur français n'a pas prévu la

---

(1) Article 204, paragraphe 2.

(2) L'opposition doit être motivée par la justification d'un motif grave.

(3) Article 204, paragraphe 3.

(4) C'est du moins ce qu'on admet en droit allemand; or nous savons que le modèle du Statut est inspiré du modèle allemand. A cet égard, cf.

Le projet du Statut des sociétés anonymes européennes in R.T.D. 1971, p. 585.

désignation par voie judiciaire dans l'hypothèse d'empêchement ou de refus d'un ou de plusieurs commissaires nommée par l'assemblée générale, mais seulement dans l'hypothèse où cette assemblée n'a pas procédé à une désignation. D'autre part, le commissaire aux comptes, nommé par justice, n'est investi que d'un mandat provisoire qui cesse dès que l'assemblée générale procède elle-même à la désignation.

Par conséquent, en droit français "le recours à la voie judiciaire ne sera justifié que dans la mesure où il n'est pas procédé à une convocation de l'assemblée" (1).

Après ces remarques on voit que la solution retenue par les rédacteurs du Statut assure par rapport au système français, un moyen plus efficace d'assurer le fonctionnement régulier de la personne morale de la SE.

Certes, la jurisprudence française — faute de meilleure rédaction de l'article 224, alinéa 3 (2) de la loi française et de sa brièveté — a été conduite à développer une interprétation extensive de cet article. En effet, une tentative assez hardie a été entreprise par le tribunal de paris (3). C'est ainsi que le juge des référés dans la décision susmentionnée "adopte une interprétation extensive en désignant un commissaire dans l'hypothèse où le décès de l'un des titulaires, en fonction dans une société cotée (en bourse), empêchait le déroulement régulier de la vie sociale" (4).

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence française ne pourra pas pallier une absence possible de contrôle de la part du commissaire. Certes, tout actionnaire peut demander en justice la désignation d'un commissaire si l'assemblée a omis de le faire. Mais nous savons par ailleurs qu'on observe une évolution dans le comportement des actionnaires. Ceux-ci suivent rarement la marche de la société, et les dirigeants seront satisfaits de cette situation, c'est-à-dire de l'absence du commissaire.

C'est donc à juste titre que le Statut laisse non seulement cette possibilité à tout actionnaire mais aussi au conseil de surveillance — organe du

---

(1) TROUILLAT (R.) Le droit nouveau des sociétés commerciales (loi du 24 juillet 1966 et les textes d'application commentés; Paris, Entreprise Moderne d'Edition, 1967, p. 204.

(2) Cet article 244 dans son alinéa 3 dispose en effet: "Si l'assemblée omet d'élire un commissaire, tout actionnaire peut demander en justice la désignation d'un commissaire aux comptes, le président du conseil d'administration ou du directoire dûment appelé; le mandat ainsi conféré prend fin lorsqu'il a été pourvu par l'assemblée générale à la nomination du ou des commissaires".

(3) Voir une ordonnance de président du tribunal de Commerce de Paris, du 21 janvier 1970, Gaz. Pal., 1970, L. 228, Rev. Soc. 1970, p. 724, Bull. fédér. commis. soc. n.° 20 p. 22.

(4) GUYON, op. cit. juris. soc. n.° 134A p. 16, n.° 52.

conseil et organe permanent — dont la mission principale est aussi le contrôle de la gestion. Par conséquent, il utilisera son droit dès qu'il y aura absence d'un commissaire; On peut donc en déduire que le système français par rapport aux dispositions du Statut est moins complet.

Il convient de rappeller qu'en France, on a pu suggérer que le commissaire aux comptes soit nommé par le tribunal comme le sont les commissaires aux apports ou les administrateurs provisoires de société (1), c'est-à-dire que la désignation judiciaire devienne la règle. Or, ce projet, a-t-on rappelé, éloignait le droit français des droits des autres Etats membres des communautés européennes; il déposséderait l'assemblée des actionnaires d'une prérogative importante. "Enfin la mise en œuvre de cette désignation judiciaire serait particulièrement difficile compte tenu des commissaires qui devraient être désignés chaque année" (2).

Ainsi les rédacteurs du Statut ont trouvé une réglementation très satisfaisante en consacrant la solution traditionnelle.

En définitive, nous croyons pouvoir dire que la décision judiciaire du commissaire aux comptes a pour moyen d'assurer le fonctionnement régulier de la société, d'une part, mais aussi un moyen de protéger les minoritaires, d'autre part.

B) *Moyen de protéger les minoritaires*

En vue de protéger les actionnaires minoritaires, plusieurs législations nationales ouvrent à ceux-ci le droit de demander la récusation possible en justice du commissaire désigné par l'assemblée générale des actionnaires.

Compte tenu de la tendance actuelle qui vise à protéger les actionnaires minoritaires, les rédacteurs du Statut ont consacré une attention particulière à cette question. En effet, ils offrent la possibilité, à un petit groupe d'actionnaires ou à un seul — "disposant d'au moins 5% de capital ou d'actions d'une valeur nominale de cent mille unités de compte" — de récuser un commissaire nommé par l'assemblée générale et de nommer un autre à sa place mais uniquement pour "motif grave" (3).

---

(1) Cf. Discours du Garde des Sceaux du 31 mars 1976 à l'occasion de la Conférence du Conseil National des Commissaires aux Comptes in Gaz. Pal. 1976. 1. doc. 281.

(2) GUYON (Y.) L'indépendance du commissaire aux comptes in J.C.P. doc. 1977 I. 2831. (Cité par cet auteur: Bul. cons. nat. com. comptes 1976, 4).

(3) Cf. article 204, paragraphe 3.

Ces minoritaires ont évidemment tout intérêt à ce que le contrôle s'exerce de manière objective. Se méfiant de la politique des majoritaires (1), ils pourront découvrir des abus de majorité avant que ces abus n'aient entraîné de conséquences irrémédiables (2), si cela se produit au cours des exercices successifs, car le ou les commissaires sont élus annuellement.

C'est pourquoi il est expressément prévu que les minoritaires pourront récuser un commissaire nommé par l'assemblée et avoir ainsi en quelque sorte leur commissaire. Mais il faut immédiatement ajouter qu'il ne s'agit point d'une disposition visant à diminuer l'autorité des commissaires nommés par l'assemblée générale des actionnaires, puisque le choix du commissaire est contesté "a priori" (3). En effet, sa récusation doit être justifiée par un motif grave. Par ailleurs, le motif invoqué doit être soumis à l'appréciation de l'autorité judiciaire qui décide s'il y a motif grave, ce qui écartera toute possibilité d'abus.

Derechef, cette disposition est réaliste puisqu'il s'agit d'une mesure propre à assurer, d'une manière souple et efficace, le respect des droits de cette minorité sans permettre des abus.

Il convient de bien préciser que le Statut, à l'instar du droit allemand, n'utilise pas l'expression récusation mais révocation.

Enfin, précisons avec M. Kovarik que la nécessité de sauvegarder les intérêts des associés minoritaires face aux majoritaires est un impératif de première grandeur, et cela permet sans doute d'éviter la "dévotion" du ou des commissaires aux intérêts de cette majorité (4).

Mais que faut-il entendre par motif grave?

De toute évidence, le simple défaut de confiance des actionnaires minoritaires ne suffit pas à légitimer la récusation car cela ne porrait pas être accepté par le juge comme un "motif grave".

---

(1) Cf. SCHMIDT (D.) Les droits de la minorité dans la société anonyme, Paris, Sirey, 1970, p. 12.

(2) Cf. GUYON (Y.) Jurisclasseur des sociétés n.º 134 A, n.º 53.

(3) Car cette demande de récusation doit être introduite dans un délai de deux semaines après la nomination par l'assemblée générale. Ce court délai se justifie. Voir à ce propos nos remarques à la p. 65 de cette étude.

(4) Lamy Sociétés 1977, n.º 1082.

A notre avis, une récusation du commissaire serait possible dans les cas suivants:

— un manque d'impartialité déjà relevé dans l'exercice précédent de ses fonctions, dès lors qu'il revêt une certaine gravité;

— dans le cas où un commissaire a été désigné à la majorité des actionnaires, dès lors qu'il existait un conflit profond et grave entre la majorité et la minorité.

Les remarques que nous venons de faire à propos de la notion de "motif grave" montrent implicitement que l'impartialité et l'indépendance du commissaire aux comptes à l'égard de la minorité, sont des notions subjectives bien difficiles à mettre en œuvre. C'est pourquoi, il appartiendra au juge du tribunal du siège de la SE d'apprécier dans chaque espèce si les faits invoqués constituent un motif grave qui justifie la récusation du commissaire, et donc la nomination d'une autre personne à sa place.

Il n'est pas sans intérêt de comparer les dispositions du Statut et la situation française, afin de préciser certains points.

En droit français, nous savons que l'une des premières préoccupations du législateur a été la défense des actionnaires minoritaires. C'est ainsi que l'article 225 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit qu'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent obtenir en justice la récusation d'un ou plusieurs commissaires aux comptes nommés par l'assemblée et, corrélativement la désignation de nouveaux commissaires ayant les mêmes fonctions que les précédents et venant s'y substituer.

Une demande motivée doit à cette fin être adressée, dans un délai de 30 jours à compter de la nomination contestée, au Président du tribunal de commerce qui statue en référé.

A vrai dire, les dispositions que nous venons d'énoncer ainsi que celles du Statut sont directement inspirées des dispositions de l'article 136 de la loi allemande de 1937 qui ont été reprises par l'article 163 de la loi sur les sociétés par actions du 6 septembre 1965 (Aktiengesetz).

En définitive, les dispositions, prises dans leur ensemble, relatives à la désignation judiciaire considérée comme moyen de protéger les minoritaires prévues par le Statut, nous paraissent heureuses et harmonieuses, car le Statut permet aux minoritaires le remplacement par décision de justice du commissaire aux comptes nommé par l'assemblée générale. Mais uniquement pour "motif grave" donc sans possibilité d'abus: le Statut sur cette question étant conçu avec pragmatisme. On peut, dès lors, en déduire

qu'on a évité toute possible controverse sur l'interprétation de la disposition. En revanche, nous savons que la disposition française donne lieu à des analyses doctrinales savantes mais contradictoires entre les partisans d'une thèse de l'interprétation restrictive de l'article 225 de la loi du 24 juillet 1966 (1) et ceux favorables à une interprétation moyenne.

Ainsi pour le Professeur Guyon la récusation peut être motivée par le fait que les minoritaires suspectent le commissaire de manquer d'impartialité, d'indépendance ou de compétence. M. Guyon s'oppose contre une interprétation restrictive, contraire à l'esprit de l'article 225 de la loi du 24 juillet 1966 qui tend à la protection des minoritaires, et à une interprétation extensive, puisque le simple fait qu'existe une minorité ayant des intérêts distincts n'est pas un motif suffisant de récusation (2).

Par ailleurs ce manque de précision du texte français a conduit la doctrine et la jurisprudence à le compléter en quelque sorte et surtout à préciser la lettre de l'article 225. C'est ainsi que M. Dalsace a pertinement fait observer que "ce texte offre plus d'intérêt théorique que réellement pratique" (3).

A l'opposé M. Guyon a pu affirmer que "l'article 225 est sans doute l'un des textes les plus significations et les plus riches de conséquences de la réforme de 1966" (4).

Nous constations donc que la solution du Statut est plus heureuse que la solution française en la matière. Du reste, encore une fois dans le Statut existe l'idée de récusation bien que les rédacteurs ne parlent de révocation. Mais cette récusation n'a lieu que lorsque le demandeur, devra faire état d'un motif grave.

Cette condition évitera de suspecter la compétence et l'honorabilité du commissaire. Tel ne semble toutefois pas être le cas du droit français (5).

Par conséquent nous croyons que l'analyse, à laquelle nous venons de nous livrer, a mis en évidence que le Statut prend le meilleur des législations nationales et par ce fait la SE constitue la réalisation d'une véritable harmonisation des législations nationales nécessaires au fonctionnement du

---

(1) DALSACE (A.) note sur Cour d'Appel Paris, 11 juillet 1969 D. 1969, p. 517.

(2) GUYON (Y.) note sur Paris, 1ère chambre: arrêt du 11 juillet 1969, qu'infirme Trib. Comm. Paris (ordonnance de référés) du 9 mai 1969, in J.C.P. 1969, II, 16081 et éd. C.I. 87149.

(3) DALSACE référence précitée.

(4) GUYON (Y.) note sur Paris: 11 juillet 1969 in J.C.P. 1969, 16031.

(5) Cf. DALSACE (A.) note sur Paris, 11 juillet 1969 in D. 1969, p. 517.

Marché Commun unique. Mais on ne peut pas se contenter de rapprocher les législations. Le but suprême du Statut se situe au-dessus des frontières juridiques, et se rattache directement à l'ordre juridique communautaire (1).

Les modes de désignation ne suffisent pas à garantir l'efficacité du contrôle exercé par le ou les commissaires aux comptes. C'est pourquoi les auteurs du Statut ont voulu donner aux commissaires des conditions permettant de garantir la compétence et l'indépendance dont jouissent les commissaires qui se situent au niveau des dispositions nationales les plus contraignantes.

SECTION II
CONDITIONS DE DESIGNATION DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Les conditions nécessaires pour devenir commissaire aux comptes sont très importantes. En imposant de telles conditions, les rédacteurs du Statut s'efforcent de faire une sélection des hommes qui défendront les intérêts d'innombrables actionnaires et créanciers.

C'est pourquoi il est demandé au commissaire aux comptes de satisfaire préalablement à certaines conditions de fond qui sont étroitement liées à leur capacité professionnelle. Ainsi un commissaire, ressortissant d'un pays membre du Marché Commun, pour pouvoir exercer ses fonctions dans la SE, doit remplir certaines conditions: justifier d'une formation et d'une expérience suffisantes pour l'exercice de cette mission, acquises selon une procédure d'admission et d'examen légalement organisée ou reconnue et agréée dans un des Etats membres pour la vérification des comptes annuels des sociétés anonymes dont les actions sont négociées en bourse (2).

---

(1) BONASSIES (P.) Le droit du Marché Commun et les groupements d'intérêt économique, travaux et mémoires de la faculté de droit et de scienees politiques d'Aix-en-Provence, Presses Universitaires de France, Paris, 1972, p. 43.

(2) Article 203, paragraphe 2.

Mais les rédacteurs du Statut se sont en outre préocupés de ce que soit assurée au commissaire aux comptes l'indépendance nécessaire à l'accomplissement de sa mission; car, l'indépendance du commisaire est le fondement de tout contrôle efficace des comptes, contrôle préalable nécessaire à l'information des actionnaires.

Par ailleurs, on a pertinement fait observer que "non seulement le commissaire juge les comptes, mais il tend à devenir de plus en plus la conscience juridique et morale de la société". Ces affirmations font autorité à l'égard de tous: directoire, actionnaires majoritaires ou minoritaires, créanciers sociaux, salariés, etc...

Comment le commissaire pourrait-il remplir une mission aussi élévée s'il n'était pas totalement indépendant et objectif, mais aussi compétent?

Ces remarques étant faites, nous étudierons les règles destinées à garantir la compétence professionnelle du commissaire (paragraphe 1) et à assurer son indépendance à l'agard de la SE ou d'une entreprise dominante ou dépendante de la SE (paragraphe 2).

Par. 1
CONDITIONS GARANTISSANT LA COMPETENCE

Les auteurs du Statut ont porté une attention particulière à la compétence du commissaire aux comptes, car elle constitue une condition primordiale qui permet à celui-ci d'atteindre l'efficacité et le prestige qu'on est en droit d'attendre de lui.

Le principe de la compétence du commissaire aux comptes n'est pas en questin. En effet, la compétence est constituée par l'aptitude intellectuelle et morale à remplir correctement la mission assignée. En revanche la définition de ses compétences est assez délicate (1).

"De toute évidence, le commissaire ne saurait certifier valablement les documents de fin d'exercice, ni remplir ses autres missions légales s'il n'est pas compétent pour le faire" (2).

(1 et 2) L'exercice du commissariat aux comptes. Ordre des experts comptables et comptables agrées, Paris, 1970, p. 54. Ces remarques concernant le commissaire français s'appliquent tout naturellement en ce qui concerne le commissaire dans la SE.

Il convient de se demander à quelles connaissances correspond cette compétence du commissaire. Par exemple, le droit français présume la compétence du commissaire aux comptes de la détention d'une triple formation, correspondant à l'acquisition de trois séries de connaissances professionnelles: comptables, juridiques, économiques.

Des connaissances comptables tout d'abord. En effet "le commissaire ne saurait se contenter de connaître — et même de bien connaître — les règles traditionnelles qui président à l'application du plan comptable générale et des plans comptables particuliers, aux écritures intéressant les comptes de bilan et de gestion ainsi qu'à la détection des erreurs et des fraudes. Il doit maîtriser toujours davantage, non seulement les techniques de comptabilisation, mais encore celles de l'organisation administrative et comptable et celles du contrôle et de la révision" (1).

Aussi vaste que soit ce premier programme, son exécution ne saurait suffire. Un commissaire digne de ce nom n'est pas seulement un comptable, c'est aussi un juriste. La diversité des problèmes auxquels il est confronté dans ce domaine permet d'apprécier, sinon de mesurer, l'étendue des connaissances nécessaires.

En premier lieu, un commissaire aux comptes doit maîtriser le droit des sociétés, voire tout le droit commercial pour apprécier à posteriori la régularité d'une opération et même pour donner aux membres du directoire, avant la décision définitive, les apaisements nécessaires. Aussi les commissaires français ont-ils dû fournir depuis 1966 à leurs clients des avis beaucoup plus nombreux que par le passé du fait de la promulgation de la loi du 24 juillet.

"En second lieu, les incidences comptables des dispositions fiscales sont si fréquentes qu'une connaissance approfondie du droit fiscal est indispensable, qu'il s'agisse de l'application de la T.V.A., de l'amortissement dégressif, des déductions sur investissements ou des provisions pour hausse des prix" (2).

Par ailleurs, il est conseillé au commissaire de faire preuve de ses psychologique, de ce qu'on appelle du "flair" puisqu'il doit souvent s'en

---

(1) L'exercice du commissariat aux comptes. Ordre des experts comptables et comptables agrécs. Paris 1970, p. 54-55.

Voir PONTAVICE (E. du) Le commissaire aux comptes dans les lois des 24 juillet 1966 et 4 janvier 1967 sur les sociétés commerciales, in Mélanges Cabrillac, Paris 1968, p. 399.

(2) L'exercice du commissariat aux comptes. Ordre des experts comptables et des comptables agrées. Paris, p. 55.

remettre à des attestations des tiers. Enfin, il doit posséder une culture étendue pour trouver la solution des problèmes complexes et vastes.

En dernier lieu, il lui est indispensable de posséder une formation économique. Il faut entendre par formation économique la possibilité d'etre capable de situer les problèmes comptables dans le contexte de l'entreprise, de la profession, de l'économie toute entière, de traduire ces relations par les chiffres et d'en faire la synthèse.

C'est en définitive une espèce d'aptitude à dominer les questions.

"Cette aptitude suppose une bonne culture générale ainsi qu'une certaine classe intellectuelle. Elle suppose aussi la connaissance et parfois la maîtrise de toute une série de techniques:

— techniques d'analyse économique et financière (méthode des ratios, etc.),
— techniques générales de gestion (détermination des secteurs plus ou moins rentables, contrôle budgétaire, etc.),
— techniques propes à l'entreprise (grandes lignes du processus de fabrication, caractéristique des méthodes de vente et du marché, etc.)" (2).

Toutes ces techniques sont très utiles pour contrôler les informations fournies par le directoire, soit pour orienter un contrôle plus appronfondi, soit pour apprécier la vérité des données comptables.

Quoi qu'il en soit les garanties de compétence du commissaire aux comptes sont très délicates à déterminer, ainsi que nous l'avons signalé, en raison de la nature du contrôle de la gestion. Celui-ci implique aussi l'appréciation par le ou les commissaires de la conduite des hommes qu'ils sont chargés de contrôler, puisqu'aux termes de l'art. 207, le commissaire doit cautionner le rapport de gestion, et les comptes annuels par la délivrance d'un visa par écrit, après ses vérifications, avec possibilités faire des réserves ou de refuser ce visa.

Par ailleurs, "une difficulté — supplémentaire — surgit en ce qui concerne la SE, du fait que la formation des commissaires aux comptes n'est pas équivalente dans tous les Etats membres. La garantie d'une organisation de droit public de la profession de commissaire aux comptes n'existe pas non plus dans tous les Etats membres. Ces disparités ne peuvent être éliminées que par une harmonisation des pratique et des règles existant

(2) L'exercice du commissariat aux comptes. op. cit. p. 56. Précisons que ces remarques qui en fait concernent le droit français s'appliquent naturellement au système du Statut.

dans les Etats membres. Mais tant que ce ne sera pas le cas, il faudra tenir compte, dans la réglementation du contrôle pour la SE, des différences actuelles" (1).

C'est pourquoi tant que cette harmonisation ne sera pas réalisée, les rédacteurs du Statut surmonteront en quelque sorte l'obstacle en recherchant parmi les commissaires des différents Etats membres les plus compétents. Bref le Statut a affirmé avec force que la vérification de la SE est assurée par des commissaires aux comptes qui possèdent une haute qualification professionnelle, en les choisissant parmi les plus compétents de chaque législation nationale de la manière suivante:

Premièrement, seules pourront être nommées commissaires aux comptes dans la SE, les personnes "justifiant d'une formation et d'une expérience suffisantes pour l'exercice de cette activité, sur la base d'une procédure d'admission et d'examen réglementée par la loi".

Deuxièmement ces personnes doivent être agréées dans un des Etats membres pour la vérification des comptes annuels de sociétés anonymes dont les actions sont négociées en bourse (2).

On peut déduire que les rédacteurs du Statut ont cherché à garantir la compétence du commissaire aux comptes sans organiser un commissaire de taille européenne. Toutefois le Statut a pensé à ce personnage (3).

La compétence du commissaire doit être établie de manière indiscutable, de telle sorte qu'elle s'impose, à priori, d'elle-même; en d'autres termes, que la présence du commissaire aux comptes donne aux actionnaires, au directoire et tiers, une garantie suffisante.

Retenons donc que le recrutement du commissaire aux comptes dans la SE se situe à un haut niveau puisque la première condition de l'art. 203 paragraphe 2 interdit le contrôle des comptes annuels de la SE à des personnes qui, certes, sont commissaires aux comptes dans un Etat membre, mais qui n'ont pas satisfait aux épreuves d'admission et s'examen prévues par la loi. Ce qui permet d'affirmer que l'amorce d'un choix des commissaires aux comptes "de taille européenne" donnera toujours cette garantie de qualité.

---

(1) Voir: Exposé des motifs de la proposition d'un règlement portant statut des sociétés anonymes européennes, de la commission des communautés européennes, présentée au conseil le 30 juin 1970.

(2) Article 203 paragaphe 2.

(3) Cf. dans ce sens: GLEICHMANN (K.) et CATHALA (T.).
Le Statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés Européennes. in Rev. des Sociétés, 1972, p. 55.

Comme nous venons de le voir, les rédacteurs du Statut ont voulu que le recrutement des commissaires aux comptes se situe à un haut niveau. En effet une sélection rigoureuse est instituée, puisque seule doit être prise en compte la compétence, acquise de manière indiscutable. Le Statut permet d'attirer des éléments de formations différentes pourvu qu'ils aient acquis une compétence indiscutable; car la première exigence pour garantir la compétence du commissaire découlé du succès aux épreuves d'admission et examens prévus par la loi nationale de chaque pays membre. Il s'agit d'un principe objectif. Par conséquent la diversité des origines est un facteur d'émulation qui peut être bénéfique.

Précisons aussi que cette disposition montre l'influence très prononcée du droit allemand. En effet le législateur allemand a conçu avec une clarté exemplaire les conditions que le candidat à l'admission à l'examen professionnel de commissaire aux comptes (Wirtschaftsprüfer) doit réunir, tenant soit à son instruction théorique soit à son activité pratique. Voici le texte de la loi allemande:

"1. L'admission est liée à la condition que le candidat:

a) apporte la preuve qu'il a terminé les études d'enseignement supérieur de l'économie appliquée, de l'économie nationale, ou des études juridiques, techniques ou d'agriculture;

b) ait une formation pratique jugée suffisante pour l'exercice de la profession, et qu'il prouve notamment qu'il a exercé pendant au moins six ans une activité pratique dans la vie économique dont il a dû passer au moins quatre ans en effectuant les activités de contrôle.

2. Il est possible de renoncer à la preuve des études d'enseignement supérieur terminées:

a) lorsque le candidat a fait ses preuves en ayant été pendant dix ans au moins actif comme assistant d'un Wirtschaftsprüfer, d'une Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, d'une association de contrôle des sociétés coopératives ou d'une autorité de contrôle d'une association de caisse d'épargne ou d'une centrale de virement bancaire ou d'une institution de contrôle super-territoriale des corporations de droit public, ou

b) lorsque le candidat a exercé depuis au moins cinq ans la profession de reviveur assermenté des livres ou de conseiller fiscal e lorsque

pendant cette période il a entrepris des vérifications des entreprises appartenant à des tiers (1)."

En droit français, les conditions à l'inscription sur les listes des commissaires aux comptes, sont très voisines des dispositions allemandes en la matière mais plus brèves et se distinguent aussi par leur caractère général. Celles-ci sont contenues sous le titre premier du décret du 12 août 1969 (2) qui prévoit le régime générale de l'inscription sur les listes. Pour cela le candidat devra remplir l'une des conditions suivantes:

— avoir suivi un stage de trois années et avoir subi avec succès l'examen d'aptitude aux fonctions de Commissaire aux comptes;
— être titulaire du Certificat supérieur de révision comptable;
— être Expert Comptable inscrit sur le Tableau de l'Ordre;
— avoir exercé pendant 15 ans (ou 10 ans si le candidat possède certains diplômes de l'Enseignement supérieur), une activité publique ou privée permettant d'acquérir une expérience satisfaisante des questions financières, comptables et juridiques intéressant les sociétés commerciales.

Il est important de noter que les commissaires français se trouvant dans la dernière condition ci-dessus énoncée, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas satisfait aux épreuves d'admission et examen prévus par la loi, ne pourront pas être commissaires dans la SE.

Au Royaume-Uni cette garantie de compétence est donnée en particulier par le corps professionnel. En effet, les associations de comptables comprirent très bien qu'il fallait obtenir des "accountants" de très grande qualité pour que, d'une part la profession se fasse accepter dans les sociétés et d'autre part, pour éviter l'intervention de l'Etat. C'est pourquoi les associations d'accounts sont désignées par des conseils qui ont de très grands pouvoirs sur leurs membres. Ils décident de leur admission, de leur exclusion des règles qu'ils édictent et de celles qui sont prescrites par la loi. Enfin, ils maintiennent la dignité et la tradition de la profession par le pouvoir disciplinaire qu'ils exercent su les accountants.

Force est donc d'expliquer — du moins nous sommes tentés de le croire — que la première condition garantissant la compétence du commis-

(1) Article 8 de la loi allemande du 24 juillet 1961, portant réglementation de la profession de commissaire aux comptes -Wirtschaftsprüfer).

(2) Précisons que le décret du 7 décembre 1976 n'a pas modifié les règles d'inscription.

saire est très satisfaisante car elle permet d'interdire la vérification des comptes annuels de la SE à des personnes qui bien qu'étant commissaires dans un Etat membre, n'ont pas satisfait à l'examen d'aptitude aux fonctions de commissaire aux comptes.

En somme, il s'agit des examens prévus généralement par les différents systèmes nationaux ce qui permet un recrutement d'un niveau très élevé des commissaires de la SE, ceux-ci se situant dans un standard maximum national.

Par conséquent — et le point est assez intéressant — d'après la réglementation que nous venons d'analyser, il semble que, par les garanties de compétence, les rédacteurs du Statut voulaient élever ces professionnels au rang d'une "magistrature du chiffre" ou à l'amorce d'un commissaire aux comptes de "taille Européenne".

Cette observation conduit à penser que les auteurs du Statut ont porté une attention particulière au recrutement des commissaires aux comptes. Ces dispositions expriment sans doute la volonté explicite des auteurs du Statut de constituer un commissaire aux comptes européen qui inspirerait aux épargnants actionnaires et aux marché financier la plus grande confiance, ainsi que celle "d'instituer un type de société particulièrement transparent, un modèle dans l'ordre de la publicité des actes et des chiffres" (1).

Nous avons pu constater que la compétence, du commissaire aux compte dépendra essentiellement du recrutement. C'est pourquoi il n'est pas sans intérêt de remarquer que les règles de recrutement du commissaire aux comptes permettent de justifier, en quelque sorte, le fait que la Société Européenne prend le meilleur des législations nationales, et que certains à juste titre considèrent la Société Européenne comme une société aristocratique, en raison de son remarquable "absence de fautes" (2).

Mais pour pouvoir apprécier véritablement l'efficacité du contrôle exercé par les commissaires aux comptes, des conditions optimales d'indépendance du commissaire doivent exiter.

---

(1) Cf. GLEICHMANN et CATHALA: Le Statut des sociétés anonymes européennes selon la poposition de la Commission des Communautés Européennes. Rev. Soc. 1972 p. 55.

(2) Cf. conférence prononcée par le Professeur HOUIN en 1978 à la faculté de droit international, (Strasbourg).

Par 2
CONDITIONS ASSURANT L'INDEPENDANCE

Aussi compétent soit-il, le commissaire aux comptes ne serait pas digne de la mission de protection des actionnaires qui lui a été confiée, s'il ne gardait une entière indépendance de jugement.

A maintes reprises, nous avons répété que la confiance du public et celle qu'on peut accorder à la SE dépendait largement de l'efficacité du pouvoir de "contrôle" exercé par le commissaire aux comptes.

Nous pouvons dès lors affirmer que "parmi les règles professionnelles, celle de l'indépendance est la plus importante, car elle comprend et conditionne toutes les autres" (1).

"Cette règle d'indépendance des contrôleurs par rapport aux contrôlés est en effet la condition même de l'efficacité de tout contrôle quel qu'il soit" (2).

Le Professeur GUYON rajoute que "s'interroger sur l'indépendance des commissaires aux comptes conduit à rencontrer les questions les plus actuelles du droit des sociétés. En effet l'indépendance des commissaires est un fondement de toute contrôle efficace des comptes..." (3).

Derechef, l'exercice de la mission de commissaire aux comptes requiert donc une objectivité et une impartialité qui sont assurées par son indépendance morale mais surtout matérielle. N'a-t-on pas affirmé avec force que "le commissaire doit, en effet, faire connaître son jugement clairement et complètement" (4).

Nous devons rappeler ici que "l'indépendance est un qualité morale que ne peut prescrire ou sanctionner aucun texte. L'obligation d'indépendance du commissaire résulte donc plus d'un faisceau de dispositions générales, prévues pour éviter à l'intéressé d'être placé dans des conditions qui risqueraient de porter atteinte à cette indépendance ou pour assurer un contrôle de ses pairs sur son activité professionnelle" (5).

---

(1) ARCHAVOLIS (E.) RICHARD (F.M.) L'exercice du mandat de commissaire aux comptes, cité par DJIAN (Y.) Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dan les pays du Marché Comumm. Thèse, Paris 1963, p. 33.

(2) DJIAN (Y.) op. cit. n.° 64 p. 33.

(3) GUYIN (Y.) L'indépendance des commissaires aux comptes in J.C.P. 1977, doctr I, 2831.

(4) L'exercice du commissariat aux comptes. Ordre des experts comptables et des comptables agrées. Paris 1970, p 45. n.° 72. Cette remarque concernant le commissaire français vaut naturellement pour le commissaire dans la SE.

(5) L'exercice du commissariat aux comptes. op. cit. p. 45.

La dépendance peut naitre le plus souvent par l'existence de liens pécuniaires entre contrôleurs et contrôlés, c'est-à-dire entre les commissaires et le directoire de la SE. C'est sur ce point de vue qu'il faut se placer pour examiner quelles mesures ont été prises par les rédacteurs du Statut pour écarter ces risques.

En effet, le commissaire doit exercer sa profession en toute indépendance. Il a l'obligation d'être impartial notamment lorsqu'il délivre son visa écrit (5). Il rend compte de ses vérifications au conseil de surveillance et présente son rapport détaillé sur le résultat de sa mission, qui sera lu à l'assemblée générale des actionnaires.

Mais les rédacteurs du Statut non satisfaits de l'ensemble de telles dispositions, se sont efforcés de circonscrire les influences susceptibles de s'exercer sur le commissaire aux comptes. En effet, l'examen de ces dispositions nous conduit à distinguer: les incompatibilités de fonctions d'abord, les incompatibilités d'exercice de la profession pour certaines personnes.

A) *Les incompatibilités de Fonction*

Considérant que la pratique de certaines professions exige de ses membres une concécration totale, le Statut a établi une incompatibilité de telles fonctions.

Il faut préciser que l'indépendance du commissaire aux comptes doit être assuré en ce sens qu'il doit s'abstenir de toute activité incompatible avec sa profession. En conséquence la fonction de commissaire aux comptes est incompatible avec celle de "membre du directoire, du conseil de surveillance, du personnel de la SE ou d'une entreprise dominante par

(5) En effet l'article 207 dispose que: "1. Si, en conclusion de ses vérifications, le commissaire aux comptes n'a pas d'objections à formuler au sujet des comptes annuels ni au sujet du rapport de gestion, il est tenu de délivrer un visa par écrit. 2. S'il a des objections à formuler au sujet des comptes annuels, il est tenu de faire les réserves nécessaires ou de refuser son visa".

rapport à celle-ci ou qui l'ont été au cours des trois dernières années précédant leur nomination" (1).

Il convient, pour l'application de ces incompatibilités, de bien tenir compte des délais dans lesquels les fonctions visées sont abandonnées.

Cette première série d'incompatibilités ne peut néanmoins pas garantir, à elle seule, l'indépendance psychologique du commissaire contrôleur pour reprendre l'expression d'un auteur traitant du droit français (2).

Les rédacteurs du Statut sont donc allés plus loin dans la voie de cette interdiction; c'est ainsi que l'art. 203 a dans son paragraphe 2 stipule que: "la vérification ne doit pas davantage être effectuée:

a) par des sociétés dont les associés, les membres de l'organe de direction ou de surveillance ou les personnes investies d'un pouvoir de représentation sont membres du directoire, du conseil de surveillance ou du personnel de la SE ou d'une entreprise dépendante ou dominante par rapport à celle-ci, ou qui l'ont été au cours des trois dernières années précédant leur nomination,

b) par une société de vérification qui est dépendante de la SE ou qui la domine, ou qui est dépendante de l'entreprise qui domine la SE".

En ce qui concerne une entreprise dépendante ou dominante par rapport à la SE, le Statut ne définit pas, par le jeu de pourcentage minimum de participation d'une société dans une outre. "C'est une élasticité souvent rencontrée en matière de dispositions allemandes de droit des affaires" (3). Par contre, en droit français, les sociétés dominantes ou dépendantes sont: des sociétés possédant le dixième du capital de la société, ou dont celle-ci possède le dixième du capital.

Il est à remarquer que ce texte de l'article 203 a. paragraphe 2 est suffisamment explicite et très détaillé. En effet, cette disposition de l'article 203 a. paragraphe 2, permet d'éviter tout risque d'une confusion ou de cumul sur la personne du commissaire aux comptes avec les fonctions de membre du directoire, de membre du conseil de surveillance, mais aussi et surtout du personnel — de la SE ou d'une entreprise dépendante ou dominante par rapport à celle-ci — dans la mesure ou le commissaire ne pourra

(1) Article 203 a. paragraphe 1.

(2) Cf. CONTIN (R.) Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes. Paris, éditions techniques 1975, p. 173.

(3) KOVARIK (M.) Le commissaire aux comptes et le Wirtschaftsprüfer, Paris, éditions cujas, 1965, p. 83.

pas exercer une fonctions d'experts comptable à l'intérieur de laquelle dont il contrôle.

Du reste l'incompatibilité frappant les membres des deux organes de la SE, Directoire et conseil de surveillance, ainsi que les employés de la SE ou société contrôlée ou dépendante de celle-ci "se conçoit sans grand commentaire; leur lien de subordination organique ou pécuniaire est par trop évident pour leur permettre une grande liberté et impartialité de manoeuvre dans la vérification comptable de leur société" (1).

Enfin le paragraphe 2 alinéa b de l'article édicte la même incompatibilité à l'encontre des sociétés de commissaires ayant de liens avec la société soumise au contrôle.

L'idée directrice des incompatibilités de l'article 203 a. (à l'instar du droit allemand) est la subordination de droit ou de fait économique que les rédacteurs du Statut veulent éviter de faire subir: aussi bien aux organes de contrôle qu'à la société contrôlée elle-même. C'est bien par crainte d'une pression, que les dispositions de cet article éliminent de la fonction de contrôleur des comptes:

— les membres de la direction ou du conseil de surveillance de la SE contrôlée et les employés de celle-ci;
— les membres du directoire ou du conseil de surveillance de même que les employés d'une société dominante ou dépendante de la SE;
— les personnes physiques ou morales (sociétés) dont la direction d'affaire est considérablement influencée par la société contrôlée que celle-ci soit dominante ou dépendante (2).

Par conséquent, les incompatibilités ci-dessus énoncées mettent obstacle d'une manière absolue à l'exercice de la profession de commissaire.

En revanche le droit français connaît, à la différence du Statut, les incompatibilités fondées sur des liens de parenté ou d'alliance. C'est ainsi que l'article 220-2.° de la loi française du 24 juillet 1966 dispose que "ne peuvent être commissaire les parents ou alliés, jusqu'au quatrième, des personnes visées au 1.°" (3).

---

(1) KOVARIK (M.) Le Commisaire aux Comptes et le Wirtschaftsprüfer. Paris. Editions Cujas, 1965, p. 83.

(2) KOVARIK (M.) op. cit. p. 82-83.

(3) Qui sont (1.°) les fondateurs, apporteurs en nature, bénéficiaires davantages particuliers, administrateurs ou, le cas échéant, membres du directoire ou du conseil de surveillance de la société ou de ses filiales telles qu'elles sont définies à l'article 354.

Il est intéressant d'insister sur le fait que "l'incompatibilité de parenté jusqu'au quatrième degré est également très stricte (en droit français). elle conduit par exemple, jusqu'au cousin germain, ce qui paraît aller au-delà des exigences normales des incompatibilités; l'amitié entre un commissaire et des dirigeants étant certainement plus dangereuse que leur qualité de cousin" (1).

Dans le même ordre d'idées le paragraphe 5 de l'article 220 de la loi française rend impossible l'exercice de la fonction de commissaire aux comptes par une société professionnelle lorsque l'un des associés de cette société est conjoint d'un personne à laquelle cette fonction est interdite en vertu des paragraphes 3 et 4 de cet article. Par conséquent "le droit français a cette particularité propre d'avoir crée des incompatibilités fondées sur le lieu de parenté" (2).

Il apparait que l'article 203 a. du Statut pris dans l'ensemble est moins complet qu'on pourrait croire dans une première lecture. Cependant il est permis de constater que l'impartialité du commissaire est assurée par les restrictions imposées à sa nomination.

Les rédacteurs du Statut ont eu le souci d'assurer une indépendance du commissaire aussi vaste que possible, qui se manifeste également par les incompatibilités d'exercice de la profession de commissaire aux comptes.

B) *Les incompatibilités d'exercice de la profession*

Aux termes de l'article 203 b. paragraphe 1, le commissaire aux comptes ne peut pas être membre du directoire, du conseil de surveillance ou du personnel de la SE ou d'une entreprise dépendante ou dominante par rapport à celle-ci, sauf si l'ancien commissaire — de la SE ou d'une entreprise dominante ou dépendante par rapport à celle-ci — a cessé ses fonctions depuis plus de trois ans.

---

(1) L'exercice du commissariat aux comptes. Ordre des experts comptables et des comptables agrées. Paris 1970, p. 47, n.° 74.

(2) MAOUAD (Y.H.) Le contrôleur des comptes de sociétés (auditor) en droit anglais. Thèse Droit, Paris 1975 p. 88.

Précisons que pour le droit français, toutes les fonctions d'administration et de direction générale des sociétés anonymes sont fermées au commissaire pendant les cinq années suivant la cessation de leur activité de contrôleur. En droit allemand la situation est identique à celle du statut, mais plus complète que le droit français, puisque les "commissaires — vérificateurs" ne pourront pas être membres de la direction ou du conseil de surveillance, ni employés de la société soumise à contrôle s'ils ont exercé les fonctions de commissaire dans les trois années précédant leur désignation.

Bien évidemment, cette incapacité temporaire tend, comme les incompatibilités de fonction, à mettre le commissaire à l'abri de la pression indirecte que constituerait la promesse d'un poste de membre du directoire ou du conseil de surveillance, ou encore un autre emploi fort bien rémunéré, par exemple directeur technique au sein de la SE ou d'une entreprise dominante ou dépendante de celle-ci.

Les rédacteurs du Statut sont même allés plus loin en visant expressement certaines hypothèses dans lesquelles certains membres de sociétés de commissaires aux comptes seront empêchés de devenir membres du diretoire, du conseil de surveillance ou du personnel de la SE ou d'une entreprise dominante par rapport à celle-ci avant le délai minimal de trois ans après l'accomplissement de cette mission (1).

Les raisons de ces dispositions pour le moins complexes apparaissent clairement. On craint, en effet, que les règles d'incompatibilité ne soient tournées en utilisan l'écran de la personne morale.

Il convient toutefois de noter que l'incompatibilité n'est pas perpétuelle. Une fois le délai de trois ans écoulé, les commissaires pourront occuper les postes mentionnés à l'article 203 b.

En revanche, nous avons pu constater que le système français institue une incompatibilité d'une durée de cinq ans. Evidemment il s'agit d'une période plus longue que celle prévue par le Statut SE. Mais à nos yeux le délai de trois ans semble être un minimum satisfaisant.

Par ailleurs, les dispositions prévues aux articles 203 a. et 203 b. du Statut réglementent dans le détail les conditions permettant d'assurer une totale indépendance et impartialité des commissaires afin que leur indé-

(1) Article 203 b. paragraphe 2, qu'il convient de citer in extenso:
"En outre, les associés, les membres de l'organe de direction ou de surveillance et les personnes investies d'un pouvoir de représentation de sociétés qui ont effectué la vérification ne peuvent devenir membres du directoire, du conseil de surveillance ou du personnel de la SE ou d'une entreprise dépendante ou dominante par rapport à celle-ci avant un délai minimal de trois ans après l'accomplissement de cette mission."

pendance ne soit pas contestée d'une part, mais aussi pour sauvegarder l'indépendance et l'honorabilité de leurs fonctions.

En outre, nous ne devons pas oublier que dans un domaine comme celui des incompatibilités, qui intéresse directement la liberté professionnelle, des formules trop vagues seraient dangereuses (1). Nous croyons pouvoir affirmer que les incompatibilités prévues par le Statut SE ont le mérite d'être complètes sans tomber dans un excès de rigueur.

On admettra que les rédacteurs du Statut ont senti le besoin d'affirmer très souvent l'indépendance du commissaire — c'est-à-dire que cela n'allait pas de soi. En effet, le Statut enferme la fonction de commissaire aux comptes dans les limites très étroites: car il craint très nettement toute immission du commissaire aux comptes dans des fonctions de direction ou des fonctions salariés dans la SE qu'il contrôle — ou dans les sociétés dépendantes ou dominantes de celle-ci — que plusieurs années après avoir cessé ses fonctions de commissaire.

En pratique le ou les commissaires aux comptes ne pourront avoir dans la SE ou dans la société dépendante ou dominante que le contrôle des comptes.

Ainsi donc à l'instar du droit français, le Statut a voulu surtout interdire à l'expert comptable ou comptable agrée qui contrôle ou tient les comptes de la société, de les vérifier ensuite à un autre titre, et éviter qu'un commissaire placé dans cette situation n'exerçât sa mission avec la crainte de la suppression de sa fonction (2) et (3).

En tout état de cause, l'analyse des dispositions concernant le régime des incompatibilités, montre clairement l'intention des auteurs du Statut d'assurer une véritable indépendance du commissaire aux comptes.

---

(1) Cf. GUYON (Y.) L'indépendance des commissaires aux comptes in J.C.P. 1977 chr. I 283, n.° 9.

(2) Pour le droit français voir: Rep. Min 2.8. 1969 ed. g. 46263: le ministre de la justice estime que ne peut être nommé commissaire aux comptes l'associé d'une société d'expertise comptable qui tient les comptes de la société contrôlée.

(3) On sait qu'en droit anglais il est fréquent de voir les commissaires exercer au sein de la société qu'ils doivent contrôler des mandats d'expertise comptable pure ou de fiscalité. Ensuite, étant donné son indépendance d'esprit, les commissaires sont très souvent appelés par les administrateurs comme conseils de la société. Les administrateurs ont plein confiance en eux et n'hésitent pas à demander l'opinion des commissaires, soit par exemple pour réorganiser une société. Cependant, tout en jouant ce rôle de conseil, les commissaires doivent conserver toute leur indépendance.

On comprend dès lors la fierté des commissaires anglais qui se considèrent non seulement des marchands de chiffres mais aussi comme ayant un "rôle à jouer dans la garde de l'âme de la nation".

Son indépendance est un gage de son impartialité, digne de faire accepter par tous l'appréciation qu'il porte sur les comptes de la société anonyme européenne.

Il faut espérer également que les règles qui régissent la durée et la fin des fonctions du commissaire aux comptes ne viennent pas anéantir l'indépendance réelle dont il jouit lors de sa désignation.

CHAPITRE II

DUREE ET FIN DES FONCTIONS DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Il ne suffit pas d'assurer l'indépendance du commissaire aux comptes dans les règles qui gouvernent le mode et les conditions de sa désignation, mais il faut également lui assurer une certaine stabilité dans l'exercice de ses fonctions.

En effet, pour une bonne efficacité des fonctions de commissaire aux comptes et surtout afin d'assurer la confiance de l'ensemble des actionnaires, le contrôle des comptes doit être effectué par des professionnels qui jouissent d'une grande stabilité.

Il s'agit donc de savoir si la courte durée des fonctions du commissaire aux comptes n'est pas un obstacle à son indépendance. Mais il faudra également nous interroger sur les différents modes qui mettent fin aux fonctions du commissaire.

SECTION I

DUREE DES FONCTIONS DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

La durée des fonctions du commissaire aux comptes est fixée par le Statut. Il est élu pour un an. Cependant, pour donner une stabilité nécessaire et une continuité à sa mission de contrôle, les principes généraux du

Statut font apparaitre clairement, nous le verrons, que le renouvellement de ses fonctions est la règle.

Au cours de cette section, nous nous interrogeons sur les questions suivantes: d'abord, si vraiment la courte durée des fonctions du commissaires aux comptes sera suffisante pour assurer la stabilité de ses fonctions, ainsi que son indépendance. Mais nous verrons aussi que l'indépendance du commissaire est également étroitement liée au régime juridique de son renouvellement.

Par. 1
PRINCIPE

A première vue, l'étude de cette question peut sembler ne présenter qu'un intérêt limité, puisque le commissaire aux comptes est élu annuellement par l'assemblée générale (1), donc ne bénéficie pas d'un renouvellement automatique de son mandat (2).

Cependant, on serait tenté de dire aussi qu'"il ne peut y avoir... de contrôle réel des commissaires aux comptes sans une certaine stabilité de leur fonction" (3).

C'est pourquoi dans certaines législations nationales, la durée minimale des fonctions de commissaire aux comptes apparaît comme une garantie d'indépendance. Ainsi en France, on a insisté depuis la réforme du droit des sociétés du 24 juillet 1966, sur la stabilité du commissaire aux comptes qui est nommé pour six exercices (4).

Il nous reste à ajouter que le législateur français ainsi que la très grande majorité de la doctrine française, conçoivent difficillement que le commissaire aux comptes dans la SE puisse être nommé pour un exercice. En effet les meilleurs auteurs français ont pu affirmer ceci avec force (5)

---

(1) Article 204, paragraphe 1 du Statut.

(2) Sur la notion de mandat voir page 60 de notre étude.

(3) CONTIN (R.) Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes. Paris, Librairies techniques p. 176.

(4) En effet l'article 224 de la loi française du 24 juillet 1966 stipule que "les commissaires aux comptes sont nommés pour six exercices; leurs fonctions expirent après la réunion de l'assemblée générale ordinaire qui statue sur les comptes du dixième exercice."

(5) En ce qui concerne le droit français.

qu'"on voit combien le chemin a été parcouru pour assurer l'indépendance des commissaires: d'un an autrefois, le mandat a été porté à trois ans en 1937 (sauf pour les commissaires nommés à l'origine de la société) et se trouve maintenant à avoir la même durée que celui des administrateurs" (1).

On constate ainsi que la doctrine française est presque unanime sur la nécessaire stabilité du commissaire aux comptes nommé pour six exercices. Certains ont fait remarquer aussi que l'allongement de la durée des fonctions du commissaire, au sein des sociétés qu'il contrôle le met ainsi à l'abri des mesures de rétorsion que pourraient prendre les dirigeants dont le commissaire aurait signalé les irrégularités (2).

Les arguments que nous venons d'invoquer ne sont pas à l'abri de toute critique. C'est ainsi que le Professeur GUYON a fait pertinement observer que ces réformes n'éviteraient pas le risque principal, de défaut de renouvellement (3). Il est évident ajoutait cet auteur, qu'"un progrès a été réalisé en portant la durée du mandat à six exercices dans les sociétés anonymes" (loi française du 24 juillet 1966 art. 224). C'est pourquoi cet auteur ajoutait que "c'est reculer ou amoindrir la difficulté, mais non la résoudre. Or, les solutions ne sont pas faciles à trouver car si l'instabilité est criticable, une pérennisation présenterait aussi des inconvénients" (4).

En dernier lieu cet auteur préconise, en ce qui concerne le droit français, que pour remédier à ces inconvénients, que la solution se retrouve dans le renouvellement des fonctions et dans la révocation du commissaire.

En tout état de cause la solution française — du commissaire aux comptes nommé pour six exercices — n'est pas à l'abri de toute critique.

Pour mieux cerner la question qui nous occupe, il convient de porter un bref regard comparatif sur d'autres droits des pays membres.

Par exemple, en Italie, les "syndaci" sont désignés pour trois ans au moins; il en est de même en Belgique, dans ce dernier pays la durée du

---

(1) BASTIAN (D.) La réforme du droit des sociétés commerciales. J.C.P. doct. 1968 I. 2183 n.° 597.

RIPERT et ROBLOT: Traité élémentaire de droit commercial. Paris, L.G.D.J. 8e édition 1974 n.° 1349 p. 792.

(2) Cf. Discours PLEVEN (R.) Lors de la première conférence publique de la compagnie des commissaires aux comptes. 23 févr. 1972. Texte publié par le C.N.C.C. Paris 1972 intitulé "Les principes du commissariat aux comptes".

(3) Nous verrons cette question en détail dans le paragraphe 2 de cette section.

(4) GUYON (Y.) L'indépendance des commissaires aux comptes. J.C.P. 1977. doc. I. 2831.

mandat de commissaire de société ne peut excéder six ans (1). "Le mandat sera de plein droit réduit à cette période si une décision de l'assemblée générale lui donnait une durée "plus longue" (2).

En revanche, en Allemagne et en Angleterre, les Wirtschaftsprüfer et les auditors sont nommés pour un exercice.

Enfin, la proposition de cinquième directive CEE relative à la structure des sociétés anonymes ainsi qu'aux pouvoirs et obligations de leurs organes, dispose dans son article 56, que "les personnes qui exercent le contrôle des comptes ne peuvent être nommées que pour une période déterminée qui ne peut être inférieure à tois ans, ni supérieure à six ans. Elle sont rééligibles". Cette disposition vise selon l'exposé des motifs à éviter qu'il ne soit porté atteinte à leur indépendance en limitant leurs fonctions à un seul exercice (3).

A juste titre on peut se demander avec MM. VAN DER HAEGEN et KNOPS si les dispositions de la cinquième directive — et de certaines législations — nationales présentent la stabilité du commissaire aux comptes, c'est-à-dire nommé pour un certain nombre d'exercices comme une garantie d'indépendance à l'égard des dirigeants de la SE, et de la qualité du contrôle effectué, ne sont pas illusoires. En effet, "une meilleure protection consisterait plutôt, comme en droit anglais et dans le projet de réforme belge, à reconnaître aux contrôleurs un droit de réponse devant les actionnaires en cas de non-renouvellement de leur mandat à l'issue de chaque exercice" (4).

Or les rédacteurs du Statut ont opté pour une solution de ce type c'est-à-dire élection annuelle du commissaire aux comptes.

En effet, la courte durée des fonctions du commissaire aux comptes, constitue une certaine sécurité pour les actionnaires puisque les commissaires sont obligés de solliciter leurs suffrages très souvent. De plus dans les pays où la durée des fonctions du commissaire est très courte, l'indépendance de celui-ci est néanmoins assurée par l'organisation de la profession; en fait le ou les commissaires sont très souvent les mêmes d'un exercice à

(1) Article 64 de la loi belge sur les sociétés commerciales de 1970.

(2) FREDERIC (B.L.) Précis de droit commercial, Bruxelles, Bruylant, 1970 t. V. n.° 462.

(3) Cf. Bull. C.E. suppl. 10/72 p. 63 in fine et p. 64.

(4) VAN DER HAEGEN (M.) et KNOPS (E.M.) La proposition de cinquième directive CEE relative à la structure des sociétés anonymes ainsi qu'aux pouvoirs obligations de leurs organes. in Journal des Tribunaux 1976 p. 407.

l'autre dans ces pays: ce qui pose le problème du renouvellement que nous étudierons par la suite.

Mais dès à présent il convient de se demander si les fonctions de commissaire aux comptes dans la SE, cessent à la fin de l'exercice écoulé ou au contraire si ces fonctions correspondent à la durée d'un an?

Il convient en effet de noter que le commissaire aux comptes étant nommé par l'assemblé générale et prenant ses fonctions au cours d'un exercice, il est normal qu'il les quitte également au moment où l'assemblé réunie est en mesure de lui renouveler ses fonctions ou de lui nommer son successeur, c'est-à-dire à nouveau au cours de l'exercice et après qu'il a rendu compte de l'accomplissement de sa mission au cours de l'exercice précédent (1).

De toute évidence le mandat du commissaire coincide avec chaque exercice social et non pas avec l'année, puisque le rôle du commissaire est en effet permanent et s'étend à des domaines autres que celui de l'approbation des comptes (2).

Mais rien n'empêche de penser que l'énoncé de l'article 204 dans son paragraphe premier laisse subsister une certaine incertitude, dont l'incidence pratique peut être considérable, à savoir: est-ce que les fonctions du commissaire aux comptes expirent après la réunion de l'assemblée générale qui statue sur les comptes de l'exercice écoulé, ou à la date d'expiration de l'exercice écoulé de sorte que son successeur aura la charge de présenter aux actionnaires un rapport sur cet exercice ignoré de lui? Autrement dit est-ce que, pendant la période qui va de l'expiration de l'exercice écoulé à la réunion de l'assemblée des actionnaires, le commissaire aux comptes est tenu d'assurer sa mission permanente de vérification?

On peut objecter qu'en principe le commissaire n'a pas à vérifier, c'est-à-dire contrôler les comptes de l'exercice suivant, tant que l'assemblée générale ne lui a pas renouvelé sa confiance?

Mais force est de constater qu'une telle interprétation ne pourra pas être retenue parce que:

— d'une part, le commissaire qui est en fonction, doit accomplir entièrement la mission que lui confie les actionnaires ou le tribunal (ce dernier plus rarement);

---

(1) Dans ce sens cf. HEMARD, TERRE et MABILLAT op. cit. T. II n.° 937 p. 739.

(2) Cf. L'exercice du commissariat aux comptes. Ouvrage publié par l'ordre des experts comptables et des comptables agrés, Paris, 1970 p. 31.

— d'autre part, le contrôle exercé par le commissaire doit être une fonction permanente et qu'à l'expiration de son mandat, il sera très souvent renouvelé dans ses fonctions (1).

Mais si le commissaire n'est pas reconduit dans ses fonctions — ce qui serait l'exception au principe — le nouveau commissaire devra s'informer auprès de son prédécesseur, lequel l'informera de l'activité de vérification et de contrôle depuis le début du nouvel exercice et des résultats obtenus. Ainsi l'ancien commissaire doit lui communiquer le dossier réglementairement constitué sur la SE. Toutefois, nous croyons pouvoir dire que le successeur est tenu de faire ses investigations dès le commencement de l'exercice, même s'il a été nommé quelques mois plus tard.

A cet égard, on peut relever que le droit allemand, dont l'influence profonde sur les dispositions du présent Statut est evidente, reprend la même solution. En effet, l'article 163 de la loi allemande sur les sociétés par actions du 6 septembre 1965 "Aktiengesetz" dispose que "les commissaires doivent être élus avant l'expiration de l'exercice social sur lequel doit porter leur contrôle". Par ailleurs, on peut constater qu'à l'instar du droit allemand le même commissaire exerce pendant plusieurs années ses fonctions dans la même société, ce qui nous amène à envisager le problème du renouvellement des fonctions.

Par 2

RENOUVELLEMENT DES FONCTIONS

Il semble que les commissaires aux comptes sont indéfiniment rééligibles, car rien dans le Statut ne s'y oppose. On peut dès lors en déduire qu'en stricte logique que cela s'impose, en raison de la durée de leur mandat qui est très courte puisqu'elle est limitée à un exercice. Par ailleurs en

(1) C'est le cas du droit allemand, or les rédacteurs du Statut SE se sont directement inspirés de ce système. Mais ils ont aussi tenu compte du droit anglais (voir exposé des motifs du Statut des sociétés anonymes européennes in Bulletin des C.E. supplément 4/75 p. 140).

pourrait à priori penser que cette courte durée gêne le commissaire aux comptes dans l'accomplissement de sa fonction, car il risque ainsi de ne pas avoir une connaissance assez approfondie de la SE. Mais il n'en est rien puisque d'une part, "il est dans l'intérêt des actionnaires de reélire le commissaire à l'expiration de ses fonctions, pour assurer la permanence du contrôle par une personne qui connaît bien la société" (1). D'autre part, il semble que le Statut reconnaît implicitement qu'en cas de non-renouvellement du mandat du commissaire à l'issue de chaque exercice, il serait autorisé à assister aux délibérations (2).

Enfin dans l'exposé des motifs du présent Statut des sociétés anonymes européennes n'est-il pas dit que "la Commission européenne a procédé aux ajustements rendus nécessaires par l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord". Le Statut a donc tenu compte de pratique anglo saxone. C'est pourquoi on retrouve ici l'influence britannique. Or dans le système anglais, la garantie de stabilité du commissaire aux comptes est davantage liée à la procédure de révocation (3) et au mode de renouvellement de ces fonctions qu'à la durée de ses fonctions.

Comment donc éviter le risque de non renouvellement du commissaire de la SE dans ses fonctions de vérification?

Quoi qu'il en soit, il semble que l'organe de direction de la SE provoquera rarement la révocation d'un commissaire aux comptes car la mesure manque de discrétion. De plus il est reconnu au commissaire un droit de réponse, que celui-ci pourra utiliser devant les actionnaires. Sur ce point, l'indépendance du commissaire semble de toute évidence garantie.

On objecterait vainement que le directoire serait plutôt tenté de ne pas proposer à l'assemblée des actionnaires le commissaire, qui à leurs yeux, n'a pas fait preuve d'assez de souplesse? Pour répondre à cette question il convient d'insister sur un point que nous avons précédemment mis en évidence, à savoir que l'assemblée générale de la SE devient un roi détroné, à l'instar du droit allemand. Elle n'a pas le droit de désigner, même facultativement le directoire, puisque aux termes de l'article 63 (du Statut) paragraphe premier "les membres du directoire sont nommés par le conseil de

---

(1) HEMARD, TERRE, MABILLAT, op. cit. T. II n.° 941 p. 743.

(2) Par le biais des principes généraux dont le Statut s'inspire: Voir art. 204 paragraphe 4 in fine.

(3) C'est ainsi que le commissaire est autorisé à assister aux délibérations sur sa révocation, à l'instar du droit anglais. v. chapitre II, section 2 de notre étude pp. 51 et s.

surveillance. — Il ajoute ensuite que — le conseil conclut, au nom de la société, avec chacun des membres du directoire un contrat qui fixe le mode et le montant de sa rénumération".

En revanche le conseil de surveillance est devenu en quelque sorte le dirigeant de la SE comme en droit allemand (1). Par conséquent, le conseil de surveillance veille en permanence sur les actes du directoire. C'est le cas lorsque le directoire ne souhaite pas proposer à l'assemblée générale la candidature du commissaire qui à ses yeux a été trop rigoureux, ou d'une conscience professionnelle jugée excessive par le directoire. Dans ces circonstances, le conseil de surveillance pourra donc intervenir en exigeant, de sa propre initiative, que le commissaire non proposé au renouvellement de ses fonctions soit présent à l'assemblée générale et prenne la parole au cours de celle-ci.

Mais le conseil de surveillace (2) pourrait aussi jouer un rôle préventif; car en tant qu'organe permanent et organe de conseil, il a le pouvoir de "donner ses avis au directoire... de sa propre initiative, sur toute question importante" (3). Cela constitue en tant que tel une garantie qui permettra sans doute de dissuader l'organe de direction de ne pas proposer à l'assemblée la candidature du commissaire qui à ses yeux n'a pas fait preuve d'assez de souplesse.

Dans le même ordre d'idées, il faut préciser que "les membres du conseil de surveillance doivent veiller, dans l'exécution de leurs fonctions, aux intérêts de la société et de son personnel" (4). Or cette énumération de ses obligations lui permet d'informer les actionnaires dans le cas ou le directoire refuserait de proposer à l'assemblée générale la réélection d'un commissaire aux comptes; ce qui permettra éventuellement de rendre public le conflit qui pourrait surgir entre le commissaire et la direction de la SE. Encore une foi il convient d'insister que le conflit est de nature à

(1) Pour le droit allemand voir KOVARIK (M.) Le commissaire aux comptes et le Wirtschaftsprüfer. Paris. Editions Cujas, 1965, p. 53.

(2) N'oublions pas que le conseil de surveillance est composé "pour un tiers de représentants des actionnaires, pour un tiers de représentants de travailleurs et pour un tiers de membres cooptés par ces deux groupes". (art. 74 a. paragraphe 1).

(3) Article 73 paragraphe 2 du Statut.

(4) Article 80 paragraphe 1 du Statut. En effet, il appartient au conseil de surveillance de contrôler et de surveiller en permanence la marche des affaires de la SE. On lui a notamment confié dans ce but des fonctions importantes contre l'organe de direction; par exemple dans l'exercice des actions en responsabilité contre le directoire.

dissuader le directoire de se débarrasser d'un commissaire en raison de sa conscience professionnelle, que le directoire jugerait excessive.

Pour renforcer cette opinion, il suffit de remarquer que le directoire est tenu de convoquer l'assemblée si le conseil de surveillance le demande (1). Ceci peut avoir pour conséquence de reconnaître au commissaire aux comptes un droit de réponse devant les actionnaires en cas de non renouvellement de son mandat à l'issue de chaque exercice.

Mais ne faudrait-il pas stipuler expressement que "les commissaires aux comptes ont un droit de réponse devant les actionnaires à l'issue de chaque exercice en cas de non renouvellement de ces fonctions". Certes ceci se déduit implicitement par le biais des principes généraux dont le Statut s'inspire. Quoi qu'il en soit, "cette disposition expresse n'a pas paru nécessaire aux rédacteurs du Statut comme procédure visant à accroite la stabilité du commissaire.

En revanche le droit anglais "semble" adopter une conception plus heureuse que le Statut sur ce point, qu'il convient d'analyser ici dans les grandes lignes; car le système anglais a déjà fait ses preuves de sorte que l'institution du contrôle par les "auditors" a pu servir d'exemple aux autres législations européennes (2).

Certes, on objectera que le droit européen des sociétés est essentiellement fondé sur le droit allemand et dans une moindre mesure sur le droit français.

En fait, "malgré l'arrivée tardive de la Grande-Bretagne dans la communauté à une époque òu les projets de droit des sociétés étaient déjà prêts, l'influence du droit européen sur le droit anglais ne se fera pas sans influence réciproque" (3).

Quoi qu'il en soit retenons qu'en principe le mandat du commissaire aux comptes anglais (auditor) qui vient à expiration est automatiquement renouvelé. La société peut néanmoins proposer un autre candidat, à condition de laisser à l'ancien commissaire la possibilité d'adresser une communication écrite aux actionnaires et de prendre la parole au cours de l'assemblée générale. Le droit anglais préserve donc de manière assez habile les droits de la défense du commissaire que l'on veut écarter, alors qu'il n'a

---

(1) Article 84 paragraphe 2.

(2) VAN OMMESLAGHE (P.) Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé. Bruxelles, Bruyant, 1960, p. 38, n.° 15.

(3) CORNEC (A.) L'adaptation du droit des sociétés anonymes en droit européen. Thèse droit, Paris 1975, p. 6.

fait qu'accomplir ses fonctions. Cet exemple montre que les commissaires peuvent assurer eux-mêmes leur indépendance sans avoir besoin de s'abriter derrière des autorités administratives ou judiciaires (1).

Pourtant le modèle britannique n'échappe pas à toute critique. Ainsi, il est permis d'affirmer que la solution anglaise est criticable, car si la reconduction tacite était admise — dans le système du Statut — l'incertitude qu'elle peut engendrer autoriserait malgré tout un actionnaire ou le conseil de surveillance à considérer que l'assemblée générale n'a pas procédé à la nomination en temps utile, ou a omis d'élire un commissaire et à demander sa désignation au tribunal du siège (2).

Dans ce sens se prononcent, en ce qui concerne le droit français, les éminents auteurs MM. HEMARD, TERRE et MABILLAT (3).

Egalement dans ce sens d'autres auteurs affirment clairement que, pour que la rééligibilité du commissaire aux comptes ne soit pas entachée de nullité, le renouvellement des fonctions doit résulter d'un vote exprès d'une résolution figurant à l'ordre du jour de l'assemblée générale (4).

Ainsi les remarques que nous venons de faire font apparaitre la nécessité d'un renouvellement de la mission du commissaire, qui doit être décidé par un vote exprès de l'assemblée générale des actionnaires.

On fera également valoir que depuis la réforme du droit britannique des sociétés par actions (Compagnies Act 1976) le renouvellement automatique des "auditors" a été supprimé "au profit de règles qui attireront davantage l'attention des actionnaires sur la confirmation du contrôleur dans ses fonctions ou sur son remplacement" (5).

---

(1) GUYON (Y.) L'indépendance des commissaires aux comptes in J.C.P. 1977, doct. I, 2831 n.° 15.

Voir aussi Hamid Maoud (Y.) Le contrôleur des comptes de sociétés (auditor) en droit anglais. Thèse, Paris 1975, p. 73 et p. 74 et Schmitthoff, Palmer's Company Law (22 nd ed. 1976) Londres, Vol. I chap. 69.

(2) Cf. article 204 paragraphe 2 du Statut.

(3) HEMARD, TERRE et MABILLAT, t. II, op. cit. n.° 941. Il convient de citer les propos de ces auteurs: "en outre, si la reconduction tacite était admise, l'incertitude qu'elle engendre autoriserait malgré tout un actionnaire à considérer que l'assemblée a omis d'élire un commissaire et à demander sa désignation au président du tribunal de commerce".

(4) LEFEBVRE (R. et J.) Les aspects juridiques du commissariat aux comptes, Paris, éditions juridiques Lefebvre 1970 n.° 62.

(5) TUNC (A.) La réforme du droit britannique des sociétés par action in Rev. inter. de droit comparé, 1977 p. 351.

(6) Reaffirmons que les rédacteurs du Statut ont opté pour cette solution du droit allemand.

Par ailleurs, nous savons que le droit allemand prévoit que le contrôleur, Wirtschaftsprüfer, ne bénéficie pas d'un renouvellement automatique de son mandat, puisqu'il doit être réélu pour chaque exercice (6). En contrepartie "le Wirtschaftsprüfer" est soumis à un double régime juridique: réglementation professionnelle des carrières libérales et législation de caractère commercial. En conséquence, le Wirtschaftsprüfer subit à la fois le concours du législateur en matière commerciale et en matière professionnelle" (1).

Nous croyons donc pouvoir affirmer qu'il n'existe pas de tacite reconduction en matière de commisariat aux comptes européen.

Nous avons pu constater que les rédacteurs du Statut ont su mettre le commissaire aux comptes à l'abri d'une non-réélection fondée sur un prétexte quelconque et motivée en réalité par un accomplissement trop consciencieux de sa mission, sans pourtant consacrer qu'il puisse être tacitement reconduit dans ses fonctions sans réélection expresse. La permanence résulte du fait que le commissaire peut être réélu indéfiniment.

Il nous faut donc conclure sur ce point: il n'est pas sans intérêt de réaffirmer (au cours de cette étude) que la SE prend le meilleur des législations nationales existantes, ce qui confirme l'affirmation de certains que la SE constitue une société aristocratique. Toutefois, il ne faut pas oublier, comme nous avons pu le constater, le caractère imprécis de certaines dispositions concernant la SE. Cette dernière remarque se retrouve aussi lorsqu'on envisage la cessation des fonctions du commissaire aux comptes.

Section II

CESSATION DES FONCTIONS DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Nous venons de voir que la durée des fonctions du commissaire aux comptes est très courte ce qui, en un sens nous pouvons insister, constitue une certaine sécurité pour les actionnaires puisque le ou les commissaires sont obligés de solliciter leurs souffrages très souvent et doivent de fait être plus soucieux de prêter une oreille attentive aux désirs exprimés par l'assemblée générale. Cependant, cette durée peut encore être abrégée soit par

(1) KOVARIK (M.) op. cit. p. 57.

la démission du commissaire pour motif grave, soit par la révocation et récusation et enfin par d'autres causes par exemple décès, dissolution, faillite.

Par conséquent, il n'est pas sans intérêt d'étudier le regime juridique de la révocation, car elle concerne directement le problème de l'indépendance du commissaire aux comptes. Remarquons immédiatement que le Statut n'a pas prévus tous les cas de cessation des fonctions; par exemple il n'a rien prévu en cas de décès, ou en cas de survenance d'une incapacité du commissaire en cours des fonctions.

De plus le Statut ne précise pas à quel moment la cessation "normale" des fonctions de commissaire se situe (1).

En revanche le Statut précise que les fonctions du ou des commissaires peuvent prendre fin, soit par revocation soit par la démission de celui-ci.

Mais la récusation du commissaire est aussi prévue, contrairement au droit anglais qui ne connait pas cette question.

Rappelons que le Statut accorde aux actionnaires minoritaires (2) mais aussi au directoire et au conseil de surveillance le pouvoir de demander en justice la récusation et le remplacement du commissaire aux comptes, disposition directement issue du droit allemand (3).

Précisons aussi que le législateur français tend uniquement à la protection de la minorité, puisque la loi française accorde aux actionnaires détenant un dixième du capital social le pouvoir de demander en justice la récusation du commissaire aux comptes et son remplacement (4). En

(1) Nous avons déjà tenté de répondre à cette question supra pp. 43 et 44. A cet effet, reafirmons pour M. Guyon au 'afin d'éviter une solution de continuité, les fonctions du commissaire expirent non pas dès la fin de l'exercice mais seulement après la réunion de l'assemblée générale qui statute sur les derniers comptes que le commissaire avait été chargé de contrôler et de certifier. (GUYON Y.) Commissaire aux comptes. Statut et conditions générales d'exercice du contrôle, in jurisclasseur des sociétés, fasc. 134-A n.° 100 p. 30). Précisons aussi que la réponse à cette question ainsi que d'autres, nous met en confrontation avec des problèmes juridiques du droit subsidiaire, c'est-à-dire quel droit doit être appliqué à défaut de règle expresse? Certes le Statut renvoie aux principes généraux. Mais c'est la Cour de justice CE qui doit élaborer en quelque sorte ces principes généraux, on peut se trouver en quelque sorte pendant quelques années — "avant de disposer d'un droit prétorien suffisant" — dans une insécurité juridique.

(2) En ce qui concerne la récusation accordée aux minoritaires voir pp. 23 et s. de notre étude.

(3) Cf. article 163 alinea 2 de l'Aktiengesetz du 6 septembre 1965.

(4) Cf. article 225 de la loi française du 24 juillet 1976.

revanche les dispositions du Statut semblent procéder de considérations plus générales relatives à l'impartialité du commissaire à l'instar du droit allemand.

Nous édudierons donc au cours de cette section, chacune des causes qui mettent fin au mandat du commissaire: la révocation, la récusation, la démission et les autres causes de cessation des fonctions du commissaire aux comptes.

Par. 1
REVOCATION DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

La révocation est un acte unilatéral par lequel la société met fin aux fonctions du commissaire avant la date d'expiration prévue.

L'article 204 paragraphe 4 dispose que "sans préjudice du paragraphe 3, le commissaire aux comptes ne peut être révoqué par l'assemblée générale avant l'expiration de son mandat que pour motif grave" mais les rédacteurs du Statut ont pris le soin d'ajouter qu'"il est autorisé à assister aux déliberations sur sa révocation" (1).

Le cas de cessation des fonctions qui pose le plus de problèmes est celui de la révocation.

Certes, les meilleurs auteurs ont maintes fois expliqué qu'il ne servirait à rien d'entourer la désignation des commissaires de règles strictes si, une fois nommés, on laissait aux dirigeants, par l'intermédiaire de l'assemblée générale, la possibilité de les révoquer sans aucun motif c'est-à-dire, parfois pou la seule raison qu'ils exercent une surveillance trop rigoureuse. L'indépendance des commissaires est donc étroitement liée au régime juridique de leur révocation (2).

Les rédacteurs du Statut, soucieux d'assurer une grand indépendance au commissaire, ont fortement limité la possibilité de révoquer le commissaire aux comptes, par l'exigence d'un motif grave. C'est pourquoi dans le présent paragraphe nous verrons en détail la portée de ces dispositions en

(1)Article 204 paragraphe 4 du Statut
(2)Dans ce sens CONTIN (R.) op. cit. 254 p. 171

faisant appel au droit comparé. Mais nous serons aussi conduits à évoquer un autre problème qui ne manquera pas d'intérêt, à savoir quelle est l'autorité compétente pour révoquer le commissaire, si elle doit-être contrôlée par le juge dans tous les cas, ou seulement en cas de contestation.

Le principe est que le pouvoir de révoquer le commissaire appartient de façon générale à ceux qui sont investis du pouvoir de le nommer. C'est dire que, come en matière de désignation, l'organe souverain en principe est ici encore l'assemblée générale des actionnaires.

Mais il faut encore se demander si la compétence de l'assemblée générale pour révoquer le commissaire aux comptes est exclusive ou non. En d'autres termes, peut-on admettre dans le système du Statut la révocation judiciaire du commissaire?

Aux termes de l'article 204 paragraphe 3 la révocation du commissaire aux comptes est du pouvoir de l'assemblée générale. Toutefois il faut noter une exception en ce qui concerne le commissaire nommé par le tribunal du siège de la SE à la suite de la récusation du commissaire nommé par l'assemble générale (1). Il n'existe cependent pas de parallélisme, car si le paragraphe 2 de l'art. 204 (2) prévoit en certains cas la nomination judiciaire, rien ne s'oppose à ce que l'assemblée générale puisse révoquer le commissaire ainsi nommé, puisque le Statut ne prévoit pas de disposition explicite, à l'inverse du droit allemand. Ainsi l'article 163 alinea 5 de l'Aktiengesetz du 6 septembre 1965 dispose que: "Lorsque le contrôleur a été désigné par le tribunal, la désignation peut être révoquée par celui-ci à la requête de la direction".

On pourra regretter, que les auteurs du Statut n'aient pas tranché par le texte cette difficile question. En France "le commissaire désigné en justice à la suite de la récusation du titulaire ne peut être révoqué que par décision du tribunal" (3).

Quoi qu'il en soit, -- en ce qui concerne les dispositions du Statut —le principe est le suivant: maître de la nomination du commissaire aux comptes, l'assemblée générale des actionnaires est le maître de sa révoca-

---

(1)Cf. Article 204 paragraphe 3 du Statut.

(2)Retenons que l'article 204 paragraphe 2 dispose en effet "si l'assemblée générale ne procède pas à la nomination en temps utile, ou si une personne nommée ne peut remplir sa tâche, le tribunal du siège nomme un commissaire aux comptes à la demande du conseil de surveillance ou d'un actionnaire".

(3) GUYON (Y.) et COQUEREAU (G.) op. cit. n.° 143 p. 118; cf.art. 225 de la loi du 24 juillet 1966.

tion. Nous croyons donc pouvoir affirmer que l'assemblée générale peut révoquer le commissaire nommé par décision de justice, sauf celui qui a été désigné en justice suite à une récusation (1).

Par ailleurs, cette révocation peut se faire à tout moment (2) à condition de la faire dans les formes régulières (nous l'analyserons plus loin).

De toute évidence la décision de révocation doit être inscrite à l'ordre du jour. A cet égard "l'assemblée ne peut décider sur des questions qui ne sont pas inscrites à l'ordre du jour régulièrement publié qu'à l'unanimité des actionnaires représentant l'intégralité du capital. A défaut de cette unanimité, elle ne peut décider la convovation d'une nouvelle assemblée générale sur un nouvel ordre du jour" (3).

En vérité l'assemblée générale ne peut statuer que sur des questions inscrites à l'ordre du jour.

Les rédacteurs du Statut ont donc prévu à juste titre qu'en raison de sa gravité, la révocation du commissaire doit résulter d'une décision expresse de l'assemblée générale (4), qui doit faire état d'un motif grave. Par ailleurs le commissaire "est autorisé à assister aux déliberations sur sa révocation" (5), c'est-à-dire qu'il lui est reconnu en quelque sorte un droit de réponse devant les actionnaires.

Il nous reste à ajouter sur ce point que, à nous yeux du moins, malgré les affirmations avancées précédement, le tribunal du siège de la SE conservera le droit de contrôler la régularité formelle de la révocation, c'est-à-dire s'il y a "motif grave" qui justifie la révocation du commissaire; mais ce contrôle judiciaire s'effectuera uniquement à posteriori. Ceci sera l'ultime remedium puisque les rédacteurs du Statut ont enfermé la possibilité de révoquer les commissaires aux comptes uniquement sur motif grave.

Pour que la révocation soit mise en mouvement il faut donc justifier d'un "motif grave". Du reste, cette disposition est réaliste car nous savons que très souvent l'assemblée générale exprime l'opinion d'un groupe plus

---

(1) Puisque l'article 204 du Statut paragraphe 4 prescrit à cet effet: sans préjudice du paragraphe 3, le commissaire aux comptes peut être révoque par l'assemblée générale pour motif grave. Evidement le paragraphe 3 vise la récusation.

(2) Il convient de signaler que le système allemand est plus minutieux — sur ce point — que celui du Statut puisque le législateur allemand précise que "l'éléction d'un commissaire aux comptes peut être révoquée par l'assemblée générale jusqu'à la présentation du rapport de contrôle à la direction", article 163 al. 5 de l'Aktg.

(3) Article 86 paragraphe 4 du Statut.

(4) Il convient toutefois d'insister sur le fait que l'assemblée générale ne peut pas révoquer le commissaire nommé en justice à la suite d'une action en récusation. Voir les termes de l'article 204 paragraphe 4: "sans préjudice du paragraphe 3".

(5) Article 204 paragraphe 4, in fine, du Statut.

ou moins restreint d'actionnaires, ceux qui exercent en fait le contrôle de la société, les "contrôlaires" selon l'expression d'un auteur (1). Compte tenu de cette constatation, le Statut a cru bon d'apporter des limites à la souveraineté de l'assemblée générale des actionnaires.

Les rédacteurs du Statut ont été donc sensibles au fait que l'assemblée dont les commissaires tiennent généralement leurs pouvoirs, est le plus souvent dominée par les actionnaires contrôlaires et dans une moindre mesure par le directoire, dont les commissaires doivent précisement contrôler les comptes.

C'est pourquoi le Statut a voulu semble-t-il éviter que la suprématie donnée à l'assemblée générale ne permette en quelque sorte aux "controlaires" de faire révoquer les commissaires à leur guise s'ils ne se montrent pas favorables à leurs intérêts, au détriment de l'intérêt de tous les actionnaires.

Mais la révocation en fait ne se produira que très rarement, car le commissaire peut prendre la parole à l'assemblée, puisqu'il à le droit d'assister aux délibérations sur sa révocation. Au surplus, le Statut prévoit de manière restrictive que le commissaire aux comptes ne peut être révoqué par l'assemblée générale... que pour motif grave". Cette tournure négative du texte nous montre de façon fort révélatrice l'intention des rédacteurs du statut. Enfin, il appartient générale de faire la preuve des fautes ou empêchements qui auraient justifié le motif grave nécessaire à la révocation anticipée du commissaire. Certes on pourra objecter qu'il est fort délicat de déterminer ce que recouvre exactement la notion de "motif grave", c'est-à-dire qu'on pourra craindre de voir l'assemblée générale prononcer la révocation du commissaire aux comptes en invoquant des faits qui s'apparentent à un motif grave sans l'être en réalité.

En ce que nous concerne, il paraît difficile de soutenir cette thèse puisque d'une part le commissaire est autorisé à assister aux delibérations sur sa révocation, donc il a le droit de prendre la parole, pour sa défense; d'autre part et en dernier lieu, rien n'empêche le comissaire de s'adresser au tribunal du siège de la SE afin de celui-ci juge si les faits invoqués par l'assemblée générale justifient sa révocation.

Certes il est délicat de déterminer ce que recouvre positivement la notion de motif grave.

---

(1) CHAMPAUD (CL.) Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris Sirey, 1962, cité par Nocquet (Ph.) Les assemblées d'actionnaires: Traité pratiques des sociétés commerciales, publié sous la direction de Moreau et de Guyénot. t. 3. Paris. Librairies du Journal des notaires et des avocats, Paris 1976.

Il semble qu'il faut entendre par motif grave, la faute professionnelle: négligence dans l'accomplissement de la mission, informations mensongères ou délibérément incomplètes donnés sur la situation de la SE à l'assemblée, violation du secret professionnel,etc..., le fait pour le commissaire de se maintenir en fonction après la survenance d'une imcompatibilité.

On fera la même réflexion à propos de l'interdiction qui est faite à un ressotissant d'un pays membre de la C.E.E., frappé d'une condamnation ou d'une mesure de radiation par mesure disciplinaire, du corps professionnel, ou de la radiation de la liste des commissaires. Mais peut aussi consister un motif grave le fait pour le commissaire de se maintenir en fonctions dès lors qu'il se trouve atteint d'une maladie grave ou en état d'éloignement, ce qui mettrait obstacle à l'exercice régulier de ses fonctions (1).

Quelle est la solution en droit comparé? Tous les pays membres de la C.E.E admettent la possibilité d'une révocation anticipée des commissaires aux comptes. Le principe est que le commissaire ne peut être révoqué que par l'autorité qui l'a nommé.

C'est donc généralement l'assemblée générale qui détient ce pouvoir; mais c'est le tribunal en cas de désignation judiciaire; et aux Pays-Bas, c'est le "collège des commissaires" (l'organe de surveillance) lorsque c'est lui qui a procédé à la désignation.

En ce qui concerne le droit français il convient de préciser avec M. le professeur Guyon que l'effort du législateur se concentre — entre d'autres — sur le point suivant: "assurer la stabilité du commissaire, afin de le mettre à l'abri des mouvements du mauvaise humer que l'accomplissement de ses contrôles risque de provoquer chez les dirigeants. Ici encore le succès est mitigé, — "puisque" — l'article 227 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit que l'assemblée ne peut reveler les commissaires de leurs fonctions qu'en cas de faute ou d'empêchement... Mais cet article ne précise pas si le commissaire révoqué à tort a seulement droit à des dommages — intérêts ou s'il peut demander au tribunal de le rétablir dans ses fonctions, ce qui serait une sanction beaucoup éfficace. Une distinction paraît s'imposer: La réintégration paraît possible lorsque la révocation est intervenue dans des condictions irrégulières, notamment parce que l'assemblée qui l'a décidée est nulle. L'hypothèse paraît d'ailleurs assez théorique compte tenu du régime très restrictif de nullité des assemblées (loi du 24 juillet 1966 art. 360). En

(1) Nous nous sommes inspirés en partie des remarques de M.M. Hemard, Terre et Mabilat concernant la révocation du commissaire aux comptes en France.

revanche, le commissaire aurait seulement droit à des dommages-intérêts si la révocation est régulière, mais abusive, notamment parce que le commissaire n'a pas commis de faute" (1).

Après ces remarques M. le professeur Guyon conclut que dans un tel cas "la voie de fait triomphe puisque pour se débarrasser du commissaire il suffit d'accepter d'y mettre le prix. Mais comme l'a remarqué un tribunal, après la réintégration, les relations entre le commissaire et les dirigeants ne pourraient être empreintes de la sérénité nécessaire, chacun rappelant des griefs et des rancoeurs que les péripéties du procès n'ont pu qu'exacerber" (2).

Nous avons pu constater que le modèle français n'échappe pas à toute critique. Puisque la réintégration du commissaire ne paraît pas tellement opportune. C'est pourquoi plusieurs auteurs ont proposé des améliorations; c'est ainsi que M. Guyon et M. L. Mazeaud estiment que "la révocation pourrait être soit réservée à l'autorité judiciaire (tribunal de commerce ou tribunal de grande instance " ou soit soumise à son homologation (3).

Le droit anglais quant à lui offre sur ce point de vue un mécanisme intéressant, mais différent de celui du Statut. En effet le Statut s'est inpiré essentiellement du droit allemand sur cette question. Mais sans doute un apport du droit anglais doit être signalé dans la disposition in fine du paragraphe 4 de l'article 204 du Statut (4).

Dans la pratique anglais il est prévu que "si l'assemblée entend révoquer un "auditor" en fonctions, ou si elle entend en désigner un autre à sa place, elle doit suivre la procédure de la "spécial notice" et de la "spécial résolution"; "l'auditor" menacé peut adresser des protestations écrites à la société et éxiger qu'elles soient adressés à tous les membres convoqués à l'assemblée; il peut également prendre la parole à l'assemblée. Cette procé-

---

(1) GUYON (Y.) L'indépendance des commissaires aux comptes in J.C.P. 1977 doc. I 2831 n.° 14. L'auteur justifie cette affirmation par la jurisprudence: voir Trib. com. Angoulême, 23 novembre 1972: Rev. trim dr. com. 1973, 284, note Houin. Trib. com. Paris. Trib. gr. inst. Paris 11 décembre 1974: Bull. cons. nat. com. cptes 1975, 172.

(2) GUYON op. cit. J.C.P. 1977 doc. I 2831

(3) GUYON op. cit. J.C.P. 1977 doc. I 2831

— Pour une critique de ce principe voir MAZEAUD (L.) L'administration des sociétés anonymes et le projet français de réforme des sociétés commerciales, in Etudes sur le projet français de réforme des sociétés commerciales n.° 71 Paris 1965.

— Dans le même sens HEMARD, TERRE et MABILAT op. cit. n.° 958 p. 758. Ces auteurs écrivent: "il aurait peut-être été préférable de... réserver ce pouvoir (de révocation) aux tribuanux afin que l'indépendance soit encore mieux protégée".

(4) Prévoyant en effet "il est autorisé à assister aux délibérations sur la révocation".

dure est destinée à rendre éventuellement public le conflit qui pourrait surgir entre l'"auditor" et la société, de manière à décourager les sociétés qui voudraient, se débarrasser d'un "auditor" en raison d'une conscience professionnelle jugée excessive" (1).

Il convient d'ajouter que cette révocation, en droit anglais, se produit très rarement à cause d'un phénomène plus important encore qui tient à la très grande solidarité des accountants entre eux. Si un commissaire est révoqué, un autre n'acceptera d'être désigné qu'après avoir eu connaissance des raisons ayant motivé la révocation de son confrère.

Dans cet ordre d'idées la revue "Account" de juin 1963 (revue de l'Institut des chartered Accounts) donnait d'ailleurs un exemple particulièrement significatif de cette solidarité.

L'auditor d'une société immobilière avait émis une opinion différent de celles de ses dirigeants et de l'avocat de la société et avait refusé de certifier les comptes si ceux-ci n'étaient pas modifiés suivant son opinion.

La société acceptera finalement de modifier ses comptes mais ne proposera pas à l'assemblée générale suivante le renouvellement du mandat de l'auditor. L'institut des chartered accountants, usant de son pouvoir, fit pression sur les dirigeants de la société qui furent finalement obligés de proposer le renouvellement de l'auditor sortant.

Une idée commune se dégage avec force de ces réflexions successives sur la révocation du commissaire aux comptes. Le pouvoir de révocation du commissaire est enserré dans des limites étroits et soumis lui-même à un contrôle supérieur de la justice par le biais du contrôle du motif grave (de la révocation).

L'incidence de cette question sur la nature juridique des rapports entre le commissaire et les actionnaires est fondamentale, dans la mesure où le pouvoir de l'assemblée générale se trouve limité par un contrôle supérieur. On se trouve dès lors obligé d'expliquer la nature juridique des rapports qui unissent le commissaire tant aux actionnaires qu'à la SE elle-même.

---

(1) VAN OMMESLAGHE (P.) Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé. Bruxelles, Bruylant, 1960 p. 38

(2) En effet l'article 204 paragraphe 4 dispose que: "le commissaire aux comptes ne peut être revoqué par l'assemblée générale avant l'expiration de son *mandat* que pour motif grave.

(3) Or situation identique en droit français, c'est pourquoi cette remarque de M.M. Hemard, Térré, Mabilat, op. cit. n.° 883 p. 695 s'appliquent pour le commissaire dans la SE.

Les rédacteurs du Statut emploient le mot mandat (2), mais il faut sans doute entendre la notion de mandat comme conférent le pouvoir d'accomplir des actes juridiques au nom du mandat et ne caractérise donc pas, pour l'essentiel, le rôle du commissaire (3).

En effet, le Statut ne definit à aucun moment la nature juridique de l'activité de contrôle du commissaire.

Etant donné que le commissaire aux comptes est défini par les rédacteurs du Statut comme un professionnel compétent et indépendant de la SE, celui-ci semble être lié à la SE par un "contrat de résultat" au sens du droit allemand (Erfolgsvertrag) caracterisé par son objet qui consiste dans la prestation réalisée d'un service. En droit français cela serait un contrat d'ouvrage. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où le pouvoir de l'assemblée générale se trouve limité par un contrôle supérieur, on se trouve dès lors obligé de dépasser le cadre du mandat pour appliquer la nature juridique exacte de ces rapports (1). En définitive nous sommes en présence d'un manque de précision, puisque le fondement juridique du rôle du commissaire n'est pas réglementé par le Statut.

En revanche le régime juridique de la récusation semble beaucoup plus précis et laisse planer moins d'incertitudes.

Par 2
RECUSATION

Nous avons pu constater précédement que les rédacteurs du Statut — à l'instar du droit allemand et dans une moindre mesure du droit français — ont prévu la récusation, du commissaire aux comptes, contrairement au législateur anglais.

On observe que les rédacteurs du Statut adoptent une conception quasi institutionnelle de la récusation du commissaire aux comptes.

Par contre dans le système français la procédure de récusation vise uniquement la défense des actionnaires minoritaires (2).

---

(1) Cf KOVARIK (M.) op. cit. pp. 175 et s.

(2) En effet, l'article 225 de la loi française de 1966 dispose qu'"un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent, en justice, récuser un ou plusieurs commissaires aux comptes désignés par l'assemblée générale et demander la désignation d'un ou plusieurs commissaires aux comptes qui exerçeront leurs fonctions en leur lieu et place."

Ces remarques étant faites, il convient à present de s'interroger sur la notion de récusation.

Que faut-il entendre par récusation?

Une défenition de la récusation a été donnée par la Commission des Lois de L'Assemblée Nationale française "on conteste à priori, la personne même du commissaire et son aptitude à remplier correctement ses fonctions.

Par contre, lorsqu'il s'agit de sanctionner la faute ou la défaillance d'un commissaire au cours de son mandat, c'est à la procédure de révocation que l'on doit avoir recours "([1]).

Plus concise et plus précise est la définition de M. le professeur E. du Pontavice "la récusation, c'est le droit de faire écarter une personne concourant, même occasionnellement au service d'une tâche particulière, alors qu'elle y est normalement qualifiée par ailleurs"([2]).

Ces définitions ci-dessus énoncées valent aussi en ce qui concerne la récusation prevu par le Statut.

Mais comment expliquer le droit de récusation? Il s'agit d'un droit strictement limité et jamais d'un refus intervenu dans des conditions discrétionnaires. Nous avons déjà pu observer qu'il s'agit d'une procédure directement inspirée du système allemand ([3]).

C'est ainsi que l'article 204, paragraphe 3 du Statut dispose qu'"à la demande du directoire, du conseil de surveillance, ou d'un ou de plusieurs actionnaires disposant d'au moins 5% du capital ou d'actions d'une valeur nominale de cent mille unités de compte, le tribunal du siège peut, pour motif grave, révoquer un commissaire aux comptes nommé par l'assemblée générale et nommer une autre personne à sa place. Cette demande doit être introduite dans un délai de deux semaines après la nomination par l'assemblée générale".

([1]) J.O., Débats, Senat, 27 avril 1966 p. 332

([2]) PONTAVICE (E. du) La récusation d'un commissaire aux comptes, in Bull. Féd. Ass. Commissaires aux comptes de sociétés n.° 17 juillet août 1969, p. 51

([3]) — Sans toutefois parler de récusation, à l'instar de la loi allemande — Nous croyons devoir ici citer le texte de la loi allemande afin de montrer que les rédacteurs du Statut ont transposé la disposition allemande. Voici le texte de l'article 163 de l'Aktiengesetz du 6 septembre 1965: "Sur la demande de la Direction du conseil de surveillance ou d'actionnaires dont les parts réunies atteignent le dixième du capital social ou le montant nominal de deux millions de DM, le tribunal/doit, après audition des parties et du commissaire élu, désigner un autre commissaire aux comptes si cela semble nécessaire pour une raison tenant à la personne du commissaire élu, en particulier lorsqu'il y a des motifs de suspicion. La demande doit être déposée dans les deux semaines qui suivent le jour de l'assemblée générale".

C'est ainsi que nous avons déjà pu observer que non seulement les actionnaires peuvent exercer ce droit (comme en droit français), mais aussi le directoire et le conseil de surveillance. Il s'agit donc d'une disposition qui vise à augmenter l'impartialité du commissaire aux comptes. Par ailleurs:

— La demande doit être motivée. Cette condition est limitative, grâce à la notion "motif grave".

— La récusation ne peut être demandée que pendent un court délai après la nomination du commissaire.

— Enfin la décision appartient au juge (tribunal du siège de la SE).

De la cette constatation primordiale: le motif grave constitue une condition "sine qua non" pour permettre la récusation du commissaire nommée par l'assemblée générale des actionnaires. Il semble toutefois que la procédure de récusation soit possible dès que l'irrégularité tient au commissaire lui-même.

En définitive, en absence de jurisprudence précisant la notion de motif grave, nous pouvons dire qu'il y aura motif grave: d'une part, si les conditions légales prévues par le Statut (1) ne sont pas réunies en la personne du commissaire; d'autre part, si on conteste l'aptitude — mais pour cela il faut toujours prouver qu'il s'agit d'un motif grave pour la SE — d'exercer correctement ses fonctions. Bien évidement dans ce deuxième cas, cela ne serait possible que s'il s'agit d'un renouvellement de la mission puisque par hypothèse les capacités du commisaire aux comptes lors d'une première nomination, n'ont pas été mises à l'épreuve.

Il semble cependant qu'un commissaire ne sera que très rarement récusé pour des motifs graves tenant à sa personne, à sa compétence, à son honorabilité et à son indépendance de façon générale, en raison des exigences formulés par le Statut.

Enfin et dans une moindre mesure le commissaire peut apparaître comme ayant été nommé par un groupe d'actionnaires contre un autre groupe, ce qui peut laisser craindre dans le futur un manque d'objectivité et d'indépendance. Ceci conduirait le conseil de surveillance à demander au tribunal de nommer un autre commissaire aux comptes, car il y aurait là à ses yeux un motif grave justifiant sa récusation. Ce sera le tribunal qui décidera en dernier ressort (2 et 3).

---

(1) Cf. articles 203a et 203b

(2) Evidemment ceci est à rapprocher de ce qui a été exposé aux pp. 19 etc. de notre étude.

(3) Il nous semble aussi que cela constituerait un motif grave et que donc "la récusation serait possible lorsque le commissaire a un intérêt financier important dans la société

Voilá donc quelques cas classiques de récusation. Evidemment il n'existe pas et il ne doit pas exister de liste des cas de récusation. Cependant le concept de motif grave prévu par le Statut semble à nos yeux être une notion trop général, ouvrant la voie a beaucoup d'interprétations jurisprudentielles; et qui risque de provoquer une certaine insécurité juridique pendant un certain nombre d'années, avant qu'on ne dispose d'un corps de droit prétorien suffisant (1).

Certains seront tentés de dire que la notion de motif grave permet des causes de récusation très variés. Mais on objectera que cette procédure risque en quelque sorte de demeurer lettre morte puisqu'elle doit être intentée dans un délai de deux semaines à compter de la désignation du commissaire. Ce délai est trop bref et ne permet pas aux actionnaires minoritaires d'apprécier et même de connaître les faits susceptibles de motiver la récusation.

Certes, en ce qui concerne les minoritaires, cette critique semble se justifier; mais en ce qui concerne le directoire et le conseil de surveillance, elle ne se justifié pas dans la mesure où — du moins à nous yeux — ce délai est suffisant car ces deux organes sont permanents: le premier qui est l'organe de direction, le deuxième organe, à qui il appartient de contrôler et de surveiller en permanence la marche des affaires de la SE. Par conséquent ces deux organes n'auront aucune difficulté à apprécier le motif grave, car ils connaissent évidemment dès la désignation par l'assemblée générale les faits susceptibles de justifier la récusation pour un tel motif.

C'est à juste titre que la récusation éventuelle du commissaire aux comptes doit obligatoirement intervenir dans un délai assez court après la désignation. Cela réduit les inconvénients du caractère non-rétroactif de la récusation: par conséquent "le commissaire contesté n'aura exercé ses fonctions que pendant un laps de temps très limité ou bien, s'il s'est abstenu d'exercer effectivement ses fonctions en considération de la menace pesant sur sa tête, cette situation fâcheuse n'aura pas été de trop longue durée" (2). De cette manière, la procédure de récusation évite des conséquences juridi-

---

controlée, ou lorsqu'il est uni à celle-ci par des lieus familiaux susceptibles, de compromettre son impartialité". GUYON (Y.) L'indépendance des commissaires aux comptes in J.C.P. 1977. I. 2831, L'auteur se refère à l'expérience américaine et notamment aux études menées par la Securities and Exchange Commission aux Etats-Unis.

(1) Cf. sur un aspect plus général LELEUX (P.) Faut-il créer la société commerciale européenne pour faciliter l'intégration économique dans la C.E.E.? in Journal des tribunaux. 1968, p. 112.

(2) Bull, Liaison Féd. Ass. commissaires aux comptes de sociétés n.° 18, 1969 p. 81. Cette remarque veut naturellement aussi en ce qui concerne le commissaire dans le SE.

ques épineuses à la SE en ce qui concerne la vérification éfficace des comptes annuels de la SE et de l'ensemble de la compatibilité.

Ainsi ce droit ne confond pas avec la révocation qui émane de l'assemblée générale, donc de la majorité, et non du directoire, du conseil de surveillance ou d'une minorité, et qui suppose aussi un motif grave. C'est pourquoi l'action en récusation doit être introduite dans les deux semaines qui suivent la désigantion du commissaire, c'est-à-dire à un moment òu le commissaire aux comptes n'a généralement pas encore commencé sa mission et n'a donc pas pu commettre de faute. Pour cela des indices graves, précis et concordants doivent être établis par le demandeur à l'appui de la requête dirigée contre un ou plusieurs des commissaires. C'est alors au tribunal de juger si ces griefs constituent un "motif grave" qui justifierait la récusation demandée.

Après cette analyse du système prévu par le Statut, il convient d'insister à titre de comparaison sur le fait que le législateur anglais contrairement aux législateur français et allemand, n'a pas prévu la récusation du commissaire aux comptes. Insistons également que la loi française contrairement au systéme du Statut et à celui du droit allemand, n'accorde pas au directoire ni au conseil de surveillance le droit de demander en justice la récusation et le remplacement du commissaire. Il y a donc similitude entre l'article 204 paragraphe 3 du Statut et article 163 al. 2 de l'Aktg. En revanche le législateur français accorde aux seuls actionnaires détenant un dixième du capital social le pouvoir de demander en justice la récusation du commissaire aux comptes et son remplacement (2).

En somme les dispositions du Statut ainsi que celles du droit allemand visent une protection plus complête que celles du droit français, puisque le système français tend à la protection de la minorité uniquement. Par contre "le droit anglais semble étranger à ces questions" (1).

Les deux hypothèses de cessation de fonction examinées jusqu'ici, la récusation aussi bien que la révocation, prenaient effet contre la volonté du commissaire aux comptes.

Il convient d'examiner maintenant l'hypothèse inverse où la cessation des fonctions dépend de la seule volonté librement exprimée du commissaire aux comptes. Il s'agit donc de savoir si la démission du commissaire aux comptes peut constituer une cause valable de cessation des fonctions.

---

(1) Article 225 de la loi française sur les sociétés commerciales de 1966

(2) MAOUD (Y. Hamid) op. cit. pp. 88 et 89

Par 3
DEMISSION DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Nommé pour un exercice, le commissaire aux comptes doit, en principe, exercer sa mission jusqu'à son terme normal. Il a cependant le droit de démissionner.

Nous savons que normalement les fonctions du commissaire prennent fin après la réunion de l'assemblée générale des actionnaires qui statue sur les comptes annuels de l'exercice écoulé. Il convient de préciser avec MM. Hemard, Terré et Mabilat qu'"il y a lieu d'entendre par démission uniquement le fait de renoncer aux fonctions de commissaire avant que la durée de celles-ci ait fin par la survenance du terme légal (1)".

Ces remarques préliminaires étant faites, nous allons chercher à entrer davantage dans le détail en voyant successivement tout d'abord la faculté de démission du ou des commissaires aux comptes, ensuite les cas et les formes de démission.

A. *Faculté de démission du Commissaire*

La faculté de démissionner du commissaire aux comptes est proclamée par l'article 204 paragraphe 5 du Statut. Cet article énonce que "de son côté le commissaire aux comptes peut résilier le contrat pour motif grave." Cette solution proposée par les rédacteurs s'explique sans doute par le parallelisme entre démission et révocation.

La possibilité laissé au commissaire de ne se démettre que pour "motif grave" vise aussi à assurer la confiance des actionnaires et des tiers, car leurs intérêts sont protégés de manière satisfaisante.

(1) HEMARD, TERRE et MABILAT, op. cit. t. II

Les rédacteurs du Statut ont eu le soin de reconnaître au commissaire aux comptes la faculté de démissioner. Certes, cette faculté est reconnue expréssement mais avec une restriction: à savoir justifier d'un "motif grave"; ceci afin d'éviter tout abus possible de la part du commissaire.

C'est pourquoi cette faculté de démission du commissaire aux comptes n'est nullement contraire aux intérêts en présence.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer que la désignation du commissaire ne devient éfficiente que lorsqu'il l'a acceptée; par conséquent le commissaire prend l'engagement de remplir ses fonctions. En stricte logique il ne peut ultérieurement prétender s'y soustraire sans justifier d'un motif grave. Cette faculté accordée au commissaire de démissionner en cours d'exercice, pour motif grave, ne porte pas atteinte au principe de la permanence de la mission de vérification, dans la mesure où la démission devra être acceptée par la SE, c'est-à-dire normalement par l'assemblée générale. De plus il semble de toute évidence normal de considérer que notification en soit faite aux actionnaires si la démission devait intervenir en cours d'assemblée; ceci serait assez rare. Or si elle intervient entre deux assemblées, il faut admettre en stricte logique que la démission justifiée pour motif grave puisse être signifiée aux représentants légaux de la SE (c'est-à-dire au directoire, mais aussi au conseil de surveillance). Par ailleurs ces deux organes n'ont pas qualité pour remplacer le commissaire aux comptes qui désire démissionner, car ce pouvoir est dévolu en principe à l'assemblée générale, et exceptionnellement au tribunal du siège de la SE. C'est pourquoi rien ne s'oppose à ce que le commissaire s'adresse au tribunal du siège afin que celui-ci juge de la validité du motif en cas de refus d'acceptation par la SE. Précisons toutefois que le tribunal peut nommer très rapidement un autre commissaire à sa place à la demande du conseil de surveillance ou d'un actionnaire.

Par conséquent, la faculté de démissionner accordée au commissaire ne pourra apparaître comme une fuite devant ses responsabilités de commissaire. En définitive, cette disposition est très satisfaisante, dans la mesure où elle permet au commissaire aux comptes de démissionner de ses fonctions au cours d'exercice uniquement en des circonstances exceptionnelles. Cela ne porterait nul préjudice au point le principe de la mission de contrôle permanente des comptes annuels.

Pour mieux donner une idée de l'importance de cette question, il convient à présent de comparer les dispositions du Statut à celles du droit

français, afin de savoir si vraiment il existe une faculté identique ou équivalente à celle prévue par le Statut.

C'est ainsi que le législateur français n'interdit pas au commissaire aux comptes de démissionner. "En réalité, c'est de bonne politique car une période de six ans est assez longue"(1).

Par ailleurs nous savons que la loi française "ne donne pas d'indication sur la démission des commissaires aux comptes des fonctions exercées dans la société" (2). Mais un bref aperçu sur l'évolution de la jurisprudence en la matière nous permettra d'éclairer de manière plus satisfaisante ce problème (3).

Le 27 mars 1973, la 1er chambre de la cour d'appel de Nîmes a rendu dans l'affaire "S.A. Cedica contre Roussel" (4), un arrêt qui est consideré comme le premier statuant sur la démission du commissaire aux comptes, depuis la réforme des sociétés de 1966 (5). Les attendus de cet arrêt disent clairement d'une part, que le commissaire aux comptes d'une société n'est pas un mandataire, d'autre part que la Cour estime que le commissaire est en droit de donner sa démission. Nous reproduison ci-dessous quelques extraits.

"Attendu que le commissaire aux comptes d'une société n'est pas le mandataire de cette société; que les dispositions des articles 2003 et 2007 du Code civil ne sont pas applicables à la présente espèce;... qu'il est évidemment impossible de contraindre un commissaire aux comptes à exercer ses fonctions, s'il s'y refuse; que le droit de se démettre pour simple convenance personnelle qui ne lui est d'ailleurs contesté que sous une forme dubitative par la Cedica, doit lui être reconnu, à condition de ne pas l'exercer d'une manière préjudiciable à la société par malice, voir par simple légèreté blâmable."

A propos de la décision ci-dessus, M. le professeur Houin remarque pertinemment que "les commissaires ne sont pas libres de donner à tout moment leur démisson pour convenance personnelle: d'une part les contrats à durée déterminée ne sont pas résiliables par volonté unilatérale;

---

(1) MAOUD (Y. Hamid) op. cit. p. 89

(2) HEMARD, TERRE et MABILAT? op. cit. t. II n.° 961

(3) Précisons que cette approche comparative nous permet de mieux cerner la question qui nous occupe.

(4) Rev. Soc. 1974, 327, note E. du Pontavice; Bull. Commiss. aux comptes 1973, p. 4993; J.C.P. 1974, IV 311; Rev. trim. dr. com. 1973 p. 823, note R. Houin; Bull. inf. Soc., 1973 p. 434.

(5) Cf. E. du PONTAVICE Rev. soc. 1974, 327 op. cit.

d'autre part, les commissaires, ne pouvant être révoqués que pour juste motif, ne peuvent donner leur démission que pour des causes légitimes et il leur appartient de faire la preuve de telles causes.

La Solution proposée est ainsi différente de celle adoptée par la Cour d'appel de Nîmes, puisque la charge de la preuve n'incombe pas à la même partie et l'objet de la preuve est différent" (1).

Nous partageons complètement l'opinion de M. le professeur Houin; d'ailleurs cette interprétation est très proche de la disposition du Statut et des principes dont il s'inspire.

Ces reflexions successives sur la faculté de démissonner du commissaire aux comptes, confrontées aux dispositions du système français, nous montrent que les dispositions du Statut en la matière sont très satisfaisantes.

B. *Les cas et les formes de la démission*

Nous savons que le commissaire dispose d'un droit de démissionner. Mais en stricte logique ce droit de démissionner doit respecter certaines règles de fond et de forme. C'est pourquoi le commissaire aux comptes ne pourra pas se démettre pour se soustraire à l'exécution d'une obligation légale, en particulier celle de signaler des irrégularités commises par le directoire: au conseil de surveillance ou à l'assemblée des actionnaires.

En revanche la démission du commissaire est toujours possible mais, elle ne peut être demandée qu'en justifiant d'un "motif grave": par exemple une longue maladie, ou un conflit avec les dirigeants de la SE sur un problème relatif à l'exercice de la mission censoriale, se trouveront sans doute le plus souvent à l'origine de cette décision; soit qu'elle puisse résulter d'entraves à l'exécution des vérifications; soit qu'une grave crise de confiance survienne après la découverte de faits délictueux. Cette démission pour "motif grave" pourra se faire également en cas de désaccord grave avec l'organe de direction de la société controlée, car sa présence va cautionner une orientation que celui-ci réprouve (2). Le cas d'un litige grave touchant à la fixation ou au paiement des honoraires peut aussi constituer un "motif grave" qui justifierait l'interruption de ses fonctions avant l'expiration normale du mandat, de même que l'insuffisance des honoraires peut

(1) MERLE (P.) L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Paris, Dallos 1976 p. 355.

(2) Cf. LEFEBVRE (R. et J.) op. cit. p. 3

mettre le commissaire aux comptes dans l'impossibilité d'accomplir sa mission (1).

Nous ne croyons pas, à instar du droit français, que la convenance personnelle constitue un motif de démission, étant donné d'une part, que le commissaire est nommé pour une durée très courte, et que d'autre part, cela ne semble pas constituer un motif grave.

Pour bien illustrer l'importance de cette question qu'il nous soit permis de dire avec M. Ryste que "dès que le contrôleur des comptes n'est plus accepté et suivi de façon sûre et sans équivoque, ce qui résulte de ce que les responsables ne tiennent aucun compte de ses avis, il doit démissionner. Lorsque les mesures prises ont un caractère illégal, il doit agir encore plus rapidement que l'habitude. S'il continue sa tâche dans de telles circonstances, il ne faut accorder aucun crédit à ses réactions. On peut critiquer son maintien en place et soupçonner le commissaire de procéder à des transactions douteuses... La démission du contrôleur des comptes est susceptible d'obliger la société soit à accélérer les opérations de redressement préconisées, soit à nommer un nouveau commissaire aux comptes. Cette dernière solution peut amener la direction de la société à modifier ses vues. Dès que le commissaire sent qu'il est en train de se faire manoeuvrer il n'y a plus de confiance possible et il doit démissonner" (2).

Mais il faut encore savoir si cette démission doit empruntée certaines formes pour qu'elle produise des effets.

Un remarquable auteur a pu écrire, en ce qui concerne le droit français, que "la démission est un acte unilateral qui doit donc produire des effets indépendamment de toute acceptation. Mais il faut immédiatement ajouter qu'il s'agit d'un acte unilatéral receptive qui devant être porté à la connaissance d'une autre personne, c'est-à-dire, en l'occurrence, du mandat ou, plus exactement, des mandats — les actionnaires —, ne produit normalement ses effets que lorsque la notification a été régulièrement effectuée auprès de ses destinataires (3). Mais cet auteur ajoute que certains commentateurs des nouveaux textes, du droit français, observent que "la

(1) Dans ce sens pour ce dernier cas Cf. Bulletin de la C.O.B. n.° 47 mai 1973, p. 6

(2) RYSTE (O.) "La position du contrôleur des comptes face à un client qui a d'importants problèmes financiers" in Journal U.E.C., 1er juillet 1973, p. 207 et 208

(3) TERRE (F.) La démission du commissaire aux comptes in Revue Economie et comptabilité n.° 93. 1971 p. 5586. L'auteur cite Marty et Raynaud. Droit civil, II 1er vol. n.° 322 p. 282

(4) GUYON (Y.) in Jurisclasseur des Sociétés, fasc. 134, n.° 97

démission du commissaire ne paraît devenir définitive qu'après son acceptation par l'assemblée générale ordinaire (4)".

Peut-on accepter cette dernière solution en ce qui concerne le système du Statut? Certes le commissaire bénéficie du droit de démission qui lui est expressement reconnu, mais il convient d'observer que le Statut lui impose de justifier d'un motif grave. Quoi qu'il en soit, il semble que la démission du commissaire ne paraît définitive qu'après l'acceptation soit par l'assemblée générale soit par le tribunal du siège.

Nous sommes conduits en dernier lieu à observer que le droit français est moins précis que le système du Statut quant aux conditions de démission du commissaire. Mais la jurisprudence français dans un premier arrêt, depuis la réforme de 1966, a été amenée à développer le principe que la démission du commissaire ne doit pas être donnée de manière intempestive (1).

Incontestables sont les mérites du Statut sur cette question, puisque celui-ci se situe dans un standard maximum à l'égard des législations des Etats membres de la Communauté Economique Européenne.

Par 4
AUTRES CAUSES DE CESSATION DES FONCTIONS DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Au paragraphe précédent nous avons présenté deux causes primordiales d'expiration des fonctions de commissaire aux comptes avant que celles-ci n'aient pris fin par la survenance du terme légal.

Nous avons donc vu que la cessation des fonctions de commissaire peut résulter exceptionnellement de la révocation ou de la démission de celui-ci mais uniquement pour motif grave.

A côté de ces causes de cessation il en existe d'autres qui sont d'une part, le décès, d'autre part, la dissolution, liquidation, faillite et procédures analogues.

---

(1) Cf. Cour de Nimes, arrêt précité.

A. *Le décès*

Il est évident que le décès du commissaire met fin à ses fonctions y il est aussi naturel d'assimiler à cela la dissolution de la société de commissaires (1).

Dans cet ordre d'idées on ne peut que souscrire à l'opinion de MM. Roger et Jacques Lefebvre en affirmant qu'"en cas de décès du commissaire ses fonctions sont intransmissibles en raison tant, du caractère intuitu personae de ses fonctions que du caratère extra-patrimonial de la profession de commissaire aux comptes, laquelle n'est pas un office" (2).

La procédure la plus rapide pour combler le vide laissé par le décès du commissaire en exercice consiste en la désignations judiciaire afin de permettre autant que possible une continuité de l'exercice permanent de vérification. Disons encore une fois que le Statut prévoit une procédure très satisfaisante visée par l'article 204 paragraphe deux in fine: "si une personne nommée peut remplir sa tâche, le tribunal du siège nomme un commissaire aux comptes à la demande du conseil de surveillance ou d'un actionnaire".

En revanche certains pourront arguer qu'il serait plus logique de réunir extraordinairement l'assemblée générale des actionnaires car c'est en principe l'assemblée générale qui est compétente pour nommer les commissaires aux comptes.

A notre avis, le choix de la procédure judiciaire s'impose. D'une part, cette procédure constitue un moyen rapide, peu coûteux et sans nul doute pleinement éfficace alors que la convocation de l'assemblée générale des actionnaires d'une société de la taille de la SE, aurait nécessité, un délai relativement important. De plus, elle supposait la mise en oeuvre de procédures compliquées et onéreuses (3). D'autre part, le commissaire aux comptes étant une organe essentiel et permanent de la SE, il faut prévoir le remplacement le plus rapide du post vacant car il est de nécessité urgente pour les besoins de la vie de la SE.

On pourra ainsi constater qu'une différence existe entre le système français et celui du Statut. Cela tient essentiellement au fait que le législa-

---

(1) Puisque les rédacteurs du Statut prévoient pour les commissaires la possibilité de se regrouper en sociétés civiles et professionnelles, lorsque le ou les commissaires dans la SE font partie d'une telle société. Cf. Article 203 a, paragraphe 2 alinea b du Statut.

(2) LEFEBVRE (R. et J.) op. cit. n.° 77 p. 34 (cette remarque concernant le droit français vaut naturellement aussi pour le Statut.)

(3) Dans ce sens en ce qui concerne le droit français voir Gaz. Pal. 1970, I. p. 228

teur français prévoit qu'en cas de décès du commissaire titulaire, le commissaire suppléant, s'il existe, entrera immédiatement en fonction (1).

Soulignons que la dispositions du législateur français qui permet la nomination de commissaires suppléants est d'un haut intérêt. Etant donné que la prèsque totalité de la doctrine et jurisprudence française affirment "qu'en cas de décès ou de démission d'un commissaire aux comptes en cours d'exercice, la tentation pourrait être grande, pour un conseil d'administration, de demander la désignation judiciaire d'un commissaire plutôt que de réunir extraordinairement une assemblée générale ordinaire" (2). Pour le doyen Houin il s'agirait là d'une fraude à la loi, car une désignation judiciaire ne peut pas se justifier par de simples raisons de commodité, c'est à l'assemblée générale qu'il appartient normalement de procéder à la nomination des commissaires aux comptes (3).

Nous savons que la réunion d'une nouvelle assemblée générale nécessite un délai assez long. Par conséquent nous sommes conduits à marquer avec force que possibilité prévue par le droit français de l'élection d'un commissaire suppléant est d'un intérêt majeur. Ainsi en cas de dédès du commissaire titulaire, le commissaire suppléant peut entrer immédiatement en fonction, sans qu'il soit nécessaire de réunir extraordinairement l'assemblée générale.

Certes le Statut ne prévoit pas de commissaire suppléant, mais en contrepartie il prévoit une procédure très satisfaisant et rapide pour combler le vide laissé par le commissaire décédé (ou empêche). Celle-ci permet une continuité de l'exercice permanent du contrôle; c'est sur la procédure de l'article 204 paragraphe 2 qu'il convient donc d'insister: "si une personne nommée ne peut remplir sa tâche, le tribunal du siège nomme un commissaire aux comptes à la demande du conseil de surveillance ou d'un actionnaire".

Nous croyons que l'analyse à laquelle nous venons de nous livrer a mis en évidence un autre aspect de caractère général non moins important, à savoir que le système français — du moins en ce qui concerne cette questions — par rapport au Statut, est dominé par la souveraineté de l'assemblée générale des actionnaires.

---

(1) — Cf. Article 223, alinea 2 de la loi française du 24 juillet 1966 qui prévoit la nomination d'un commissaire suppléant.

— Pour l'ensemble de cette question du commissaire suppléant voir cemendant Leblond (J.) Les commissaires suppléants, Rev. trim. dr. com. 1975 p. 783-790

(2 et 3) HOUIN (R. ° Rev. trim. dr. com. 1970, p. 726 n.° 8

B. *Dissolution, liquidation, faillite et procédures analogues*

Les rédacteurs du Statut ne mentionnent pas explicitement le rôle du commissaire aux comptes après la dissolution de la SE. Il en est de même en cas de liquidation et de procédures analogues. Il ressort explicitement des dispositions du titre IX du présent Statut — intitulé: dissolution, liquidation, faillite et procédures analogues — que si de larges pouvoirs de contrôle à l'égard des liquidateurs sont reconnus à l'assemblée générale des actionnaires, il n'en est pas de même en ce qui concerne le sort du ou des commissaires aux comptes. Néanmoins nous pouvons dire que compte tenu des principes généraux dont le Statut s'inspire le ou les commissaires aux comptes continuent l'exercice de leurs fonctions jusqu'à la clôture de la liquidation (1).

En ce qui concerne le directoire il est dit clairement que "la dissolution met fin aux pouvoirs du directoire"(2). Le Statut précise aussi que les liquidateurs sont soumis au contrôle du conseil de surveillance (3). Cela veut dire que la dissolution et la liquidation ne mettent pas fin aux fonctions du conseil de surveillance, car la dissolution ne dispense pas la SE d'avoir des organes de contrôle.* Mais la même remarque vaut naturellement pour le commissaire aux comptes.

Quoi qu'il en soit, il faut déduire qu'en principe la dissolution de la SE ne met pas fin aux fonctions du ou des commissaires aux comptes, puisque ceux-ci devront continuer d'exercer les missions qui leur sont normalement dévolues notamment en ce qui concerne le contrôle des comptes annuels, ainsi que le rapport de gestion (4).

Une idée commune se dégage avec force de la lecture du titre IX du Statut. On doit considérer que le mandat de commissaire aux comptes ne prend fin qu'avec la dissolution de la SE en cas de liquidation. Or il convient de préciser que la liquidation peut durer de longues anées, par conséquent le renouvellement des fonctions de contrôle exercé par le commissaire aux comptes peut avoir lieu. De plus l'article 251 paragraphe 2 prévoit ceci: "Sauf disposition contraire de la présente section, et dans la

---

(1) Cf. article 251 paragraphe 2

(2) Cf. article 251 paragraphe 3 in fine

(3) Cf. article 205

(4) Cf. article 205 du Statut

(*) Article 73 paragraphe 1: "Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire."

mesure où elles ne sont pas contraires à l'object de la liquidation, les dispositions applicables aux SE non dissoutes continuent de l'appliquer aux SE dissoutes jusqu'à la clôture de la liquidation."

Ainsi les rédacteurs du Statut ont voulu que le ou les commissaires aux comptes demeurent en fonction jusqu'à la clôture de la liquidation au même titre que le conseil de surveillance. Donc l'intention des rédacteurs du Statut est de considérer que, normalement, le mandat du commissaire aux comptes est maintenu au-delà de la dissolution.

Il convient de préciser à présent les quatre cas de dissolution de la SE prévus à l'article 247: "La SE est dissoute:
a) par décision de l'assemblée générale, b) par l'expiration de la durée fixée par les statuts, c) par la survenance de la cause légale de dissolution prévue à l'article 249, paragraphe 4 (1), d) par la déclaration de faillite de la SE ou l'ouverture d'une procédure analogue ou par le refus du tribunal de déclarer la faillite faute d'actif, e) par décision du tribunal en vertu de l'article 99 du Statut" (2).

Il est à noter que la faillite constitue la principale cause légale de dissolution. Mais une fois que la SE dissoute est mise en liquidation, la personnalité morale de la SE subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la clôture de celle-ci. Toutefois nous avons signalé que le Statut ne

---

(1) Art. 249 paragraphe 4 dispose: "Si l'assemblée générale n'a pas décidé dans le délai prévu au paragraphe 2 de la dissolution de la société ou la réduction du capital dans les conditions prévues au paragraphe 2, la société est dissoute de plein droit à l'expiration de ce délai."

(2) L'article 99 dispose que: "1. Chacun des intéressés peut saisir le tribunal dans un délai de deux mois à dater du dépôt du rapport. A défaut, le tribunal prononce la clôture de la procédure. 2. Le tribunal statue en se fondant sur les éléments recueillis, après audition des intéressés. Il n'est pas lié par les requêtes. Il ordonne les mesures d'instrution qu'il estime nécessaires. 3. Le tribunal arrête les mesures appropriées à la situation. Il peut — suspendre provisoirement de leurs fonctions un ou plusieurs membres du directoire ou du conseil de surveillance de la société, — les révoquer, — nommer à titre provisoire de nouveaux membres de ces organes, du — suspendre ou annuler des décisions et délibérations du directoire, du conseil de surveillance ou de l'assemblée générale, — dissoudre la société. Le tribunal peut surseoir à l'adoption de mesures à condition que la société mette fin aux anomalies incrimées dans un délai fixé par le tribunal. 4. Le tribunal règle les conséquences des mesures qu'il prend. Il peut abréger ou prolonguer, sur demande de la société, la durée des mesures de suspension. Il fixe la rémunération que la société doit payer aux personnes nommées à titre provisoire. 5. Le tribunal peut ordonner l'execution provisoire des décisions prises en application des paragraphes 3 ou 4, à l'exception de la dissolution de l'entreprise. Les décisions du tribunal prises en vertu des paragraphes 1, 3 ou 4 sont inscrites au registre européen du commerce et publiées dans les journaux de la société. Les mesures ordonnées par le tribunal n'ont effet vis-à-vis des tiers qu'à dater de leur publication dans les journaux de la société."

pose le principe qu'en cas de liquidation "les dispositions applicables aux SE non dissoutes continuent de s'appliquer aux SE dissoutes jusqu'à la clôture de la liquidation" (article 251 paragraphe 2).

La solution normale est le maintien en fonction du ou des commissaires existants à la date de la dissolution de la SE ou des enterprises liées; ou alors la désignation de nouveaux commissaires.

Quoi qu'il en soit la dissolution ne dispense pas la SE (ou entreprise liée) d'avoir des commissaires. Les fonctions de ces professionnels cesseront avec la clôture de la liquidation de la SE ou de l'entreprise dépendante de celle-ci.

Enfin il est à noter que les dispositions du Statut concernant la faillite, concordats et procédures analogues ne font pas allusion au commissaire aux comptes; nous n'avons pas à nous en étonner car la SE continue d'exister pendant toute la durée de la faillite. Il est donc normal qu'elle soit encore contrôlée. Par conséquent il faut admettre — en stricte logique — que la faillite, de même que le concordat et procédures analogues ne mettent pas fin à la mission du commissaire aux comptes; ou il pourait être nommé un contrôleur remplissant en fait, les mêmes fonctions.

Par conséquent si la SE était privée d'un ou de plusieurs commissaires il appartiendrait à l'assemblée générale de procéder à la nomination nécessaire.

En l'absence de texte édictant expressement une solution contraire, la maintien en fonctions du ou des commissaires aux comptes, lors de l'ouverture de ces procédures, jusqu'à la clôture, s'impose car les associés subsistent, et ils ont des intérêts à sauvegarder, autant que les créanciers.

Le commissaire aux comptes conserve donc un rôle qui n'est pas négligeable et qui peut être considéré comme essentiel dans une période où les intérêts des associés et ceux des créanciers sont susceptibles de s'opposer (1).

Remarquons enfin en conclusion de cette question que dans le cas de cessation des fonctions de commissaire l'idée de permanence n'a pas été absente des vues des rédacteurs du Statut.

---

(1) L'exercice du commissariat aux comptes. Ordre des experts comptables et comptables agrées. Paris 1970, p. 45.

CONCLUSION

L'étude que nous venons de mener est marquée par une constante comparaison entre les solutions adoptées par le Statut et celles du droit comparé en la matière du statut du commissaire aux comptes.

On s'est attaché tout au long de ces développements à mettre en relief que le Statut SE propose par la commission des C.E.E. s'inspire largement d'une legislation donnée. Par ailleurs, on y décèle une tendance du législateur européen à ne retenir que les dispositions nationales les plus contraignantes et on aboutit parfois à certaines dispositions revètant un caractère mal défini. Mais il convient d'ajouter immédiatement que ces défauts s'expliquent par la difficulté de la tâche entreprise par la Commission de réglementer l'ensemble du droit des sociétés.

Il n'est pas sans intérêt de preciser à la fin de cette étude que, en ce qui concerne le contrôle de la société anonyme européenne, le Statut exige une double vérification: celle des comptes, confiée à des contrôleurs professionnels (commissaires aux comptes), et celle de la gestion attribuée au conseil de surveillance.

Il faut reconnaître que les dispositions du Statut de la SE concernant le statut professionnel du commissaire aux comptes demandent à être developpées. A la lumière des droits des pays membres du marché commun, il est utile de rappeler les principales lacunes du système européen et d'en proposer éventuellement des réformes. Or, le Statut ne répond pas toujours aux besoins et realités de la pratique des affaires: information complète et sincère de l'épargnant potentiel, et par consequent sa protection, necessaire au developpement du marche financier et des entreprises. Derechef le Statut SE ne repond pas toujours à ce besoin dans la mesure, où il introduit très souvent des concepts libelles de manière trop générale — par exemple la notion de "motif grave" — et ouvre de la sorte, la voie à toutes les interprétation jurisprudentielles ([1]).

Certes — en ce qui concerne le statut professionnel du commissaire aux comptes — ces dispositions peuvent certainement être ameliorées, mais il offre déjà aux commissaires le moyen de donner à leurs travaux l'autorité requise necessaire pour s'attirer la confiance de l'épargne indispensable au succès de la SE.

([1]) Cf. KEUTGEN (G.) et HUYS (M.) Demain la société européenne? in Jour. des trib. 1972 p. 490.

Soulignons avec force qu'il est souhaitable de renforcer la règlementation relative au statut des commissaires aux comptes. En effet, ce statut doit contenir des garanties encore plus grandes d'une bonne exécution de la mission de vérification des comptes annuels de la SE, preservant ainsi l'intérêt des actionnaires et en particulier de la minorité, des tiers, mais aussi des travailleurs. Les exigences fondamentales en matière de statut sont la compétence, l'honnêtete et l'indépendance des commissaires.

Quelles peuvent être les perspectives d'évolution? Il nous parait urgent et nécessaire de remedier à la situation du commissariat aux comptes sur le plan de la règlementation professionnelle (européenne) qui est insuffisante à l'heure actuelle. Il semble que des études sont actuellement menées en vue d'organiser un commissariat aux comptes européen. En recevant un Statut professionnel (complet) européen, ce commissaire européen deviendra la véritable caution — aux yeux de tous les actionnaires — de la regularité comptable et fonctionnelle de la SE. Mais les qualités, et notamment la compétence du commissaire aux comptes permettront aussi de justifier aux yeux des membres du directoire l'intérêt qu'ils auront à retirer d'un contrôle réalisé par un specialiste pour les conseiller au sujet de certaines questions délicates (c'est ce qui se passe en droit anglais). Selon certains, les études en vue d'organiser ce commissariat aux comptes européen sont déjà avancées puisque l'on est "parvenu à un accord de principe, consacrant un système analogue à celui qui existe en France depuis 1966" (1).

Sans doute les années à venir seront-elles capitales dans la mesure où elles veront la préparation ou l'aboutissement de dispositions (règlements ou directives) tendant à adapter encore mieux le contrôle aux necessités de la SE.

(1) GUYON (Y.) et COQUEREAU (G.) op. cit. p. 309.

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES OFFICIELS ET COMMENTAIRES

— la proposition française. Foyer. Revue du marché comum. 65 N.° 81 p. 268.
— Mémorandum de la commission sur la création d'une société européene. 1966. Supplém. Bull. 9/10 1966. R.T.D.E. p. 409.
— Projet Sanders. Commission. Collection études. Serie concurrence. N.° 6. 1967.
— 1ère proposition de règlement de la Commission du Conseil. 10 Oct. 1970. Suppl. Bull. 8/70. J.O.C.E. N.° C 131.
— Avis du Conseil Economique et Social. 13 déc. 1972. J.O.C.E. N.° C 93.
— Proposition modifiée de Règlement de la Commission du Conseil. 30 avril 1975. Suppl. Bull. 4/75.

— Mémorandum de la Commission sur la concentration 1er déc. 1965. R.T.D.E. 66 p. 651.
— Mémorandum de la Commission sur la politique industrielle. 1970.
— Parlement Européen, Document de séance 1974-75, Document 6/74 du 26 juin 1974. Rapport Complementaire sur la proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil (doc. 98/70) concernant un règlement relatif au statut de la société anonyme européenne.
— Proposition de cinquème directive C.E.E. relative a la structure des sociétés anonymes ainsi qu'aux pouvoirs et obligations de leurs organes. J.O.C.E. C. 131, 13 décembre 1972; Exposé des motifs, Bull. C.E. Suppl. 10/72.

OUVRAGES SPECIALISES ET CHRONIQUES

AYMARD (P.)	Les directives du Conseil de la Communauté C.E.E. et la réforme du droit des sociétés commerciales en France. Thèse Droit Toulouse 1972.
BASTIAN (D.)	La reforme du droit des sociétés commerciales (sociétés par actions) in J.C.P. 1968 I. 2183.
BOUCOURECHLIEV (J.)	Pour une S.A.R.L. Européenne Paris, P.U.F. Coll. 1973.
CHEVALLIER (J.)	Pour une société par actions de type européen. Banque, 1960 p. 495-497).
CODES ALLEMANDS	Code civil et Code de commerce... suivis des principales lois commerciales. (Traduits en français par GARCIN (W.) Paris, Editions Jupiter, 1967).
	Commission des opérations de bourse: Rapports annuels 1968, 1975 et 1976.
CONTIN (R.)	Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes. Paris, Librairies Techniques, 1975.
CORNEC (A.)	L'adaptation du droit anglais des sociétés anonymes en droit européen. Thèse Droit, Paris, 1975.

CARTERON (M.) — La Société européenne va-t-elle devenir une réalité?
In Revue des Sociétés 1967 p. 244-252.

ESPERANDIEU (J.) — Difficile accouchement de la société anonyme européenne in 30 Jours d'Europe, juin 1975 pp. 22-23.
Fédération des Associations de Commissaires agrées, Guide des Commissaires aux Comptes, lois, décrets et textes divers. Paris 1970.

FEULLET (P.) — La pratique du Commissariat aux Comptes. Paris, Delmas, 1970.

GLEICHMANN (K.) et CHATALA (T.) — Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés Européennes in Revue des Sociétés 1972 p. 7-72

GUYON (Y.) — Les Commissaires aux Comptes — Statut et Conditions générales d'exercice de la profession, in J.Cl.
Sociétés T. 6, fasc. 134 A.

GUYON (Y.) et COQUEREAU (G.) — Le nouveau statut des Commissaires aux Comptes des sociétés. Règles générales d'organisations de la profession in J.C.P. 1969, n.º 2290.

GUYON (Y.) et COQUEREAU (G.) — Le Commissariat aux Comptes Aspects juridiques et techniques. Paris, Libr. Techniques 1971.

HEMARD, TERRE et MABILAT — La réforme des sociétés commerciales, D. 1970 Chron. p. 45-64.

HEMARD, TERRE et MABILAT — Sociétés commerciales.
Paris Dalloz T. I et T. II, 1974.

HOUIN (R.) — Le régime juridique des sociétés dans la C.E.E.
Rev. trim. de Droit européen, janvier-avril, 1965, pp. 11-27

HOUIN (R.) — Revue trimestrielle de droit commercial, 1972 p. 421.

HOUIN (R.) — Où en est le droit des sociétés dans le Marché Commun.
Rev. trim. Dr. Eur. 1968 p. 131-147.

HOUIN (R.) et GORE (F.) — La réforme des sociétés commerciales. D. 1967 p. 124-176.
Institut français des experts-comptables, L'exercice du commissaire aux comptes, Le Commissaire face à ses obligations, Paris 1970.

KOVARIK (M.) — Le Commissaire aux Comptes et le Wirtschaftsprüfer. Paris, Editions Cujas, 1965.

KOVARIK (M.) — La première directive du Conseil des Communautés et son application en Droit allemand.
Rev. des Sociétés 1970, p. 621-633.

KOVARIK (M.) — Lamy sociétés, édition 1977.

KRSJAK (P.) — Etat du problème relatif à la société anonyme européenne.
La vie judiciaire 1975 n.° 1532 du 18 au 24 août.

LEBLOND (J.) — Les commissaires suppleants in Rev. trim. Dr. Comm. 1975 p. 783-790.

LEFEBVRE (R. et J.) — Les aspects juridiques du Commissariat aux Comptes. Paris, Editions Juridiques Lefebvre, 1970.

LELEUX (P.) — Faut-il créer la société commerciale européenne pour facilier l'intégration économique dans la C.E.E., in Journal des tribunaux 1968, p. 109-112.

LOUSSOUARN (Y.) — La proposition d'un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international privé.
Rev. crit. de Droit international privé, juin-septembre 1971 pp. 383-413.

MAOUAD (Y.H.) — Le Contrôleur des comptes de sociétés (auditor) en droit anglais. Thèse Droit. Paris 1975.

MAZEAUD (L.) L'administration des sociétés anonymes et le projet de loi sur les sociétés commerciales, in Etudes sur le projet français de réforme des sociétés commerciales, Paris, 1965.

MABILAT (P.) Le nouveau statut professionnel des commissaires aux comptes. Revue des sociétés, 1970 p. 1-80.

MABILAT (P.) Les modifications apportées au statut professionnel des Commissaires aux comptes par le décret du 7 décembre 1976. Sem. Jurid. C.I. 1977. 12322.

OPPETIT (B.) Droit européen (Le), num. de juin-juillet 1960, p. 234 à 251, Création d'une société commerciale de type européen.

Ordre des experts — comptables agrées, L'exercice du commissaire aux comptes dans le cadre de la nouvelle législation des sociétés commerciales, Paris 1970.

PATRY (R.) La société anonyme européenne, in Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève, Librairie de l'Université, 1964 pp. 29-49.

PONTAVICE (E. du) Les tâches des commissaires aux comptes depuis la loi du 24 juillet 1966, des décrets des 23 mars et 6 juin 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967. Revue des sociétés 1968, p. 1-29.

PONTAVICE (E. du) Un Commissaire aux Comptes peut — il se dematttre de ses fonctions? in Bull. Cons. Nat. Commis. n.° 13, 1968, pp. 31-33.

Proposition d'une cinquième directive en ce qui concerne la structure des sociétés anonymes ainsi que les pouvoirs et obligations de leurs organes, Com. (72) 887 final, Bull. Com. Eur., supplément 10/72.

RAULT (J.) Pour la création d'une société commerciale de type européen, Rev. trim. de droit commecial, octobre-décembre 1970, pp. 741-776.

RIPERT (C.) et ROBLOT (R.) — Traité élémentaire de droit commercial. Paris, L.G.D.J., T. 1, 8e édit. 1974.

SCHMIDT (D.) — Les droits de la minorité dans la société anonyme. Paris, Sirey 1969.

SINAY-LACAN — La nouvelle législation française devant les perspectives du droit européen des sociétés.

TERRE (F.) — La démission du Commissaire aux Comptes. in Economie et Comptabilité. 1971 n.° 93, pp. 5583-5587.

TERRE (F.) — La récusation du Commissaire aux Comptes. in Economie et Comptabilité. juin 1972, pp. 37-39.

TROUILLAT (R.) — Le droit nouveau des sociétés commerciales. Loi du 24 juillet 1960 et le texte d'application. Paris, Entreprise Moderne d'Edition, 1967.

VASSEUR (M.) — Pour une société de type européen. Mélanges offerts à René Savatier, Paris, Dalloz, 1965. pp. 903-920.

VASSEUR (M.) — Quelle société européenne? D.S. 1972, pp. 169-176.

AktG	Aktiengesetz (Loi allemande sur les sociétés anonymes).
A.N.S.A.	Association Nationale des Sociétés par Actions (France).
Bull. civ.	Bulletin des Arrêts de la Chambre civile de la Cour de Cassation.
Cass.	Cour de Cassation
chron	chronique
D.	Recueil Dalloz
ed	édition
G.P.	Gazette du Palais
J.Cl.	Jurisclasseur
J.C.P. (C.I.)	Jurisclasseur périodique — Semaine juridique (édition commerce et industrie)
J.O.	Journal officiel de la République française
Journ. soc.	Journal des sociétés
préc.	précité
Rev. fr. compt.	Revue française de comptabilité
Rev. soc.	Revue des sociétés
R.T.D. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
somm	sommaire
TGI	Tribunal de grande instance

Remarque:

auditor c'est le commissaire aux comptes en droit anglais
Wirtschaftsprüffer c'est le commissaire aux comptes en droit allemand

ANNEXES

ANNEXE I

Textes des articles 203, 203a, 203b et 204, du statut des sociétés anonymes européennes (proposition modifiée de règlement presentée par la commission au conseil le 13 mai 1975 en vertu de l'article 149, alinea 2 du traité C.E.E..

Article 203:

(Vérification par le commissaire aux comptes)

1. Les comptes annuels et le rapport de gestion, dans la mesure où il expose l'évolution des affaires et la situation de la société au cours de l'exercice écoulé, doivent être contrôlès par un commissaire aux comptes indépendant, agissant sous sa propre responsabilité.

2. Peuvent seules être nommées commissaires aux comptes, les personnes qui justifient d'une formation et d'une expérience suffisantes pour l'exercice de cette mission, qui ont acquis cette qualification selon une procédure d'admission et d'examen légalement organisée ou reconnue et qui sont ainsi agrées dans un des Etats membres pour la vérification des comptes annuels des sociétés anonymes dont les actions sont négociées en bourse.

Article 203a:

(Indépendance du commissaire aux comptes)

1. La vérification ne doit pas être effectuée par des personnes qui sont membres du directoire, du conseil de surveillance, du personnel de la SE

ou d'une entreprise dépendante ou dominante par rapport à celle — ci, ou qui l'ont été au cours des trois dernières années précédent leur nomination.

2. La vérification ne doit pas davantage être effectué:

a) par des sociétés dont les associés, les membres de l'organe de direction ou de surveillance ou les personnes investies d'un pouvoir de représentation sont membres du directoire, du conseil de surveillance ou du personnel de la SE ou d'une entreprise dépendante ou dominante par rapport à celle — ci, ou qui l'ont été au cours des trois dernières années précédent leur nomination.

b) par une société de vérification qui est dépendante de la SE ou qui la domine, ou qui est dépendante de l'entreprise qui domine la SE.

Article 203b:

(Indépendance du commissaire aux comptes)

1. Les personnes qui ont effectué la vérification ne peuvent devenir membre du directoire, du conseil de surveillance ou du personnel de la SE ou d'une entreprise dépendante ou dominante par rapport à celle — ci avant un délai minimal de trois ans à compter de la cessation de leurs fonctions.

2. En outre, les associés, les membres de l'organe de direction ou de surveillance et les personnes investies d'un pouvoir de représentation de sociétés qui ont effectué la vérification ne peuvent devenir membres du directoire, du conseil de surveillance ou du personnel de la SE ou d'une entreprise dépendante ou dominante par rapport à celle — ci avant un délai minimal de trois ans après l'accomplissement de cette mission.

Article 204:

(Election et révocation du commissaire aux comptes)

1. Le commissaire aux comptes est élu annuellement par l'assemblée générale. Pour le premier exercice, il peut être élu par les assemblées générales des sociétés fondatrices.

2. Si l'assemblée générale ne procède pas à la nomination en temps utile, ou si une personne nommée ne peut remplir sa tâche, le tribunal du siège nomme un commissaire aux comptes à la demande du conseil de surveillance ou d'un actionnaire.

3. A la demande du directoire, du conseil de surveillance, ou d'un ou de plusieurs actionnaires disposant d'au moins 5% du capital ou d'actions d'une valeur nominale de cent mille unités de compte, le tribunal du siège peut, pour motif grave, révoquer un commissaire aux comptes nommé par l'assemblée générale et nommer une autre personne à sa place. Cette demande doit être introduite dans un délai de deux semaines après la nomination par l'assemblée générale.

4. Sans préjudice du paragraphe 3, le commissaire aux comptes ne peut être révoqué par l'assemblée générale avant l'expiration de son mandat que pour motif grave. Il est autorisé à assister aux délibérations sur sa révocation.

5. De son côté, le commissaire aux comptes peut résilier le contract pour motif grave.

ANNEXE II

Historique de la société anonyme européenne

1959-1961	Les milieux économiques et scientifiques intéressés discutent la question de l'opportunité d'un type uniforme de société pour les entreprises du Marché commun.
1964	La commission de la CEE entame les travaux concrets concernant le projet d'un type uniforme de société pour le Marché commun, en vue de mettre les entreprises en mesure de donner des formes plus solides à leur coopération au-delà des frontières sur le plan juridique et sur le plan de l'organisation.
15/3/1965	Le gouvernement français suggère dans une note la création d'une société commerciale européenne par le dépôt d'une loi uniforme devant les parlements des Etats membres.
22/4/1966	La Commission transmet au Conseil un mémorandum dans lequel elle analyse notamment les bases juridiques auxquelles le statut d'une société européenne pourrait être rapporté. Elle donne la préférance au type de droit européen.

15/11/1966	Première réunion d'un groupe de travail ad hoc du Conseil "Société commerciale européenne".
Fin 1966	Le professeur Sanders, Rotterdam, présente un avant-projet de statut de la société anonyme européenne, qu'il a établi en collaboration avec des experts de tous les Etats membres à la demande de la Commission. Celle-ci réserve sa position.
26/4/1967	Le groupe de travail du Conseil "Société commerciale européenne" affirme à l'unanimité l'opportunité d'un statut uniforme et prend position sur les diverses questions de fond. Il ne reçoit pas de mandat pour élaborer un statut.
29/5/1968	La commission entreprend une initiative au Conseil afin de faire avancer, par l'octroi d'un mandat à un nouveau Comité, les projets sur la base des travaux préliminaires effectués.
5/3/1969	La Comission décide d'élaborer son propre projet.
Octobre 1969	Le professeur Lyon-Caen, Paris, présente une étude sur les possibilités de représentation des intérêts des travailleurs dans le statut de la société européenne. Cette contribution à la discussion a été élaborée à la demande de la Commission qui réserve sa position, mais soumet cette étude aux partenaires sociaux pour discussion.
18/3/1970	La Commission adresse au Conseil un mémorandum sur la politique industrielle, dans lequel elle souligne la nécessité d'adopter dans les meilleurs délais un droit européen des sociétés.
avril 1970	La Commission consulte les partenaires sociaux sur une règlementation éventuelle de la représentation des intérêts des travailleurs dans le statut de la société européenne.
9/6/1970	Le Conseil discute de "plan Werner". Dans le rapport sur la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire de la Communauté, l'adoption du statut d'une société européenne est demandée pendant la première étape.
24/6/1970	La Commission a adopté un projet de droit européen des sociétés.
fin juin 1970	La Commission adresse au Conseil le projet de règlement communautaire.

juillet 1974 Le Parlement européen a approuvé, à une large majorité, la politique, la conception et les principes qui étaient à la base de la proposition initiale de la Commission de juin 1970. Il a cependant proposé trois sortes d'amendements:

— de nombreux amendements d'ordre technique;

— plusieurs amendements de portée économique; légaleet (ou) politique;

— quelques amendements de portée politique majeure.

En ce qui concerne les amendements d'ordre technique, la plupart d'entre eux ont été acceptés par M. Gundelach, au nom de la Commission, au cours des debats en assemblée plenière, parce qu'ils representaient des améliorations on ne posaient pas de problèmes. Les quelques amendements techniques qui n'ont pas pu être acceptés étaient d'importance mineure.

Quant aux amendements de portée économique, légale et (ou) politique, la Commission s'est également ralliée à l'avis du Parlement européen, sauf sur deux points:

La Commission souhaite maintenir:

— la possibilité offerte aux sociétés anonymes européennes de choisir plusieurs sièges statutaires et elle estime que

— les sanctions frappant les infractions aux dispositions du statut des sociétés anonymes européennes ne doivent pas être réglées dans le détail au niveau communautaire.

13/5/1975 Proposition d'un règlement du Conseil portant statut des sociétés anonymes européennes. Il s'agit d'une proposition modifiée présentée par la Commission au Conseil en vertu de l'article 149, alinéa 2, du traité CEE.

30/6/1975 Le projet du statut des sociétés anonymes européennes a été soumis par la Commission au Conseil des ministres des Communautés européennes qui est actuellement encore discuté.

ANNEXE III

"L'idée d'une société européenne fut lancée, pour la première fois, en 1959, par le professeur Sanders, d'une part et par le notariat français d'autre part.

Dans la conception que s'en faisaient ses protagonistes la société européenne était dotée d'un statut communautaire sans rattachement national. Ceci devait faciliter la Constitution de grandes sociétés internationales, la fusion entre sociétés relevant d'ordres juridiques internationales, la fusion entre sociétés relevant d'ordres juridiques différentes et la création de société en Europe par des groupes financiers ou industriels étrangers au Marché commun". (1)

Pour ne parler que de la proposition modifiée d'un règlement du Conseil portant statut des sociétés anonymes européennes M. Gundelach commissaire européen a déclaré le 5 mai 1975 au cours d'une conférence de presse que cette proposition ci-dessus annoncée: "était à présent arrivée au dernier stade de la procédure de prise de décision des Communautés européennes, c'est à dire au stade de l'examen et de l'adoption par le Conseil. Le Statut, conçu sous forme de règlement, deviendra immédiatement droit communautaire après son adoption par le Conseil...

Une fois adopté, il demeurera inchangé pendant de nombreuses années. C'est pourquoi, en raison des discussions que ne cesse de soulever la participation des travailleurs, il doit être assez progressiste dans ce domaine. Comme l'a souligné M. Gundelach, il s'agit d'une législation qui restera en vigueur pendant longtemps. (2)

Le statut des sociétés anonymes européennes fournira aux sociétés européennes un modèle d'organisation rationnel et moderne et contribuera à la création de ce qui n'existe pas encore: un marché commun pour les entreprises européennes au delà du marché commun pour les biens et services.

Les entreprises ne peuvent actuellement adopter des structures juridiques appropriées aux dimensions et aux exigences du marché commun

---

(1) RENAULD (J.) — Droit européen des sociétés. Bruxelles. Bruyland-Wander, 1969, p. 917.

(2) Résumé de la conférence de presse de M. GUNDELACH sur le Statut des Sociétés Anonymes Européennes. Commission des Communautés Européennes. Information à la Presse. Bruxelles, 5 mai 1975.

dans lequel elles exercent leurs activités ou souhaitent le faire. Le statut des sociétés anonymes européennes leur fournira une telle structure et, qui plus est, une structure moderne et élaborée assurant la protection des intérêts légitimes de toutes les personnes concernée par la marche des affaires et l'entreprise.

Le statut des sociétés anonymes européennes n'a pas pour objet d'encourager le gigantisme dans l'industrie, mais de libérer les entreprises des contraintes juridiques, pratiques et psychologiques résultant de l'existence de neuf ordres juridiques distincts. Ces contraintes empêchent actuellement les entreprises d'organiser leurs affaires et leurs relations avec d'autres entreprises de la manière la plus efficace et la plus profitable, comme peut le faire n'importe quelle société nationale dans le cadre d'un marché intérieur. Les petites et moyennes entreprises peuvent tirer profit de ces possibilités au même titre que les grandes entreprises.

Le statut facilitera la formation de nouvelles sociétés multinationales, mais celle-ci seront d'un type différent. Les sociétés multinationales qui choisiront de recouvrir à la nouvelle forme européenne auront une structure transparente et des obligations précises à l'égard des actionnaires, des créanciers, des travailleurs et de l'ensemble de la société. Il s'agit d'une étape vers l'établissement d'un droit des sociétés moderne, uniforme, applicable à toutes les sociétés multinationales européennes partout dans la Communauté.

M. Gundelach a poursuivi sa conférence de presse en ces termes: "le statut des sociétés anonymes européennes représente un droit complet des sociétés. A cet égard, il diffère de la plupart des textes adoptés par la Communauté que peuvent se présenter, ..., soit sous forme de recommandations ou de directives à mettre en œuvre par le législateur national, soit sous forme de résolution. Le statut est une loi proprement dite. Il ne faut pas perdre de vue qu'il traite d'un grand nombre d'autres matières et qu'il vise d'autres objectifs que celui de la représentation des travailleurs.

Il s'agit d'un droit communautaire moderne et complet sur la base duquel les sociétés européennes pourront exercer leur activités en Europe et tant qu'entités économiques."

M. Gundelach a conclut en affirmant que cette proposition a été présentée dans l'intention de créer une base européenne comme pour les activités économiques des sociétés et de leur donner la possibilité de s'organiser ou de se réorganiser à l'échelle européenne, plutôt que de laisser subsister une juxtaposition de dimensions nationales. ([1]).

Notons que ce projet, qui est la première tentative de la plus grande législation européenne en matière de droit privé et qui, après avoir déjà fait l'objet de modifications, est actuellement encore discuté.

([1]) Résumé de la conférence de presse de M. GUNDELACH sur le Statut des sociétés anonymes européennes. Bruxelles, le 5 mai 1975. Commission des Communautés Européennes. Information à la presse.

APLICAÇÃO
DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS:

26.º
CASO IRLANDA CONTRA O REINO UNIDO (1)

I. É de lamentar que o Estado demandado não colabore com a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, esquecendo a importância do princípio consagrado na alínea *a*) do art.º 28.º, in fine, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

II. O Tribunal deve conhecer das violações não contestadas pelo Governo demandado, já que as suas decisões, além de resolverem o caso, clarificam e interpretam as regras da Convenção, contribuindo assim ao respeito pelos Estados das obrigações decorrentes da mesma.

III. A decisão de admissibilidade pronunciada pela Comissão fixa o objecto do litígio de que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se deve ocupar.

IV. Não há que atender ao ónus da prova nos "casos" trazidos ao Tribunal: deve o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tomar em consideração todos os elementos de prova ao seu alcance, quer hajam sido carreados pela Comissão, pelas partes ou por qualquer outra via, podendo até oficiosamente obtê-los.

V. A Convenção proibe em termos absolutos tanto a tortura como as penas e tratamentos desumanos e degradantes, seja qual fôr a conduta da vítima;

VI. A "tortura" distingue-se dos tratamentos desumanos pelo seu carácter deliberado e por provocar cruéis e atrozes sofrimentos.

---

(1) In Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXI, 603.

VII. Nas situações previstas no art.º 15.º da Convenção, pode haver derrogações, na estrita medida do necessário, aos artigos 5.º e 6.º.

VIII. A margem nacional de apreciação no que concerne às derrogações permitidas pelo art.º 15.º está sujeita ao contrôle europeu, tendo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem competência para decidir se foi excedida a estrita medida imposta pela situação de crise.

Data da decisão: 18 de Janeiro de 1978.

Juízes intervenientes: G. Balladore Pallieri, italiano (presidente), G. Wiarda, holandês, M. Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, P. O'Donoghue, irlandês, H. Pedersen, dinamarquesa, Thor Vilhjalmsson, islandês, R. Ryssdal, norueguês, W. Ganshof Van Der Meersch, belga, Gerald Fitzmaurice, britânico, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, P. H. Teitgen, francês, G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco.

— Em Palace Barracks, durante o outono de 1971, seguiu-se uma prática de tratamentos desumanos, incompatível com o art.º 3.º (unanimidade);

Decisão:

O Tribunal decidiu:

— Não obstante a ausência de contestação sobre algumas violações, o Tribunal devia ocupar-se das mesmas (unanimidade);

— É competente para se ocupar da alegada violação do art.º 3.º, na medida em que o Governo requerente a invocou para demonstrar a existência de prática (unanimidade);

— O emprego das 5 técnicas ([2]), em Agosto e Outubro de 1971, integra prática de tratamentos desumanos e degradantes, incompatível com o art.º 3.º da Convenção (16 votos contra um) ([3]);

— Tais técnicas não constituíram a prática da tortura (13 votos contra 4) ([4]);

— Não se provou prática de mau tratamento para os centros não identificados de interrogatório (16 votos contra um) ([5]);

([2]) As 5 técnicas consistiam: posição de estátua durante longas horas diante de uma parede (stress position), encapuchamento (saco preto ou azul escuro enfiado na cabeça), barulhos ensurdecedores, privação de sono, privação de alimentos sólidos e líquidos.

([3]) Do Juiz Fitzmaurice.

([4]) Dos Juizes Zekia, O'Donoghue, Evrigenis, Matscher.

([5]) Do Juiz O'Donoghue.

— Não se tratou, porém, de tortura (14 votos contra 3) ([6]);

— Não se provou que tal prática continuasse depois do outono de 1971 (unanimidade);

— Não se provou que noutros lugares houvesse prática contrária ao art.º 3.º (15 votos contra 2) ([7]);

— Não compete ao Tribunal determinar ao Estado incriminado que proceda penal ou disciplinarmente contra os membros da força de segurança que praticaram as violações ao art.º 3.º nem contra os que as encobriram ou toleraram (unanimidade);

— Existia, na altura, na Irlanda do Norte um perigo público ameaçando a vida da nação, como o prevê o § 1.º do art.º 15.º da Convenção (unanimidade);

— As informações britânicas de derrogação de 20 de Agosto de 1971, 23 de Janeiro de 1973 e 16 de Agosto de 1973 satisfaziam as exigências do § 3.º do art.º 15.º (unanimidade);

— A prática seguida na Irlanda do Norte de 9 de Agosto de 1971 a Março de 1975, na aplicação das normas prevendo privações "extrajudiciais" de liberdade importou derrogação aos § 1.º a 4.º do artigo 5.º, não se tendo provado, porém, que haja ultrapassado a estrita medida das exigências da situação, a que se refere o § 1.º do art.º 15.º (16 votos contra 1) ([8]);

— O Reino Unido, no caso concreto, não desrespeitou outras obrigações decorrentes do direito internacional, no sentido que lhe dá o § 1.º do art.º 15.º (unanimidade);

— Não se provou nenhuma discriminação contrária aos artigos 5.º e 14.º aplicados em conjunto (15 votos contra 2) ([9]);

— As derrogações do art.º 6.º, partindo da aplicação de tal norma ao caso, mostram-se compatíveis com o art.º 15.º (unanimidade);

— Não se provou qualquer discriminação contrária ao art.º 14.º referido ao art.º 6.º, mesmo que este seja aplicável ao caso (15 votos contra 2) ([10]);

— Não é caso de aplicação do art.º 50.º. (Unanimidade).

([6]) Dos Juizes Zekia, O'Donoghue, Evrigenis.
([7]) Dos Juizes O'Donoghue e Evrigenis.
([8]) Do Juiz O'Donoghue.
([9]) Do Juiz O'Donoghue e Matscher.
([10]) Dos Juizes O'Donoghue e Matscher.

Parecer da Comissão: A Comissão emitira parecer no sentido de que os poderes de detenção e internamento sem julgamento, tal como foram usados nos períodos em causa, não se enquadravam nos §§ 1.º a 4.º do art.º 5.º, mas não foram além da "estricta medida" exigidas pela situação na Irlanda do Norte, tal como o prevê o § 1.º do art.º 15.º (unanimidade); o art.º 6.º não era aplicável (unanimidade); os factos apurados ocorridos nos períodos considerados não revelavam que os referidos poderes tivessem sido exercidos discriminatoriamente em violação do art.º 14.º (unanimidade); O emprego combinado das 5 técnicas nos casos considerados pela Comissão integravam prática de tratamentos desumanos e de tortura (unanimidade); as violações do art.º 3.º traduziram-se em tratamentos desumanos e em tortura contra alguns detidos (unanimidade); no interrogatório dos prisioneiros pelos membros da R.U.C., em Palace Barracks, e em Hollywood, no outono de 1971, existia a prática de tratamentos desumanos com violação do art.º 3.º (unanimidade).

27.º

CASO TYRER V/REINO UNIDO ([11])

I. A desistência do requerente feita perante a Comissão não impede o conhecimento do "caso" pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;

II. Uma proposta de lei, ainda não transformada em lei, alterando o regime jurídico e abolindo determinada pena não pode apagar as consequências da pena imposta ao requerente.

III. A pena degradante é a que humilha e avilta de maneira particular, indo além da humilhação normal que toda a pena acarreta, o que depende do conjunto das circunstâncias, nomeadamente da natureza da pena e modalidades de execução.

IV. A pena não perde o carácter degradante por constituir um meio eficaz de luta contra a delinquência.

V. A flagelação imposta judicialmente constitue uma pena degradante.

VI. Nenhuma "necessidade" local de manutenção da ordem pública justifica a aplicação de penas degradantes, nomeadamente dos castigos judiciais corporais.

VII. Após a desistência do requerente não há lugar à aplicação do comando do art.º 50.º.

Data da decisão: 25 de Abril de 1978.

Juízes intervenientes: G. Balladore Pallieri, italiano (presidente), J. Cremona, maltês, H. Pedersen, dinamarquesa, Thor Vilhjalmsson, islandês, Gerald Fitzmaurice, britânico, P. H. Teitgen, francês, F. Matscher, austríaco.

Decisão: O Tribunal decidiu:

— Não mandar arquivar o "caso" (unanimidade);

— O castigo judiciário corporal imposto a Tyrer constitue pena degradante, violadora do art.º 3.º (seis votos contra um) ([12]);

([11]) In Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXI, 613.

([12]) Do Juiz Fitzmaurice.

— Não existe nenhuma necessidade local, no sentido do § 3.º do art.º 63.º, que, no caso concreto, influisse na aplicação do art.º 3.º (unanimidade);

— A pena aplicada violou o art.º 3.º da Convenção (seis votos contra um) ([13]);

— Não se torna necessário examinar se houve eventual violação do art.º 14.º referido ao art.º 3.º (unanimidade);

— Não é aplicável, no caso, o art.º 50.º (unanimidade).

Parecer da Comissão: A Comissão entendera que o castigo judicial corporal aplicado ao requerente era pena degradante que violara o art.º 3.º (14 votos contra 1), que não se tornava necessário examinar o "caso" face ao art.º 14.º, que, sob o ângulo do § 3.º do art.º 63.º da Convenção, importava ter presente que entre a Ilha de Man e o Reino Unido não existiam diferenças importantes sociais ou culturais que se pudessem reflectir na aplicação do art.º 3.º.

([13]) Do Juiz Fitzmaurice.

28.º

CASO KONIG
V/REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA ([14])

I. A noção de "direitos e obrigações de carácter civil" do § 1.º do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não pode ser encontrada por mera referência ao direito interno do Estado demandado. Importa, porém, colher neste o conteúdo material e os efeitos do "direito" sub-júdice.

II. Face ao direito federal alemão, a exploração de uma clínica privada e a contestação sobre a autorização necessária integram "direitos e obrigações de carácter civil", já que tal exploração reveste a natureza de actividade comercial exercida com fins lucrativos, sendo contratual a relação estabelecida entre os doentes e clínica.

III. A submissão de uma actividade à autorização estatal não transforma por si só tal actividade de direito privado em actividade de direito público.

IV. A profissão médica, na república Federal da Alemanha, é uma profissão liberal e o seu exercício, embora convencionado, não reveste a natureza de serviço público. O médico, mesmo depois de autorizado a exercer a profissão, é livre de praticar ou não, prestando os serviços aos clientes por força de contrato livremente celebrado entre eles, daí que a sua actividade revista a natureza de "direito de carácter civil".

V. Para os fins do § 1.º do art.º 6.º da Convenção apenas interessa que as contestações visem direitos de carácter privado, muito embora se trate de acto administrativo da autoridade competente, sujeito ao julgamento e apreciação dos tribunais administrativos.

VI. Para julgar sobre a razoabilidade do prazo, importa considerar: *a*) o período que vai até à decisão definitiva (tribunal de recurso); *b*) as circunstâncias da causa, nomeadamente a sua complexidade; *c*) a conduta das partes e das autoridades nacionais (administrativas e judiciárias); *d*) a executoriedade do acto, tratando-se da jurisdição administrativa.

([14]) In Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXI, 619 e em Documentação e Direito Comparado, 2, 373.

Data da decisão: 28 de Junho de 1978.

Juízes intervenientes: G. Balladore Pallieri, italiano (presidente), G. Wiarda, holandês, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, P. O'Donoghue, irlandês, H. Pedersen, dinamarquesa, Thor Vilhjalmsson, islandês, R. Ryssdal, norueguês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, P. H. Teitgen, francês, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português.

Decisão.

O Tribunal decidiu:

— O § 1.º do art.º 6.º da Convenção é aplicável ao processo versando sobre a revogação de autorização de explorar a clínica (15 votos contra 1) ([15]);

— O § 1.º do art.º 6.º é aplicável ao processo tendo por objecto o cancelamento da autorização de exercício da medicina (14 votos contra 2) ([16]);

— Verifica-se a violação do § 1.º do art.º 6.º no que concerne à duração do processo relativo à revogação da autorização de explorar a clínica (15 votos contra 1) ([17]);

— Verifica-se a violação do § 1.º do art.º 6.º no que concerne à duração do processo relativo à revogação da autorização de exercício da profissão médica (15 votos contra 1) ([18]);

— Os elementos do processo não permitiam ainda tratar da aplicação do art.º 50.º. (Unanimidade).

Parecer da Comissão: A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de que o § 1.º do art.º 6.º da Convenção era aplicável aos direitos que o requerente queria ver reconhecidos nos tribunais administrativos (10 votos contra 6) e que se verificava a violação de tal comando (9 contra 6 e uma abstenção).

([15]) Do Juiz Matscher.

([16]) Dos Juizes Matscher e Pinheiro Farinha.

([17]) Do Juiz Matscher.

([18]) Do Juiz Matscher.

29.º

CASO KLASS E OUTROS V/REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA (19)

I. São irrecorríveis as decisões da Comissão Europeia dos Direitos do Homem que admitem a queixa.

II. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem goza da plenitude da jurisdição para conhecer de *todas* as questões de facto e de direito pertinentes, mesmo das que pudessem e devessem ter sido levantadas perante a Comissão.

III. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem não contempla o exercício da acção popular por qualquer indivíduo ou entidade não governamental.

IV. É lícito o recurso às Instâncias da Convenção (Comissão e Tribunal), independentemente da aplicação concreta da lei, sempre que esta, só por si, atinja os direitos do requerente.

V. O indivíduo pode, em certas circunstâncias, julgar-se vítima de violação decorrendo da existência de medidas secretas ou da legislação que as permite, sem necessidade de afirmar que lhe foram efectivamente aplicadas.

VI. O direito ao respeito da vida privada e da correspondência, garantindo no art.º 8.º da Convenção, abrange as conversações telefónicas.

VII. Não é tolerável para além dos limites estrictamente necessários à defesa das instituições democráticas que o Estado vigie secretamente os cidadãos.

VIII. É compatível com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem a abertura de correspondências, leitura de telegramas, escuta e registo de telefonemas, quando ordenados pelo Ministro competente ao abrigo da Lei G 10 da República Federal Alemã.

---

(19) In Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XXI, 623.

X. A instância prevista no art.º 13.º da Convenção não tem necessariamente de ser uma instância judiciária, mas importa que pela sua *competência e garantias processuais* assegure um recurso efectivo.

IX. O recurso a uma instância nacional, garantido pelo art.º 13.º da Convenção, não está dependente da **efectiva** violação da Convenção.

Data da decisão: 6 de Setembro de 1978.

Juízes intervenientes: G. Balladore Pallieri, italiano (presidente), G. Wiarda, holandês, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, P. O.'Donoghue, irlandês, Thor Vilhjalmsson, islandês, W. Ganshof Van Der Meersch, belga, Gerald Fitzmaurice, britânico, D. Bindschedler-Robert, suiça, P. H. Teitgen, francês, G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português.

Decisão: O Tribunal decidiu:

— Ser competente para apreciar se os requerentes podem intitular-se vítimas para os fins do art.º 25.º da Convenção;

Os requerentes podem considerar-se vítimas para ter assegurada a legitimidade de se queixar à Comissão;

Não se mostram violados os artigos 6.º, 8.º e 13.º da Convenção.

A decisão foi tomada por unanimidade, embora o juíz Pinheiro Farinha tenha apresentado opinião separada.

Parecer da Comissão: A Comissão Europeia dos Direitos do Homem entendera que não se verificava violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção quanto a contestação sobre direitos civis (11 votos contra 1 e 2 abstenções); que não se verificava violação do § 1.º do art.º 6.º quanto a acusação penal (unanimidade); que não se verifica violação dos art.os 8.º e 13.º (12 votos e uma abstenção).

30.º

CASO LUEDICKE, BELKACEM E KOÇ V/REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA (20)

I. Não há inutilidade da lide justificativa do arquivamento do "caso, quando o Estado continua a afirmar a compatibilidade do "acto" em causa com a Convenção, embora lhe não dê execução no caso concreto.

II. Não pode ser imposto ao réu, ainda que condenado, o pagamento dos honorários devidos ao intérprete nomeado (Convenção, art.º 6.º, n.º 3.º, alínea e).

III. A assistência do intérprete não é garantida apenas para a audiência de julgamento, antes se exige em todos os actos para que seja necessária quando o acusado não compreender ou não falar a língua usada no processo.

Data da decisão: 28 de Novembro de 1978.

Juízes intervenientes: G. Wiarda, holandês (presidente), H. Mosler, alemão, H. Pedersen, dinamarquesa, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, P. H. Teitgen, francês, G. Lagergren, sueco.

Decisão: O Tribunal decidiu por unanimidade:

— Não mandar arquivar o caso no que respeita ao requerente Koç;

— Ter havido violação da alínea *e*) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção;

— Não haver que examinar se o art.º 14.º da Convenção tmbém foi violado;

(20) In Annuaire de la Convenion Européenne des Droits de l'Homme, XXI, 631.

— A República Federal da Alemanha deve reembolsar Luedicke das despesas de intérprete que teve de pagar;

— Ainda se não motra devidamente instruído o caso no que concerne à aplicação do art.º 50.º.

Parecer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem:

A Comissão entendera e emitira parecer no sentido da violação da alínea *e*) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção (unanimidade) e que não se tornava necessário encarar o caso sob o ângulo o art.º 14.º (12 votos contra 1).

PINHEIRO FARINHA

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO CAMPBELL E COSANS CONTRA O REINO UNIDO

1. A simples ameaça de tortura pode, em determinados circunstancialismos, constituir tratamento desumano.

2. Tratamento degradante é o que causa à vítima, quer a seus próprios olhos quer no de terceiras pessoas, uma humilhação ou aviltamento de certa gravidade.

3. Por educação entende-se o conjunto de processos usados pelos adultos, em qualquer sociedade, em ordem a inculcar nos mais jovens as suas crenças, costumes e valores; o ensino ou instrução visa predominantemente a transmissão de conhecimentos e formação intelectual.

4. Por convicções filosóficas, para os fins do art.º 2.º do 1.º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, deve entender-se o conjunto de opiniões, sérias, coerentes e importantes que mereçam o respeito da sociedade democrática, não sejam incompatíveis com a dignidade da pessoa e não contrariem o direito fundamental dos filhos à instrução.

5. São convicções filosóficas a respeitar as que os pais têm quanto à integridade da pessoa e à não aplicação de castigos corporais nas escolas.

6. Não vai além da reserva, consentida pelo art.º 64.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a lei nova que é simples e pura reprodução de lei anterior abrangida na reserva.

P. F.

DECISÃO:

En l'affaire Campbell et Cosans,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 43 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme

et des Libertés fondamentales ("la Convention") et aux clauses pertinentes de son règlement, en une chambre composée des juges dont le nom suit:

M. R. Ryssdal, *président*,
M. J. Cremona,
M. Thór Vilhjálmsson,
M. L. Liesch,
M. L.-E. Pettiti,
Sir Vincent Evans,
M. R. MacDonald,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 28 septembre 1981, puis les 28 et 29 janvier 1982.

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

PROCEDURE

1. L'affaire Campbell et Cosans a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") et le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ("le Gouvernement"). A son origine se trouvent deux requêtes dirigées contre cet Etat et que deux ressortissantes britanniques, Mmes Grace Campbell et Jane Cosans, avaient introduites en 1976, en vertu de l'article 25 de la Convention, devant la Commission qui en ordonna la jonction le 6 octobre 1979.

2. Demande de la Commission et requête du Gouvernement ont été déposées au greffe le 13 octobre 1980, dans le délai de trois mois ouvert par les articles 32 § 1 et 47. La première renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration du Royaume-Uni reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46), la seconde à l'article 48. Elles ont pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent ou non, de la part de l'Etat défendeur, un manquement aux obligations lui incombant aux termes des articles 3 de la Convention et 2 du Protocole n.° 1.

3. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit Sir Vicent Evans, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention), et M. G. Balladore Pallieri, président de la Cour (article 21

§ 3 b) du règlement). Le 6 novembre 1980, le vice-président a désigné par tirage au sort, à la demande du président et en présence du greffier, les cinq autres membres, à savoir MM. R. Ryssdal, J. Cremona, L. Liesch M. Sorensen et R. Macdonald (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 4 du règlement).

4. M. Balladore Pallieri a assumé la présidence de la Chambre (article 21 § 5 du règlement); décédé le 9 décembre 1980, il a été remplacé par M. Wiarda, alors vice-président de la Cour (article 21 §§ 3 b) et 5 du règlement). Ayant recueilli, par l'intermédiaire du greffier, l'opinion de l'agent du Gouvernement et celle des délégués de la Commission au sujet de la procédure à suivre, M. Wiarda a décidé le 15 décembre que l'agent aurait jusqu'au 16 mars 1981 pour déposer un mémoire et que les délégués pourraient y répondre par écrit dans les deux mois du jour où le greffier le leur aurait communiqué. Elu entre-temps président de la Cour, il a consenti les 13 et 27 mars à proroger le premier de ces délais jusqu'au 6 puis au 20 avril 1981 et, le 15 juin, à prolonger le second jusqu'au 22 juillet 1981.

Le mémoire du Gouvernement est parvenu au greffe le 21 avril. Le 21 juillet, le secrétaire de la Commission, après avoir le 12 mai informé le greffier que les délégués présenteraient leurs observations lors des audiences, a communiqué à la Cour celles que le conseil de Mme Campbell avait adressées aux délégués au sujet dudit mémoire.

5. Le 28 juillet, le président a fixé au 25 septembre 1981 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir consulté agent du Gouvernement et délégués de la Commission par l'intermédiaire du greffier.

6. Les débats se sont déroulés en public le 25 septembre, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Chambre avait tenu la veille une réunion préparatoire. MM. Wiarda et Sorensen se trouvant empêchés, M. Ryssdal a assumé la présidence (article 21 §§ 3 b) et 5 du règlement) tandis que MM. Thór Vilhjálmsson et Pettiti, premier et deuxième suppléants, ont désormais siégé en qualité de membres (article 22 § 1).

Ont comparu:

— **pour le Gouvernement:**

Mme. A. Glover, jurisconsulte au ministère des affaires étrangères et du Commonwealth, **agent en exercice,**

Lord Mackay, Q. C. Lord Advocate,

M. B. Gill, Q. C.,

M. N. Bratza, avocat, **conseils,**

M. J. McCluskie, du **Lord Advocate's Department,**
Mlle M. Walker, du **Scottish Office,**
M. R. Smith, du département écossais de l'instruction, **conseillers,**

— pour la Commission:

M. C. Norgaard,
M. B. Kiernan, **délégués,**
MM. C. Thornberry, avocat, et J. MacEwan,
solicitor, conseils de Mme Campbell,
ainsi que
MM. R. McLean, Q. C., et G. Cox,
solicitor, conseils de Mme Cosans, **assistant les délégués** (article 29 § 1, seconde phrase, du règlement).

La Cour a entendu en leurs déclarations, de même qu'en leurs réponses à ses questions et à celles de deux de ses membres, MM. Norgaard, Kiernan, Thornberry et McLean pour la Commission, Lord Mackay pour le Gouvernement. M. Thornberry a produit une pièce par l'intermédiaire des délégués.

7. Le 30 octobre, le greffe a reçu certains textes que la Cour avait invité le Gouvernement à fournir.

Le 20 janvier 1982, celui-ci a répondu à une lettre du greffier, du 6 janvier, lui communiquant certaines questions de la Cour.

FAITS

8. Mmes Campbell et Cosans résident toutes deux en Ecosse. Quand elles ont saisi la Commission, chacune d'elles avait un fils d'âge scolaire. Elles se plaignent du recours aux punitions corporelles comme mesure disciplinaire dans les écoles publiques fréquentées par leurs enfants en Ecosse. Pour des raisons à la fois financières et pratiques, elles n'avaient d'autre solution réaliste et acceptable que d'envoyer ceux-ci dans un tel établissement.

I. FAITS PROPRES À CHACUNE DES REQUÉRANTES

A. *Mme Campbell*

9. Lorsque Mme Campbell a introduit une istance devant la Commission (30 mars 1976), son fils Gordon, né le 3 juillet 1969, allait à l'école primaire catholique St. Matthew à Bishopbriggs, dans le ressort du service académique de l'enseignement *(Education Authority)* de la région de Strathclyde. On y use des châtiments corporels à titre disciplinaire; toutefois, le point de savoir si cela vaut pour les élèves de moins de 8 ans a prêté à controverse devant la Commission et la Cour. Le conseil régional de Strathclyde avait repoussé les demandes de Mme Campbell, qui souhaitait avoir l'assurance que Gordon ne se verrait pas infliger pareil traitement. En fait, il ne l'a jamais subi dans cette école où il demeura jusqu'en juillet 1979.

B. *Mme Cosans*

10. Fils de Mme Cosans, Jeffrey, né le 31 mai 1961, était inscrit au lycée de Beath à Cowdenbeath, qui relève du service de l'enseignement de la région de Fife. Le 23 septembre 1976, on lui ordonna de se présenter le lendemain au sous-directeur afin de recevoir un châtiment corporel pour avoir essayé de rentrer chez lui par un raccourci interdit à travers un cimetière. Sur les conseils de son père, il se rendit à la convocation mais refusa de se soumettre à la punition. Pour ce motif, on l'exclut aussitôt de l'école jusqu'au moment où il changerait d'attitude.

11. Le 1er octobre 1976, les parents de Jeffrey furent officiellement informés de son exclusion temporaire. Le 18, ils eurent en vain avec le premier adjoint au directeur de l'éducation du conseil régional de Fife un entretien au cours duquel ils réaffirmèrent leur désapprobation des châtiments corporels. Le 14 janvier 1977, au lendemain d'une seconde rencontre, le premier adjoint les avisa par écrit de sa décision de lever la mesure d'exclusion, la longue absence de leur fils de l'école constituant une sanction suffisante, à condition cependant qu'ils consentissent, entre autres, à ce que "Jeffrey se pli (ât) aux règles, règlements et exigences disciplinaires

de l'école". M. et Mme Cosans stipulèrent pourtant que leur fils, s'il était réintégré dans l'établissement, ne devrait y subir de punition corporelle en aucune circonstance; le fonctionnaire répondit que leur réserve équivalait au rejet de la condition susvisée. La mesure d'exclusion ne fut donc pas levée et l'on avertit les parents de Jeffrey qu'ils risquaient des poursuites pour manquement à l'obligation scolaire.

Jeffrey n'est jamais retourné à l'école depuis le 24 septembre 1976. Il a dépassé l'âge scolaire le 31 mai 1977, jour de son seizième anniversaire.

II. CADRE GÉNÉRAL ET DROIT INTERNE

12. En droit écossais, le recours aux châtiments corporels est régi par la *common law*, spécialement par celle qui concerne les voies de fait *(assault)*. En principe, ces dernières peuvent donner lieu à des actions en dommages-intérêts ou à des poursuites pénales. Toutefois, la *common law* habilite les enseignants des établissements tant publics que privés, en vertu de leur statut même, à user de tels châtiments avec modération à titre disciplinaire; il y aurait voie de fait s'ils en infligeaient pour un motif illégitime ou de manière excessive, arbitraire ou cruelle. Ce pouvoir de punir, l'enseignement le tient, comme un parent, de ses liens avec les enfants dont il a la charge; ce n'est pas l'Etat qui le lui délègue. Sous réserve des limitations, précitées, qu'impose la *common law* et de clauses éventuelles du contrat du service employeur avec l'enseignant, l'administration de sanctions corporelles disciplinaires relève de l'appréciation de celui-ci.

13. Dans les deux écoles dont il s'agit, les punitions corporelles consistent à frapper la paume de la main de l'élève avec une lanière de cuir appelée *"tawse"* (martinet). Elles sont infligées tantôt séance tenante, devant les condisciples, en cas de mauvaise conduite en classe, tantôt par le directeur ou son adjoint, dans son bureau, en cas de mauvaise conduite à un autre endroit ou de très mauvaise conduite.

Selon la Commission, les faits de la cause ne permettent pas de constater que les enfants des requérantes aient subi des effets néfastes, d'ordre psychologique ou autre, imputables à l'emploi des châtiments corporels dans leur école.

14. A l'époque des événements d'où a surgi le litige, la gestion du système écossais d'enseignement obéissait à une loi de 1962 *(Education (Scotland) Act 1962),* depuis lors abrogée, mais reprise en substance par une loi de 1980 *(Education (Scotland) Act 1980).* Le gouvernement central définissait les grandes orientations, élaborait la législation et assurait un contrôle, tandis que l'organisation des établissements incombait au premier chef à des services régionaux, chargés de veiller à ce qu'un enseignement scolaire efficace et suffisant fût dispensé dans leur ressort. Dans "l'exercice des pouvoirs et l'accomplissement des tâches" que leur attribuait la loi de 1962, "le ministre et les services de l'enseignement" devaient, aux termes de l'article 29 § 1, "tenir compte du principe général selon lequel il faut, dans la mesure compatible avec l'octroi d'une instruction et d'une formation adéquates et avec le souci d'éviter de dépenses publiques excessives, éduquer les élèves suivant les voeux de leurs parents".

15. Des lois successives ont habilité le ministre pour l'Ecosse à "édicter des règlements prescrivant les normes et les exigences générales que tout service de l'enseignement doit respecter en s'acquittant de ses fonctions". Il ne saurait pour autant, d'après le Gouvernement, toucher au droit que possèdent les enseignants d'administrer des punitions corporelles: cela demanderait une loi. En fait, il n'existe pas de dispositions législatives sur le recours auxdites punitions: l'emploi de cette méthode de discipline relève de l'appréciation de chaqe enseignant, sous la seule réserve des limites fixées par la *common law* et les clauses particulières du contrat de travail.

16. Après un accord de principe sur l'opportunité d'encourager le corps enseignant à écarter progressivement les châtiments corporels comme mesure disciplinaire a l'école, un organe consultatif — le *Liaison Committe on Educational* Matters, où se trouvaient représentés le département écossais de l'instruction, l'*Association of Directors of Education* et les associations d'enseignants — a rédigé en 1968 une brochure intitulée "Suppression des châtiments corporels à l'école: énoncé des principes et code de conduite". Ce dernier se lit ainsi:

"Jusqu'à la suppression des châtiments corporels, leur emploi devrait se conformer aux règles suivantes:

(i) Il ne faudrait pas en administrer pour échec ou piètres résultats dans une tâche, même si l'échec (fautes d'orthographe ou de calcul, mauvais devoir, mauvaise écriture, etc.) paraît imputable non pas à un manque d'aptitude ou à tout autre handicap, mais à l'inattention, l'insouciance ou la paresse. Pareil échec

peut constituer un problème éducatif et social plutôt que disciplinaire et appeler une reprise en main plutôt qu'une sanction.

(ii) On ne devrait pas infliger de châtiments corporels dans les classes enfantines. Leur abolition dans celles-ci devrait être suivie de leur suppression progressive dans les autres classes du primaire.

(iii) Dans le secondaire, un enseignant du sexe opposé ne devrait donner une correction à un élève, et un enseignant quelconque à une jeune fille, que dans des circonstances exceptionnelles.

(iv) Un châtiment corporel ne devrait être infligé pour cause d'absence ou de retard qu'une fois constaté, par le chef d'établissement, que la faute incombe à l'enfant et non aux parents.

(v) Le martinet ne doit pas rester en évidence, sauf au moment où il sert à infliger un châtiment corporel.

(vi) Lorsqu'on l'administre, le châtiment corporel, devrait ne l'être qu'en dernier ressort; il devrait viser à punir le coupable et à assurer les conditions nécessaires au bon ordre dans l'école et au travail en classe.

(vii) Il devrait, normalement, n'avoir lieu qu'après une mise en garde antérieure contre les conséquences d'un nouvel écart de conduite.

(viii) Il devrait consister uniquement à frapper la paume de la main de l'élève avec un martinet".

17. La brochure susmentionnée, dont le ministre pour l'Ecosse a salué la publication, a été adressée en février 1968 à tous les services de l'enseignement. Réedité en 1972, le code de conduite n'a aucune valeur légale; il n'y aurait cependant rien d'étonnant à ce que les tribunaux y aient égard dans un procès civil ou pénal relatif à un recours prétendument illicite aux châtiments corporels et son inobservation pourrait jouer un rôle dans une instance disciplinaire.

Les autorités estiment que dans le cadre des lignes directrices du code, il appartient aux enseignants de chaque école de déterminer les mesures disciplinaires nécessaires dans l'établissement. Le code ne se trouve pas intégré au contrat d'engagement des enseignants relevant des services compétents de Strathclyde et de Fife, bien qu'on leur ait recommandé de s'y conformer.

18. En 1974, le ministre a créé une commission indépendante ("la Commission Pack") chargée d'enquêter sur les cas d'indiscipline et d'absence non autorisée dans les écoles écossaises. Dans son rapport de 1977, elle a exprimé l'opinion "que les châtiments corporels devraient, comme on l'a envisagé en 1968, disparaître par voie d'abandon progressif plutôt que de législation".

Le gouvernement demeure attaché à une politique tendant à l'abolition de ces châtiments comme mesure disciplinaire dans les dites écoles; à ses yeux, toutefois, la meilleure manière de l'appliquer consiste à chercher à progresser dans cette direction en accord avec tous les intéressés plutôt que par une loi. Un groupe de travail établi en 1979 par la Convention des pouvoirs locaux d'Ecosse a étudié, entre autres, l'introduction de sanctions de remplacement; de fait, dans certaines écoles le recours aux punitions corporelles a déjà pris fin ou cessera sous peu. Cependant, une forte majorité des parents d'Ecosse paraît favorable, d'après un récent sondage, à ce que le enseignants continuent à en infliger; selon le rapport de la Commission Pack il en est de même des élèves, qui vont jusqu'à préférer lesdites punitions à certaines autres formes de sanctions.

19. Aux termes de l'article 4 du règlement général de 1975 sur les écoles d'Ecosse, un service de l'enseignement peut exclure un élève dont "le parent refuse ou néglige de respecter, ou de lui laisser respecter, les règles, règlements ou exigences disciplinaires de l'école".

Selon l'article 35 des lois de 1962 et 1980 sur l'enseignement en Ecosse, commet une infraction le parent d'un enfant qui, "sans excuse valable", ne va pas régulièrement à l'école;. sauf si le tribunal en juge autrement, un élève est censé se trouver dans ce dernier cas si on l'a invité, en raison de pareil refus ou négligence de son parent, à ne plus fréquenter l'établissement.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

20. Mme Campbell a saisi la Commission le 30 mars 1976, Mme Cosans le 1er octobre. Chacune d'elles allègue que l'utilisation des châtiments corporels comme mesure disciplinaire dans l'école fréquentée

par son enfant constitue un traitement contraire à l'article 3 de la Convention et porte atteinte à son droit, garanti par la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n.° 1, d'assurer l'éducation et l'enseignement de son fils conformément à ses convictions philosophiques. Mme Cosans soutient en outre que Jeffrey a subi, à cause de son exclusion de l'école, une violation de son droit à l'instruction, protégé par la première phrase du même article.

21. La Commission a déclaré les requêtes recevables le 15 décembre 1977.

Dans son rapport du 16 mai 1980 (article 31 de la Convention), elle formule l'avis:

— par neuf voix contre cinq, qu'il y a eu violation de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n.° 1 dans le chef des deux requérantes;
— par huit voix contre une, avec cinq abstentions, qu'il ne s'impose pas de rechercher s'il y a eu de surcroit violation de la première phrase de cet article comme le prétend Mme Cosans;
— par treize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention.

Le rapport renferme trois opinions séparées.

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT

22. A l'audience du 25 septembre 1981, le Gouvernement a confirmé les conclusions figurant dans son mémoire. Elles demandent à la Cour:

"1. *Quant à l'article 2 du Protocole n.° 1*

(i) de décider et déclarer que les faits des deux causes ne révèlent, de la part du Royaume-Uni, aucun manquement aux obligations lui

incombant aux termes de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole;

(ii) a) de décider et déclarer que les faits et circonstances de l'exclusion temporaire de Jeffrey Cosans de l'école ne révèlent, de la part du Royaume-uni, aucun manquement aux obligations lui incombant aux termes de la première phrase de l'article 2 du Protocle;

b) *en ordre subsidiaire, pour autant qu'elle constaterait une violation de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole,* de décider et déclarer qu'il ne s'impose pas de rechercher si les faits et circonstances incriminés constituent de surcroît une violation de la première phrase de l'article 2 du Protocole dans le chef de Mme Cosans, requérante.

2. **Quant à l'article 25 § 1 de la Convention**

de décider et déclarer qu'au moment où elle a saisi la Commission, Mme Campbell, requérante, ne pouvait prétendre au nom de son fils qu'il était victime d'une violation de l'article 3 de la Convention, au sens de l'article 25 § 1 de celle-ci.

3. **Quant à l'article 3 de la Convention**

de décider et déclarer qu'en tout cas les faits des deux causes ne révèlent, de la part du Royaume-Uni, aucune infraction à l'article 3 de la Convention".

EN DROIT

23. La Cour juge préférable d'examiner d'abord les questions relatives à l'article 3 de la Convention, car les requêtes initiales à la Commission s'appuyaient principalement sur lui.

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUE DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION

24. Selon Mmes Campbell et Cosans, leurs fils Gordon et Jeffrey ont subi, en raison du recours aux punitions corporelles comme mesure disciplinaire à l'école, une violation de l'article 3 d'après lequel.

> "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants."

La Commission ne constate aucun manquement de ce genre; le Gouvernement souscrit à sa conclusion.

25. Ni Gordon Campbell ni Jeffrey Cosans n'ont, en fait, reçu de coups de martinet. La Cour n'a donc pas ici à étudier au regard de l'article 3 des sanctions corporelles effectivement infligées.

26. Elle considère toutefois qu'un simple risque d'agissements prohibés par l'article 3 peut se heurter lui-même à ce texte s'il est suffisamment réel et immédiat. Ainsi, menacer quelqu'un de le torturer pourrait, dans des circonstances données, constituer pour le moins un "traitement inhumain".

27. Le système des châtiments corporels a de quoi inspirer de l'appréhension à qui s'y voit exposé. La Cour estime cependant, avec la Commission, que la situation où se trouvaient les fils des requérantes ne s'analysait ni en "torture" ni en "traitement inhumain", au sens de l'article 3: rien ne montre qu'ils aient éprouvé des souffrances du degré inhérent à ces notions telles que la Cour les a interprétées et appliquées dans son arrêt du 18 janvier 1978 en l'affaire Irlande contre Royaume-Uni (série A n.º 25, pp. 66-67 et 68, §§ 167 et 174). (1)

28. L'arrêt Tyrer du 25 avril 1978 fournit, lui, certains critères sur l'idée de "peine dégradante" (série A n.º 26, p. 15, § 30) (2). Aucune exécution de "peine" n'a eu lieu en l'occurrence. Il ressort pourtant dudit arrêt que, pour "dégrader", un "traitement" doit lui aussi causer à l'intéressé — aux yeux d'autrui ou aux siens (*ibidem*, p. 16, § 32) — une humiliation ou un avilissement atteignant un minimum de gravité. Il échet d'apprécier ce dernier à la lumière des circonstances de l'espèce (arrêt Irlande contre Royaume-Uni, précité, p. 65, § 162, p. 66, § 167, et pp. 69-70, §§ 179-181).

---

(1) Sumariado neste número de "Documentação e Direito Comparado".
(2) Sumariado neste número de "Documentação e Direito Comparado".

29. Les châtiments corporels correspondent à une tradition dans les écoles écossaises et une forte majorité des parents y semble d'ailleurs favorable (paragraphe 18 ci-dessus). En soi, cela ne résout pas la question à trancher par la Cour: la menace d'une mesure donnée ne sort pas de la catégorie du "dégradant", au sens de l'article 3, par cela seul qu'il s'agit d'une mesure consacrée par un long usage, voire en général approuvée (voir, *mutatis mutandis,* l'arrêt Tyrer précité, p. 15, § 31).

Toutefois, eu égard notamment à la situation existant ainsi en Ecosse il n'apparaît pas établi que les élèves d'une école où l'on recourt à de telles punitions soient, en raison du simple risque d'en subir une, humiliés ou avilis aux yeux d'autrui au degré voulu ou à un degré quelconque.

30. Quant à savoir si les fils des requérantes l'ont été à leurs propres yeux, la Cour souligne d'abord qu'une menace pesant sur un individu exceptionnellement insensible peut n'exercer aucune influence appréciable sur lui et néanmoins revêtir sans conteste un caractère dégradant; vice versa, un individu de sensibilité exceptionnelle pourrait demeurer marqué en profondeur par une menace que seule une déformation du sens ordinaire et usuel du terme permettrait de qualifier de dégradante. La Cour constate du reste, avec la Commission, l'absence de preuves — notamment médicales — révélant, chez ces deux enfants, des effets néfastes d'ordre psychologique ou autre (paragraphe 13 ci-dessus).

Jeffrey Cosans peut bient avoir éprouvé des sentiments d'appréhensions ou d'inquiétude au moment où il faillit recevoir des coups de martinet (paragraphe 10 ci-dessus), mais cela ne suffit pas pour constituer un traitement dégradant au regard de l'article 3.

Il en va de même, *a fortiori,* de Gordon Campbel: jamais aucune menace directe de châtiments corporels n'a plané sur lui (paragraphe 9 ci-dessus). Le conseil de sa mère a certes affirmé, à l'audience, que par sa seule existence cette pratique suscite une tension collective et, chez l'écolier, un sentiment d'aliénation, mais même s'il en est ainsi ces conséquences se rangent dans une catégorie différente de l'humiliation ou de l'avilissement.

31. En résumé, nulle infraction à l'article 3 ne se trouve établie. Cette conclusion dispense la Cour de rechercher si les requérantes ont le droit de prétendre, en vertu de l'article 25 de la Convention, que leurs enfants ont été victimes d'une telle violation, question examinée par la Commission et au sujet de laquelle le Gouvernement a présenté des arguments.

II. SUR LA VIOLATION ALLEGUÉE DE LA SECONDE PHRASE E L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N.º 1

32. Aux termes de l'article 2 du Protocole n.º 1,

"Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction.

L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques".

Selons Mmes Campbell et Cosans, le recours aux punitions corporelles comme mesure disciplinaire dans les écoles fréquentées par leurs enfants a porté atteinte aux droits qu'elles tenaient de la seconde phrase de ce texte.

Le Gouvernement conteste, pour divers motifs, l'avis de la majorité de la Commission constatant pareil manquement.

33. Tout d'abord, les fonctions relatives à l'administration interne d'une école, par exemple la discipline, seraient accessoires et ne relèveraient pas du domaine de "l'éducation" et de "l'enseignement", au sens de l'article 2; le premier de ces vocables désignerait la mise à disposition de moyens, le second la communication de connaissances.

La Cour précise que l'éducation des enfants est la somme des procédés par lesquels, dans toute société, les adultes tentent d'inculquer aux plus jeunes leurs croyances, coutumes et autres valeurs, tandis que l'enseignement ou l'instruction vise notamment la transmission des connaissances et la formation intellectuelle.

Elle juge un peu artificiel d'essayer d'isoler les questions d'administration interne comme si elles échappaient toutes à l'empire de l'article 2. On peut dire, en un sens, que les châtiments corporels ressortissent à l'administration interne d'une école qui les emploie, mais ils constituent en même temps l'un des procédés par lesquels elle s'efforce d'atteindre le but dans lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit de ses élèves. En outre, la Cour l'a souligné dans son arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen du 7 décembre 1976 (série A n.º 23, p. 24, § 50), (3) la seconde phrase de l'article 2 lie les Etats contractants dans l'exercice "de l'ensemble" des fonctions dont ils se chargent en

(3) Sumariado no n.º 7 de "Documentação e Direito Comparado".

matière d'éducation et d'enseignement; que l'une d'entre elles puisse passer pour accessoire ne tire donc pas ici à conséquence.

34. Le Gouvernement avance aussi qu'en Ecosse les "fonctions" assumées par les autorités, nationales ou locales, dans le domaine de l'instruction n'englobent pas les problèmes de discipline.

A la vérité, le maintien quotidien de la discipline dans les établissements dont il s'agit incombe à chacun des enseignants; quand ils infligent un châtiment corporel, ils n'usent pas, d'un pouvoir délégué par l'Etat mais d'une prérogative que la *common law* leur confère en vertu de leur statut même et il faudrait une loi si l'on voulait en la matière changer le droit en vigueur (paragraphes 12, 15 et 17 ci-dessus). Cependant, l'Etat se charge de définir les grandes orientations (paragraphe 14 ci-dessus) de l'enseignement en Ecosse et les enfants des requérantes fréquentaient des écoles publiques. Comme la discipline représente un élément inhérent, voire indispensable, à tout système éducationnel, représente un élément inhérent, voire indispensable, à tout système éducationnel, on doit considérer que les fonctions assumées par l'Etat en Ecosse s'étendent aux questions de discipline en général, sinon au maintien quotidien de celle-ci. Cela se trouve d'ailleurs corroboré par le double fait que les autorités nationales et locales ont participé à la préparation du code de conduite et que le gouvernement lui-même s'attache à mener une politique destinée à supprimer les punitions corporelles (paragraphes 16 et 18 ci-dessus).

35. Le Gouvernement avance un troisième argument: l'obligation de respecter les convictions philosophiques ne vaudrait que pour la substance des informations et du savoir ainsi que pour la manière de les communiquer, et non pour chacun des aspects de la gestion des écoles.

Comme le souligne le Gouvernement, l'arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen a constaté (p. 26, § 54):

> "La seconde phrase de l'article 2 implique (...) que l'Etat, en s'acquittant des fonctions assumées par lui en matière d'éducation et d'enseignement, veille à ce que les informations ou connaissances figurant au programme soient diffusées de manière objective, critique et pluraliste. Elle lui interdit de poursuivre un but d'endoctrinement qui puisse être considéré comme ne respectant pas les convictions religieuses et philosophiques des parents. Là se place la limite à ne pas dépasser".

Toutefois, si cette affaire concernait bien le contenu de l'instruction, la seconde phrase de l'article 2 a une portée plus large ainsi qu'il ressort de

l'ampleur de son libellé. Le même arrêt de la Cour l'a confirmé en jugeant qu'elle s'impose aux Etats contractants dans l'exercice, notamment, de la fonction "qui consiste à organiser et financer un enseignement public" (p. 24, § 50). Or en l'espèce les fonctions dont l'Etat se charge en ce domaine comprennent le contrôle du système scolaire écossais en général, ce qui englobe nécessairement les questions de discipline (paragraphe 34 ci-dessus).

36. Le Gouvernement attaque aussi la conclusion de la majorité de la Commission selon laquelle les thèses des requérante sur le recours aux châtiments corporels s'analysent en "convictions philosophiques". Il plaide, entre autres, que cette expression n'embrasse pas les opinions sur l'administration interne des écoles, par exemple la discipline, et que si la majorité disait vrai il n'y aurait aucune raison de ne pas ranger aussi parmi les "convictions philosophiques" les objections contre d'autres méthodes de discipline, voire la discipline en soi.

Considéré isolément et dans son acception ordinaire, le mot "convictions" n'est pas synonyme des termes "opinion" et "idées", tels que les emploie l'article 10 de la Convention qui garantit la liberté d'expression; on le retrouve dans la version française de l'article 9 (en anglais *"beliefs"*), qui consacre la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance.

Quant à l'adjectif "philosophiques", il ne se prête pas à une définition exhaustive et les travaux préparatoires ne fournissent guère d'indications sur son sens précis. La Commission relève que "philosophie" s'entend de nombreuses manières: ce vocable sert à désigner un système pleinement structuré de pensée tout comme, plutôt vaguement, des idées relatives à des questions plus ou moins futiles. La Cour estime, avec la Commission, que l'on ne saurait se rallier à aucune de ces interprétations extrêmes de l'article 2: la première restreindrait à l'excès la substance d'un droit garanti à tous les parents, la seconde risquerait d'entraîner l'inclusion de questions par trop mineures.

Eu égard à la Convention tout entière, y compris l'article 17, l'expression, "convictions philosophiques" vise en l'occurrence, aux yeux de la Cour, des convictions qui méritent respect dans une "société démocratique" (voir, en dernier lieu, l'arrêt Young, James et Webster du 13 août

1981, série A n.º 44, p. 25, § 63), (4) ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne et, de plus, ne vont pas à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction, la première phrase de l'article 2 dominant l'ensemble de cette disposition (arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, précité, pp. 25-26, § 52).

Les opinions des requérantes ont trait à un aspect grave et important de la vie et de la conduite de l'homme: l'intégrité de la personne, la légitimité ou illégitimité d'infliger des punitions corporelles et l'exclusion de l'angoisse que suscite le risque de pareil traitement. Elles répondent à chacun des divers critères énumérés plus haut; elles se distinguent en cela des idées que l'on pourrait professer sur d'autres méthodes de discipline ou sur la discipline en général.

37. En ordre subsidiaire, le Gouvernement affirme avoit respecté les convictions des requérantes en adoptant une politique d'abandon graduel des punitions corporelles. Toute autre solution, ajoute-t-il, méconnaîtrait la nécessité de tenir la balance égale entre partisans et adversaires de cette méthode de discipline; elle ne cadrerait pas davantage avec la réserve à l'article 2 formulée par le Royaume-Uni lors de la signature du Protocole et ainsi libellée:

> "(...) en raison de certaines dispositions des lois sur l'enseignement en vigueur au Royaume-Uni, le principe posé dans la seconde phrase de l'article 2 n'est accepté que dans la mesure où il est compatible avec l'octroi d'une instruction et d'une formation efficaces et n'entraîne pas de dépenses publiques démesurées".
>
> La Cour ne souscrit pas à ces arguments.

a) Si l'adoption de la politique susmentionnée présage nettement une évolution favorable aux thèses des requérantes, elle n'assure pas pour autant le "respect" de leurs convictions. "Respecter", ainsi que le confirme la substitution de ce mot à "tiendra compte" pendant la genèse de l'article 2 (document CDH (67) 2, p. 163), signifie plus que "reconnaîtra" ou "prendra en considération"; en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'Etat une certaine obligation positive (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A, n.º 31, p. 15, § 31). Dès lors, le devoir de respecter les convictions des parents en la matière ne saurait s'effacer devant la prétendue nécessité de tenir la

(4) Publicado no n.º 7 de "Documentação e Direito Comparado".

balance égale entre les doctrines antagonistes dont il s'agit; pour s'en acquitter, il ne suffit pas davantage au Gouvernement de mener sa politique d'abolition progressive des châtiments corporels.

b) Quant à la réserve britannique, la Cour relève que le texte de droit interne cité en l'espèce par le Gouvernement est l'article 29 § 1 de la loi de 1962 sur l'instruction en Ecosse (paragraphe 14 ci-dessus). L'article 64 de la Convention n'autorise un Etat à émettre une réserve relative à une disposition particulière que si se trouve alors en vigueur, sur son territoire, une loi non conforme à cette disposition. Or le Royaume-Uni a signé le Protocole dès le 20 mars 1952. Toutefois, l'article 29 § 1 de la loi de 1962 constituait la reproduction pure et simple d'une clause de la loi de 1946 sur le même sujet et, partant, ne va pas plus loin qu'une loi en vigueur à la date de ladite réserve.

La Cour concède que certaines solutions dont on a débattu — par exemple l'établissement d'un double réseau d'après lequel on aurait, dans chaque secteur, des écoles séparées pour les enfants des parents hostiles aux punitions corporelles — entraîneraient, spécialement dans la situation économique actuelle, des dépenses publiques démesurées. Elle n'estime cependant pas établi que d'autres manières de respecter les convictions des requérantes, tel un système d'exceptions accordées à certains élèves dans une école donnée, seraient forcément incompatibles avec "l'octroi d'une instruction et d'une formation efficaces" comme avec le souci d'éviter des "dépenses publiques démesurées".

38. Mmes Campbell et Cosans ont donc subi une violation de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n.° 1.

III. SUR LA VIOLATION ALLEGUÉE DE LA PREMIÈRE PHRASE DE L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N.° 1

39. Selon Mme Cosans, son fils Jeffrey s'est vu dénier le droit à l'instruction, en dépit de la première phrase de l'article 2, du fait de son exclusion temporaire de l'école (paragraphe 10-11 ci-dessus).

La Commission n'a pas cru nécessaire d'examiner la question, absorbée d'après elle par la constatation d'un manquement aux exigences de la seconde phrase. Le Gouvernement se rallie à cette opinion en ordre subsi-

diaire, mais soutient à titre principal que le droit, garanti par la première phrase, d'avoir accès au système d'enseignement peut s'accompagner de conditions raisonnables, que la suspension de Jeffrey découlait du refus — le sien et celui de ses parents — d'en accepter une et qu'il n'y a donc pas eu infraction.

40. La Cour estime devoir se prononcer. Sans doute les allégations de Mme Cosans quant à l'article 2 tirent-elles leur origine, l'une et l'autre, de l'emploi des punitions corporelles comme mesure disciplinaire dans l'école où allait Jeffrey, mais il existe une différence appréciable entre les données de fait respectives. Sur le terrain de la seconde phrase, la requérante s'en prend à la fréquentation d'un établissement où l'on recourt, à une certaine pratique, tandis que sur celui de la première elle se plaint d'une interdiction de le fréquenter; cette dernière situation produit des conséquences de plus grande portée. Il s'agit donc d'un grief séparé, non d'un simple moyen ou argument supplémentaire voir, *mutatis mutandis,* l'arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere du 23 juin 1981, série A, n.º 43, p. 18, § 38).

En outre, l'article 2 forme un tout que domine sa première phrase, le droit énoncé dans la seconde se greffant sur le droit fondamental à l'instruction (arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, précité, pp. 25-26, § 52).

Les deux allégations se distinguent enfin nettement par leur base juridique: l'une concerne le droit d'un parent, l'autre celui d'un enfant.

Partant, la constatation d'une violation de la seconde phrase n'absorbe pas la question relative à la première.

41. Le droit à l'instruction, garanti par celle ci, appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, mais elle ne doit jamais en atteindre la substance ni se heurter à d'autres droits consacrés par la Convention et les Protocoles (arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaire "linguistique belge", série A n.º 6, p. 32, § 5). (5)

L'exclusion temporaire de Jeffrey Cosans, laquelle demeura en vigueur pendant près d'une pleine année scolaire, avait pour motif le refus — le sien et celui de ses parents — de consentir à ce qu'il subît ou encourut un châtiment corporel (paragraphes 10-11 ci-dessus). Il n'aurait pu retourner à l'école que si ses parents avaient agi à l'encontre de leurs convictions, que la seconde phrase de l'article 2 oblige le Royaume-Uni à

(5) Sumariado no n.º 3 de "Documentação e Direito Comparado".

respecter (paragraphes 35-36 ci-dessus). Une telle condition d'accès qui entre ainsi en conflit avec un autre droit protégé par le Protocole n.° 1, ne saurait passer pour raisonnable; elle va en tout cas au-delà du pouvoir de réglementation que l'article 2 laisse à l'Etat.

Il y a donc eu aussi, dans le chef de Jeffrey Cosans, infraction à la première phrase de cet article.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50 DE LA CONVENTION

42. Le conseil de Mme Cosans a déclaré que si la Cour constatait une violation de la Convention, du Protocole n.° 1 ou des deux, sa cliente demanderait au titre de l'article 50 une satisfaction équitable pour préjudice moral et frais de justice; il n'a cependant pas chiffré ses prétentions. Au nom du Gouverment, le *Lord Advocate* a réservé sa position; le conseil de Mme Campbell en a fait autant.

Quoique soulevée en vertu de l'article 47 bis du règlement, la question ne se trouve dès lors pas en état. En conséquence, la Cour doit la réserver et déterminer la procédure ultérieure, en tenant compte d l'hypothèse d'un accord entre l'Etat défendeur et les requérantes.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit,* à l'unanimité, que nulle infraction à l'article 3 de la Convention ne se trouve établie;
2. *Dit,* par six voix contre un, que Mmes Campbell et Cosans ont subi une violation de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n.° 1;
3. *Dit,* par six voix contre une, que dans le cas de Jeffrey Cosans il y a eu infraction à la première phrase du même article;
4. *Dit,* à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 de la Convention ne se trouve pas en état;

a) en conséquence, la réserve en entier;
b) invite la Commission à lui adresser par écrit, dans le délai de deux mois à compter du prononcé du présent arrêt, ses observations sur ladite question et notamment à lui donner connaissance de tout règlement amiable auquel Gouvernement et requérantes auront pu aboutir;
c) réserve la procédure ultérieure et délègue à son président le soin de la fixer en cas de besoin.

Rendu en français et en anglais, le texte anglais faisant foi, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le vingt-cinq février mil neuf cent quatre-vingt-deux.

Pour le Président,

John CREMONA
Juge

Marc-André EISSEN
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 de la Convention et 50 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée de Sir Vicent Evans.

J. C.
M.-A. E.

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR VINCENT EVANS

1. I agree that no violation of Article 3 of the Convention is established.

2. In my opinion, however, the majority of the Court have given too wide an interpretation to Article 2 of Protocol N.° 1 and I regret that I cannot share their view that there has been a breach of that Article. Even if their interpretation were correct, it would be my opinion that there has been no violation in view of the reservation to the second sentence of Article 2 made by the United Kingdom on signature of the Protocol.

3. In the previous two cases in which the application of Article 2 has been in issue, the Court has found it indispensable to have recourse to the negotiating history of the Article as an aid to the interpretation of what is undeniably a very difficult text (judgment of 23 July 1968 on the merits of the "Belgian Linguistic" case, Séries A n.° 6, pp. 30-32, §§ 3-6; judgement of 7 Décember 1976 in the case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, Séries A n.° 23, pp. 24-28, §§ 50-54). In the latter case the Court observed that the *"travaux prépratoires"* are "without doubt of particular consequence in the case of a clause that gave rise to such lengthy and impassioned discussions". In both the cases cited, the Court, after recourse to the *travaux*, adopted, in respects relevant to the present case, a restrictive view of the aim of the second sentence of Article 2. In the Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen case (in which parents sought unsuccessfully to have their children exempted from sex education in State schools on the ground that it was contrary to their beliefs as Christian parents) this was that the State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions. "That", said the Court, "is the limit that must not be exceeded" and consequently it was held that legislation which "in no way amout to an attempt at indoctrination aimed at advocating a specific kind of sexual behaviour" did not offend the applicants' religious and philosophical convictions to the extent forbidden by the second sentence of Article 2 (loc. cit., pp. 26-28, §§ 53-54). In the "Belgian Linguistic" case it was held that this provision did not require of States that they should, in the sphere of education and teaching, respect parents' linguistic preferences, but only their religious ad philosophical convictions and that to interpret the terms

"religious" and "philosophical" as covering linguistic preferences would amount to a distortion of their ordinary and usual meaning and read into the Convention something that was not there (loc. cit., p. 32, § 6).

4. In the course of the preparatory work on Article 2 in the Consultative Assembly of the Council of Europe the expression "philosophical convictions" was criticised as being so vague that it should not be inserted in a legal instrument purpoting to protect human rights. But this very criticism evoked from Mr. Teitgen, the Rapporteur of the Consultative Assembly's Committee on Legal and Administrative Questions to wich a draft of the Protocol had been referred for advice, a very emphatic explanation in the light of which the text of Article 2 was finally settled and the Protocol adopted and opened for signature. Mr. Teitgen made it clear that the intention was to protect the rights of parents against the use of educational institutions by the State for the ideological indoctrination of children (Official Report of the Thirty-Fifth Sitting of the Consultative Assembly, 8 December 1951, Collected edition V, pp. 1229-1230). This was precisely the interprétation put upon the text by the Court in the Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen case (see paragraph 3 above). In the light of this background, my understanding of the second sentence of Article 2 is that it is concerned with the content of information and knowledge imparted to the child through education and teaching and the manner of imparting such information and knowledge and that the views of parents on such matters as the use of corporal punishment are as much outside the intended scope of the provision as are their linguistic preferences. If there had been any intention that it should apply to disciplinary measures, and to the use of corporal punishment in particular, it is inconceivable that the implications of this would not haven been raised in the course of the lengthy debates that preceded its adoption.

5. An interpretation of the second sentence of Article 2 extending its application beyond its intended scope could give rise to very considerable difficulties in practice. The maintaining of discipline is certainly an integral part of the educational system, as the majority of the Court have observed. So are many other matters relating to the provision of educational facilities and the internal administration of schools, as distinct from the content of the instruction given. If the sentence in question is interpreted in a sense wide enough to cover the views of parents opposed to corporal punishment, I do not see how it can reasonably be applied so as to exclude from its scope all manner of other strongly held views regar-

ding the way in which schools are organized and administered. There may be very strongly held beliefs on such matters as the segregation of sexes, the streaming of pupils according to ability or the existence of independent schools, which could be claimed to have a religious or philosophical basis. The view in favour of the abolition of independent schools, for example, could be regarded as a philosophical conviction on the part of those who believe in the ideology of egalitarianism. It would surely create problems which were never intended by the authors of the Protocol if different and inevitably conflicting opinions of this order had to be accommodated within the State's educational system. There is an important difference between the kind of convictions which it is my understanding that Article 2 was aimed to protect and views of the kind just mentioned. Different religious and philosophical convictions relating to the content of instruction can be duly respected in the teaching process by presenting information in an objective way. But in regard to such matters as the segregation of the sexes, streaming and the abolition of independent shcools, there would be insuperable practical difficulties in respecting equally the views of those who are opposed to and those who favour one system or the other. As Mr. Renton quite rightly foresaw in his comments in the Consultative Assembly on the draft Protocol, "We are getting into very deep water when we start talking along those lines" (Official Report of the Thirty-Fourth Sitting of the Consultative Assembly, 7 December 1951, Collected edition V, p. 1215).

6. However, even if the wider interpretation of the second sentence of Article 2 adopted by the Court in the present case were correct, it would be my opinion that there has been no violation of this provision in view of the reservation made by the United Kingdom on signature of the Protocol. The reservation reads as follows:

> "In view of certain provisions of the Education Acts in force in the United Kingdom, the principle affirmed in the second sentence of Article 2 is accepted by the United Kingdom only so far as it is compatible with the provision of efficient instruction and training, and the avoidance of unreasonable public expenditure".

In respect of the United Kingdom, Article 2 must be interpreted and applied as modified by the reservation. This means that the obligations thereunder to respect the right of parents has been assumed by the United Kingdom only so far as this can be done compatibly with the provision of

efficient instruction and training and the avoidance of unreasonable public expenditure.

7. In the light of the interpretation put by them on the second sentence of Article 2, the majority of the Court have held that the Government's policy to move gradually towards the abolition of corporal punishment is not in itself sufficient to comply with their duty to respect parental convictions. It is implicit in the Court's judgment that some more positive means of respecting the applicants' convictions is called for by the sentence in question. If so, it is my view that the State is entitled to invoke its reservation unless it is shown that some other practical solution is available which is compatible with both the provision of efficient instruction and training and the avoidance of unreasonable public expenditure. In the course of the proceedings, only three possible solutions have been canvassed which, apart from the reservation, would sufficiently comply the State's obligation as interpreted by the Court. These are:

1. that separate schools should be provided within the State educational system for children of parents who object to corporal punishment;
2. that separate classes within the same school should be provided for such children;
3. that a system should be established in which children in the same class should be treated differently according to the views and wishes of their parents.

The Court accepts that the first solution would be incompatible with the avoidance of unreasonable public expenditure, especially in the present economic situation. The second solution too would surely involve unreasonable expense and hardly be compatible with the provision of efficient instruction and training. Moreover, in this connexion the wider implications of the Court's interpretation discussed in paragraph 5 above must be borne in mind. There remains the third possible solution referred to above. The Court was informed at the oral hearing that at least some members of the Commission held the view that this would, for many reasons, not be a practical solution. I agree with this view. It seems to me essential that any system of discipline in a school should be seen to be fair and capable of being fairly administered, otherwise a sense of injustice will be generated with harmful consequences both for the upbringing of the individual and for harmonious relations within the group. It will also place the teacher in an impractical position to administer discipline fairly

if children in the same class have to be treated differently according to the views of their parents. It has been pointed out that, where corporal punishment is used, exceptions are in any event made in respect of girls and children suffering from a disability. I believe that children will readily understand the reasons for this, but I think they are likely to regard it as arbitrary ad unjust if Johnny is exempted simply because his Mum or Dad says so.

8. For these reasons I am not satisfied that there is available a practical system for exempting individual pupils from corporal punishment at the wish of their parents which would be compatible both with the provision of efficient instruction and training and with the avoidance of unreasonable public expenditure. In these circunstances the reservation made by the United Kingdom to the second sentence of Article 2 applies.

9. In conclude therefore that there has been no breach of the second sentence of Article 2.

10. There remains the question whether there has been a breach of the first sentence of Article 2 in the case of Jeffrey Cosans on account of his suspension from school. In its above-mentioned judgement of 23 July 1968 in te "Belgian Linguistic" case (pp. 31-32, §§ 4-5), the Court interpreted the first sentence as guarenteeing a right of acess to educational institutions existing at a given time, but recognized that the right to education so guaranteed by its very nature calls for regulation by the State provided that "such regulation must never injure the substance of the right to education nor conflict with other rights enshrined in the Convention". It is implicit in this that the right of access may be made subject to reasonable requirements, including acceptance of the rules, regulations ans disciplinary requirements of the school. Since in my view, contrary to that of the majority of the Court, the disciplinary requirements which Jeffrey Cosans and his parents refused to accept did not violate the second sentence of Article 2, I do not find that there has been a breach of the first sentence of that Article.

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

DIETER PREIKZAS
CONTRA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

1. Uma vez declarada admissível a queixa, não pode ser mandada arquivar a requerimento do Estado demandado por falta de interesse jurídico, a menos que o requerente declare desejar retirá-la ou que não tem interesse na continuação do processo.

2. Uma regulamentação amigável a nível interno obsta a que a Comissão se pronuncie sobre a questão.

3. Importa que a situação de "vítima" se mantenha durante todo o processo.

P. F.

RELATÓRIO:

I. INTRODUCTION

1. On trouvera ci-dessus un aperçu des faits de la cause tels qu'ils ont été présentés par les parties à la Commission européenne des Droits de l'Homme.

2. Le requérant, Dieter Preikhzas, est un ressortissant allemand. Né en 1941, il habite à présent Essen. Il est retraité de la Caisse d'assurance maladie (Allgemeine Ortskrankenkasse) de Gifhorn-Wolfsburg en Basse-Saxe.

3. Dans la dernière phase de la procédure devant la Commission, le requérant était représenté par MM. Horlitz, von Menges et Partners, avocats à Essen. Le Gouvernement défendeur était représenté par son Agent, Mme. I. Maier, Ministerial dirigentin au Ministère Fédérale de la Justice.

1. Exposé succinct des griefs du requérant

4. A la suite d'un différend avec son employeur qui aboutit à des mesures disciplinaires et à son licenciement, le requérant entama diverses actions, notamment devant les conseils de prud'hommes. Deux de ces actions concernaient sa mutation à un autre poste de la Caisse d'assurance maladie, la troisième, qui contestait la réduction de son salaire, fut intentée devant le conseil de prud'hommes (Arbeitsgericht) de Celle le 21 juin 1973 et la quatrième, qui contestait son licenciement, fut portée devant ce même tribunal le 30 mai 1974.

5. C'est pendant les actions qu'il avait engagées pour contester la réduction de son salaire et son licenciement que le requérant a saisi la Commission. Il allègue notamment que les actions intentées par lui mettent en jeu ses droits et obligations de caractère civil et il se plaint qu'elles n'aient pas été entendues dans le délai raisonnable que requiert l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

6. Le 1er février 1978, un arrangement fut conclu à l'amiable devant la Cour d'appel du travail (Landesarbeitsgericht) de Basse-Saxe, aux termes duquel le requérant était mis à la retraite, ce qui a mis un point final à cette affaire le 16 février 1978.

2. Procédure devant la Commission

7. La requête a été déposée le 13 janvier 1974 et enregistrée le 14 février 1974. Elle n'a cessé d'évoluer quant au fond.

8. Le 9 mai 1977, la Commission a décidé de communiquer la requête au Gouvernement de la République Fédérale d'Allemagne et d'inviter les parties à lui soumettre leurs observations écrites sur sa recevabilité. Elle a indiqué aux parties qu'il se pourrait que la durée de la procédure incriminée pose un problème au regard de l'article 6 de la Convention mais elle n'a pas sollicité d'observations sur les autres allégations. Le Gouvernement défendeur a soumis ses observations le 10 juillet 1977. Sur instruction du Président de la Commission, le requérant a présentée

ses observations en réponse le 15 août 1977. Le 13 octobre 1977, le Rapporteur a réclamé certains renseignements au requérant, qui les a soumis le 20 octobre 1977. Ces informations ont été communiquées au Gouvernement défendeur le 27 octobre 1977.

9. Le 7 décembre 1977, la Commission déclarait irrecevables certaines parties de la requête mais, eu égard aux conclusions écrites des parties, déclarait par contre recevable la partie qui posait des problèmes au regard de l'article 6 de la Convention. Aprés que le délai fixé pour le dépôt des conclusions sur le fond eût été prorogé à trois reprises le requérant a présenté ses observations le 8 mars 1978, et le Gouvernement défendeur a soumis les siennes le 12 juin 1978.
Le requérant a fourni des explications complémentaires le 17 juillet 1978.

10. La Commission a réexaminé la requête le 10 octobre 1978, le Gouvernement défendeur ayant fait valoir (a) qu'elle devait être rayée du rôle comme dépourvue de tout intérêt juridique digne d'être protégé par la loi et (b) à défaut, qu'elle devait être rejetée par application de l'article 29 de la Convention. L'un et l'autre arguments avaient été présentés à la suite de l'arrangement conclu à l'amiable le 1er février 1978 devant les tribunaux internes. Le requérant a contesté cette argumentation.

11. Après en avoir délibéré, la Commission a décidé que la requête ne pouvait pas être rayée du rôle, le Règlement intérieur ne prévoyant pas ce genre de mesure si le requérant n'indique pas clairement qu'il désire retirer sa requête ou qu'il n'a plus intérêt à la maintenir. La Commission a relevé par ailleurs qu'il ne saurait être question d'appliquer en l'occurrence l'article 29 de la Convention, qui exige l'unanimité.

12. La Commission a donc maintenu la requête et décidé d'établir le présent rapport.

3. Le présent rapport

13. 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:

M. J. E. S. FAWCETT, Président
G. SPERDUTI, premier Vice-Président
C. A. NORGAARD, second Vice-Président
E. BUSUTTIL
B. DAVER
T. OPSAHL
MM. C. H. F. POLAK
J. A. FROWEIN
R. J. DUPUY
G. TENEKIDES
S. TRECHSEL
B. KIERNAN
N. KLECKER
M. MELCHIOR

14. Le texte du présent rapport a été adopté par la Commission le 13 décembre 1978 puis transmis au Comité des Ministres, conformément au paragraphe 2 de l'article 31.

15. Un règlement amiable n'ayant pu intervenir, le présent rapport a donc pour objet, conformément à l'article 31.

(1) d'établir les faits, et
(2) de formuler un avis sur les questions de droit qui se posent dans la mesure où la Commission estime qu'elles appellent une réponse de sa part.

16. On trouvera ci-joint, dans les Annexes I et II, un tableau retraçant l'historique de la procédure devant la Commission et la décision de la Commission sur la recevabilité de la requête. Un compte rendu des efforts tentés en vain par la Commission pour parvenir à un règlement amiable figure dans un document séparé (Annexe III).

17. Le texte intégral des plaidoiries des parties ainsi que d'autres pièces remises à la Commission figurent dans les archives de la Commission et sont à la disposition du Comité des Ministres.

II. ETABLISSEMENT DES FAITS

18. Dans l'ensemble, les faits de la cause, tels qu'ils ont été présentés par les parties, ne sont pas contestés entre elles. Ils peuvent se résumer comme suit:

1. Données générales

19. A partir du 1er novembre 1970, le requérant a été employé à l'essai comme chef adjoint d'une section de la Caisse d'assurance maladie de Gifhorn-Wolfsburg. Ses supérieurs hiérarchiques en étant toutefois arrivés à la conclusion qu'il ne convenait pas à ce poste, il fut en conséquence decidé de le muter à un poste de grade inférieur à partir du 1er avril 1971. Le requérant essaya d'échapper à cette mutation en s'adressant au conseil de prud'hommes. Il obtint de ce tribunal une injonction provisoire qui fut par la suite annulée, son employeur ayant fait appel. La deuxième action qu'il intenta pour contester sa mutation échoua pareillement. Le requérant fut finalement débouté par la Cour d'appel du travail le 30 août 1973.

20. Le requérant, alléguant des infractions pénales, signala alors un certain nombre de ses collègues aux représentants de la loi. Il réussit à faire ouvrir cinq enquêtes qui furent par la suite abandonnées. Il déposa en outre deux plaintes d'ordre disciplinaire, se plaignit ensuite devant la direction locale du syndicat et introduisit enfin une requête auprès du Parlement du Land de Basse-Saxe. Ces actions se soldèrent elles aussi par un échec.

21. Dans cette situation, il était devenu impossible à la Caisse d'assurance maladie de garder le requérant. Celui-ci fut d'abord, par avis disciplinaire du 27 avril 1972, provisoirement suspendu de ses fonctions et placé en demi-solde. Enfin, par avis disciplinaire du 24 mai 1974, il fut définitivement licencié.

2. Procédures devant les tribunaux du travail

i) Action contestant la réduction de salaire

22. Le requérant a contesté, par voie d'action en paiement partiel, la réduction de salaire qui lui était imposée par le premier avis disciplinaire. Il saisit le 21 juin 1973 le conseil de prud'hommes de Celle, qui tenta un règlement amiable à l'audience du 2 juillet 1973 mais le requérant récusa le Président du tribunal, alléguant qu'il faisait preuve de partialité. Le 10 juillet 1973, la Cour d'appel du travail décida que la récusation faite par le requérant était bien fondée.

23. Une audience fut alors fixée au 16 août 1973, puis annulée sur demande de l'employeur, car ce même jour la Cour d'appel du travail devait juger de l'appel interjeté par le requérant dans l'action qu'il avait introduite pour contester sa mutation. Le 31 août, d'après le Gouvernement défendeur, le Président adjoint du tribunal rappela qu'il était convenu avec l'avocat du requérant de ne pas mettre l'affaire au rôle — à

moins que le plaignant ne le demande — tant que la Cour d'appel du travail n'aurait pas statué sur la question de la mutation. D'après le requérant, toutefois, son avocat rejette à présent l'idée en avait été ainsi convenu.

24. Des plaidoiries écrites et une demande reconventionnelle furent alors déposées dans l'affaires concernant la réduction de salaire et, le 10 octobre 1973, le requérant demanda qu'une audience soit fixée. Selon le Gouvernement défendeur, ces nouveaux délais de procédure jusqu'au mois d'août 1974 sont dus pour l'essentiel au fait que la Commission des requêtes du Parlement de Basse-Saxe, qui examinait la requête introduite par le requérant, demanda aussi à consulter les dossiers des tribunaux. Ces mêmes dossiers furent ensuite réclamés par les ministères compétents du Land pour rédiger les observations demandées par la Commission des requêtes. Quantité de services furent donc occupés à étudier les griefs du requérant et il leur a fallu, dans chaque cas, consulter et analyser les dossiers afférents aux poursuites pénales, aux diverses procédures disciplinaires et aux actions menées devant le conseil de prud'hommes. Par contre, le requérant conteste ces faits en soulignant que, dans ses observations sur la recevabilité, le Gouvernement avait expliqué ce retard en disant notamment qu'il manquait certains dossiers.

25. Par ordonnance du 2 août, l'affaire fut alors inscrite au rôle pour l'audience du 14 octobre 1974 mais, ce jour-là, le tribunal décida de suspendre la procédure en attendant qu'une décision définitive et exécutoire mette un point final à l'affaire concernant le licenciement du requérant. Le Gouvernement défendeur déclare que cette décision était conforme aux désirs des deux parties alors que, selon le requérant le tribunal s'est décidé contrairement aux voeux des parties.

26. Lorsque, le 13 novembre 1975, le juge de première instance rendit sa décision dans l'affaire de licenciement, le requérant demanda qu'une nouvelle date soit fixée pour l'audience dans l'affaire concernant la réduc-

tion de salaire. Le Président du conseil de prud'homme répondit, en se référant à la décision du 14 octobre 1974, que la procédure avait été suspendue en attendant une décision définitive. Le requérant ne se manifesta plus avant le 23 février et le 21 avril 1976, dates où il redemanda l'inscription de l'affaire au rôle. Le tribunal fixa alors la date du 2 juillet 1976 mais l'employeur n'ayant pas pu comparaître, l'audience fut reportée au 10 août 1976.

27. A l'audience qui eut donc lieu le 10 août 1976, le conseil de prud'hommes examina les points de fait et de droit et, après de vaines tentatives de règlement amiable, décida de se procurer les dossiers que détenait à l'époque la Cour d'appel du travail. Le tribunal reçut les dossiers le 16 août 1976 et, le 22 novembre 1976, fixa au 2 février 1977 la date de la nouvelle audience. Cette audience fut toutefois annulée en attendant la décision que la Cour d'appel du travail devait prendre le 9 mars 1977 dans l'affaire du licenciement. Or, il s'avéra que la cour renvoya l'affaire au 5 octobre 1977, si bien que, le 26 mai 1977, le conseil de prud'hommes fixa au 13 juillet 1977 son audience dans l'affaire de réduction de salaire.

28. Le 13 juillet 1977, le conseil de prud'hommes débouta le requérant. Il déclara que la réduction de salaire était conforme au Règlement de a Caisse et qu'il ne se poserait pas de question de remboursement tant qu'il n'aurait pas été définitivement statué sur la question du licenciement.

29. Le requérant fit appel de cette décision le 9 septembre 1977. Le 8 mars 1978, l'avocat de l'employeur et, le 31 mars 1978, l'avocat du requérant déclarèrent être parvenus, dans l'affaire du licenciement, à un règlement qui englobait également cette question. La Cour d'appel du travail déclara alors le 3 août 1978 que le différend était réglé.

ii) *Action contestant li licenciement*

30. Le requérant intenta cette action devant le conseil de prud'hommes de Celle le 30 mai 1974. Il déposa ses conclusions et, le 6 juin 1974, le magistrat présidant la Première Chambre inscrivit l'affaire au rôle du 24 juin 1974 afin de parvenir à un règlement amiable. Entre-temps, le 14 juin, le défendeur demanda le renvoi de l'affaire.

31. A l'audience du 24 juin 1974, le requérant récusa le juge, le soupçonnant de partialité du fait que lui, requérant, avait autrefois, dans une autre affaire, déposé contre le même juge une plainte disciplinaire. Les défendeurs déposèrent leurs conclusions et, le 2 août 1974, le magistrat présidant la Deuxième Chambre inscrivit la suite de l'affaire au rôle du 14 octobre pour qu'il soit statué sur la demande de récusation présentée par le requérant. Le 6 août 1974, le requérant demanda l'inscription de l'ensemble de l'affaire au rôle et soumit par la suite des observations sur diverses questions de procédure.

32. Le 14 octobre 1974, le conseil de prud'hommes fit droit à la demande de récusation du juge par le requérant. Il ordonna aussi au requérant de fournir des précisions et décida de consulter les dossiers relatifs à l'une des plaintes disciplinaires, aux enquêtes cirminelles et à la requête adressée au Parlement du Land. Un peu plus tard, ce même mois, le conseil de prud'hommes fut informé que l'un des dossiers demandés en matière criminelle ne pouvait pas être communiqué parce qu'il avait déjà été envoyé ailleurs. De son côté, le Parlement du land refusa de communiquer ses dossiers, la procédure étant confidentielle. Le 12 mars 1974, le conseil de prud'hommes reçut du Ministre des Affaires sociales la réponse selon laquelle les dossiers concernant la plainte disciplinaire ne seraient communiqués que si le requérant et un témoin y consentaient. Le même jour, le juge ordonna que les lettres nécessaires soient envoyées en ce sens et que la question lui soit soumise un mois plus tard. Le requérant donna son consentement le 21 novembre 1974 et le témoin en question, qui était en traitement médical hors de chez lui, ne donna son consentement écrit que le 20 décembre 1974. La demande au Ministre fut alors renouvelée et envoyée le 30 décembre 1974. Les dossiers arrivèrent le 15 janvier 1975. Comme il manquait encore un dossier en matière pénale, une lettre de rappel fut adressée au Parquet le 15 janvier 1975.

33. Le 27 janvier 1975, le requérant demanda qu'une audience soit fixée mais le dossier manquant en matière pénale étant toujours réclamé ailleurs, aucune date ne fut fixée dans l'immédiat. Par lettre du 3 avril 1975, le requérant réitéra sa demande. Le 23 avril 1975, le juge fixa au 6 août l'audience qui fut ultérieurement repoussée au 14 août 1975.

34. A l'audience du 14 août 1975, les parties conclurent un règlement provisoire et le conseil de prud'hommes fixa au 13 novembre 1975 la date d'une nouvelle audience au cas où le règlement serait révoqué. De fait, le requérant révoqua le règlement le 29 septembre 1975.

35. Le 13 novembre 1975, le conseil de prud'hommes rendit sa décisions qui écartait l'avis disciplinaire et déclarait les parties toujous liées par le contrat de travail. La décision fut signifiée par écrit aux parties le 30 janvier 1976.

36. L'employeur du requérant fit appel de cette décision le 10 février 1976 devant la Cour d'appel du travail à Hanovre. Il demanda en même temps une prolongation du délai afin d'établir le bien-fondé de son appel. Le conseil prorogea le délai au 24 mars 1976. Puis, en février 1976, l'appel fut signifié au requérant et les dossiers communiqués par la juridiction de première instance. Le requérant annonça qu'il demanderait le rejet de l'appel.

37. Le 24 mars 1976, la cour reçut les conclusions de l'employeur et le lendemain inscrivit l'affaire au rôle du 18 août 1976. Les parties réagirent favorablement à la citation à comparaître à cette audience. Le 23 juin 1976, l'employeur compléta les observations soumises par écrit. Le requérant y répondit le 3 août 1976. Le même jour, l'audience prévue pour le 18 août 1976 fut annulée, le juge compétent ayant été muté dans une autre juridiction. Une nouvelle date devait alors être fixée d'office.

38. Le 15 novembre 1976, le requérant, arguant de ce qu'il était en demi-solde depuis 1972, pria la cour de fixer au plus tôt la date de l'audience. Le nouveau président, nommé entre-temps, ordonna le 25 novembre 1976 que l'affaire soit entendue le 9 mars 1977. Les assignations à comparaître furent signifiées aux parties en ce sens.

39. A l'audience du 9 mars 1977, la Cour fit aux parties une nouvelle proposition de règlement et les invita à présenter leurs observations dans le délai d'un mois. L'employeur déclara par lettre du 7 avril 1977 qu'il acceptait la proposition. Ceci fut communiqué au requérant qui répondit

le 22 avril 1977 qu'il rejetait ces propositions et demandait la fixation d'une audience pour que la cour rende sa décision. Le 26 avril 1977, le Président inscrivit l'affaire au rôle du 5 octobre 1977 et ordonna au requérant de comparaître personnellement.

40. Toutefois, dans sa plaidoirie du 12 septembre 1977, le requérant récusa pour partialité le magistrat présidant la Chambre, alléguant qu'il avait déjà connu de l'affaire en première instance. Le requérant avait en effet appris, par les observations du Gouvernement défendeur sur la recevabilité de la présente requête, que ce magistrat était l'ancien président adjoint du conseil de prud'hommes et l'auteur de la note du 31 août 1973 contestée dans l'affaire concernant la réduction de salaire. La cour annula alors l'audience et jusqu'à la fin de septembre 1977, recueillit les observations sur la demande de récusation. Le 6 octobre 1977, elle rejeta la demande de récusation.

41. Par ordonnance du 10 octobre 1977, le magistrat présidant inscrivit l'affaire au rôle du 5 avril 1978. L'assignation à comparaître fut signifiée au requérant le 14 octobre 1977.

42. Après la décision de la Commission sur la recevabilité de la présente requête, l'agent du Gouvernement défendeur se mit en rapport avec le service compétent du Land de Basse-Saxe en soulignant notamment qu'il serait opportun de donner priorité à l'affaire en question et d'y mettre fin dans les meilleurs délais. L'agent se mit également en rapport avec le Ministre des Affaires sociales de Basse-Saxe, qui a droit de regard juridique sur l'employeur du requérant, et lui demanda d'examiner si cette affaire ne pourrait se régler par voie d'arrangement amiable comportant aussi règlement de tous les litiges en instance devant le conseil de prud'hommes.

43. Le 5 janvier 1978, le Président du conseil de prud'hommes, informé de la décision de la Commission sur la recevabilité, annula l'audience prévue pour le 5 avril 1978 et inscrivit l'affaire au rôle du 1er février 1978. L'assignation à comparaître fut signifiée au requérant le 10 janvier 1978.

44. A l'audience du 1er février 1978, sur proposition du tribunal, les parties ont conclu un arrangement amiable du procès, en se réservant le droit de le révoquer avant le 15 février 1978; l'arrangement était rédigé en ces termes:

(Traduction):

"Arrangement amiable

1. Les parties sont convenues que le demandeur sera traité comme s'il avait pris sa retraite après le 31 mars 1978.

2. Le défendeur s'engage, dans les quinze jours qui suivent l'entrée en vigueur du présent arrangement, à liquider et à verser la partie du salaire retenue au plaignant entre le 1er mai 1972 et le 31 mars 1978.

3. Le demandeur rectifiera le dossier personnel de l'intéressé de manière à: *a*) supprimer mention des événements relatifs au différend du travail maintenant réglé (mutation de poste/indemnisation) 1 Ga 1/71; 1 Ca 268/71 et 5 Sa 670/71, ainsi que ceux concernant les affaires 1 Ca 496/74 et 1 Ca 487/73.

b) inscrire au dossier complémentaire — qui ne sera pas utilisé — toutes les procédures dont mention a été supprimée ou non encore mentionnées dans le dossier personnel de l'intéressé.

4. Les parties sont convenues qu'à dater du 1er avril 1978, le demandeur sera considéré par le défendeur comme ayant pris sa retraite ce jour-là.

5. La décision de la juridiction de première instance concernant les dépens est maintenue. Les frais d'appel seront répartis entre les parties.

6. Les parties se réservent l'une et l'autre le droit de révoquer cet arrangement avant le 15 février 1978 en avertissant par écrit le conseil de prud'hommes".

45. L'une et l'autre parties ayant accepté cet arrangement amiable sans exercer leur droit de le révoquer, l'affaire s'est donc terminée le 16 février 1978.

III. ARGUMENTATION DES PARTIES

46. L'argumentation présentée par les parties sur le fond de la requête peut se résumer comme suit:

1. Le requérant

i) *Sur l'arrangement conclu devant le conseil de prud'hommes*

47. Le requérant a expliqué que s'il a accepté le règlement amiable du 1er février 1978, c'était pour mettre fin aux procédures et améliorer sa situation financière. Il craint toutefois d'avoir à engager de nouvelles actions pour faire exécuter cet arrangement.

48. A propos de l'argumentation du Gouvernement sur cet aspect de l'affaire, le requérant fait observer qu'il n'a jamais, ni dans le passé, ni maintenant, été employé par une compagnie d'assurance privée.

ii) *Sur l'applicabilité de l'article 6*

49. Le requérant rappelle que la Commission a toujours considéré la notion de "droits et obligations de caractère civil" comme indépendante du droit interne même s'il faut, pour l'interpréter, faire appel à des principes de droit interne, (cf. décision du 27 mai 1975 sur la recevabilité de la requête N.° 6232/73, Dr. Konig contre République Fédérale d'Allemagne). En conséquence, de lien juridique qui unissait les parties, quelle que soit la forme qu'il ait pris réellement, touchait à la prestation de services et les procédures juridiques concernaient le droit fondamental au travail. Ce droit figure en principe parmi les droits de caratère civil au sens de l'arti-

cle 6. Lorsque le droit interne prévoit des règles différentes pour les fonctionnaires, il fait une exception très stricte en raison de leurs fonctions. Or, l'employeur du requérant est bien un établissement de droit public doté de certains pouvoirs afférents au domaine éminent et les fonctions exercées par le requérant étaient analogues à celles d'un agent de la fonction publique mas il n'avait pas le statut de fonctionnaire au sens propre du terme.

50. Le Règlement de la Caisse assimile l'emploi occupé par le requérant à un emploi de la fonction publique, mais il demeure des différences considérables, par exemple, en matière disciplinaire. Il existe encore d'autres divergences importantes puisque le Règlement de la Caisse prévoit la possibilité de mettre fin au contrat et de donner des préavis, facultés qui relèvent typiquement du droit du travail et sont inconnues du droit de la fonction publique. Enfin, il faut relever que selon le Règlement de la Caisse, les rapports avec l'employeur relèvent de la compétence des conseils de prud'hommes.

iii) *Sur la longueur des procédures*

51. Le requérant fait remarquer que, dans l'action intentée pour licenciement, la procédure a duré plus de trois ans et huit mois avant que l'affaire ne soit réglée. Quant à son action contestant la réduction de salaire, elle a été en instance pendant quatre ans et neuf mois. Il explique que, si, en réalité, les deux actions étaient liées, cela ne modifie en rien son point de vue que, dans l'un et l'autre cas, la procédure a été déraisonnablement longue.

52. Il ne saurait être retenu contre lui que sa conduite ait été à l'origine d'un quelconque retard de procédure. L'exceptionnelle longueur a plutôt été le résultat des mesures prises par l'administration judiciaire (cf. décision sur la recevabilité de la requête N.° 1794/63). Le requérant relève dans l'argumentation du Gouvernement défendeur qu'il n'est pas rare qu'une procédure d'appel dure plus de deux ans, ce qui, d'après lui, ne signifie pas que pareille durée soit raisonnable. La fréquence des affaires portées devant les tribunaux ne peut pas, non plus, être à cet égard décisive, vu la conjoncture économique actuelle.

53. D'un autre côté, il n'est pas raisonnable que son affaire soit demeurée en instance pendant des mois parce que le juge muté n'avait pas été remplacé à temps. L'article 6 oblige les Etats à prendre dans leur administration judiciaire les mesures qui s'imposent pour garantir l'équité du procès.

54. Par ailleurs, le requérant ne saurait être critiqué pour avoir cherché à éviter des décisions divergentes. En n'élevant pas d'objection lorsque l'affaire concernant son salaire a été suspendue le 14 octobre 1974, il s'est comporté comme il le fallait. Toutefois, lorsque la juridiction de première instance a rendu son arrêt dans l'affaire de licenciement le 13 juillet 1977, il a demandé que l'affaire concernant son salaire soit alors entendue et il a fallu près le deux ans pour que le tribunal examine, sur sa demande, si les conditions prévues à l'article 148 du code de procédure civil (Zivilprozessordnung) était bien remplies.

55. Enfin, le requérant se réserve le droit de soumettre des observations complémentaires sur les points de droit si la Commission attache une grande importance à la requête au stade actuel.

2. **Le Gouvernement défendeur**

i) *Sur l'arrangement intervenu devant le conseil de prud'hommes*

56. Le Gouvernement défendeur évoque le règlement amiable conclu devant le juge et fait valoir que ses efforts en la matière ont été fructueux dans la mesure où la Cour d'appel du travail a avancé la date de l'audience dans l'affaire concernant le licenciement et a mis fin à ladite affaire par voie de règlement amiable. Le Gouvernement n'avait pas compétence pour faire inclure dans l'arrangement une déclaration selon laquelle il était également satisfait à la présente requête, puisqu'il s'agissait d'un conflit de droit privé entre un particulier et une personne morale autonome de droit public. Cependant, cet arrangement ne pouvait pas rester sans effet sur la procédure concernant la présente requête.

57. Le Gouvernement fait valoir que les actions engagées par le requérant n'ont pas été retardées par les tribunaux mais que leur longueur est due aux démarches processuelles entreprises par les deux parties (voir décision sur la requête N.° 6248/73, Recueil de décisions, volume 46 p. 215; N.° 1794/63, Annuaire 9 p. 178). Dans la mesure où les parties ont mis fin au conflit en concluant un arrangement amiable, les inconvénients pouvant résulter de la longueur des procédures se trouvaien t ainsi compensés. De plus, le requérant a renoncé à son droit de faire trancher l'affaire par la justice. Enfin, il n'a souffert de la part des tribunaux d'aucun autre inconvénient dû à la longueur des procédures, inconvénient qui devrait ou pourrait encore être supprimé ou corrigé par le biais de la présente requête.

58. Le Gouvernement est d'avis que l'arrangement amiable a indemnisé le requérant d'une manière non seulement raisonnable mais extrêmement généreuse. Il souligne que le requérant s'était rendu insupportable sur son lieu de travail et que c'est de sa faute s'il n'a pas été mis fin aux différends sur la base des deux propositions de règlement amiable faites antérieurement par le tribunal.

59. Par l'arrangement amiable conclu le 1er février 1978, le requérant a obtenu de recevoir jusqu'au 31 mars 1978 la totalité de son salaire alors qu'il n'a fourni aucun travail depuis le 27 avril 1972. De plus, son ancien employeur va lui verser une pension jusqu'à la fin de ses jours alors qu'il n'était pas invalide et qu'à 37 ans il n'avait pas encore droit à une retraite. La somme mensuelle qu'il perçoit actuellement s'élève à 1.388 DM et elle sera ajustée en fonction des augmentations de salaires. Il est probable qu'une pension de survivants sera versé à sa famille à sa mort.

60. Le Gouvernement aurait appris que le requérant avait été quelque temps employé par une société privée d'assurance, ce qui prouve, fait-il observer, que l'intéressé était pleinement apte au travail. La rectification apportée à son dossier personnel lui permet de revenir dans la fonction publique mais cela ne présente guère d'intérêt pour lui, puisque sa pension en serait diminuée.

61. En conclusion, le Gouverment fait valoir qu'avec ces versements, le requérant a été raisonnablement et convenablement indemnisé non seulement du fait de son licenciement mais aussi des inconvénients éventuels qu'il aurait pu subir en liaison avec les litiges portés devant les tribunaux du travail. Il ne saurait en conséquence se prétendre encore victime d'une violation de la Convention (voir décision sur les requêtes N.° 5577/72-5583/72, Donnelly et autres contre le Royaume-Uni, part. VII).

62. Le Gouvernement ne reconnaît donc pas que la longueur des différentes procédures ait été déraisonnable et qu'il y ait eu violation de l'article 6. Il estime en revanche que par suite de l'arrangement amiable, il n'existe plus d'intérêt juridique digne de protection qui justifie le maintien de la requête. Il lui semble donc que l'on ne serait pas fondé à accorder au requérant une indemnisation supplémentaire du fait de cette action en justice.

ii) *Sur l'applicabilité de l'article 6*

63. Le Gouvernement défendeur rappelle que l'interprétation de l'expression "droits et obligations de caractère civil" est le noeud de l'affaire König, précisément en instance devant la Cour européenne des

Droits de l'Homme. Il s'abstient donc d'approfondir la question de l'interprétation de cette expression mais se réserve le droit de compléter ses observations lors d'une éventuelle audience contradictoire.

iii) *Sur la longueur des procédures*

64. Le Gouvernement défendeur se réserve le droit de donner ultérieurement des précisions, dans des conclusions écrites ou lors d'une éventuelle audience contradictoire, pour montrer que les diverses procédures ont bien abouti dans un délai raisonnable et qu'il n'y a donc pas eu violation de l'article 6.

65. Il souligne que, dans l'affaire de contestation de la réduction de salaire, la durée de la procédure s'explique essentiellement par le fait que l'instance a été suspendue du 14 octobre 1974 au 13 juillet 1977 au motif que l'affaire de licenciement avait priorité. Relevant que la Commission estime qu'il était en principe raisonnable de suspendre l'affaire concernant le salaire, le Gouvernement en conclut que le retard de procédure provoqué par cette suspension d'instance était tout aussi raisonnable sur le principe. D'ailleurs, le requérant estimait lui aussi qu'il était indiqué de suspendre la procédure en l'occurrence.

66. Le Gouvernement défendeur fait observer que le requérant a introduit sa présente requête, avant d'avoir été licencié et que, jusqu'à ce moment-là, il ne s'est pas efforcé de diligenter l'affaire en instance concernant la réduction de salaire. Le Gouvernement laisse donc entendre que la requête était une nouvelle mesure tactique permettant au requérant d'engager ses supérieurs hiérarchiques dans de nouvelles procédures et de faire pression sur les tribunaux.

67. D'ailleurs, même après avoir introduit sa requête, le requérant n'a pas souligné que, d'après lui, les droits que lui reconnaît l'article 6 auraient été enfreints et il n'a pas non plus formé de recours contre aucune des décisions fixant les dates d'audience pour en faire avancer la date. Il a certes par deux fois, le 6 août 1974 et le 3 avril 1975, demandé mais sans insister particulièrement, que l'affaire soit inscrite au rôle. A l'exception des plaidoiries écrites qu'il a soumises le 15 novembre 1976, le requérant a laissé entendre par sa conduite qu'il ne cherchait pas à faire aboutir rapidement les procédures. Cela ressort également du fait qu'en récusant le juge à l'audience du 24 juillet 1974, il a objectivement contribué et pour beaucoup à retarder la procédure. Le requérant avait aussi accepté qu'en réponse à la plainte déposée par lui le 15 novembre 1976,

l'affaire soit inscrite au rôle du 9 mars 1977 mais, en rejetant le règlement amiable proposé par le tribunal à cette audience, il a encore une fois bien retardé la conclusion du procès.

68. Le requérant a également provoqué le retard de l'audience fixée au 5 octobre 1977 en récusant le juge dans les conclusions qu'il a déposées le 12 septembre 1977, soit deux mois après qu'il ait eu connaissance du motif de récusation qu'il a allégué.

69. Par ailleurs, la longueur des procédures est du à des circonstances dont on ne peut imputer la responsabilité ni au requérant ni aux tribunaux. Ceci vaut notamment pour la période approximative de six mois qui a suivi l'ordonnance du 14 octobre 1974. C'est en effet à peu près le temps qu'il a fallu pour récupérer les dossiers et les fichiers que le tribunal désirait consulter. Il ne faudrait pas négliger toutefois le fait qu'en multipliant les actions contre ses supérieurs hiérarchiques, le requérant a grossi le volume de la documentation dont il s'agit et que, par ailleurs, les dossiers devaient circuler entre quantité de services, ce qui retardait encore la procédure.

70. D'un autre côté, les magistrats ont rendu les ordonnances nécessaires à la poursuite de la procédure chaque fois dans un délai raisonnable. On ne saurait considérer que la période comprise entre le 13 novembre 1975, date du prononcé du jugement par le conseil de prud'hommes de Celle et le 28 janvier 1976, date où le jugement a été couché sur papier, ait été déraisonnablement longue vu la période des congés tombant à ce moment-là. Le seul retard que l'on pourrait imputer à la responsabilité du tribunal a été provoqué par la mutation du magistrat présidant, ce qui a amené à différer l'audience prévue pour le 8 août 1976. Toutefois, le requérant ne s'en est pas plaint jusqu'au 15 novembre 1976, date à laquelle une nouvelle date a été fixée pour l'audience le 25 novembre 1976. Le Gouvernement estime qu'un délai aussi court, dû à des circonstances objectives qui font partie du déroulement normal de l'administration de la justice, ne saurait être considéré comme constituant une violation de la Convention.

71. Le Gouvernement estime en conséquence que la longueur des procédures constatée dans l'affaire de licenciement n'est pas due à des motifs déraisonnables au sens de l'article 6.

72. En conclusions, le Gouvernement propose (a) de rayer la requête du rôle faute d'un intérêt juridique digne de la protection de la loi et (b) à défaut, de la retejer par application de l'article 29 de la Convention.

IV. POINTS EN LITIGE

73. Après la décision rendue par la Commission le 7 décembre 1977 sur la recevabilité de la requête, la question d'ordre général qui se pose au regard de la Convention est la suivante:

— Y a-t-il eu en l'espèce violation de l'article 6 de la Convention en raison de la longueur des procédures judiciaires concernant le licenciement et la réduction de salaire infligée au requérant?

74. Dans ce contexte, se posent les questions particulières suivantes:

— Les procédures judiciaires en question relèvent-elles de l'article 6 (1) de la Convention comme mettant en jeu la détermination des droits et obligations de caractère civil du requérant au sens de cette disposition?
— *Dans l'affirmative,* dans les procédures prud'hommes, les droits civils dont le requérant recherchait l'application dans ses actions contestant en justice le licenciement et la réduction de salaire ont-ils fait l'objet d'une décision dans un délai raisonnable au sens de l'article 6 de la Convention?

75. A la suite de l'arrangement amiable conclu devant le conseil de prud'hommes le 1er février 1978, se pose la nouvelle question préliminaire suivante:

— Compte tenu dudit arrangement et de son libellé, le requérant peut-il encore se prétendre, au sens de l'article 25 de la Convention, victime d'une violation par la République Fédérale d'Allemagne des droits que lui reconnaît l'article 6?

V. AVIS DE LA COMMISSION

76. La Commission a d'abord examiné la requête à la lumière de l'argument du Gouvernement défendeur selon lequel, par l'arrangement

amiable conclu le 1er février 1978, le requérant aurait obtenu réparation raisonnable et adéquate des inconvénients qu'aurait pu entraîner la longueur des procédures judiciaires le concernant et qu'en conséquence il ne peut plus prétendre être ou avoir été victime d'une violation de la Convention à cet égard. En effet, c'est seulement si la Commission estime qu'il peut toujours se prétendre victime au sens de l'article 25 de la Convention, indépendamment de l'arrangement amiable en question, qu'elle est tenue d'exprimer son avis sur les autres questions litigieuses en l'espèce.

77. En substance, la réponse à la question précédente dépend de la notion de "victime" conformément à l'article 25 et de la raison d'être de l'article 26. L'article 25 dispose que "la Commission peut être saisie d'une requête adressée... par toute personne... qui se prétend victime d'une violation... des droits reconnus dans la présente Convention...". Quant à l'article 26, il stipule que "la Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus...".

78. La Commission a déjà eu l'occasion de traiter de ces aspects du problème dans sa jurisprudence. Dans la *requête N.» 5575/72 contre l'Autriche* (Décisions et Rapports, Vol. 1 p. 44), le requérant se plaignait de certaines caractéristiques des poursuites pénales intentées contre lui. Il avait été acquitté à l'issue de son procès et c'est après le procès qu'il avait saisi la Commission. La question se posait de savoir s'il pouvait encore se prétendre victime d'une violation de certaines des garanties de procédure, prévues à l'article 6 de la Convention, qui aurait été commise pendant le procès pénal. La Commission a établi que la violation alléguée avait été redressée par l'acquittement du requérant et qu'en conséquence il ne pouvait plus légitimement se plaindre des procédures en question, sa requête à la Commission étant sans objet. La requête a donc été considérée comme incompatible avec les dispositions de la Convention et déclarée irrecevable conformément à l'article 27.

79. Dans les requêtes introduites par *Donnelly et autres contre le Royaume-Uni* (N.° 5577-5583/72, Décisions et Rapports, Vol. 4 p. 4, pp. 64 et 86), les actions civiles en dommages et intérêts, engagées contre l'Etat en réparation des mauvais traitements qui auraient été infligés par des policiers, avaient fait l'objet d'un règlement amiable entre les parties. Il est important de relever que la Commission a estimé que les requérants, ayant obtenu réparation adéquate par les voies de recours internes utili-

sées, ne pouvaient plus se prétendre victimes de violations de la Convention. De même, il s'ensuit ici que les griefs sont incompatibles avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 27.

80. Les requêtes Donnelly et autres et la requête N.° 5575/72 montrent bien comment la Commission détermine qu'un particulier a intérêt à agir *(legitimatio ad causam)*, ce qui se répercute sur la compétence de la Commission à être saisie ou à examiner son grief. L'affaire Donnelly montre bien qu'un règlement amiable intervenu au niveau interne fait obstacle à ce que la Commission soit saisie d'une plainte sur la même question. Dans la requête N.° 5575/72, l'absence d'intérêt du requérant résultait de son acquittement. Ni dans l'un ni dans l'autre de ces cas, la décision de la Commission n'a permis de tirer de conclusions quant à une éventuelle modification, par des événements ultérieurs, de la situation réelle du requérant comme victime supposée d'une violation de la Convention. Ce que la Commission a décidé, c'est que les événements ultérieurs ont affecté l'aptitude du requérant à maintenir sa plainte devant la Commission en se prétendant victime d'une violation de la Convention.

81. En l'espèce, la Commission a examiné les termes de l'arrangement amiable conclu le 1er février 1978 tels qu'ils ont été présentés par les parties (voir le paragraphe 44 à la p. 9 du présent rapport). La Commission relève que le requérant a pris sa retraite de chez le défendeur le 31 mars 1978, qu'il a perçu la partie de son salaire qui lui avait été retenue après qu'il ait été provisoirement suspendu de ses fonctions en 1972, que son dossier personnel a été rectifié et qu'il a droit à une pension de retraite à partir du 1er avril 1978.

82. La Commission relève en outre que l'arrangement amiable ci-dessus a été proposé par le tribunal et accepté par les parties lors d'une audience qui a été fixée après que la décision de la Commission déclarant la présente requête recevable ait été portée à l'attention du tribunal et des parties et à un moment où l'agent du Gouvernement défendeur recherchait, dans le contexte de l'article 28 (b) de la Convention, les moyens de parvenir à un règlement amiable de l'action intentée par le requérant devant la Commission (voir ci-dessus §§ 42-44). L'arrangement précité a été conclu avant que le Gouvernement défendeur ne formule, conformément à l'article 28, des propositions de règlement amiable dans les présentes procédures et, d'ailleurs, aucune proposition de ce genre n'a été faite depuis.

83. La Commission estime que l'arrangement précité a eu pour effet pratique de satisfaire totalement aux griefs formulés par le requérant contre le défendeur devant les tribunaux allemands. Il s'agit là d'un facteur inhabituel en l'occurrence car les règlements amiables sont généralement conclus sur la base d'un compromis entre les parties, chacune faisant des concessions. Cependant, dans l'arrangement amiable en question, les parties sont convenues d'en terminer avec les actions intentées par le requérnt pour contester la réduction de son salaire et son licenciement en lui versant intégralement la partie du salaire qui lui avait été retenue et en rectifiant son dossier personnel. Autrement dit, l'arrangement amiable a pleinement satisfait aux griefs formulés par le requérant dans les deux actions intentées devant les conseils de prud'hommes. En outre, il a été entendu que le requérant prendrait sa retraite et toucherait une pension à partir de sa mise à la retraite.

84. La question de savoir si un requérant peut se prétendre, au sens de l'article 25 de la Convention, victime de la Violation alléguée se pose à tous les stades de la procédure au regard de la Convention (voir Cour européenne D. H., affaire *Klass,* arrêt du 6 septembre 1978, paragraphe 30 et suiv.). La réponse à cette question dépend pour beaucoup de l'intérêt juridique du requérant à faire constater par les organes de la Convention que les droits que lui reconnaît la Convention ont été enfreints. A cet égard, la Commission doit prendre en considération le préjudice matériel ou moral éventuellement subi par le requérant du fait de la violation alléguée.

85. En l'espèce, il est clair que, lors de l'introduction de sa requête auprès de la Commission, de son examen ultérieur et jusqu'à ce que soit conclu l'arrangement amiable en question, le requérant avait un intérêt juridique à faire établir qu'il n'avait pas été statué dans un délai raisonnable, comme l'exige l'article 6 de la Convention, sur les droits civils qu'il faisait valoir devant les conseils de prud'hommes, dans les actions contestant son licenciement et la réduction de salaire dont il était la victime. Cependant, après l'arrangement conclu à l'amiable le 1er février 1978, le requérant s'est trouvé dans la même situation que si les événements qui motivaient ses actions devant les tribunaux allemands ne s'étaient pas produits: en effet, il a perçu rétroactivement la partie du salaire qui lui avait été retenue et son dossier personnel a été rectifié de façon à faire disparaître toute mention des actions intentées en justice et du contexte dans lequel eles avaient eu lieu. Au surplus, le fait qu'à 37 ans il touche

une retraite pour le restant de ses jours doit, vu les circonstances, être considéré comme compensant tous les autres inconvénients, matériels ou moraux, qui ont pu découler de la longueur des procédures.

86. La Commission admet qu'il peut y avoir des cas où une partie à une procédure exagérément longue peut en subir des conséquences que ne saurait réparer une décision rendue finalement en sa faveur. En l'occurrence toutefois, rien ne donne à penser que le requérant ait subi, de par la longueur des procédures judiciaires le concernant devant les tribunaux allemands, des dommages que n'a pas compensés l'arrangement amiable en question. Au contraire, les termes très favorables de cet arrangement semblent avoir été proposés aussi compte tenu de la durée de ces procédures.

87. La Commission est donc d'avis qu'après l'arrangement conclu à l'amiable, le requérant ne peut plus formuler, au regard de l'article 6 de la Convention, aucun grief auquel il pourrait être satisfait en donnant suite à la requête qu'il a adressée à la Commission.

Conclusion

88. La Commission en conclut, par 12 voix pour, une contre et une abstention, que le requérant ne peut plus se prétendre, aux termes de l'article 25 de la Convention, victime d'une violation par la République Fédérale d'Allemagne des droits consacrés par l'article 6.

89. Dans ces conditions, la Commission n'est pas tenue d'émettre un avis sur le point de savoir si l'article 6 est applicable aux procédures judiciaires en question et, dans l'affirmative, si les faits établis à propos de la longueur de ces procédures révèlent ou non une violation par la République Fédérale d'Allemagne des obligations qui lui incombent aux termes de la Convention.

Le Secrétaire
de la Commission

(H. C. KRÜGER)

Le Président
de la Commission

(J. E. S. FAWCETT)

COMITÉ DE MINISTROS
DIETER PREIKHZAS CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL ALEMÃ

Não pode considerar-se ainda vítima quem, correndo perante a Comissão a apreciação de queixa por demora em processos cíveis, chega a uma solução amigável sobre o "fundo" dos processos perante as jurisdições nacionais.

P. F.

RESOLUÇÃO DH (79) 8:

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 32 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée "la convention");

Vu le rapport de la Commission européenne des Droits de l'Homme concernant la requête introduite par M. Dieter Preikhzas contre la République Fédérale d'Allemagne (requête n.° 6504/74); (1)

Considérant que la Commission a transmis ledit rapport au Comité des Ministres le 26 janvier 1979 et que le délai de trois mois prévu à l'article 32 paragraphe 1, de la convention est arrivé à échéance sans que l'affaire ait été déférée à la Cour européenne des Droits de l'Homme par application de l'article 48 de la convention;

Considérant que dans sa requête introduite le 13 janvier 1974, le requérant a allégué que les actions qu'il avait intentées devant les tribunaux du travail pour contester les mesures disciplinaires prises à son encontre par son employeur ainsi que son licenciement mettaient en jeu ses droits et obligations de caractère civil qui n'avaient pas été examinés dans un délai raisonnable comme l'exige l'article 6, paragraphe 1, de la convention;

(1) O "rapport" da Commisão é publicado neste número de "Documentação e Direito Comparado".

Considérant que la Commission, après avoir déclaré la requête recevable le 7 décembre 1977, a estimé dans son rapport que le requérant, qui a accepté le 1er février 1978 un arrangement amiable portant sur le fond des actions intentées en Allemagne, "ne peut plus se prétendre, aux termes de l'article 25 de la convention, victime d'une violation par la République Fédérale d'Allemagne des droits consacrés par l'article 6, paragraphe 1," et que dans ces conditions la Commission n'avait plus à émettre un avis sur le point de savoir si, en l'espèce, l'article 6, paragraphe 1, avait été violé;

Vu l'avis formulé par la Commission,

Décide que dans la présente affaire, le requérant ne peut plus se prétendre victime, aux termes de l'article 25 de la convention d'une violation par la République Fédérale d'Allemagne des droits consacrés par l'article 6, paragraphe 1, et que, dans ces conditions, le Comité des Ministres n'a aucune autre mesure à prendre en la matière (2).

(2) Resolução tomada em 19 de Outubro de 1979.

ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS
DO HOMEM

A CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM

O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

PINHEIRO FARINHA

(Apontamentos para o Curso sobre o DIREITO DA CONVENÇÃO,
realizado no Centro de Estudos Judiciários,
de 15 a 19 de Fevereiro de 1982).

O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

I

1. O problema da constituição de um Tribunal, durante os trabalhos para a elaboração da Convenção.

II

2. O Tribunal:

   a) Composição; o juiz nacional;
   b) Atribuições e competência;
   c) Secretariado.

3. Intervenientes:

   a) Partes;
   b) Comissão Europeia dos Direitos do Homem;
   c) A "Vítima".

4. O processo:

a) Instância;
b) Língua;
c) Decisão:

c') Conteúdo e valor;
c") Satisfação razoável;
c"') Interpretação;
c"") Revisão.

III

5. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não é uma instância de recurso das decisões judiciais internas.

6. A utilização de todos os meios de recurso interno como condição de admissibilidade da queixa à Comissão e ulterior julgamento pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

7. Função consultiva do Tribunal.

a) As decisões e os casos futuros;
b) As decisões e o caso julgado;
c) Exequibilidade da decisão que atribue a "satisfação razoável".

9. Exemplificação (dentro das possibilidades de tempo) da jurisprudência.

I

1. O Congresso da Europa, reunido na Haia, em Maio de 1948, dirigiu uma mensagem aos europeus em que se proclamava "Queremos uma Carta dos Direitos do Homem" garantindo as liberdades de pensamento, reunião e expressão, como o exercício livre da oposição política; queremos ainda um *Tribunal de Justiça* competente, para aplicar sanções necessárias a fazer respeitar a Carta" (1).

O Estatuto do Conselho da Europa foi assinado em 5 de Maio de 1949 (2) e nele se refere expressamente como um dos seus fins a "salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais".

Na ordem do dia da primeira sessão da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa foi incluído o estudo das "medidas a tomar em ordem à realização do fim expressamente referido no art.º 1.º do Estatuto da salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais".

Em 17 de Agosto de 1949, foram apresentadas propostas de resolução (3) no sentido de ser recomendada ao Comité de Ministros a criação de um Tribunal Europeu de Justiça.

Nesse mesmo dia, 17 de Agosto, Churchill, do Reino Unido, formulava o voto da criação de um tribunal europeu de justiça onde fossem julgadas, pelo mundo civilizado, as violações dos direitos do homem sem competência, porém, para aplicar sanções (4).

Na reunião de 19 de Agosto de 1949, Teitgen, da França (5) sublinhou que "Todo o homem, em virtude da sua origem, natureza e destino, é titular de direitos imprescritíveis contra os quais não pode prevalecer qualquer razão de Estado" e propõe a criação de um tribunal com competência para anular as decisões governamentais, as medidas legislativas, administrativas ou judiciais manifestamente contrárias aos direitos garantidos e para ordenar as reparações devidas (6).

---

(1) Recueil des Travaux Préparatoires — I, XXIII;

(2) Traduzido no n.º 1 do Boletim de Documentação e Direito Comparado;

(3) Recueil, I, 31;

(4) Recueil, I, 35;

(5) Pierre Teitgen foi Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 16 de Setembro de 1976 a 20 de Janeiro de 1980.

Tive ocasião de apreciar a sua defesa dos direitos do homem sempre lúcida e intransigente, a sua vivência democrática e o seu espírito de justiça.

(6) Recueil, I, 49;

Lannung, da Dinamarca, afirmava que a instituição de um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem representaria uma vitória decisiva da Lei da Justiça e da Proeminência do Direito ([7]).

Cingolani, da Itália, lembra que só um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem poderá aplicar uma sanção real pela violação da Convenção ([8]).

Kraft, da Dinamarca, apoiou também a criação do Tribunal ([9]).

Dominedo, da Itália, pensa também dever ser criado o Tribunal, com possibilidade de recurso por parte do indivíduo titular de interesse pessoal e depois de os tribunais internos terem exercido suas funções ([10]).

Fayat, da Bélgica, pronunciou-se no sentido de não ser urgente a criação do Tribunal, já que na maior parte dos países representados a liberdade é, por tradição, melhor defendida que em qualquer outra região do mundo ([11]).

Norton, da Irlanda diz ser necessária a criação de um Tribunal Internacional, dispondo não só da competência, como do poder de constranger, por uma pressão moral, as nações signatárias da Convenção ao seu acatamento ([12]).

Jaquet, da França, diz que é necessário elaborar uma declaração de direitos, mas ser muito grave o não aceitar o seu complemento lógico — o Tribunal Europeu — limitando-se à afirmação de princípios morais sem sanções. A seu pensar, os cidadãos livres dos países esperam compromissos e actos concretos ([13]).

Nally, do Reino Unido, diz não o entusiasmar nada a criação do Tribunal ([14]).

Seguiu-se a discussão na Comissão das Questões Jurídicas e Administrativas, e na sessão de 31 de Agosto de 1949, Azara propôs a criação do Tribunal de Justiça ou Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ([15]) referindo qual deveria ser a composição e competência.

([7]) Recueil, I, 51;
([8]) Recueil, I, 61;
([9]) Recueil, I, 67;
([10]) Recueil, I, 69;
([11]) Recueil, I, 87;
([12]) Recueil, I, 129;
([13]) Recueil, I, 135;
([14]) Recueil, I, 145;
([15]) Recueil, I, 181;

Em 5 de Setembro de 1949 é apresentado por Teitgen um projecto de Relatório ([16]), de que importa salientar: a criação do Tribunal Europeu, já que o Tribunal Permanente de Justiça Internacional não pode ser impulsionado por indivíduos, mas apenas pelos Estados; a opção para os Estados de se dirigirem ao Tribunal Europeu ou ao Tribunal Internacional de Justiça; necessidade de esgotamento dos recursos internos; o Tribunal deverá ter competência para conhecer das violações resultantes de actos legislativos, executivos ou judiciais, sendo certo que não será um "Tribunal de Cassação" superior competente para a revista das decisões dos tribunais internos; O Tribunal só terá competência para criticar as sentenças dos tribunais internos violadoras dos direitos fundamentais.

Pérsico propôs a elaboração de um Código Penal ([17]) Europeu e a criação de um Tribunal Penal Europeu competente para a punição dos crimes contra a paz, dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, nomeadamente do crime de genocídio.

Seguiu-se a reunião da Assembleia Consultiva de 5 a 8 de Setembro de 1949, sendo de interesse referir as intervenções dos seguintes representantes:

Ungoed-Thomas, do Reino Unido, ([18]): "Desejei vivamente, desde o princípio, a criação de um Tribunal Internacional de Justiça realmente eficaz. Os nossos povos estão fartos de declarações gerais que não têm qualquer eficácia real".

Rolin ([19]), da Bélgica: "Fomos unânimes no entendimento de se impôr um controle judicial... A criação de um Tribunal seria inútil e prejudicial... Inútil porque os Estados signatários da Convenção serão todos Estados de Direito que aceitarão um relatório da Comissão... A criação do Tribunal quebrará a unidade da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça" ([20]).

A opinião de Rolin no sentido da não criação do Tribunal foi seguida por Akan, da Turquia ([21]), Ungoed-Thomas, do Reino Unido ([22]),

([16]) Recueil, I, 193;
([17]) Recueil, I, 215;
([18]) Recueil, II, 57;
([19]) Foi Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 21 de Janeiro de 1959 a 1974, e seu Presidente de 1968 a 1971;
([20]) Recueil, II, 145;
([21]) Recueil, II, 165;

Wold, da Noruega ([23]) e contrariada por Dominedo, da Itália ([24]), Bidault, da França ([25]) e Teitgen, da França ([26]).

Posta à votação a proposta de Rolin e Ungoed-Thomas, no sentido da não criação do Tribunal, foi rejeitada.

Debruçaram-se os peritos (nomeados pelos Governos da Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suécia, Turquia, e Reino Unido), de 2 a 8 de Fevereiro de 1950 e de 6 a 10 de Março, do mesmo ano, sobre os documentos de trabalho preparados pelo Secretário Geral do Conselho da Europa.

O relatório dos peritos foi examinado pelo Comité de Ministros de 30 de Março a 1 de Abril de 1950, que deliberou convocar uma reunião de Altos Funcionários encarregados de preparar a decisão dos Ministros sob o ponto de vista político.

A Conferência dos Altos Funcionários decorreu de 8 a 17 de Junho de 1950 e no que concerne ao Tribunal, 3 posições foram sustentadas ([27]):

A primeira no sentido da criação do Tribunal, já que só o Tribunal, sem embargo da utilidade da Comissão, pode assegurar o respeito da Convenção. Foi a tese da França, Bélgica, Itália e Irlanda.

A segunda opondo-se à criação do Tribunal foi a sustentada pela Holanda, Reino Unido, Noruega, Suécia, Grécia, Dinamarca.

A terceira, uma solução de compromisso, (criação do Tribunal com jurisdição facultativa), foi aceite pela Bélgica, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Suécia e Turquia.

O Presidente, verificando não se ter chegado à unanimidade, referiu que tal seria comunicado ao Comité de Ministros, com indicação (proposta de Perassi, italiano) da posição de cada delegação.

Reuniu-se depois, a 23 e 24 de Junho de 1950, a Comissão das Questões Jurídicas e Administrativas da Assembleia Consultiva que recomendou a criação de um Tribunal (solução de compromisso antes referida) com competência facultativa, que funcionaria apenas após a aceitação por

---

([22]) Recueil, II, 167;
([23]) Recueil, II, 169;
([24]) Recueil, II, 157;
([25]) Recueil, II, 159;
([26]) Recueil, II, 171;
([27]) Recueil, IV, 111 e seguintes.

9 Estados da competência do tribunal. Felicitou-se ainda a comissão pela não exclusão dos actos legislativos da competência do Tribunal ([28]).

De 3 a 9 de Agosto de 1950 reuniu o Comité de Ministros que elaborou um ante-projecto de Convenção ([29]), enviando-o, para parecer, à Assembleia Consultiva. Nesse ante-projecto prevê-se a criação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos moldes e com o estatuto que passaram para a Convenção.

Reuniu a Assembleia Consultiva de 7 a 28 de Agosto de 1950, importante sublinhar a intervenção de Teitgen da França ([30]), que creio dever reproduzir:

> "Il nous faut nous incliner en ce que concerne à la Cour et accepter son caractere facultatif. Nous savons que *c'est la seule chance d'obtenir l'adhésion de certains gouvernements.*
> Je m'incline donc sur ce point, mais j'indique que cette attitude est bien regretable.
> Je comprends, Monsieur le Président, qu'un État souverain refuse d'incliner sa souveraineté devant un autre Etat souverain ou devant une majorité d'États souverains. Je ne l'admets pas, mais je me l'explique.
> *Je ne comprends pas, au contraire, qu'un Etat de l'Europe occidental refuse d'incliner sa souveraineté devant celle d'une Cour de Justice offrant toutes les garanties d'équité, d'imparcialité et de conscience.*
> En l'occurence, ce n'est pas la souveraineté de l'État qui se dresse contre la souveraineté d'un autre Etat, c'est la souveraineté de l'État qui prétend se dresser contre la souveraineté du droit et je dis que cela est profondément choquant.
>
> En ce qui me concerne, je ferais l'impossible avec mes amis dans mon parlement pour que la france accepte la première de se soumettre sans conditions à la Cour de Justice Européenne ([31]).

Em Novembro de 1950 ainda o Comité de Ministros apreciou as recomendações da Assembleia e a Convenção acabou por ser assinada em

---

([28]) Recueil, V, 39;
([29]) Recueil, V, 247;
([30]) Recueil, V, 295;
([31]) A França só em 3 de Maio de 1974 aceitou a jurisdição obrigatória do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

4 de Novembro de 1950 na sua essência tal como constava do projecto aprovado pelo Comité de Ministros em Agosto desse mesmo ano ([32]).

Resulta dos trabalhos preparatórios:

I. Desde sempre se pensou numa garantia internacional efectiva para os direitos reconhecidos na Convenção.

II. A ideia de um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não tinha a concordância de todos. Alguns opunham-se com razões pouco convicentes — a soberania dos Estados, a existência do Tribunal Internacional de Justiça, a situação do indivíduo face ao Estado: serem os Estados da Europa estados de direito, respeitadores dos direitos do homem; quebra da uniformidade da jurisprudência dos tribunais internacionais.

III. Chegou-se a solução de compromisso: criação do Tribunl de jurisdição facultativa; não acesso do indivíduo ao Tribunal, mas apenas à Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

II

2. Para que ficasse claro não ser o Tribunal um conselho político dos Estados, a Assembleia Consultiva começou por propôr que o mesmo fosse constituído por 9 juízes. No entanto, o Comité de Ministros, em ordem a afastar a injustiça que adviria para os países mais pequenos que a custo conseguiriam, se é que viriam a conseguir, a eleição de juízes seus nacionais, optou por um número de juízes igual ao dos Estados membros, mas e em solução de compromisso, com intervenção apenas de 7 juízes em cada caso sujeito ao Tribunal.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem compõe-se de um número de juízes igual ao número dos membros do Conselho da Europa, no podendo haver dois juízes nacionais do mesmo Estado ([33]), eleitos pela Assembleia Parlamentar dentre os candidatos apresentados pelos membros do Conselho da Europa ([34]), devendo cada Governo apresentar três candidatos, dos quais dois pelo menos terão a respectiva nacionalidade

([32]) Recueil, I, XXIX;
([33]) Convenção, art.º 38.º;
([34]) Convenção, art.º 39.º;

([35]). Os candidatos deverão gozar da mais alta reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais ou ser jurisconsultos de reconhecida competência ([36]); isto é, os Juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não têm de ser juízes no seu País ([37]), não estão em representação da Magistratura nacional, daí que não tenha qualquer intervenção, mesmo consultiva, o órgão de gestão da Magistratura (entre nós o Conselho Superior da Magistratura) na indicação dos candidatos a apresentar.

Os juízes são eleitos ([38]) em regra por 9 anos, sendo reelegíveis e o membro do Tribunal eleito para substituir outro cujo mandato não tenha expirado completará o mandato do seu predecessor: os juízes permanecem em funções até serem substituídos ([39]), continuando, depois da substituição, a ocupar-se dos assuntos que já lhes tenham sido cometidos. O Juiz não pode exercer funções enquanto for membro dum Governo ([40]) ou exercer uma função ou profissão susceptíveis de diminuir a confiança na sua independência. O Presidente e vice-Presidente são eleitos, por 3 anos, pelos Juízes, podendo ser reeleitos ([41]).

([35]) O único juiz, actualmente em funções, não nacional, do Estado que o candidatou, é o Professor Macdonald, candidatado pelo Liechtenstein.

([36]) Convenção, art.º 39.º;

([37]) São actuais Juízes: Gérard J. Wiarda (holandês), antigo presidente do Supremo Tribunal, Mehemed Zekia (cipriota), antigo presidente do Supremo Tribunal; John J. Cremona (maltês), antigo presidente do Tribunal Constitucional; Thor Wilhjalmsson (islandês), juiz do Supremo Tribunal; Rolv Ryssdal (norueguês), presidente do Supremo Tribunal; Walter Ganshof Van Der Meersch (belga), antigo Procurador-Geral; Denise Bindschedler Robert (suíça), professora universitária; Dimitrios Evrigenis (grego), professor universitário; Gunnar Lagersen (sueco), antigo presidente do Tribunal da Relação; Léon Liesch (luxemburguês), procurador geral; Feyaz Golcuklu (turco), professor universitário; Franz Matscher (austríaco), professor universitário; Pinheiro Farinha (português), juiz do Supremo Tribunal de Justiça e Presidente do Tribunal de Contas; Garcia de Enterria (espanhol), professor universitário; Louis-Edmond Petiti (francês), advogado, antigo bastonário; Brian Walsh (irlandês), juiz do Supremo Tribunal; Vincent Evans (britânico), antigo conselheiro jurídico do Foreign and Commonwealth Office; R. Macdonald (canadiano, candidato pelo Liechtenstein), Professor universitário; C. Russo, (italiano), advogado; R. Bernhardt (alemão), professor universitário; Jorgen Gersing (dinamarquês), Juiz do Supremo Tribunal.

([38]) Convenção, art.º 40.º;

([39]) O Juiz Zekia terminou o seu mandato em 25 de Novembro de 1970, mas continua em funções por não ter sido substituído;

([40]) Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 4.º;

([41]) Convenção, art.º 41.º. O Tribunal teve os seguintes presidentes: McNair, de 1959 a 1965; René Cassin, de 1965 a 1968; Henri Rolin, de 1968 a 1971; Humphrey Waldock, de 1971 a 1974; Giorgio Balladore Pallieri, de 1974 a 1980; G. Wiarda eleito em 24 de Março de 1981;

Os membros do Tribunal recebem indemnizações por cada dia em que exerçam funções ([42]), não tendo qualquer remuneração fixa e continuando a exercer a função ou profissão que desempenhem nos seus Países ([43]).

Para o exame de cada "caso", o Tribunal funciona em secções ([44]) de sete juízes, compostos pelo Juíz candidato pelo Estado interessado ou, na sua falta, por uma pessoa por Ele escolhida para actuar na qualidade de Juiz (Juiz ad hoc), o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal ([45]), sendo os restantes determinados por sorteio efectuado antes de iniciado o exame da questão.

É do maior interesse a presença do juiz nacional: pode dar conhecimento da lei interna, da jurisprudência, a doutrina e da prática administrativa pertinentes ao "caso". Incumbe-lhe ser discreto, não tentar pressionar os seus colegas num sentido ou noutro, mas esclarecê-los com a independência que se não pode exigir aos agentes das Partes e o conhecimento que pode escapar aos outros Membros do Tribunal, votando em consciência e tendo presente que o faz como juiz internacional.

Assistem às audiências e tomam parte nas deliberações, sem direito a voto, os quatro juízes suplentes determinados pelo sorteio, que assim poderão, se necessário e em qualquer momento, vir a substituir os juízes efectivos impedidos ou ausentes.

Se o "caso" levantar um problema grave de interpretação da Convenção ([46]), a Secção pode remetê-lo, para julgamento, pelo Tribunal Plenário, sendo tal procedimento obrigatório quando a solução do problema possa levar a solução oposta ao anteriormente decidido por uma Secção ou pelo Tribunal plenário. Não carece de fundamentação a decisão da

---

([42]) Convenção, art.º 42.º;

([43]) Duas razões para que os Juízes não estejam a desempenhar a tempo permanente e em exclusivo as suas funções no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: o movimento do Tribunal não justificava, até há pouco, a dedicação, a tempo inteiro, dos seus Membros; a permanência dos juízes nos seus países e nas respectivas funções permite-lhes acompanhar a evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinal, fazendo-se eco das mesmas no Tribunal.

([44]) Convenção, art.º 43.º;

([45]) Regulamento do Tribunal, art.º 21.º;

([46]) Regulamento do Tribunal, art.º 48.º;

Secção enviando o "caso" ao plenário, que pode ser tomada, antes de iniciado o julgamento, como se verificou no caso Sponrrong contra a Suécia ([47]) ou mesmo depois da audiência, como se verificou nos casos Sunday Times ([48]) contra o Reino Unido e Van Droogenbroeck contra a Bélgica ([49]). Nesta última hipótese, porque os relatos estenográficos permitem que as actas das audiências façam fé quanto ao seu conteúdo ([50]), pode, com o acordo da Parte ou Partes e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, dispensar-se a repetição da audiência.

([47]) O "caso Sporrong e Lonroth" tem por base duas queixas à Comissão Europeia dos Direitos do Homem contra a Suécia. Na verdade, os imóveis de que eram donos, em Estocolmo, foram objecto de uma autorização de expropriação delcarada pelo Governo, a pedido da municipalidade e de proibição de construir, durante 23 anos, no que respeita a Sporrong e 8 anos para Loroth. A seguir, foi abandonada a expropriação. Queixam-se os requerentes de violação do direito ao respeito dos bens, garantido pelo art.º 1.º do 1.º Protocolo Adicional Convenção, e de violação dos art.ºs 6.º, 11.º, 13.º, 14.º, 17.º e 18.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A Secção entendeu, em 24 de Setembro de 1981, remeter o "caso" ao plenário e o Julgamento está marcado para 23 de Fevereiro de 1982.

([48]) O "caso Sunday Times" pode resumir-se:

De 1959 a 1962, muitas crianças nasceram com deformidades devidas ao uso, pelas mães, durante a gravidez, da talidomida sob a forma de tranquilizante. Alguns dos pais demandaram o fabricante do medicamento no Reino Unido. "Destillers Company (Biochemicals), Ltd. Em Setembrn de 1972, o Sunday Times publicou um artigo intitulado "Our Thallidomide Children: A cause for National Shame", anunciando para breve a publicação da história da tragédia e da forma como o remédio fora fabricado e feitos os ensaios da talidomida de 1958 a 1961. "Distillers" queixou-se ao Procurador Geral por os artigos constituirem um 'contempt of court" — proibição de publicar quaisquer artigos que possam influenciar os juízes, as testemunhas ou as partes, num processo pendente ou em vias de propositura da acção. O Procurador Geral requereu à "High Court" a interdição da puhlicação de qualquer artigo sobre a matéria, o que lhe foi deferido por decisão de Novembro dc 1972. Interposto recurso por "Times Newspapers Ltd", o Tribunal de Segunda Instância revogou a interdição de publicação; interposto recurso pelo Procurador Geral, a Câmara dos Lordes voltou a decretar a proibição de publicação de novos artigos que poderiam levar o público a julgar prematuramente o resultado dos processos e influenciar as negociações em ordem a uma transacção entre as partes. A proibição foi levantada em 1976.

Os requerentes alegavam a violação do art.º 10.º da Convenção.

As audiências realizaram-se em 24 e 25 de Abril de 1978, tendo a Secção deliberado, em 27 dc Outubro de 1978, remeter o "caso" ao plenário, dado que se levantava um problema grave de interpretação da Convenção.

Com a concordância do Agente do Governo e da Comissão, o Tribunal decidiu prescindir da nova discussão oral.

Em 26 de Abril de 1979, o Tribunal decidiu *(por onze votos contra nove)* que o art.º 10.º da Convenção fora violado.

([49]) O "Caso Van Droogenbroeck" contra a Bélgica resulta da queixa feita à Comissão por Van Droogenbroeck condenado pelo Tribunal Correccional de Bruges, em dois

Referir-se-á ainda que nenhum juiz pode participar ([51]) no exame de um caso em que esteja pessoalmente interessado, ou se tiver tido intervenção anterior, na qualidade de agente, advogado ou assistente duma Parte ou duma pessoa interessada ou como membro dum tribunal, comissão de inquérito ou em qualquer outra qualidade, nomeadamente se tiver tomado parte na elaboração da lei posta em causa.

Para assegurar aos juízes o exercício das funções com independência plena, são-lhes concedidos certos previlégios e imunidades pelo Quarto Protocolo Adicional ao Acordo Geral sobre Privilégios e Imunidades do Conselho da Europa ([52]).

Como ficou dito, o Tribunal só pode exercer a respectiva jurisdição em relação aos Estados que a tenham reconhecido como obrigatória de pleno direito, independentemente de qualquer convenção especial ([53]) ou em tal hajam consentido num caso concreto ([54]).

O reconhecimento genérico da obrigatoriedade de jurisdição pode ser feito com determinação de tempo ou por tempo ilimitado, com ou sem cláusula de reciprocidade.

Não reconheceram a jurisdição obrigatória do Tribunal de Liechtenstein, Malta e Turquia. Todos os outros Estados membros do Conselho da

---

anos de prisão por crime contra a propriedade e, por se tratar de reincidente com tendência para delinquir posto à disposição do Governo por dez anos.

Cumprida a pena, foi colocado por decisão do Ministro da Justiça em regime de semi-liberdade seguido de novo internamento em estabelecimento penitenciário determinado pelo mesmo Ministro. Van Droogenbroeck queixa-se de que a privação de liberdade ordenada pelo Ministro, e não por um Tribunal, ofendeu o § 1.º do art.º 5.º da Convenção, sendo certo que, não tendo possibilidade legal de fazer controlar por um tribunal, a legalidade do internamento, foi vítima de violação do § 4.º do mesmo art.º 5.º, e de que, obrigado a trabalhar na cadeia, vítima foi ainda da violação dos § 1.º e 2.º do art.º 4.º da Convenção.

A audiência decorreu perante os Juízes que formavam a Secção, em 20 de Outubro de 1981. Por deliberação de 23 de Novembro de 1981, a Secção enviou o "caso" ao plenário, tendo o Agente do Governo e a Comissão dispensado novas audiências.

O "caso" ainda não está julgado, decorrendo as deliberações no plenário do Tribunal.

([50]) Regulamento do Tribunal, art.º 44.º, n.º 4.

([51]) Regulamento do Tribunal, art.º 24.º;

([52]) Este Protocolo foi assinado por Portugal em 27 de Abril de 1978, mas incompreensivelmente ainda não está ratificado.

O Protocolo, já ratificado pela Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, França, República Federal da Alemanha, Grécia, Irlanda, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Holanda, Noruega, Suécia, Suíça, Turquia e Reino Unido, entrou em vigor em 16 de Dezembro de 1961.

([53]) Convenção, art.º 46.º.

([54]) Convenção, art.º 48.º.

Europa fizeram a declaração de reconhecimento, sendo certo que Portugal, como que a medo, aceitou a jurisdição apenas por períodos de dois anos, embora automaticamente renováveis, se outra coisa não fôr declarada.

São atribuições do Tribunal: ([55])

— Interpretação e aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e seus Protocolos ([56]).

— Atribuição de reparação razoável ao lesado, quando a lei interna não permita reparar inteiramente as consequências da violação da Convenção ([57]);

— Emissão de pareceres, com carácter consultivo, a pedido do Comité de Ministros, sobre questões que não caibam na competência da Comissão, Tribunal ou Comité de Ministros, por força do recurso previsto na Convenção ([58]).

O Tribunal é um dos órgãos criados em ordem a assegurar o respeito dos compromissos que da Convenção resultam para as Altas Partes Contratantes ([59]) e, no exercício das suas atribuições, a competência estende-se ([60]) a todas as questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção e Protocolos Adicionais que as Altas Partes Contratantes ou a Comissão lhe submeterem, nomeadamente as que pudessem ter sido levantadas na Comissão como excepção de inadmissibilidade ([61]), a de

---

([55]) Pinheiro Farinha, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, in Documentação e Direito Comparado, 2, 287.

([56]) Convenção, art.º 46.º.

([57]) Convenção, art.º 50.º.

([58]) Segundo Protocolo Adicional à Convenção.

([59]) Convenção, art.º 19.º.

([60]) Convenção, art.º 45.º.

([61]) No caso "Klass" contra a República Federal da Alemanha, o Tribunal afirmou "gozar da plenitude da competência para conhecer de quaisquer questões de facto ou de direito que o julgamento suscite, nomeadamente as questões que pudessem ter sido levantadas perante a Comissão sobre a admissibilidade". O Tribunal passou a definir a noção de "vítima" que legitimasse os requerentes, concluindo pela afirmativa.

O "caso" tinha por base uma queixa feita à Comissão contra a República Federal Alemã por um Juiz, um procurador e dois advogados, dizendo que a Lei permitindo ao Ministro decretar escutas telefónicas, sem conhecimento do escudo, violava o seu direito consagrado no art.º 8.º da Convenção, sendo certo que eles não sabiam se tinham ou não sido "escutados", nos termos referidos.

O Tribunal entendeu, por unanimidade, que os requerentes podiam invocar a qualidade de "vítima" para se legitimarem a apresentar a queixa perante a Comissão, mas que não houvera violação da Convenção.

saber se a aplicação da lei interna terá lesado a vítima no exercício de qualquer dos direitos garantidos pela Convenção (62) e até de averiguar do respeito da lei interna (63), sempre que para ela remeta a Convenção.

Não tendo embora competência para decretar medidas provisórias ou cautelares, pode o Tribunal chamar a atenção das Partes (64) para as medidas provisórias que, a seu juízo, seja conveniente adoptar.

Ficaria incompleto este estudo sumário do Tribunal sem uma referência expressa ao Secretariado que serve de intermediário (65) nas comunicações e notificações do Tribunal e responde a quaisquer pedidos de informação.

Num Tribunal que não está em funcionamento permanente é da maior importância a função do Secretariado — na preparação dos processos, na averiguação da jurisprudência do Tribunal Europeu e de outros tribunais internacionais, bem como das instâncias nacionais, sobre o "caso", na pesquisa dos trabalhos preparatórios, na recolha de informações da legislação dos vários países, na redacção das decisões.

---

(62) No "Caso De Becker" o Tribunal entendeu que "chamado a intervir, em função dos artigos 19.º e 25.º, não tem o Tribunal de se pronunciar sobre um problema abstracto da compatibilidade de determinada lei interna com a Convenção, mas sim sobre a aplicação da lei ao requerente e se dessa aplicação resultou para ele a violação de algum dos direitos garantidos pela Convenção".

O "caso Becker" teve origem numa queixa do jornalsita De Becker contra a Bélgica: Por colaboração com o ocupante, De Becker fora condenado à morte; interposto recurso, foi-lhe imposta, então, a pena de prisão perpétua e privado para sempre, entre outros, do direito de participar na exploração, administração, redacção, impressão ou difusão de qualquer jornal ou publicação, a pena imposta foi comutada em 17 anos de prisão, tendo sido libertado condicionalmente em 22 de Fevereiro de 1951. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem entendeu que tal proibição violava o art.º 10.º da Convenção. Em 30 de Junho de 1961, a lei belga foi modificada no sentido de a proibição apenas se verificar para as publicações de carácter político, podendo ser levantada decorrido certo prazo. De Becker significou ao Tribunal que a nova lei lhe dava satisfação e, a requerimento do Governo belga e ouvida a Comissão, o Tribunal mandou arquivar o caso.

(63) No caso "Winterwerp" o Tribunal afirmou 'não lhe compete, em regra, preocupar-se pelo acatamento da lei interna por parte das autoridades nacionais, mas disso se terá de ocupar quando a Convenção remete de forma directa para a lei nacional" e era o caso, face ao art.º 5.º, n.º 1, da Convenção.

O "caso" foi originado numa queixa à Comissão por parte de Winterwerp, internado em estabelecimento psiquiátrico, sem ser ouvido, nem lhe terem sido notificadas as decisões de internamento, não tendo beneficiado de assistência jurídica e não havendo sido dado andamento aos seus pedidos de restituição à liberdade. O Tribunal concluiu que haviam sido violados o § 4.º do art.º 5.º da Convenção, bem como o § 1.º do art.º 6.º.

(64) Regulamento do Tribunal, art.º 34.º.

(65) Regulamento do Tribunal, art.º 14.º.

O Secretariado é dirigido pelo Secretário, eleito por 7 anos pelo Tribunal ([66]), depois de ouvido o Secretário Geral do Conselho da Europa. Exige-se que tenha conhecimentos jurídicos e experiência necessária para o exercício das funções e prática suficiente das duas línguas oficiais do Tribunal ([67]).

Após audiência do Secretário, o Tribunal elege o Secretário-Adjunto que deve satisfazer aos mesmos requesitos ([68]).

O Secretário-Geral do Conselho da Europa ([69]) nomeia, com a concordância do Presidente do Tribunal ou do Secretário, os funcionários para o Secretariado. A colaboração e competência dos funcionários do Secretariado são dignas de registo.

3. O "caso" só pode ser introduzido no tribunal pelas Altas Partes Contratantes e pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem ([70]), não tendo as "vítimas" legitimidade como parte.

Os Estados podem introduzir o "caso" quando a vítima for um cidadão seu, mesmo que o Estado não tenha tido qualquer intervenção perante a Comissão ([71]); também o pode fazer o Estado que tenha apresentado o caso perante a Comissão ([72]) ainda que a vítima não seja dependente da respectiva jurisdição; o próprio Estado demandado perante a Comissão tem legitimidade para levar o "caso" ao Tribunal.

Os Estados são representados por agentes, que se poderão fazer acompanhar de assistentes e advogados ([73]).

([66]) Regulamento do Tribunal, art.º 11.º.

([67]) É Secretário do Tribunal o francês Marc-André Eissen, doutorado em direito, publicista, de quem, com razão, o Juiz Ganshof van der Meersch escreveu (in Journal des Tribunaux) "jurista eminente de direito da Convenção, reportório vivo de jurisprudência e organizador perfeito dos serviços judiciais e parajudiciais do Tribunal.

([68]) É Secretário-Adjunto o alemão Herbert Petzold, espírito brilhante e jurista de muito mérito, publicista cujas obras são fundamentais para o estudo da Convenção.

([69]) Regulamento do Tribunal, art.º 13.º.

([70]) Convenção, art.º 44.º.

([71]) Convenção, art.º 48.º.

([72]) O Juiz Ganshof van der Meersch lembra, em artigo publicado no número centenário de "Journal des Tribunaux", que a Convenção trouxe inovações audaciosas, indo muito além da protecção diplomática. O Estado pode desencadear o processo contra outro Estado, seja quem fôr a vítima da violação — um seu nacional, um apátrida, um cidadão de um dos outros Estados membros e até um nacional do Estado demandado.

([73]) Regulamento do Tribunal, art.º 28.º.

([74]) Quanto à tentativa de solução amigável perante a Comissão, escreve Ricardo Passos, in Bulletin-Fédération Suisse des Avocats, 76,25: "Os redactores da Convenção

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem, depois de ter exercido a sua função de filtragem, de tentativa de solução amigável (74) e elaborado o relatório, tem legitimidade para introduzir o "caso" no Tribunal.

Tenha ou não sido a requerente, a Comissão presta assistência ao Tribunal (75), nomeando entre os seus membros os delegados que participarão no exame do caso perante o Tribunal. Os delegados podem fazer-se assistir de qualque pessoa que intervirá sob a sua orientação.

Tem-se entendido que a Comissão não é parte no processo e tal opinião parece ter consagração no art.º 56.º do Regulamento da Comissão que fala na "assistência ao Tribunal", no art.º 26.º do Regulamento do Tribunal — que contrapõe a anuência das partes à audiência dos delegados da Comissão e no próprio art.º 28.º do Regulamento do Tribunal. A comissão não tem interesse no "caso", esteve numa posição super-partes enquanto o "caso" se manteve na sua apreciação e pode juntar ao processo quaisquer documentos ainda que vindos de terceiros que contrariem a sua posição (76).

Perfilho opinião contrária — creio que a Comissão é (77) parte, embora parte desinteressada, tal como em direito interno o é, por vezes, o Ministério Público: a Comissão tem legitimidade para introduzir o "caso" no Tribunal, pode o requerer, apresentar memoriais, produzir prova e alegar é ouvida sobre o requerido pelas Partes e goza dos mesmos direitos processuais, sendo-lhe notificadas as decisões. No sentido da semelhança da posição da comissão com a do Ministério Público se pronunciou o Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, em sua decisão de 13 de Novembro de 1981 (trata-se, como é óbvio, da comissão Interamericana dos Direitos do Homem).

---

terão querido sublinhar que a Comissão não se deve colocar na situação de actor principal das negociações, isto é, não lhe cabe persuadir as partes, em separado ou em conjunto, a adoptar determinada solução. Daí não resulta que a Comissão deva permanecer numa atitude meramente passiva de caixa de correio".

(75) Regulamento da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, art.º 56.º.

(76) No caso "Young, James e Webster" contra o Reino Unido, a Comissão juntou, durante a audiência, um documento apresentado pelo representante de "British Trades Union Congress" que contrariava a posição da Comissão e os interesses das vítimas.

O caso "Young" tem por base uma queixa feita à Comissão pelos ferroviários britânicos Young, James e Webster, despedidos por se recusarem a filiar num sindicato designado no contrato de emprego, contendo a "closed schop". O Tribunal decidiu, por 11 votos contra 3, que se verificava violação de art.º 11.º da Convenção.

(77) Pinheiro Farinha, in Documentação e Dircito Comparado, 2, 287.

A queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem pode ser feita (dirigida ao Secretário Geral do Conselho da Europa) por qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de uma violação, cometida por uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos reconhecidos na Convenção, no caso da Alta Parte Contratante acusada haver declarado ([78]) reconhecer a competência da comissão na matéria ([79]).

Direitos há de que as pessoas colectivas não podem ser titulares, nomeadamente os mencionados no art.º 9.º § 1.º, da Convenção e art.º 2.º do 1.º Protocolo Adicional, e por violação dos quais se não poderá dirigir à Comissão Europeia dos Direitos do Homem ([80]).

Regra geral o indivíduo há-de demonstrar que foi vítima de um acto concreto (judicial ou administrativo) da aplicação da lei, mas o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aceitou ([81]) que o indivíduo possa, em determinado circunstancionalismo, legitimar-se como vítima de uma violação decorrente da simples existência de medidas secretas ou de uma legislação que as permita sem alegar que as mesmas lhe foram efectivamente aplicadas. As condições exigíveis para o efeito devem ser defenidas caso a caso em conformidade com o direito que se diz violado, o carácter secreto das medidas e a relação entre o interessado e as mesmas.

Se o indivíduo tem um papel preponderante perante a Comissão, a verdade é que não é parte no "caso" perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ciosos da sua soberania os Estados não quizeram dar mais esse passo e as razões estão bem expressas na intervenção do representante belga Rolin, na Assembleia Consultiva ([82]):

"Suivant ce système, il appartiendrait à tout individu resortissant d'un de nos pays ou domicilié sur son territoire, non seulement d'addresser une plainte à la Commission d'ênquete, mais même sur avis conforme de cette Commission, de se porter accusateur devant un tribunal international et de demander une condamnation pour violation des droits de l'homme, condamnation qui revêtirait une caractère tout particulièrement flétrissant.

([78]) Portugal fez tal reconhecimento por períodos de dois anos, automaticamente renováveis, salvo notificação de denúncia.

([79]) Convenção, art.º 25.º.

([80]) Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 17 de Dezembro de 1968, in Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XII, 315.

([81]) Caso "Klass", in Annuaire XXXI, 623.

([82]) Recueil des travaux Preparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, II, 155.

Je crois qu'un tel système est inacceptable pour les États; je crois que ce recours contient quelque chose de tellement redoutable, de tellement grave sur le plan politique que nous n'aurions le droit de l'accepter que s'il était demonstré que nous ne pouvons, par aucune autre voie, obtenir cette protection des droits de l'homme.

Si, au contraire, nous avons permis à l'individu de faire de pleine lumière par la Commission d'enquête et si, dans l'hypotèse exceptionnelle ou son gouvernement, définitivement conquis à des idées ou des systèmes totalitaires, ne réagirait pas à la publication du rapport, nous avons prévu qu'obligatoirement d'autres États ou le Comité de Ministres pourraient forcer le contrôle jurisdictionnel et la constatation jurisdicionnelle de la faute comise par um État. Je crois que nous avons ainsi plenement garanti les droits de l'individu et que, dans ces conditions, tous autre argument est superflu".

Pode, porém, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem fazer assistir os seus Delegados para o "caso" perante o Tribunal de qualquer pessoa ([83]), sendo certo que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve oportunidade de referir que, embora a "vítima" não tenha legitimidade para levar o caso ao Tribunal, para comparecer como parte ou ainda para formular conclusões através de um seu representante, importa não esquecer que tem um interesse directo no processo a correr termos no Tribunal e que foi o iniciador do processo perante a comissão e que, se o Tribunal vier a verificar a violação alegada, a decisão tomada ao abrigo do art.º 50.º o poderá afectar ([84]).

Tornou-se prática uniforme de os Delegados da Comissão se fazerem assistir dos Advogados do requerente que usam da palavra na audiência oral e o Tribunal expressamente decidiu ([85]) ter a Comissão toda a latitude para referir, durante os debates e na medida em que o julgue necessário ao esclarecimento do Tribunal, as considerações do requerente sobre o seu próprio relatório ou sobre qualquer questão ulterior.

O indivíduo tem visto, pela interpretação jurisprudencial, alteração do Regulamento e prática, aumentar o seu papel e melhorar a respectiva posição perante o Tribunal. Vincent Berger ([86]) faz-nos uma descrição da

([83]) Regulamento da Comissão, art.º 56.º.

([84]) Annuaire III, 476.

([85]) Annuaire IV, 439.

([86]) Vincent Berger — La Cour Européenne des Droits de l'Homme, in Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats, n.º 76, 28.

situação: É lícito à Comissão apresentar ao Tribunal, sob a sua própria responsabilidade, considerações eventuais do requerente sobre o relatório da Comissão ou sobre qualquer questão levantada durante o processo. Não importa que a Comissão adira à argumentação do requerente, bastando que as julgue necessárias ao esclarecimento do Tribunal. Nos primeiros tempos, integrados nos articulados da Comissão ou alegações dos Delegados, as observações escritas dos requerentes aparecem actualmente em anexo aos articulados e, por vezes, apenas não capeadas por uma carta do secretário da comissão ao Secretário do Tribunal. No que concerne à intervenção na audiência — continua a descrição de Berger — desde 1959 que o regulamento do Tribunal autoriza os delegados a fazerem-se assistir de qualquer pessoa que desejem ([87]). Esteve na mente dos redatores do Regulamento presença do requerente ou de um seu representante oficioso. Até 1970, o requerente e o seu representante assistiam às audiências entre o público e contactavam com os delegados da comissão, mas sem qualquer intervenção oficial.

Por decisão de 18 de Novembro de 1970 ([88]), o Tribunal afirmou que a pessoa que assiste aos delegados se deve limitar, nas suas intervenções, a fornecer ao Tribunal exlicações sobre os pontos indicados pelos delegados e sob o controle e responsabilidade dos mesmos. Aos delegados compete, no dizer do Tribunal, assegurar o respeito por tal exigência de modo a que o art.º 44.º da Convenção não seja violado. Nessa mesma decisão, o Tribunal aceitou a assistência do Advogado do requerente aos delegados da Comissão ([89]).

A partir desta decisão, por vezes, o advogado assistente dos Delegados tem sustentado teses contrárias às da Comissão.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu, por sua decisão de 6 de Novembro de 1980 ([90]), que a associação da "vítima" ao processo é de manifesta utilidade e no cálculo da "satisfação equitativa" inclui as despesas de viagem da vítima e seu advogado para assistirem às audiências e ainda os honorários pagos ao advogado.

4. — Enviado o relatório da Comissão ao Comité de Ministros, pode, no prazo de 3 meses, qualquer dos Estados, com legitimidade para o fazer, ou a "Comissão" ([91]) introduzir o "caso" no Tribunal.

([87]) Regulamento do Tribunal, art.º 29.º.

([88]) Série A — Arrêts et décisions — Caso De Wilde, Doms e Versyp, contra a Bélgica.

([89]) Decisão tomada por 16 votos contra 1.

([90]) Caso Sunday Times, art.º 50.º.

([91]) Convenção, art.º 32.º.

Recebido o requerimento ou petição, o Secretário envia um exemplar ao Presidente e demais juízes do Tribunal, bem como aos Estados que poderiam ter levado o caso ao Tribunal e ao Presidente e membros da Comissão, se esta não for a requerente, informando o Comité de Ministros da introdução do "caso" no Tribunal ([92]).

Segue-se o sorteio dos juízes que hão-se compôr a Secção, composição que será notificada aos Juízes, aos agentes das Partes e ao Presidente da Comissão ([93]). Antes de constituída a Secção, se houver dúvida sobre a legitimidade do Estado requerente, deve a questão ser resolvida pelo plenário do Tribunal ([94]).

Se o Presidente do Tribunal constata que dois casos respeitam à mesma Parte e têm por objecto, no todo ou em parte, os mesmos artigos da Conveção, pode submeter o segundo à Secção já constituída, ou em vias de formação, para o exame do primeiro dos casos, ou, se ainda não houver Secção formada, proceder à constituição de uma só Secção para os examinar ([95]).

Compete ao Presidente da Secção, ouvidos os agentes das Partes e os delegados da Comissão decidir sobre o processo a seguir, nomeadamente deverá proceder-se a uma fase escrita e, na afirmativa, designando os prazos para a apresentação das alegações e documentos ([96]).

As questões prévias devem ser levantadas até findar o prazo para apresentação de primeira peça escrita e o Tribunal pode conhecer dela imediatamente ou relegá-la para a decisão final ([97]).

Preparado o processo, o Presidente, ouvidos os agentes das Partes e delegados da Comissão, fixa a data para o início da discussão oral ([98]).

Ao Presidente compete a direcção dos debates, determinando ainda a ordem por que usarão da palavra os agentes, assistentes e advogados da Parte, os delegados da Comissão e a pessoa que os assista ([99]), podendo qualquer dos juízes pôr questões aos intervenientes ([100]).

Oficiosamente ou a requerimento do Estado ou da Comissão, podem ser inquiridas testemunhas, tomadas declarações e ouvidos peritos, bem

---

([92]) Regulamento do Tribunal, art.º 32.º.
([93]) Regulamento do Tribunal, art.º 33.º.
([94]) Regulamento do Tribunal, art.º 32.º Bis.
([95]) Regulamento do Tribunal, art.º 21.º n.º 6.
([96]) Regulamento do Tribunal, art.º 35.º.
([97]) Regulamento do Tribunal, art.º 46.º.
([98]) Regulamento do Tribunal, art.º 36.º.
([99]) Regulamento do Tribunal, art.º 37.º.
([100]) Regulamento do Tribunal, art.º 42.º.

como poderá proceder-se a inspecção judicial ([101]). Para melhor assegurar a realização dos objectivos da Convenção, foi assinado o Acordo Europeu Relativo aos Participantes em Processos Pendentes na Comissão e no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ratificado por Portugal em 23 de Julho de 1981, concedendo-lhes certas imunidades e facilidades.

É lavrada acta da audiência, que faz fé quanto ao seu conteúdo ([102]) e elaborado um relato estenográfico da mesma ([103]).

Não há que falar em ónus da prova, já que os Estados devem cooperar com os orgãos da Convenção na descoberta da verdade, tomando o Tribunal em consideração o conjunto de elementos de prova de que dispõe, emanem da Comissão, das Partes ou de qualquer outra fonte, prova que, se necessário, oficiosamente buscará, sem atender a que o ónus da prova pertença a este ou àquele ([104]).

A instância pode findar pelo julgamento do caso, ou por inutilidade superveniente, nomeadamente a desistência, resolução amigável conciliação ou qualquer outro facto solucionando o litigio ([105]), sendo certo que o arquivamento fica condicionado ao juízo do Tribunal sobre a compatibilidade do "facto extinto" com o respeito pela Convenção.

([101]) Regulamento do Tribunal, art.º 38.º.

([102]) Regulamento do Tribunal, art.º 44.º.

([103]) Regulamento do Tribunal, art.º 45.º.

([104]) Decisão de 13 de Maio de 1980, no caso "Artico" contra a Itália.

O "caso" teve origem numa queixa de Artico contra a Itália por não ter beneficiado da assistência de advogado quando do julgamento no Tribunal de Cassação, pois tendo o advogado oficioso abandonado o patrocínio, o Tribunal italiano não nomeou outro. O Tribunal concluiu por unanimidade pela violação de alínea *c*) do § 3.º do art.º 6.º da Convenção.

([105]) Regulamento do Tribunal, art.º 47.º.

([106]) "Caso De Becker", in Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, V, 321.

([107]) Caso "Luedicke, Belkacem e Koc" contra a república Federal da Alemanha, decisão de 10 de Março de 1980.

Por decisão de 28 de Novembro de 1978 (in Annuaire, XXI, 631), o Tribunal declarara que a República Federal da Alemanha violara o art.º 6.º, § 3.º, alínea *c*) da Convenção já que o tribunal alemão pusera a cargo dos réus condenados o pagamento dos honorários dos intérpretes. Proferida a decisão do Tribunal, o Governo alemão acordou com os requerentes no pagamento de determinadas quantias.

([108]) O Tribunal decidira, em 24 de Outubro de 1979 (Annuaire, XXII, 427), que a Holanda violara os art.ºs 5.º § 4 e 6.º § 1.º da Convenção quando do internamento de Winterwerp em estabelecimentos psiquiátricos. Depois do julgamento, o Governo holandês, Winterwerp e seu curador chegaram a acordo em que a vítima seria colocada num lar e teria a assistência necessária de um hospital, pagando-lhe ainda o Governo 10.000 florins para lhe possibilitar a reinserção na sociedade. O Tribunal mandou arquivar, em 27 de Novembro de 1981, o processo que corria para fixação da reparação equitativa (art.º 50).

Exemplificando:

No caso de Becker, antes referido, a alteração legislativa na Bélgica levou ao arquivamento do processo ([106]).

No caso Luedicke e Koç ([107]), como no caso Winterwerp ([108]), os estados violadores da Convenção e as vítimas poseram termo ao litigio por solução amigável que dispensou o Tribunal de fixar a reparação equitativa do art.º 50.º e o levou a mandar arquivar o "caso".

O acordo anterior entre o Estado e a vítima pode não ser obstáculo à introdução do "caso" em Tribunal, se tal acordo não tiver sido obtido em plena liberdade ([109]).

As línguas oficiais do Tribunal são o francês e o inglês ([110]), podendo o Tribunal autorizar as Partes a utilizar língua diferente, desde que as mesmas assegurem a tradução para francês ou inglês, suportando as respectivas despesas; esta autorização, quando requerida, tem sempre sido concedida.

A testemunha, perito ou declarante, se não conhecer suficientemente o francês ou o inglês, pode expressar-se na sua própria língua, cabendo ao Tribunal providenciar para que seja assegurada a respectiva tradução para francês ou inglês.

A decisão tem de ser fundamentada ([111]), podendo qualquer dos juízes apresentar opinião separada, da concordância ou de divergência, e é definitiva ([112]), no sentido de que dela não há recurso, obrigando-se os Estados a aceitar as decisões do Tribunal nos litígios em que foram partes ([113]).

No que respeita ao Tribunal de Justiça Internacional, o art.º 59.º do Estatuto dispõe: "A decisão do Tribunal só será obrigatória para as partes

---

([109]) Dewcer, dono de um talho, foi objecto de fiscalização que levantou auto de notícia por prática de preços especulativos. O M.º P.º, que tinha a possibilidade legal de fazer encerrar o estabelecimento até ao julgamento, propôs ao arguido o pagamento de 10.000 francos belgas, como solução transaccional, sem encerramento do estabelecimento e arquivamento do processo, sob combinação de o estabelecimento ficar encerrado até ao julgamento do processo crime. Deweer pagou a importância acordada e o estabelecimento não foi encerrado. Seguidamente, queixou-se às instâncias de Estrasburgo, já que pagara a importância proposta para não sofrer maiores prejuízos, e não tivera um processo e julgamento equitativo. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por sua decisão de 27 de Fevereiro de 1980, Entendeu que fora violado o § 1.º do art.º 6.º da Convenção e atribuiu aos herdeiros de Deweer, entretanto falecido, a reparação de 10.800 francos belgas.

([110]) Regulamento do Tribunal, art.º 27.º.

([111]) Convenção, art.º 51.º.

([112]) Convenção, art.º 52.º.

([113]) Convenção, art.º 53.º.

e em relação a cada caso concreto". A mesma solução deverá ter-se por correcta para as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Quererá isto dizer, que em casos semelhantes os tribunais nacionais e, de modo particular, os tribunais dos Estados contra quem a decisão haja sido proferida se deverão desinteressar da anterior interpretação dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem à Convenção?

Creio bem que não e, seguindo de perto o Procurador Geral Dumont nas suas conclusões perante o Tribunal de Cassação da Bélgica ([114]), direi que importa distinguir entre as consequências imediatas para o Estado que o Tribunal declarou ter violado a Convenção, nomeadamente condenando no pagamento da reparação razoável e a autoridade absoluta, erga omnes, que não têm as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que não obriga a jurisdições nacionais, em todos os casos que lhes vierem a ser submetidos, a respeitar e aplicar a interpretação dada, não valendo para as decisões do Tribunal o princípio "stare decisis" da Inglaterra e dos outros países de "common law".

No entanto, sem autoridade "erga omnes", têm as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a autoridade persuasiva que, nos países da Europa continental ocidental, se reconhece à jurisprudência dos tribunais superiores, de forma particular nos Supremos Tribunais de Justiça. Podem é certo , os juizes nacionais afastar-se excepcionalmente da interpretação dada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas só excepcionalmente dada a função específica deste Tribunal para a interpretação da Convenção.

Fixada a jurisprudência, por duas ou mais decisões do Tribunal, menos avisados andarão os juízes dos tribunais nacionais ao seguir outra orientação com o que seguramente farão incorrer o Estado em responsabilidade.

Ao declarar violada a Convenção, não compete ao Tribunal indicar a forma como o Estado há-de pôr cobro à violação (alteração da legislação, mudança de prática administrativa, etc), mas "se o direito interno só por forma imperfeita permitir reparar as consequências da violação" o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável ([115]).

([114]) Conclusions du Procureur Général Dumon ayant conduit aux arrêts de la Cour de Cassation de Belgique du 22 janvier 1982 —Guchez contre Ordre des Architectes et Simonis contre Ordre des Médecins.

([115]) Convenção, art.º 50.º.

([116]) Regulamento do Tribunal, art.º 47.º Bis.

Em qualquer altura do processo, na fase escrita como na oral, as partes ou a Comissão podem apresentar as considerações que tiverem por pertinentes sobre a aplicação do art.º 50.º da Convenção ([116]).

Pode o Tribunal arbitrar a reparação razoável no momento em que decide sobre a violação da Convenção ou deixá-la para momento ulterior, se então não possuir todos os elementos necessários. Neste último caso, mesmo que a decisão seja do Plenário, pode reenviar à Secção o conhecimento da aplicabilidade do art.º 50.º e a medida de satisfação equitativa ([117]).

O Tribunal já entendeu que a simples constatação da violação pode constituir nalguns casos a "reparação razoável" ([118]); que parte lesada (art.º 50.º) e vítima (art.º 25.º) são conceitos coincidentes ([119]); que o Tribunal só se tem de pronunciar sobre os prejuízos alegados, já que não está em causa a ordem pública ([120]); o reembolso das despesas feitas pela vítima só é de conceder quando se demonstre que se trata de despesas realmente efectuadas, necessárias e razoáveis ([121]); o facto de a prisão preventiva ser levada em conta na pena de prisão imposta não reveste a natureza de restitutio in integrum, embora seja de ter em conta na apreciação do dano causado por uma prisão preventiva para além do razoável ([122]).

Qualquer das Partes e a Comissão podem dentro de três anos contados da decisão, pedir a sua interpretação, competindo ([123]) à Secção que a haja proferido, e com intervenção dos mesmos Juízes na medida do possível, examinar o pedido de interpretação; os próprios Juízes que tenham deixado de pertencer ao Tribunal serão chamados a intervir.

([117]) Regulamento do Tribunal, art.º 48.º, n.º 2.

([118]) Assim foi decidido, em 1 de Fevereiro de 1975, no "caso Golder" (in Annuaire XVIII, 291).

O caso teve origem numa queixa de Sidney Elmer Golder contra o Reino Unido por lhe ter sido recusada pelo Ministro do Interior autorização para intentar uma acção cível contra um guarda da cadeia onde estava a cumprir pena. O Tribunal entendeu que fora violado o art.º 6.º § 1.º da Convenção e que tal constatação constituía, em si mesma, satisfação equitativa bastante em conformidade com o art.º 50.º.

([119]), ([120]) e ([121]) Decisão proferida em 6 de Novembro de 1980, no "caso" Sunday Times.

O Tribunal decidiu que o Reino Unido devia entregar aos requerentes, como reembolso das despesas feitas, 22.626£, 78.

([122]) Decisão de 22 de Junho de 1972 no "caso Ringeisen", in Annuaire, XV, 679.

Ringeisen estivera em prisão preventiva de 5 de Agosto a 23 de Dezembro de 1963 e de 15 de Março de 1965 a 20 de Março de 1967, detenção que o Tribunal, por sua decisão de 16 de Julho de 1971 (in Annuaire, XIV, 839) entendera ter ido além do razoável e que, por isso, fora violado o art.º 5.º § 3.º da Convenção. O Governo austríaco pretendia não haver lugar a indemnização, uma vez que a prisão preventiva fora mandada descontar por inteiro na pena de prisão imposta.

([123]) Regulamento do Tribunal, art.º 53.º.

([124]) In Annuaire, XVI, 469.

O Tribunal foi chamado a interpretar a decisão de 22 de Junho de 1972, que concedera a Michael Ringeisen a indemnização de 20.000 DM a pagar pela República da Áustria, tendo-o feito por decisão de 23 de Junho de 1973 ([124]).

Na hipótese de se tornar conhecido um facto com influência decisiva que, quando a decisão foi proferida, era ignorado tanto pelo Tribunal como por quem pede a revisão, podem a Parte ou a Comissão ([125]), dentro de seis meses contados do conhecimento do facto, requerer a revisão da decisão. O pedido de revisão é examinado por uma Secção constituída por sorteio, que proferirá decisão sobre a admissibilidade do pedido de revisão. Admitida a revisão, o pedido é remetido à Secção que proferiu a decisão revidenda e, não permitindo as circunstâncias que assim se proceda, continuará o "caso" na competência da Secção agora constituída que conhecerá do fundo.

III

5 — O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não é uma instância de recurso supranacional para a qual se possa recorrer das decisões dos tribunais nacionais, não tendo competência para conhecer de quaisquer erros de facto ou de direito das decisões dos tribunais de cada um dos Estados.

Só quando o tribunal nacional tiver actuado em condições de processos violadores dos direitos fundamentais consagrados na Convenção, as suas decisões poderão ser sujeitas à apreciação dos órgãos da Convenção (Comissão, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou Comité de Ministros) ou quando a própria Convenção remeta para a lei nacional, também, neste caso o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode apreciar se o tribunal nacional respeitou a lei doméstica (v.g. quando da violação das alíneas b), c), d), e), ou f), do n.º 1 do art.º 5.º da Convenção).

6 — O esgotamento dos recursos internos é condicão de admissibilidade da queixa pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e julga-

([125]) Regulamento do Tribunal, art.º 54.º.

([126]) Convenção, art.º 26.º.

([127]) Vide a intervenção do delegado italiano Dominedo, na sessão da Assembleia Consultiva, de 8 de Setembro de 1949, in Recueil des Travaux Préparatoires, II, 157.

([128]) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 29 de Abril de 1976 (in Annuaire, XIX, 507).

O "caso" teve origem numa queixa feita por Richard Handyside à Comissão, contra o Reino Unido por apreensão do livro "The Little Red Schoolbook", por ele traduzido e

mento do "caso" pelo Tribunal ([126]), assim se evitando a possibilidade de conflito entre a jurisdição do tribunal e as jurisdições nacionais ([127]).

Tem pois o Tribunal carácter subsidiário ([128]), pertencendo ao Estado a primeira oportunidade para remediar a situação litigiosa pelos meios próprios e na sua ordem jurídica interna ([129]).

Apenas é exigível que se tenham esgotado os recursos internos acessíveis, eficazes e adequados ([130]). Para saber se o recurso omitido era adequado há que partir, como hipótese de trabalho, da razão do requerente e averiguar se tal recurso remediaria a situação concreta.

A queixa pode ser apresentada à Comissão ainda antes de julgado o último recurso admitido pelo direito interno, desde que já interposto e se o mesmo vier a ser julgado até ao momento em que a Comissão haja de se pronunciar sobre a admissibilidade da queixa ([131]).

A exigência do esgotamento dos recursos internos apresenta-se como uma excepção a favor do Estado, que pode renunciar a ela, cabendo-lhe ainda indicar quais os recursos omitidos, cuja existência nem a Comissão nem o Tribunal têm de averiguar oficiosamente.

7 — Compete ainda ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ([132]) emitir, a solicitação do Comité de Ministros, pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus Protocolos, desde que não incidam sobre o conteúdo ou extensão dos direitos e liberdades definidos na Convenção de Protocolos Adicionais, nem se trate de matéria que, em virtude do recurso previsto na Convenção, possa ser submetida à Comissão, Tribunal ou Comité de Ministros.

---

editado, apreensão baseada na defesa da moral. O Tribunal concluíu (por 13 votos contra 1) não ter havido violação do art.º 10.º da Convenção e (por unanimidade), não se verificar violação do Protocolo n.º 1.

([129]) Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 5 de Março de 1964, in Annuaire, VII, 253.

([130]) Decisão do Tribunal Europeia dos Direitos do Homem, de 6 de Novembro de 1980, no "caso Van Oosterwijck".

O "caso" teve por origem uma queixa feita por Van Oosterwijck contra a Bélgica por não encontrar meio legal para mudança do nome e rectificação da indicação do seu sexo no registo civil, já que transexual, após 14 intervenções cirúrgicas, mudara o sexo físico (mulher) para aquele que sempre correspondeu à sua personalidade (sexo masculino).

O Tribunal não conheceu de fundo (13 votos contra 4) por se não terem esgotado os recursos internos.

([131]) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no "caso Ringeisen", in Annuaire, XIV, 839. Ao "caso" se refere a nota 122.

([132]) Segundo Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em Janeiro de 1980, o Protocolo tinha sido ratificado por todos os Estados, Membros do Conselho da Europa, à excepção da Espanha, França e Liechtenstein.

A decisão do Comité de Ministros a solicitar o parecer carece da maioria de dois terços de votos. O parecer, que será fundamentado é da competência do plenário do Tribunal, que julgará ainda da admissibilidade do pedido. O parecer é comunicado ao Comité de Ministros e tem carácter meramente consultivo.

Assinado o Protocolo em 6 de Maio de 1963 (Portugal ratificou-o em 9 de Novembro de 1978) e entrado em vigor em 21 de Setembro de 1970, a verdade é que até hoje o Comité de Ministros não solicitou qualquer parecer ao Tribunal.

8 — Se bem que não encontremos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem um preceito que estabeleça, como se dispõe no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça ([133]), a obrigatoriedade das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apenas em relação ao caso concreto, a verdade é que isso mesmo resulta do disposto nos arts.º 53.º e 54.º da Convenção. Quererá isto dizer que as decisões do Tribunal não terão qualquer valor ou interesse no que respeita a outros casos sobre os quais as jurisdições internas se hajam de pronunciar?

O Procurador Geral Dumon nas suas conclusões perante o Tribunal de Cassação Belga ([134]), no processo Guchez contra a Ordem dos Arquitectos, refere: "Mesmo se as decisões do Tribunal Europeu não produzem efeitos erga omnes, não exporão as jurisdições nacionais, ao afastar-se da interpretação de tais decisões, os respectivos Estados a que venha a ser declarada violação da Convenção e, eventualmente, na sua condenação ao pagamento de reparação razoável?.

.....

A regra própria dos países do Common Law que torna os precedentes obrigatórios para os tribunais (stare decisis) não vigora em direito internacional

.....

Às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem à que reconhecer a autoridade persuasiva idêntica à que nos países da Europa ocidental continental, é atribuída à jurisprudência dos tribunais, de um modo particular das Altas Jurisdições, como os Supremos Tribunais, isto porque o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem por missão interpretar e curar da aplicação correcta da Convenção

([133]) Art.º 59.º.

([134]) Apresentadas no processo julgado por Acordão de 22 de Janeiro de 1982.

A própria natureza da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não impede, contudo, que os juízes nacionais se afastem excepcionalmente dela, na medida em que o fazem quanto às decisões dos tribunais supremos do Estado. Mas deve-lo-ão fazer excepcionalmente já que, tratando-se da interpretação de regras comuns a vários Estados, devem atender não só às suas próprias concepções mas também à jurisprudência dos outros Estados. Creio que as conclusões do Procurador Geral seguem a boa doutrina, resultando do art.º 48.º do Regulamento do Tribunal que num novo "caso", a solução pode não ser idêntica ao anteriormente decidido.

Mas firmada a jurisprudência do Tribunal, isto é "tendo o Tribunal decidido em dois ou mais casos no mesmo sentido, devem os tribunais nacionais acatar a jurisprudência estabelecida, pois do seu afastamento resultará certamente a responsabilidade do Estado" ([135]).

Quanto ao caso concreto, impõe-se o acatamento da decisão pelo Estado demandado, como resulta expressamente do art.º 53.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que deverá procurar afastar as consequências do acto do legislador, da Administração ou dos Tribunais — que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou estar em oposição com as disposições da Convenção, modificando, quando necessário, a própria lei interna.

Quando o Tribunal concede à parte lesada uma reparação razoável, a decisão será exequível no Estado? — As decisões do Tribunal Europeu dos

---

([135]) Alegações do Procuradur Geral Dumon, citadas.

([136]) Ganshof van der Meersch, La garantie des droits de l'homme et la Cour Européenne de Strasbourg, in Journal des Tribunaux, Centenaire.

([137]) American Convention on Human Rights, art.º 68.º.

1. The State Parties to the Convention undertake to comply with the judgement of the Court in any case to which they are parties;

2. That part of a judgement that stipulates compensatory damages may be executed in the country concerned in accordance with the domestic procedure governing the execution of judgements against the State".

([138]) Poder-se-á esperar a alteração do art.º 8.º da Constituição com uma redacção nestes termos:

"1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

2. As normas constantes das convenções internacionais, regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

3. As normas e as decisões aplicáveis emanadas pelos urgãos competentes das organizaçõcs internacionais de carácter supranacional de que Portugal seja parte, vigoram directamente na ordem interna purtuguesa".

venção ([136]), ao contrário do que para as decisões do Tribunal Interamericamo dos Direitos do Homem estabelece no art.º 68.º da Convenção Americana dos Direitos do Homem ([137]). Espero que na revisão constitucional se atenderá à situação ([138]).

No entanto, porque o Estado está vinculado pelo decidido (art.º 53.º), sempre a reparação foi paga sem qualquer dificuldade pelos Estados condenados.

No caso, porém, de o Estado não cumprir o "julgado", creio que no plano interno se tornará necessário demandar o Estado (acção declarativa) com fundamento na decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

9 - - Por falta de tempo, limitar-me-ei a indicar a jurisprudência do Tribunal em dois temas:

Associação e Trabalho:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que o direito a ser consultado não é indispensável à actividade sindical, podendo o Estado consultar apenas os sindicatos mais representativos ([139]); que o art.º 11.º da Convenção se impõe ao Estado, como legislador e como dador de trabalho, não sendo garantido por tal artigo o direito à celebração de acordos ou convenções colectivas de trabalho ([140]); a greve é um dos mais importantes direitos sindicais, mas o Estado pode regulamentá-lo, sendo certo que a cláusula "a greve afasta os retroactivos" não viola a Convenção ([141]); a Convenção não tomou posição quanto ao direito de não associação ([142]); não viola o art.º 11.º da Convenção a obrigatoriedade e inscrição na Ordem dos Médicos ([143]).

([139]) Decisão de 12 de Abril de 1975 no "Caso do Sindicato Nacional da Polícia Belga", in Annuaire, XVIII, 295.

O "caso teve por base uma queixa do Sindicato Nacional da Polícia Belga contra a Bélgica por não ter sido considerado um dos Sindicatos mais representativos e ter sido afastado do número dos sindicatos cuja consulta é legalmente obrigatória em determinados casos. O Tribunal entendeu (11 votos contra 4) que não se verificava violação da Convenção.

([140]) Decisão de 6 de Fevereiro de 1976, no "caso Sindicato Sueco de condutores de Locomotivas", in Annuaire, XIX, 479.

O "caso" teve por base a queixa feita à Comissão Europeia dos Direitos do Homem pelo Sindicato Sueco dos Condutores de Locomotivas contra a Suécia, pelo facto de o Governo não querer abrir negociações com o requerente para celebração de acordo colectivo de trabalho. O Tribunal declarou, por unanimidade, não se verificar violação da Convenção.

([141]) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Fevereiro de 1976, no caso "Schmidt e Dahlstrom" contra a Suécia, in Annuaire, XIX, 485.

Perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, os requerentes queixavam-se de que filiados num sindicato que aderira à greve durante as negociações salariais, embora

Dementes:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que o demente reinternado por decisão administrativa tem o direito a recorrer para um tribunal (144); o demente internado tem o direito a que, em prazos razoáveis seja reapreciado o seu estado (145).

Indicam-se, agora, alguns dados estatísticos referentes a 24 de Novembro de 1981:

Desde a criação, em 1959, do Tribunal, este havia sido chamado a ocupar-se de 46 "casos" baseados em 74 queixas dirigidas à Comissão; o Tribunal concluiu pela não violação da Convenção em 12 casos e pela violação em 22 casos; atribuira em 12 casos uma reparação razoável de carácter pecuniário; em 4 casos teve a constatação de violação da Convenção como reparação razoável; pronunciará uma decisão interpretativa da anterior; apenas um "caso" entre Estados correu pelo Tribunal (Irlanda contra o Reino Unido); a intervenção do Tribunal fora requerida pela Comissão, em 28 casos, pela Comissão e seguidamente pelo Governo em 10 casos, pelo Governo e seguidamente pela Comissão em 4 casos e ape-

---

não tivessem feito greve, lhes foi recusada a aplicação retroactiva dos salários acordados quando aos filiados em sindicatos não aderentes à greve tinham aplicação retroactiva. O Tribunal entendeu, por unanimidade, que a Convenção não fora violada.

(142) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 13 de Agosto de 1981, no caso "Young, James e Webster" contra o Reino Unido.

O "caso" iniciou-se pela queixa dos requerentes à Comissão Europeia dos Direitos do Homem por terem sido despedidos dos caminhos de ferro britânicos, de que há longos anos eram empregados, em virtude da "closed shop" acordada, depois de serem empregados de British Rail, entre a entidade patronal e três sindicatos, a que ele não quizeram aderir. O Tribunal entendeu, por 18 votos contra 3, que o art.º 11.º da Convenção fora violado.

(143) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 23 de Junho de 1981, no caso "Le Compte, Van Leuven e De Meyere" contra a Bélgica. Perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, os requerentes queixavam-se da obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Médicos e da forma como lhes haviam sido impostas sanções disciplinares. O Tribunal entendeu, por unanimidade, que não fora violado o art.º 11.º da Convenção e, por 16 votos contra 4, que a falta de publicidade no processo disciplinar constituía violação do art.º 6.º § 1.º.

(144) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 5 de Novembro de 1981, no caso "X contra o Reino Unido".

(145) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 24 de Outubro de 1979 in Annuaire, XXII, 427; vide nota (63).

(146) Epístola de S. Paulo aos Gálatas.

nas pelo Governo em 4 casos; houvera 5 "casos" com intervenção de Juízes ad hoc e em 17 casos a Secção enviou o "caso" ao plenário do Tribunal.

Ao findar esta semana de estudo sobre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, importa referir a necessidade do respeito pelos direitos do Homem que estão para além do Estado e a necessidade da solidariedade entre os homens, já que, no dizer de S. Paulo ([146]). "Se os homens se andam a morder e a devorar uns aos outros, estão a destruir-se".

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BERGER (VINCENT) — La Cour Européenne des Droits de l'Homme. (Procedure et Méthodes de Travail de la Cour, la Jurisprudence Évolutive, Position du Réquerent Individuel devant la Cour) in Bulletin — Fédération Suisse des Avocats, n.º 76.

BULLETIN — Fédération Suisse des Avocats n.º 76.

DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO — Boletim do Ministério da Justiça.

FARINHA (João de Deus Pinheiro) — Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

FARINHA (João de Deus Pinheiro) — Tribunal Europeu dos Direitos do Homem in Documentação e Direito Comparado n.º 2.

JOURNAL DES TRIBUNAUX — Bruxelles — n.º do centenário.

MEERSCH (W. GANSHOP VAN DER) — La garantie des droits de l'homme et la Cour Européenne de Strasbourg, in Journal des Tribunaux, número do centenário.

PASSOS (Ricardo) — Le Droit de Recours Individuel au Titre de l'Article de la Convention (Introduction d'une Requête, Procédure, Méthodes de Travail de la Commission, Assistance Judiciaire, in Bulletin — Fédération Suisse des Avocats, n.º 76.

PETZOLD (Herbert) — La Convention Européenne des Droits de l'Homme (Jurisprudence et documents).

PUBLICATIONS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (Jurisprudence et Documents).

PUBLICATIONS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME — Série A — Arr. et Décisions.

QUADROS (Fausto de) — Carta das Nações Unidas e Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

THIERRI (Hubert) — SERGE SUR — JEAN COMBACAU — CHARLES VALLÉE Droit International Public.

LA GARANTIE DES DROITS DE L'HOMME ET LA COUR EUROPÉENNE DE STRASBOURG (95)

W. Ganshaf Van Der Meersch

Strasbourg. L'un des premiers centres où se discute au haut niveau la politique européenne, nous apparait parfois, vu de nos pays, réaliser ses objectifs dans un climat bien incertain.

Ville au profil prestigieux et émouvant, elle donne l'impression d'être fort éloignée des objectifs que nous devons appréhender aujourd'hui et dont nous devons demains poursuivre et réussir la réalisation. On y étudie un grand nombre de problèmes d'intérêt général et commun à travers le prisme européen dont l'éclat trop souvent se ternit dans la trompeuse apparence des intérêts immédiats et étroitement nationaux.

Aux côtés de deux palais aux enceintes démesurées, ornés de riches et chatoyants hommages des Etats européens, aux locaux de tous ordres et de tous usages dont on vante le confort et les avantages, se trouve, entouré de verdure et d'eau, au bâtiment simple et, par comaraison, modeste d'aspect. Il se trouve à l'écart du chemin que suivent docilement les longues files des visites guidées d'écoliers, que l'on voudrait attentifs à découvrir dans ce décor le but et l'esprit du Conseil de l'Europe, voire les réalisations politiques et sociales que font miroiter les communiqués de presse.

Cette maison dans la verdure, c'est la maison des droits de l'homme. Celle où l'on dit ce qu'ils sont dans nos pays et ce qu'ils doivent être. Première, fondamentale et rayonnance justification du Conseil de l'Europe.

Peut-être trouvera-t-on singulier de voir situer le décor avant de dire ce qui s'y fait, comment on le fait et pourquoi.

---

(95) Este estudo foi publicado no número comemorativo do centenário da revista jurídica belga "JOURNAL DES TRIBUNAUX". O autor, por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, autorizou a publicação em "documentação e Direito Comparado".

J'ai toujours pensé que, là où elle a pour objet la recherche des conditions de vie de l'homme et des bases sociales, morales et spirituelles de l'organisation que se donne la collectivité, la mission du serviteur de la chose publique — se situat-elle sur le plan international — doit se remplir dans la simplicité, en dehors du tapage des vaines agitations, en substituant l'harmonie à l'apparat. C'est là le tableau qu'à Strasbourg nous avons devant les yeux. Le crédit de la justice s'en accommode.

La naissance d'un système européen de sauvegarde des droits de l'homme

L'institution de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour par la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, signée à Rome le 4 novembre 1950, a été réalisée au sein du Conseil de l'Europe. Donnant à l'organisation son image première et profonde, elle répond aux deux principes fondamentaux qu'énonce son statut: la préeminence du droit et le respect des droits de l'homme (1).

Le principe de l'institution d'une cour internationale souveraine, au jugement de laquelle les Etats européens acceptent de soumettre leurs actes, pour en voir contrôler par le juge la conformité aux droits de l'homme (2), trôle par l'exercice d'une action interétatique (3). Il a fallu pour que ces procédures fussent acceptées, d'une part, que les Etats renoncent à l'alibi

(1) Statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres le 5 mai 1949, art. 3. "Tout membre du Conseil de l'Europe reconnait le principe de la preeminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et de slibertés fondamentales..."

(2) Convention, art. 53: "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties". Art. 54: "L'arrêt de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution."

(96) A tradução portuguesa dos Estatutos do Conselho da Europa foi publicada no n.º 1 deste Boletim, pág. 711.

a fait franchir à l'Europe une étape qui à l'époque tenait du prodige. C'était, pour la première fois, au-delà des intentions, des propos et des doctrines, le témoignage irrécusable d'un progrés de la conscience collective des Etats, de leur sens de la responsabilité et de la solidarité dans un domaine qui touche aux fibrés les plus profondes de l'homme.

Les auteurs de la Convention se sont entendus au niveau commun le plus élevé au sein des Etats sur l'essentiel de ce qui devait désormais être sauvegardé, le noyau dur du domaine des droits de l'homme, au lendemain d'une période où les violations du droit des hommes, broyant l'individu, avaient atteint des proportions de masse en étendue et en profondeur.

L'entreprise était hérissée de difficultés, dont la moindre n'était pas de déterminer et de définir les premiers des droits qui devaient être considéres comme fondamentaux. Les gouvernements signataires se sont laissé guider par les principes de la Déclaration universelle des Nations-Unies (3), avec la volonté, inscrite dans la Convention même, de reconnaître le caractère effectif à ceux des droits qu'elle proclamait.

Le juge des droits de l'homme intervient à un stade ultime, après l'épuisement des recours de droit interne (4). Quand tout a été tenté et que tout a échoué. Il jugera les Etats; les actes de leur législateur; les actes réglementaires et d'administration; les jugements. On voudrait pouvoir éviter d'user de la langue des analyses doctrinales qui nous est familière pour traiter de ces matières. Aujourd'hui, où dans tant de régions règne encore la contrainte et sonne le glas, plus que jamais chaque mot de la Convention de sauvegarde est lourd de portée au regard du patrimoine humain le plus précieux. Le terrain ne connait pas de plages de relais.

Jamais on a tant parlé du respect des droits de l'homme dans le monde. Le propos s'affirme et se répand avec le sentiment, acquis à la longue, d'une priorité. Passage désormais obligé de toute législation, il n'y a légalement plus d'autre voie d'accès. Les droits de l'homme sont issus en Europe d'une même exigence. Leur garantie sauvegarde un même idéal de vie individuelle et collective dans des pays distincts, dont le niveau de développement est analogue ou semblable. De Londres à Paris et des Bonn à Rome. Mais aussi de Reykjavik à La Valette.

---

(3) Préambule de la Convention, 2e considérant.

(4) Convention, art. 26: "La Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours interne, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus...".

Plus que jamais, elle est aujourd'hui l'une des dominantes de la pensée dans le monde.

L'esprit doit se faire à un certain démantèlement de l'absolue souveraineté nationale, qui, trop souvent, obscurcit la vue et la fait dévier de ses objectifs. Le phénomène transnational est en route, avec des hauts et des bas, pour la satisfaction d'exigences essentielles d'une commune nature.

L'origine de la Cour remonte au grand tournant de la pensée européenne: le "Congrés de La Haye" en mai 1948, où fut exprimée à la fois la volonté d'élaborer une "Charte des droits de l'homme" et, initiative d'une étonnante hardiesse, celle d'intituer "une cour de justice capable d'appliquer les sanctions nécessaires pour que soit respectée la Chartre" (5). Dès cette époque, où la Cour était encore dans les limbes, s'affirme l'idée de dépasser désormais le stade des déclarations et des colloques en instituant en droit international une structure juridictionnelle et un mécanisme de procédure de nature à assurer l'effectivité à la garantie des droits de l'homme. Dans ces propos apparaissent pour la première fois un choix et une volonté: le recours au juge, dont les décisions s'accompagneront d'un système de sanctions, en cas de violation du droit.

Peu de circonstances révelent mieux la prise de conscience des Etats européens que la volonté de eréer une juridiction internationale capable de prononcer les sanctions nécessaires au respect des droits de l'homme.

La première étape fut la signature, le 5 mai 1949, du statut du Conseil de l'Europe et la proclamation de sa philosophie fondamentale: "Tout membre du Conseil de l'Europe reconnait le principe de la préeminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales..." *Rule of law* et respect des droits de l'homme, gravés au fronton de la première en date des organisations européennes.

Dès le 12 août, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe inscrit, à la requête de 50 représentants, membres de l'Assemblée, à son ordre du jour les mesures de mise en oeuvre des principes qui devront les guider: "Mesures à prendre en vue de l'accomplissement du but déclaré du Conseil de l'Europe, conformément à l'article 1er du statut, pour la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales". Il ne

(5) Voy. A. H. Robertson, *Introduction au Recueil des travaux préparatoires de la Convention t. I. La Haye, Martinus Nijhoff, 1975.*

s'agit pas seulement d'un système de garantie des droits de l'homme dans la situation qui est celle de l'époque, mais de favoriser l'évolution dans la voie de leur *développement*. Et on le proclame.

Le préambule de la Convention, en effet, se réfère à cette position fondamentale, en mentionnant dans son 6.e alinéa l'intention de "prendre les *premières* mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle". L'intention des Hautes Parties contractantes, ainsi exprimée, va trouver un écho permanent dans la jurisprudence évolutive de la Cour et de la Commission.

Les choses vont progresser rapidement. Les plus grands noms de l'épopée européenne vont s'y atteler: un premier projet de "statut de la Cour des droits de l'homme" est établi sous la présidence de sir David Maxwell Fyfe, qui avait, par ses lourdes fonctions au tribunal de Nuremberg, pu se rendre compte de l'étendue du désastre. La Commission se composait, pour le surplus, de Piere-Henri Teitgen et de Fernand Dehouse.

Le Comité des Ministres, présidé par van Zeeland, en est saisi et marque son accord de principe sur le projet. La question est soumise à l'Assemblée présidée par Paul-Henri Spaak (6). Churchill avait insisté avec force pour que la discussion du projet fut entamée sans retard. Il sera étudié au sein de la Commission des questions juridiques de l'Assemblée, dont Pierre-Henri Teitgen, qui fut garde des sceaux et vice-président du conseil en France, est le rapporteur. Henri Rolin joue un rôle important dans les travaux de la Commission (7). Il pose les jalons. Le recours individuel; l'épuisement des voies de recours interne; le requête adressée à une commission d'instruction; l'exigence d'une tentative organisée de la conciliation et, en cas d'échec la saisine d'une cour européenne des droits de l'homme, la réparation équitable des effets de la violation. Toutes ses propositions trouvent leur place dans la Convention.

Les 5 volumes contenant les travaux préparatoires de la Convention témoignent de la qualité des hommes qui se sont attachés à cette tâche, de la fermeté de leur conviction, de leur volonté d'aboutir et de leur courage, du haut niveau aussi, à la fois social et moral, d'un projet qui allait améliorer le sort des hommes au sein de la société. Ils ont écrit une des grandes pages du droit.

---

(6) *Recueil des travaux préparatoires de la Convention. t. I, introduction, déjà cité. pp. XXV et XXVI.*

(7) M. Teitgen et M. Rolin ont été juges à la Cour. M. Rolin en a assumé la présidence.

L'élaboration de la Convention a posé d'innombrables problèmes aux institutions du Conseil de l'Europe. C'est au sein de celles-ci que devait se développer la juridiction internationale qui allait, un jour, lier 21 pays. Il n'était pas aisé d'obtenir des Etats membres du Conseil qu'ils acceptent de se soumettre à un contrôle juridictionnel "supraétatique".

La saisine de la Cour
Le recours individuel
La compétence du Comité des Ministres et la juridiction de la Cour

La recherche des équilibres entre l'objectif poursuivi et les sacrifices à la souveraineté des Etats fit l'objet de longues et difficiles négociations.

Trois organes vont intervenir dans le systéme complexe de garantie collective que réalise la Convention: la Commission ([8]), la Cour, le Comité des Ministres.

La saisine de la Commission est de droit par tous les Etats membres contre toute autre Haute Partie contractante (Convention, art.º 24).

Les Etats peuvent aussi saisir la Cour directement (Convention, art.º 48). Les auteurs de la Convention ont voulu soumettre les Etats au contrôle judiciaire. Mais ils ont aussi entendu associer directement les Etats eux-mêmes à ce contrôle, en faisant d'eux les initiateurs possibles du con-

([8]) La Commission européenne des droits de l'homme est un organe qui a des pouvoirs d'instruction, de règlement amiable, de décision sur la recevabilité de la requête, d'avis sur la violation de la Convention et de saisine du Comité des Ministres et de la Cour (art. 28 à 32). Elle joue un rôle déterminant dans l'efficacité du système de protection institué par la Convention. Elle est composée aujourd'hui de 20 membres, dont 14 sont les professeurs de Facultés de droit et plusieurs président ou juge de Cour suprème.

aisé que peut constituer l'interprétation abusive du principe de non ingérence et, d'autre part, qu'ils s'exposent à la rancune des gouvernements de Etats poursuivis ([10]).

C'étaient là des innovations audacieuses qui vont bien au-delà de la protection diplomatique. Elles l'étaient d'autant plus que chaque Etat signataire ou adhèrent pouvait engager la procédure contre tout autre Etat, quelle que soit la victime de la violation; l'un de ses nationaux sans doute, mais aussi un apatride, un ressortissant de l'un des autres Etats membres ou même un national de l'Etat défendeur (Convention, art.º 24).

Mais il a fallu admettre aussi — transitoirement, on l'espère — deux dispositions qui confèrent au système de la Convention des aspects de nature facultative. la première est le caractère facultatif de l'acceptation du droit de recours individuel de la victime d'une violation ([11]). Jusqu'au 31 décembre 1980, le *recours individuel* avait été accepté par 16 Etats. Deux nouveaux Etats ont fait une déclaration d'acceptation depuis: la france, le 2 octobre 1981, événement espéré en vain depuis 1959; l'Espagne, le 16 juin 1981 ([12]). Il est a présumer que ce ralliement au plein systéme de la Convention aura une repercussion directe sensible sur le nombre des affaires figurant au rôle de la Cour.

Il existe, dans la Convention, une seconde disposition de caractère facultatif ([13]): celle relative à la *juridiction de la Cour*. Dix-huit Hautes Parties contractantes sur 21 l'ont reconnue. A défaut pour les Etats de faire la déclaration, aux termes de laquelle ils reconnaissent comme obligatoire de plein droit la juridiction de la Cour (Convention, art.º 46), l'affaire est jugée, sur le rapport de la Commission, par le *Comité des Ministres*, qui "prend par un vote à la majorité des deux-tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, une décision sur la question de savoir s'il y a ou non une violation de la Convention" ([14]).

([9]) Dans l'affaire de l'Irlande contre le Royaume-Uni pour violation de l'art 3 de la Convention relatif à la torture et aux traitements inhumains ou dégradants (voy, *infra*), la Cour a été saisie directement par la République d'Irlande de son action contre le Royaume-Uni.

([10]) Voy. P. H. Teitgen. *Bilan politique de la garantie européenne des droits de l'homme*, éd. Cons. de l'Europe, 1975, p. 4.

([11]) Convention, art. 25.

([12]) Quatre Etats — la Gréce, Malte, le Liechtenstein et la Turquie — n'ont jusqu'ici pas fait la déclaration d'accusation.

([13]) Convention, art. 46.

([14]) Cnvention, art. 32, al. 1er.

Il était inévitable, en raison de sa composition, que la procédure devant le Comité des Ministres soit sensible aux considérations de caractère politique, ce qui altère la nature de l'organe et ne permet guère de lui reconnaître le plein caractère de la juridiction.

Le caractère facultatif de la juridiction de la Cour, qui est conforme à l'esprit des juridictions internationales, et celui du recours individuel ont été les concessions qu'il a fallu faire pour obtenir l'unanimité des suffrages dans la grande négociation sur l'ensemble du système européen de garantie des droits de l'homme. De fait, le système de la Convention comportait des sacrifices considérables pour la souveraineté et l'amour-propre si tenace des Etats et de leurs organes, tant au regard de leur propre système constitutionnel de protection des droits de l'homme que du principe de la juridiction nationale.

Il est révélateur des progrés réalisés de voir que cette double concession n'a pas nui à l'application efficace de la Convention.

Les voies de recours et de réparation, sous la forme de la "satisfaction équitable" ([15]), qu'offre la Convention aux particuliers, victimes de violations des droits de l'homme, ont été lents à devenir familiers aux barreaux des Etats membres: de janvier 1959 à fin 1973, soit en près de 15 ans, la Cour n'a été saisie que de 11 recours. La situation, en revanche, s'est modifiée dans une progression rapide à partir du début de l'année 1974: en moins de 8 ans, la Cour a été saisie de 35 nouveaux recours contre les Etats membres du Conseil de l'Europe ([16]).

A la date du 31 décembre 1981, 50 arrêts ont été rendus par la Cour et 15 affaires figurent encore à son rôle, qui seront portées à l'audience ([17]). Encore faut-il tenir compte des procédures relatives à la "satisfaction équitable" sur laquelle la Cour doit statuer, en cas de violation, "si

---

([15]) Convention, art. 50.

([16]) Dans 12 affaires, la Cour a décidé qu'il n'y avait pas eu violation de la Convention.

([17]) Pendant la même période, la Commission a été saisie de 9.031 requêtes, dont 8.781 ont été déclarées irrecevables.

Quelque trois cents affaires ont été introduites auprès de la Commission, sur recours individuel, contre le Royaume-Uni au sujet de la situation en *Irlande du Nord*. Elles ont toutes été déclarées irrecevables, ou ont été, de l'accord des parties, rayées du rôle.

Deux requêts étatiques ont été introduites contre la *Grèce*, auprès de la Commission, la première en 1969, par le Danemark, la Norvège, la Suède et les Pays-Bas, la seconde en 1970, par les trois premiers de ces Etats. La première de ces requêtes a fait l'objet d'une résolution du Comité des Ministres le 15 avril 1970, constatant la violation des art. 3, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 et 14 de la Convention et ordonnant la publication du rapport de la Com-

le droit interne ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences" de la décision dont le requérant original a été la victime ([18]).

La situation d'encombrement des rôles est telle qu'il n'est pas inconsidéré de penser que la Commission et la Cour pourraient devenir, dans un avenir qui n'est pas éloigné, des institutions permanentes. Au surplus, la charge du greffier de la Cour, à la fois juriste éminent du droit de la Convention, répertoire vivant de la jurisprudence et organisateur modèle des services judiciaires et parajudiciaires de la Cour, a atteint un degrè dangereux de saturation.

La Commission fait rapport au Comité des Ministres à l'issue de son instruction et donne son avis motivé sur le point de savoir s'il y a eu violation de la Convention. Elle apprécie dans les 3 mois si elle saisit la Cour (Convention, art.° 32). Si elle-même ou si un état ne la saisissent pas, la décision sera rendue par le Comité des Ministres (*ibid.*).

Il semble que l'on puisse dire qu'en moyenne la procédure devant la Cour ([19]) — procédure écrite ([20]), débats en audience publique ([21]), délibéré et prononcé — durent 8 a 10 mois à partir du jour où la Cour est saisie.

---

mission. Entretemps la Grèce, la Commission a rayé du rôle la seconde requête, de l'accord des Etats requérants.

Trois requêtes individuelles ont été introduites auprès de la Commission, respectivement en 1975 et en 1977, contre la République de *Chypre*. Les deux premières ont fait l'objet d'une résolution du Comité des Ministres du 20 janvier 1979 (voy. *Annuaire*, vol. 22, p. 441). La troisième, déclarée recevable, est aujourd'hui pendante devant la Commission.

([18]) Convention, art. 50.

([19]) Pour chaque affaire, la Cour se constitue en une chambre de 7 juges et de juges suppléants, tous tirés au sort, hormis le président de la cour et le juge élu, ressortissant de la partie en cause, qui font de droit partie du siège de la Cour. Si le juge, ressortissant de l'Etat intéressé, es tempêché ou se récuse, il est remplacé par un juge *ad hoc* (règlement, art. 23).

La chambre peut et dessaisir en faveur de la cour plénière, lorsque la Cour est appelée à trancher une question de principe importante, sur laquelle elle n'est pas déjà prononcée. La Cour, dans ce cas, est composée en principe des 21 juges qui la constituent. Jusqu'ici la Cour a siégé dans 12 affaires en séance pléniére.

La Cour statue à la majorité simples. Le nombre et le nom des juges qui composent la majorité est indiqué dans le jugement, comme celui des juges qui ont exprimé une opinion dissidente, partiellement dissidente, ou concordante mais particulière. Conformément au principe de procédure de la juridiction internationale, les opinions dissidentes ou particulières figurent intégralement, telles qu'elles ont été exprimées, à la suite de l'arrêt (Convention, art. 51).

([20]) Fréquemment les gouvernements demandent, au cours de la procédure écrite, des prolongations de délais pour le dépôt des mémoires ou des pièces annexes. Le président de la Cour statue sur ces requêtes.

([21]) A l'audience, les Etats sont représentés par l'agent du gouvernement (règlement, art. 28), assisté d'un ou de plusieurs conseils et de fonctionnaires. Le Royaume-Uni et la République d'Irlande délèguent généralement l'*Attorney general* ou le *Sollicitor general*, assisté, parfois, d'un ou de plusieurs conseils.

La Convention dispose que "seules les Hautes Parties contractantes et la Commission ont qualité pour se présenter devant la Cour" (art. 44). Cette disposition, témoin de concessions qui on dû être faites aux Etats contractants, au cours des négociations qui ont conduit au texte de la Convention, a exclu le requérant, *comme tel,* de la procédure devant la Cour, appelée à statuer sur le fondement de sa requête. On sait que cette doctrine est déduite de l'article 34 du statut de la Cour internationale de justice de La Haye, qui dispose que seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant elle. Selon ce principe la "partie privée", préjudiciée, n'a pas de *locus standi* devant le juge international, alors que le particulier apparaît, dans la réalité des faits, comme la partie dont la cause est soumise au juge.

N'y a-t-il pas dans le système même, où l'individu n'a aucune possibilité de faire valoir ses droits devant la Cour des droits de l'homme, une véritable rupture entre la règle de droit et les réalités morales et sociales de la vie dans la société internationale aujourd'hui où, conventionnellement, on s'efforce de ménager, dans le droit international, une place toujours plus grande à l'individu ([22])?

A interpréter ainsi l'article 43 de la Convention, le requérent serait juridiquement absent devant la Cour, où se discute et se règle le sort de sa dénonciation.

Or, la situation diffère, pour la Convention, de ce qu'elle est devant la Cour internationale de justice: l'individu est titulaire, dans le système de la Convention, d'une situation juridique subjective internationale puisqu'il peut saisir la Commission européenne des droits de l'homme et qu'il est associé à la procédure devant elle. Il ne s'agit plus, dans cette mesure, du droit de l'Etat, substitué à l'individu, mais du droit prope de celui-ci, qui échappe donc à la dépendance absolue de l'Etat, lequel perd son monopole de représentation ([23]).

La jurisprudence de la Cour, à la fois téléologique et évolutive, a apporté, sinon un complet reméde, un aménagement à cette situation, qui

([22]) Cf. H. Golsong. *Le droit international demain — Les tendances qui se manifestent* communication au XXV[e] congrés de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie internationale de La Haye. Neufchâtel, mai-juin 1973. Voy aussi W. J. Ganshof van der Meersch. "Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international", *Mélanges Fernand dehouse,* 1979, vol. I, p. 194.

met fin à ce qu'elle a de choquant. L'article 29 du réglement dispose que "la Commission délègue un ou plusieurs des ses membres pour participer à l'examen d'une affaire devant la Cour" et que "ces délégués peuvent, s'ils le désirent, se faire assister par une personne de leur choix". La pratique, encouragée par la Cour, qui consiste à voir la Commission se faire assister par le conseil du requérent pare, dans une large mesure, à la situation.

Dans l'affaire du *syndicat national de la police belge* ([24]), affaire dans laquelle le conseil du syndicat requérant fut autorisé à exposer devant la Cour le point de vue de celui-ci, la Cour a franchi un pas de plus: elle interpella à l'audience le secrétaire général du syndicat et lui demanda de lui donner par écrit plusieurs éclaircissements au sujet et de la requêt et de la contestation. Dans l'affaire *Schmidt et Dahlström* ([25]), elle a autorisé, avec l'accord de la Suède,, partie défenderesse, la partie requérante elle-même, à "plaider" devant elle sa propre cause ([25]).

Depuis, la Cour admet le conseil du requérant devant la Comission à plaider devant la Cour et à apporter, avec le concours de son client, à la Cour tous les éclaircissements nécessaires.

La Cour a donné un autre exemple du caractère évolutif de sa jurisprudence en autorisant les conseils à plaider, alors que les seules langues de la procédure à la Cour sont le français et l'anglais, en une autre langue — en l'espéce en allemand et en italien — lorsque des motifs raisonnables lui ont été produits à l'appui de cette demande de dérogation.

L'effet direct des articles de la Convention dans le droit interne belge

L'interprétation jurisprudentielle de la Convention révèle la ferme volonté d'un contrôle efficace du systéme de garantie des droits fondamentaux de l'homme.

C'est là un phénomène d'une portée considérable qui se situe dans une évolution permanent de l'application de la Convention.

([23]) M. A. Eissen, "La Cour européenne des droits de l'homme — De la Convention au réglement", *A. F. D. I.* 1959, spéc. pp. 648 et s. Voy aussi du même auteur: "La présentation de la preuve dans la jurisprudence et la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme", *La presentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles,* coll. Univ. Louvain, 1977, pp. 170 et s.; W. J. Ganshof van der Meersch, "Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme", déjà cité, pp. 196-197.

([24]) C.E.D.H., 27 août, 1975, *rec.* 1975, série A, n.° 19, p. 7.

([25]) C.E.D.H., 6 fevr. 1976, *Rec.* 1976, série A, n.° 21, p. 6.

A cet égard, le principe suivant lequel les ressortissants des Etats contractants et adhérents bénéficient directement des droits que la Convention leur garantit est l'un des moteurs de l'effectivité de la Convention.

Deux règles distinctes, mais concourant toutes deux ai même résultat, doivent être prises ici en considération: la règle dite d'application directe ou d'effet direct ([26]); la règle de l'incorporation directe dans le droit interne ([27]). C'est deux systèmes normatifs qui, il est vrai, s'interpénètrent, sont parfois confondus. Ils sont pourtant de nature différent: le premier relève du droit international; le second du régime constitutionnel des Etats membres.

La Convention ne prévoit pas explicitement que ses dispositions ou certaines d'entre elles sont d'effet direct. C'est là, en principe, une question d'interprétation.

Pour savoir si la règle d'un traité, ou plus généralement d'un accord international, est d'effet direct, il faut déterminer quelle a été l'intention des Parties contractants: s'agit-il exclusivement de l'obligatoin mise à charge des autorités nationales d'instituer un système legislatif ou réglementaire de nature à permettre au particulier de bénéficier d'un droit que la convention consacre, bref d'une règle de conduit pour l'Etat ([28]); ou s'agit-il d'un droit prope qu'une convention reconnait directement aux particuliers, tout en mettant à charge de l'Etat l'obligation de créer un système institutionnel qui permette à ces particuliers, bénéficier de ce droit sans entrave. Cette condition de fond — l'intention des parties — n'est pas la seule: il faut, pour que la règle puisse être considerée comme d'effet direct, que la disposition soit juridiquement complète et précise ([29]) et qu'elle ne laisse à l'Etat en cause aucun pouvoir discrétionnaire ([30]).

La pleine effectivité de la Convention est liée à son application directe en droit interne.

([26]) Cf. C.P.J.I., "Compétence des tribunaux de Dantzig", avis consultatif, 3 mars 1928, série B, n.° 15, spéc. p. 17.

([27]) Voy, notre étude: "la règle d'application directe", *Rev. belge dr. intern.*, 1980, 2, pp. 380 et s.

([28]) Il en est ainsi, par exemple, de l'art. 3 du premier protocole additionnel à la Convention, aux termes duquel les "Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret".

([29]) ([30]) J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme*. Bruxelles, 1981, p. 21; F. Dumon, "La notion de disposition directement applicable en droit européen". *C.D.E.*, 1968, pp. 369 et s.; W. J. Ganshof van der Meersch, "L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international", *R.C.A.D.I.*, 1978, pp. 248 et s.; "Les procédés de mise en vigueur des délégations souscrites et des accords conclus par le gouvernement en droit belge", rapport IX[e] congrés international

Les règles de droit international d'effet direct confèrent des droits aux individus qui peuvent invoquer ces règles devant le juge national où, entrées dans leur patrimoine juridique, elles prévalent l'égard des règles de leur prope Etat.

Le caractère directement applicable de la plupart des dispositions de droit matériel de la Convention et des premier et quatrième protocoles additionnels, que sont rédigées de manière juridiquement complète et précise, ressort clairement de l'intention des Hautes Parties contractantes. Cette intention apparaît dans le termes de l'article 1er, où l'on lit que les "Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1er de la Convention". Le mot "reconnaissent" a été substitué: l'expression "s'engagent à reconnaître" Cet amendement a été justifié comme suit: "Suivant le nouveau texte, les Hautes Parties contractantes ne s'engageront pas à reconnaître: elles reconnaissent, de sort qu'une fois ratifié par nos Etats, le texte élaboré ne devra plus faire l'objet d'amendements ultérieurs à nos Constitutions ou législation respectives; il s'introduira massivement de plein droit dans la législation de nos 15 Etats"([31]).

L'intention des Hautes Parties contractantes ne saurait apparaître comme douteuse.

La Cour elle-même a repris la question avec insistance dans sa jurisprudence, notamment dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* ([32]) oú elle a dit: "En substituant le mot *reconnaissente* à *s'engagent à reconnaître* dans la libellé de l'article 1er, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroit que les droits et libertés du titre 1er seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants (doc. H [6] 4 pp 664, 703, 733 et 927). Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne (arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp,* 18 juin 1971, série A, n.º 12, p. 43, § 82; arrêt *syndicat suédois des conducteurs de locomotives,* 6 févr. 1976, série A, n.º 20, p. 18, § 50)".

---

droit comapré, Téhéran, sept-oct. 1974, spéc. p. 660, éd. Centre international droit comparé, Bruxelles, 1974; "Réflexions sur l'application directe du droit des Communautés européennes", Académie royale de Belgique, *Bull. cl. des lettres,* t. XV, 1979, pp. 534 et s., spéc. p. 546: "Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international, *Mélanges Fernand Dehouse,* 1979, t. I, pp. 197 et s. "La règle d'application directe", *Rev. belge de intern,* 1980, n.º 2, p. 345.

([31]) Assemblée C.E., séance 25 août 1950, t. III, p. 927.

([32]) C.E.D.H., 18 janv. 1978, série A, n.º 25, p. 91, § 239.

On peut ajouter aux arrêts dans lesquels la Cour a rappelé le caractère d'effet direct des dispositions de la Convention l'arrêt *Van Oosterwijck* rendu le 6 novembre 1980 (série A, vol. 40, p. 16, § 33).

Il existe une seconde règle — règle de droit interne cette fois — relative au bénéfice effectif des droits de la Convention reconnus par des dispositions d'effet direct. Elle est la conséquence de la première. C'est la règle qui commande l'incorporation des règles directement applicables des traités et accords dans le droit interne. Elle relève du système constitutionnel de l'Etat.

On sait qu'en droit belge, hormis pour les dispositions des traités portant "cession, échange ou adjonction de territoire" qui ne peuvent avoir lieu qu'en vertu d'une loi ([33]), non susceptible d'un autre sens que celui d'un acte de nature normative, l'acte d'assentiment au traité, même donné dans la forme d'une loi par le pouvoir législatif, n'est pas une loi dans le sens matériel du terme. C'est le traité lui-même qui est le siège des normes juridiques et non point l'acte d'assentiment. La Cour de cassation l'a rappelé à plusieurs reprises ([34]).

L'assentiment est un acte de haute tutelle des Chambres législatives; c'est l'acte qui doit permettre au Roi de lier définitivement la Belgique par la ratification ou par un acte équivalent.

Le droit belge ne connaît pas l'acte de nature législative devant introduire un traité dans le droit interne en le dénaturant, pour lui attribuer la forme et le caractère d'une loi. Il y est directement incorporé.

La Cour a exprimé le voeu que les Etats dont le système constitutionnel exige une transformation du droit conventionnel en un acte normatif de droit interne de nature législative, faisant ainsi obstacle à l'incorporation directe des règles de la Convention dans le droit national, adaptent leur droit pour permettre l'incorporation directe des dispositions de la Convention. On sait que c'est le cas do Royaume-Uni, de l'Irlande, de Malte et des pays scandinaves: le Danemark, l'Island, La Norvège et la Suède. Consultée par le Conseil de l'Europe, elle s'est exprimée de la manière suivante sur cette évolution nécessaire pour s'assurer que ceux qui sont dans la réalité les destinataires du système de sauvegarde en bénéficient effectivement: "En réalité, les Etats qui n'ont pas encore intégré la Convention dans leur droit interne peuvent combler cette lacune, soit en modifiant leurs princi-

([33]) Constitution, art. 68, al. 3.

([34]) Cass., 16 janv. 1968, *Pas.* 1968, I. 625; 12 mars 1968, *ibid,* 1968, I. 874; 27 mai 1971, *ibid,* 1971, I, 886, *J.T.* 3 juill, 1971, p. 460 et les concl. du procureur général.

pes constitutionnels, soit par de simples mesures législatives prises en vertu de ces mêmes principes.

"La Cour n'éprouve aucun doute sur ce qu'il est souhaitable de permettre cette intégration pour éviter une inégalité de traitement entre les destinataires des dispositions de la Convention" ([35]).

Nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation qui, statuant sur le pourvoi du demandeur ou même sur un moyen soulevé d'office, reconnaissent implicitement aux dispositions de la Convention, spécialement aux articles 2 à 12, le caractére d'effect direct, qui l'a incorporé dans le droit interne ([36]). La Cour a aussi reconnu explicitement l'effet direct à plusieurs articles de la Convention ([37]). Elle a, à plusieurs reprises, cassé des jugements ou arrêts pour violation de dispositions d'effet direct de la Convention, visées dans le moyen ([38]).

La règle d'effet direct de la Convention, incorporée dans le droit interne belge sans le secours d'une mesure nationale substantielle, rend, à partir du prononcé de l'arrêt de la cour européenne des droits de l'homme inapplicable toute disposition antérieure ou postérieure de la législation national incompatible avec cette règle, qui fait partie intégrante de l'ordre juridique des Etats membres ([39]).

([35]) Avis de la Cour sur le projet de programme du Conseil de l'Europe dans le domaine des droits de l'homme ans le domaine des droits de l'homme (C.E.D.H., 1974, 30).

([36]) Voy. notamm.: Cass., 8, 9 et 23 oct. 1973, *Pas,* 1974, I. 139, 144 et 207; 29 mars 1977, *ibid.*, 1977, I. 818; 5 sept 1979, *ibid.* 1980, I, 7; Cons. Etat, 10 juin 1975, *A.A.C.E.*, 1975, p. 522. Voy aussi J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droit de l'hamme.* 1981, p. 7 et les notes corrcspondantes..

([37]) Voy. en ce qui concerne les art. 5 et 8: Cass., 26 sept. 1978, *Pas.*, I, 126 et la note I. Cons. Cass., 3 mai 1974, *Arr. Cass.* (néerl.), 1974, et les concl. du min. publ. p. 967; Cass, 14 janv. 1976 et le concl. du min. publ., *Pas.*, I, 538.

([38]) Voy. notamm. Cass., 16 févr. 1970, *Pas.*, I, 534; 20 avril 1970, *ibid,* 723.

([39]) Cass., 26 sept. 1978, déjà cité.

Autorité des arrêts de la Cour et des décisions du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

1. *a)* La Cour n'a pas le pouvoir d'annuler la décision ou la mesure prise par un Etat membre, qui viole l'une des dispositions de la Convention. Mais comme le déclare l'article 50 de celle-ci lorsque cette "décision" ou cette "mesure se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention", et que "le droit interne ne permet qu'imparfaitement" d'en "effacer les conséquences" (...) "la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable".

L'article 50 est complété par l'article 53, qui dispose que: "Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties".

b) Il ressort de ce système que les Hautes Parties contractantes se sont engagées à ce que les Etats membres qui ont souscrit la déclaration prévue l'article 46 de la Convention ([40]) reconnaissent de plein droit aux arrêts de la Cour l'autorité de la chose jugée ([41]). Celle-ci ne vaudra pas *erga omnes* Elle ce pourra être invoquée devant juge national que par et contre l'une des parties dans la procédure devant la Cour, c'est-à-dire, selon le cas, l'Etat dont le requérant est ressortissant, l'Etat qui a saisi la Commission ou celui qui a saisi la Cour; elle pourra aussi être invoquée par et contre le requérant ([42]).

c) Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas force exécutoire comme l'ont les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. L'execution demeure sur le plan des principes et de la pratique du droit international. Mais au-delà de l'eventuelle responsabilité de droit international qui pèserait sur l'Etat qui ne se soumettrait pas aux décisions de la Cour, des procédures qui lui sont propres sont instituées par la Convention elle-même. Celles-ci assurent l'efficacité de la décision.

([40]) Voy, *supra.*

([41]) En droit belge, l'autorité de la chose jugée s'attache non seulement à ce qu'un jugement décide expressément sur un point litigieux, mais encore à tout ce qui, en raison de la contestation portée devant le juge constitue, fût-ce implicitement, le fond de la décision (Cass., 4 oct. 1978 *Pas.*, 1979, I. 166; 23 oct. 1979, *Pas.* 1980.

([42]) Il nous parait, en effet, certain qu'il faut admettre que l'art. 44 de la Convention, que dispose que "seules les Hautes Parties contractantes et la Commission ont qualité pour se présenter devant la Cour", n'exclut pas le requérant de la qualité de "partie". Même dans le sens le plus étroit des termes, la seule portée de l'article nous parait viser le droit pour le requérant de "*se présenter devant* la Cour" aux audiences de celle-ci (voy, *supra.* "Le requérant devant la Cour"). Voy aussi: J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matiére de droits de l'homme.* Bruxelles, 1981, n.[os] 30-3 et la note 52.

Elles ont donné jusqu'ici satisfaction dans le cadre des objectifs de garantie qui poursuit la Convention.

Non seulement les Etats prennent l'engagement de se conformer à la décision de la Cour, on l'a vu (art. 53), mais l'exécution de l'arrêt est surveillée par le Comité des Ministres (art. 54) et les gouvernements sont appelés à donner réponse aux questions qui leur sont posées par celui-ci. L'opinion publique est également appelée à jouer un rôle si une situation de portée générale condamnée par la Cour était maintenue telle quelle. Et, enfin, pour les situations graves qui se situeraient sur le plan de la politique des Etats en relation avec la respect des règles de la Convention, la suspension ou l'exclusion même de l'Etat du Conseil de l'Europe (43).

L'expérience révèle que les Etats tentent de se mettre en régle en se conformant aux arrêts de la Cour. En tenant compte des délais raisonnables et de la complexité que pareille obligation implique, il n'y a pas eu d'exception dans le comportement des organes des Etats membres. Les gouvernements acceptent de modifier la législation ou de donner des instructions pour éviter desormais les comportements administratifs condamnés (44).

On observera que les arrêts dans lesquels la Cour a constaté une violation de l'un des droits garantis par la Convention ont des répercussions audelà de la procédure qui a conduit à la condamnation de l'Etat en cause (45). Les conclusions auxquelles la Cour aboutit dans l'interprétation et l'application de la Convention dépassent l'intérêt individuel du requérant. La jurisprudence est susceptible d'être invoquée par tout justiciable des Etats membres devant les organes de la Convention et devant les juridictions nationales. Les Etats contractants ou adhérents seront engagés à aligner leur législation, leur réglementation ou leur pratique sur la règle énoncée par la Cour dans l'interprétation de la Convention. Les juges nationaux, dans l'application d'un droit, généralement devenu le leur par

---

(43) Statut du Conseil de l'europe, art. 8.

(44) Voy, *infra* dans ce chapitre, la section II, *a*) à *f*).

(45) Voy, l'importante note de M.e Pierre Lambert sous l'arrêt *Le Compte, Van Leuven* et *De Meyere contre l'Etat belge, J. T.*, 1981, pp. 625 et. s.; ainsi que le rapport de sir Vincent Evans sur *La Convention européenne des droits de l'homme par rapport à d'autres isntruments internationaux pou la protetion des droits de l'homme.* coll. Conseil de l'Europe, 1979, spéc. p. 193. Cons. aussi la communication faite par M.M.A. Eissen au collège de la Faculté de Droit de Grenoble sur "L'autorité des arrêts et des décisions des organes de la Convention européenne des droits de l'homme". 1973. *Revue des droits de l'homme.* vol. VI, 1973, pp. 747-752.

son effet direct, seront sans doute normalement enclins à s'y ranger, pour éviter qu'a la requête d'une nouvelle "victime" de la violation, l'Etat dont ils sont un organe ne risque d'encourir lui aussi une condamnation.

d) Reste, enfin, la portée de la jurisprudence interprétative des dispositions de la Convention, au-delá de l'autorité de la chose jugée entre parties.

Les arrêts de la Cour ont-ils une "autorité de la *chose interprétée*"? On sait que c'est là l'autorité que l'on reconnaît généralement aux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, rendus sur question préjudicielle posée par les juridictions de droit interne en vertu de l'article 177 du Traité C.E.E. (46); ci cette autorité est déterminante pour les juridictions des Etats membres et si on ne connaît pas de décision d'une juridiction de droit interne qui se soit éloignée de l'interprétation qui lui a été donnée, elle n'est pas absolue (47), en ce sens qu'elle ne prive, en principe, pas " une juridiction nationale (...) du droit de remettre en cause une interprétation déjà formulée..."; mais, comme l'écrit le professeur Boulouis, la pratique est telle que l'on tient "pour académique" d'en débattre (48).

Bien que la compétence d'interprétation de la Cour de Strasbourg s'exerce de manière très différente de celle de la Cour de justice des Communautés (49), on n'aperçoit pas la raison pour laquelle on ne parlerait pas, ici aussi, d'une doctrine de l'autorité de la chose interprétée. On observera que, lorsque la Cour interprète une disposition déjà interprétée, elle a soin, dans un souci de stabilité de jurisprudence *rebus sic stantibus* et donc de sécurité juridique, de rappeler dans l'arrêt même l'interprétation donnée dans ses arrêts antérieurs (50).

Sans doute n'est-ce pas le juge national qui soumet à la Cour la demande d'interprétation de la Convention, au regard d'une situation don-

---

(46) Voy. J. Boulouis, "A propos de la fonction normative de la jurisprudence", *Mélanges offers à Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 149 et s., spéc. pp. 156-159. Voy. aussi: Traité C.E.E.A., art. 150, et les art. 20 et 21 du statut de la Cour de justice.

(47) Voy sur les limites du pouvoir de la Cour de justice, lorsque celle-ci est appelée à "statuer à titre préjudiciel" le jugement du tribunal d'instance de Lille du 15 juill. 1981 et la note, très vive de ton, du professeur Boulouis, *D.S.*, jur., 1982, pp. 9 et s.

(48) Boulouis, *ibid.* p. 156.

(49) En efet, la Convention prévoit une phrase préalable au rapport final de la Commission: l'obligation de celle-ci de tenter "un réglement amiable" (art. 28, *b*). C'est là une partie importante de la procédure.

(50) La jurisprudence de la Cour est invoquée aussi dans les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme.

née qui se présente dans une affaire déterminée dont il est saisi, mais bien l'une des Hautes Parties contractantes ou la Commission en matière contentieuse. L'article 45 de la Convention le dit expressément et formellement: "La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires *concernant l'interprétation* et l'application *de la présente Convention* que les *Hautes Parties contractantes ou la Commission lui soumettront...*" (51). Multiples sont les actes de saisine de la Cour par des Etats membres, dans des procédures introduites à la Cour par la Commission, dans lesquels l'interprétation d'une disposition de la Convention, en vue d'apprécier s'il y a violation, est l'object invoqué par le gouvernement, et où il le dit explicitement (52).

Cette autorité de la chose interprétée sa rapproche de celle qu'a la jurisprudence de la Cour de cassation, dont les arrêts bien que n'ayant pas, en droit interne, l'autorité de la chose jugée, hormis sur la cassation, contribuent éminemment à fixer l'interprétation de la "loi" (53).

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'interprétation des dispositions de la Convention, directement incorporées dans la droit interne, contribue, par le jeu de ce vaste mécanisme de coordination et d'unification progressive du droit, à accroître le respect des droits fondamentaux au seins des Etats membres.

Une procédure, distincte des mesures concernant les arrêts de la Cour, est prévue dans la Convention — même en ce qui concerne les décisions du Comité des Ministres, saisi par le rapport de la Commission. Cette procédure s'engage dans des voies proches de l'exécution: le Comité "fixe un délai dans lequel la Haute Partie contractante intéressée *doit* prendre les mesures qu'entraine la décision" (art. 32, al. 2). Et si "des mesures satisfaisantes" n'ont pas été adoptées dans le délai imparti, le Comité des Ministres "donne à sa décision... les suites qu'elle comporte et publie le rapport" (al. 3). La publication du rapport jointe à l'éventualité de la responsabilité internationale de l'Etat en cause créerait évidemment pour celui-ci, au point de vue international, une situation grave.

---

(51) Souligné par nous.

(52) C'est notamment le cas du gouvernement belge dans l'affaire *Van Drogenbroek*, actuellement au rôle de la Cour; voy. *Doc Cour* (81) 1; cons. aussi: aff. *camphell contre Cosans. Doc. Cour* (80) 16; aff. *Schiesser, Doc. Cour* (79); aff. *Engel*, série B, n.° 20, p. 151.

(53) Mais sur l'autorité des arrêts de la Cour de cassation, voy, les art. 1119 à 121 du Code judiciaire, qui règlent la procédure dans le cas — rare — où, aprés une cassation, le dossier est attaqué par les mêmes moyens que ceux du premier pourvoi.

2. Etant données les conditions très diverses dans lesquelles se commettent les violations constatées par la Cour à charge des Etats, les mesures prises par ceux-ci pour se conformer à l'avenir à la Convention, là où il s'agit de situations qui se prolongent ou de situations permanentes — amendements apportés à la législation ou à la réglementation, circulaires ministérielles modifiant les instructions en cours, jugements et arrêts des cours et tribunaux — ne sont pas systématiques. Elles varient nécessairement. Sans doute n'est-il pas sans intérêt d'en donner ici quelques exemples issus, ici aussi, de la jurisprudence de la Cour.

a) Dans la deuxième affaire que la Cour fut appelée à traiter, l'affaire *De Becker,* introduite par une recours individuel contre l'Etat belge, le gouvernement prit l'initiative, déjà pendant le cours de la procédure, de déposer un projet de loi amendant la législation attaquée dans la requête, pour supprimer dans la loi les dispositions qu'il était demandé à la Cour de condamner comme violant la Convention.

Raymond De Becker, journaliste et écrivain de nationalité belge, avait, sous l'occupation de la Belgique, collaboré avec les autorités allemandes en qualité de rédacteur en chef d'un quotidien. *Le Soir,* soustrait à ses propriétaires, dans lequel il prônai la politique de l'ennemi. Il fut condamné par la cour militaire pour crime contre la sûreté extérieure de l'Etat à la détention perpétuelle et à la privation à vie du droit de participer "à l'exploitation, l'administration, la rédaction, l'impression ou la diffusion d'un journal ou de toute publication". La requête invoquait la violation de l'article 10 de la Convention, qui garantit la liberté d'expression, et de l'article 17. Sur le projet du gouvernement, la disposition du Code pénal critiquée fut abrogée par le Parlement belge, déjà au cours de la procédure devant la Cour. La Cour se borna, dans ces conditions, par son arrêt du 27 mars 1962 rendu sous la présidence de M. René Cassin, de rayer la cause de son rôle (série A, n.º 2) (54) (97).

---

(54) On se référera aussi avec intérêt à l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp contre Etat belge* (Aff. dite des "vagabonds", arrêt du 18 juin 1971, série A, n.º 12). Violation de l'art. 5, § 4 de la Convention: les requérants, internés comme vagabonds par décision du juge de paix, statuant comme juge de police, n'ayant pas disposé d'un recours auprès d'un tribunal contre les décisions ordonnant leur internement.

Le gouvernement belge a déposé, la veille du prononcé de l'arrêt, un projet de loi revisant la législation sur le vagabondage, qui datait de 1891 et fit voter le 6 août 1971 une loi qui instituait un recours devant le tribunal correctionnel contre les décisions du juge de paix statuant en matière de vagabondage.

(97) A decisão do "caso De Becker", está sumariada no n.º 2 deste Boletim.

b) Dans l'affaire *Engel contre les Pays-Bas* (aff. des militaires néerlandais), qui concernait la conformité des détentions subies par plusieurs militaires en service actif pour des infractions à la discipline militaire, à l'article 5, § 1er de la Convention, la Cour avait, par son arrêt du 8 juin 1976, constaté une violation de cette disposition, tant en raison des conditions dans lesquelles l'un de ces militaires avait subi des "arrêts provisoires de rigueur", qu'en tant que ces arrêts de rigueur avaient excédé 24 h. Elle avait, par ailleurs, décidé qu'il y avait violation de l'article 6, § 1er de la Convention, les débats concernant des délits d'infration à la discipline militaire commis par trois autres de ces militaires ayant eu lieu à huis clos devant la Haute Cour militaire (série A, n.° 22).

Le gouvernement des Pays-Bas a fait savoir au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe que, tant la législation sur la discipline militaire et le règlement de discipline que le Code de procédure des armées de terre et de l'air, avaient été amendés de manière à les rendre conformes aux dispositions de la Convention, dans leur interprétation par la Cour (55).

c) Dans l'affaire de la *République d'Irlande contre le Royaume-Uni,* action interétatique, fondée sur l'article 3 de la Convention, qui interdit la "torture et les peines ou les traitements inhumains ou dégradants", un certain nombre de faits étaient dénoncés comme commis par les autorités civiles et militaires britanniques en Ulster dans l'exercice de pouvoirs "extrajudiciaires" d'arrestation, de détention e d'internement. Les faits se situaient successivement dans la période qui allait en 1969 et 1970 jusqu'à l'introduction de l'internement en 1971, en vue du respect de *law and order;* dans celle qui allait de l'introduction de l'internement jusqu'à l'instauration de l'administration directe *(direct rule),* du 30 mars 1972 *(Detention of terrorists order, 1972)* au 5 février 1973; de février 1973 à août 1973 *Northern Ireland Emergency Provisions Act, 1973);* enfin, de la période qui allait s'étendre jusqu'au mois d'août 1975 *(Northern Ireland Emergency Provisions Amendment Act, 1975).*

Dans ce programme continu de réformes des mesures de défense contre l'accroissement du terrorisme, le gouvernement demandeur avait relevé un certain nombre d'actes qu'il dénonçait comme violant l'article 3 de la Convention.

---

(55) En droit belge, les arrêtés royaux d'exécution de la loi du 14 janvier 1975 portant règlement de discipline des forces armées ont été modifiés en s'inspirant des règles énoncées par l'arrêt.

La Cour, dans son arrêt du 18 janvier 1978, a décidé, après avoir écarté l'existence de tout acte de "torture" que deux groupes de faits, qualifiés par l'autorité "les cinq techniques" d'interrogatoire dont il fut usé, et d'autres pratiques adoptées vis-à-vis des internés étaient des "traitements inhumains" (série A, n.° 25).

Nombre de faits avaient été reconnus par le premier ministre du Royaume-Uni avec une grande loyauté à la Chambre des communes. D'autres restaient contestés devant la Cour.

Le gouvernement fit part au secrétaire général du Conseil de l'Europe de ce que les instructions aux autorités compétentes sur place avaient été modifiées et que les pratiques que la Cour avait considéré comme violant l'article 3 de la Convention, en ce compris les "cinq techniques" d'interrogatoire, avaient été formellement interdites.

d) L'affaire *Guzzardi contre la République italienne* (affaire dite des *mafiosi* concernait le droit à la liberté et la régularité des conditions de détention. (Convention, art. 5). L'intéressé avait été condamné pour complicité dans l'enlévement d'un industriel, libéré après paiement d'une rançon considérable, mais seule était en cause devant la Cour une privation de liberté au cours de l'instruction préparatoire, qui fut fort longue.

En vertu de l'article 272, alinéa 1er du Code de procédure pénale italienne, la détention préventive ne peut dépasser 2 ans. A l'expiration de ce terme, l'instruction n'étant pas terminée et devant être longue encore, Guzzardi, qui avait de lourds antécédents judiciaires, était connu comme étant l'un des plus dangereux d'un groupe de *"mafiosi"*, fut placé sous "surveillance spéciale", au sens de l'article 3 de la loi n.° 1423 du 27 décembre 1956, pour 3 ans à l'île de l'Asinara.

Or, le séjour dans cette île répondait à un total isolement et à des conditions qui étaient celles d'un "camp de concentration". Elles étaient, dans la réalité des faits, une prolongation déguisée de la détention préventive, arrivée à son terme.

La Cour, par son arrêt du 6 novembre 1980, constata qu'il y avait violation de l'article 5 de la Convention, le séjour de Guzzardi à l'île de l'Asinara ne correspondant à aucune des exceptions "légales" au droit à la liberté. Elle accorda à l'intéressé une satisfation équitable (série A, n.° 39).

Le gouvernement italient fit savoir au secrétaire général du Conseil de l'Europe qu'il ne serait plus procédé dans des conditions pareilles à des mesures de surveillance spéciale" et que l'île de Asinara ne serait plus affectée à des restrictions de cette nature à la liberté.

e) L'affaire du *Sunday Times contre le Royaume-Uni*, qui présentait au point de vue à la fois juridique et social un grand intérêt, concernait une très ancienne et respectable institution du droit anglais, commune aux traditions des pays de *common law*: le contempt of court. La traduction française est difficile. Peut-être peut-on traduire approximativement la locution par "mépris de sa justice". La notion n'existe pas dans notre droit.

Le *contempt of court* est "une procédure permettant aux tribunaux d'empêcher ou de réprimer un comportement de nature à influencer ou à entraver l'administration de la justice, lui nuire ou la déjouer dans une affaire en cours; elle a pour but de protéger non la dignité des juges, mais l'administration de la justice et la prééminence fondamentale du droit" ([56]), spécialement du droit de la défense loyale des intérêts des parties.

Il s'agissait en l'espèce d'une campagne de presse portant sur la responsabilité et l'imputabilité de faits dont la juridiction était saisie, et qui était de nature à exercer une influence sur la decision des juges, en risquant de compromettre pour les parties ou l'une d'elles — coupable ou non d'une faute — le droit de jouir d'une procédure judiciaire régulière.

C'est là une institution appelée à porter remède à des situations que fréquemment on déplore dans notre pays.

Le *contempt of court* constitue une *criminal offence* (infraction de caractère pénal) passible de peine d'emprisonnement sans limite de durée et d'amende sans limite de montant.

Voici les faits. De 1958 à 1961 la Distillers Company Ltd. avait fabriqué et répandu dans le commerce dans le Royaume-Uni des médicaments comprenant de la "thalidomide", qui étaient prescrits comme sédatifs aux femmes enceintes. Comme on le sait, des femmes qui en avaient absorbé pendant leur grossesse donnèrent le jour à des enfants atteints de malformations graves. On enregistra 450 naissances de ce genre. A des actions intentées par des parents d'enfants-monstres, la Distillers se défendit en contestant s'être montrée négligente.

Après plusieurs accords conclus et d'autres envisagés, le *Sunday Times* écrivit un article dans lequel il insistait sur la négligence des fabricants et fit par à *l'attorney general* de son intention de le publier, après lui en avoir exhibé le texte.

([56]) Extrait du rapport de la commission instituée en 1971 par le *Lord chancellor* et le *Lord advocate*. La présidence en fut confiée au *Lord justice* Phillimore, dont elle portera le nom dans les annales du Parlement de Westminster. Le rapport de la Commission, qui avait pour objet de rechercher si le droit de *contempt* devait subsister tel quel, fut présenté au Parlement en déc. 1974. Voy l'arrêt C.E.D.H., §§ 18 et 36.

L'*attorney general* requit la *Divisional Court* de la *Queen's bench division* de rendre une ordonnance interdisant la publication de l'article, qui était de nature à constituer un *contempt of court,* un certain nombre d'actions émanant de parents qui n'avaient pas voulu accepter la proposition d'accord se trouvant *sub judice.* La Cour fit droit à ces réquisitions, constatant qu'il y avait volonté délibérée d'influer sur le cours d'une affaire soumise au juge.

Un recours fut exercé contre le jugement par la Times newspapers Ltd. devant la *Court of appeal.* Celle-ci réforma la décision des trois juges de la *Queen's bench division* en ayant égard à deux considérations: au moment où l'article devant être publié, des négociations étaient en cours et la procédure étant "en sommeil", ne pouvait pas être influencée par la publication de l'article; il fallait mettre en balance l'intérêt général que représentait la publication liée à un sujet devenu une préoccupation nationale et les garanties de stricte impartialité auxquelles les parties avaient droit. La première considération pesa plus lourd dans la balance.

La Cour débouta l'*attorney general* de son action et celui-ci se vit refuser par la *Cour of appeal* le droit d'exercer un recours contre cet arrêt. Mais la *House of lords,* juridiction suprême, le lui accorda. Et la procédure du *contempt of court,* qui mettait en cause la vénérable institution, principe fondamental de l'organisation judiciaire anglaise, recommença devant la juridiction suprême.

L'analyse de l'institution et l'exposé de sa justification par chacun des *5 law lords* constituaient une admirable leçon de droit: les tribunaux doivent protéger les parties contre le préjudice que constitue pour elles le "jugement prématuré", sans garantie d'impartialité, et la publicité d'un "procès par la presse". Si l'on permet aux media de juger, quel sera désormais le sort des causes impopulaires? Que deviendront les droits d'une défense que doit garantir la procédure judiciaire et impartiale régulière? Seuls peuvent être considérés comme établis les faits qui le sont en conformité avec l'observation des normes relatives à la preuve. Il n'est pas licite de préjuger de questions pendantes devant les tribunaux. Le *contempt of court* est une condition de la bonne administration de la justice et de la confiance que les parties ont et doivent garder en elle.

La Chambre des lords, statuant à l'unanimité, ordonna le renvoi de la cause à la *High court,* prescrivant à celle-ci d'interdire à Times newspapers

Ltd. de publier tout article qui "jugerait prématurément" les questions de la négligence ou de la violation d'une obligation, ou qui traiterait des éléments de preuve soulevés dans toute action pendante ou imminente contre la Distillers Ltd. concernant la distribution des médicaments Thalidomide.

L'*attorney general* requit la levée de l'injonction des que les procédures judiciaires furent terminées.

Après la clôture des procédures judiciaires de droit interne, le gouvernement fit paraître un "livre vert" ([57]) destiné à fournir au Parlement une base objective de discussion. Le gouvernement et le Parlement attendaient l'arrêt de la Cour sur cette question essentielle pour la liberté d'opinion, en particulier pour la liberté de la presse.

La Cour, dans son arrêt du 26 avril, 1979, rendu en cour plénière (série A, n.° 30), considéra que l'article 10 de la Convention, en ce compris son § 2, qui admet que l'ingérence de l'Etat est légitime quand elle se produit pour "garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire", ne permettait pas de se rallier à la doctrine des effets du *contempt of court,* telle qu'elle avait été énoncée dans le jugement de la Chambre des lords.

Cette doctrine ne permet pas, aux yeux de la Cour, d'admettre que l'ingérence de l'autorité dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, en l'espèce du droit à la liberté de la presse, était légitime. La Cour n'admet pas que le *contempt of court,* tel qu'il avait été déclaré fondé et légitime dans le cas d'espèce par la Chambre des lords dans son jugement, était une *"mesure necessaire dans une société démocratique (... pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire".* (Convention, art. 10, § 2).

Bien que la Cour n'ai statué que sur le cas d'espèce qui lui était soumis, la répercussion de l'arrêt mettant en cause la légitimité du *contempt of court* au regard de la Convention fut considérable en Angleterre ([58]). Mais le gouvernement s'inclina. Il a élaboré un projet de loi portant amendement à la législation en matière de *contempt of court,* dont l'application a entrainé une violation de l'article 10 de la Convention. Le Parlement est actuellement saisi de ce projet (resolution du Comité des Ministres D. H. (81) 2, prenant acte de la communication du gouvernement du Royaume-Uni).

([57]) Le "livre vert", à l'opposé de ce qu'est le "livre blanc", n'adopte et ne défend pas de thèse dans la tradition britannique. Il se borne à exposer objectivement une situation.

([58]) Cons. notamm.: F.A. Mann, "Contempt of court in the House of lords and the European court of human rights", *Law quarterly review* July 1979, pp. 348 et s.

f) On citera enfin une affaire, qui a aussi provoqué, tant par son objet que par les répercussions qu'elle était de nature à faire naître, une profonde émition au Royaume-Uni: l'affaire *Young, James et Webster* ([59]), dans laquelle les recours introduits par ces 3 travailleurs des chemins de fer posaient un grave problème de droit syndical, qui intéressait en 1980 environ 5 millions de travailleurs (§ 13): celui du *closed shop*.

La notion de *closed shop* est celle d'une entreprise dans laquelle, "à la suite d'un accord ou arrangement entre un ou plusieurs syndicats et un ou plusieurs employeurs ou associations d'employeurs, les salariés d'une catégorie déterminée sont, en pratique, obligés d'appartenir ou d'adhérer à un syndicat désigné. La loi n'astreint pas les employeurs à recueillir directement le consentement ou l'avis de chaque salarié avant de donner effet à de tels accords ou arrangements" (§ 13). L'expression a passé de l'entreprise au système. Celui-ci existait depuis de nombreuses années au Royaume-Uni. "Depuis les années 1920, les tribunaux reconnaissaient la légitimité de l'objectif syndical consistant à promouvoir les intérêts des syndicats au point d'imposer le licenciement des non-syndiqués ou l'interdiction de les embaucher" (§ 14).

Une loi de 1971 libéralisa le systéme. "Elle frappa de nullité les accords de *closed shop* avant l'embauche (...) et donna aux travailleurs, sous réserve de certaines exceptions, le droit de ne pas se syndiquer ou de refuser de s'inscrire à un syndicat déterminé" (§ 18). Mais depuis 1971, "les changements de majorité au pouvoir ont entraîné des modifications de la portée et du contenu de la législation en vigueur". Le reflux se produisit en 1974. Le *Trade union and labour relations act* abrogea la loi de 1971. Elle supprima l'interdiction des *closed shops* et le droit de ne pas se syndiquer. A la suite de plusieurs modifications successives de la législation, le principe du renvoi d'un salarié pour refus de s'affilier au syndicat désigné dans le cadre du *closed shop* fut, hormis le cas où le refus était fondé sur des raisons d'ordre religieux, admis comme étant réputé non abusif par la loi relative aux "licenciements abusifs" ([60]). *British Rail* avait entretemps (en juill, 1975) conclu avec des syndicats, qui répondaient aux diverses catégories de salariés des chemins de fer, un accord répodant aux conditions strictes du *closed shop* avec toutes les contraintes que le système comporte.

([59]) C.E.D.H. 13 août 1981, série A, n.º 44.
([60]) *Employment Act*, 1980.

Les trois requérants refusèrent de s'affilier au syndicat imposé. Tous trois se virent notifier leur licenciement, ce qui équivalait pour eux à l'impossibilité de touver du travail dans les limites de leur formation de travailleur du chemin de fer. Ils exercèrent un recours pour violation de l'article 11 de la Convention, qui garantit la liberté d'association, en ce compris la liberté syndicale ([61]).

Bien que l'article 11 de la Convention ne prévoie pas explicitement le "droit négatif" en matière de liberté syndicale, c'est-à-dire le droit de ne pas s'affilier à un syndicat, et que délibérément ses auteurs ont "jugé inopportun d'introduire dans la Convention la règle d'après laquelle null ne peut être obligé de faire partie d'une association (§ 51), la Cour constata que le traitement infligé aux 3 requérants "va sans nul doute à l'encontre du concept de liberté d'association au sens négatif (§ 55).

Elle décida "que, dans les circonstances de la cause, pareil type de contrainte touche à la substance même de la liberté d'association telle que la consacre l'article 11 de la Convention, et que, pour cette raison déjà, il y a eu atteinte à cette liberté dans le chef de chacun des trois intéressés" (§ 55).

Le 23 novembre 1981, M. Norman Tebbit, secrétaire d'Etat à l'emploi, rendit publique une déclaration du gouvernement annonçant son intention d'introduire dans la législation, au cours de l'actuelle session parlementaire, des mesures appelées à porter remède à un certain nombre d'abus en ce qui concerne le "pouvoir syndical". Il se référait notamment au système du *closed shop,* précisant que l'application de ce système a fait apparaître "la nécessité de voir la législation renforcer davantage la protection individuelle dans le cadre de l'*employment act*" ([62]).

([61]) Convention, art. 11, § 1[er]: "Toute personne a droit à la liberté (...) d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts".

([62]) "The enforcement of *closed shop* agreements, regardless of the wishes of their employees, and their dismissal of non-union employees regardless of their rights, have reinforced the need for legislation to strangthen further the protection for individuals provided by the employment act" (*Times*, 24 nov. 1981).

Règles d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme vues à la lumière de la jurisprudence de la Cour

Charles De Visscher, dans l'oeuvre admirable que représentent l'ensemble des réflexion qu'il a consacrées l'interprétation en droit international public, situe de manière frappante le rôle de l'interprétation dans l'oeuvre du juge "L'interprétation à une mission sociale de première importance. En éclairant la règle de droit, elle en consolide les applications. Une règle qui, par obscurité, contradiction ou lacune, reste déficiente est une règle qui, par défaut d'adaptation, manque à sa fin sociale première; elle est une source de contestations qui pésent sur les activités humaines" (63).

La part de l'interprétation est prépondérante dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour entend que l'incertitude ne pèse pas sur les activités de institutions. Elle a adapté sa méthode d'interprétation à l'objectif qui domine la matière qu'elle embrasse.

Dans cettre "oeuvre d'art juridique" qu'est interprétation, pour reprendre la langage de Charles Rousseau (64), plus vrai que jamais là où il s'agit de la Convention, la Cour attache à l'*object et au but* une importance primordiale Parmi les éléments dont il y a lieu de tenir compte selon la règle générale d'interprétation inscrite dans l'article 31 § 1er de la Convention de Vienne sur le droit des Traités à laquelle elle se réfère longuement dans l'arrêt *Golder* (65) — la bonne foi, les termes dans leur contexte, l'objet, le but — la Cour fait peser fermement dans son raisonnement généralement guidé et inspiré par une philosophie progressiste, le but qu'elle lie à l'objet: la *sauvegarde* (66) des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (98)

Le "but" du Traité est le moyen de réaliser son "objet". Les deux éléments auxquels se réfère le § 1er de l'article 31 de la Convention de Vienne sont proches. Ils sont confondus dans la Convention et sont une pièce maîtresse des principes d'interprétation de la Cour. Ils apparaissent à

(63) Charles De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, pp. 11 et 12.

(64) Ch. Rousseau, *Droit international*, t. I. 1970, n.º 250, p. 291.

(65) C.E.D.H., série A, 18, §§ 34 et 35.

(66) Le terme "sauvegarde" dans l'intitulé de la Convention répond à la volonté d'assurer aux droits de l'homme la protection la plus complète, "sauvegarde" est plus proche de l'absolu que "garantie".

(98) Portugal não é Parte na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.

la fois dans le préambule de la Convention elle-même et dans celui du Conseil de l'Europe, au sein duquel la Convention fut conçue et conclue. Aux termes du préambule de la Convention, le but de celle-ci est de réaliser non seulement la "sauvegarde des droits de l'homme", mais, on l'a dit, leur *dévéloppement*. Il y est question aussi de "prendre les *premiéres* mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle". Une volonté progressiste analogue apparait dans le préambule du statut du Conseil de l'Europe. Celui-ci se référe, en effet, à la volonté de "sauvegarder et de faire triompher progressivement" un idéal, qui comporte notamment les "principes de liberté individuelle, de liberté politique et de préeminence du droit". De part et d'autre, le préambule guide, par les aspirations qu'il révèle clairement, le juge dans la voie d'une interprétation à la fois téléologique et évolutive des termes de la Convention et de ses protocoles que leur matière même implique (67).

Les normes dans lesquelles les droits de l'homme s'expriment ne sauraient être statiques. Le juge international européen doit prendre en considération les transformations survenues dans la société. Il ne peut non plus être indifférent à l'évolution du droit dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. En réalité la Cour de Strasbourg, qui a la charge d'appliquer une Convention largement issue de l'inspiration, sinon de la conjugaison des systèmes constitutionnels des Etats contractants (68), ne saurait prendre de décision sans approches comparatives sur le terrain du droit public interne des Etats membres, dans leur évolution. Ces Etats vont devoir s'aligner sur sa décision, qui va avoir pour effet de créer un système. La Cour ne saurait y être indifférente. La jurisprudence de la Cour reflète cette doctrine avec constance.

La Convention contient de multiples règles énoncées brièvement et en termes larges. Il apparaît certain, à lire les travaux préparatoires, que ses auteurs ont entendu ne pas enserrer, ni les Etats, ni les bénéficiaires de la garantie des droits dans un réseau de stricte et étroite portée (69). La Cour

---

(67) Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. I, 1970, n.° 250, p. 291.

(68) Notre étude: "la référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Rev. intern. dr. comp.*, 1980, pp. 317 et s., spéc. p. 322.

(69) Le problème se pose autrement pour l'interprétation des règles restrictives de ces droits et libertés et des conditions d'ingérence de la puissance publique dans leur exercice (cf. Convention, §§ 2 des art. 8, 9, 10 et 11; premier protocole additionnel, art. 1er, al 2). Ménageant, dans ces cas, une exception à un droit garanti par la Convention, ces §§ 2 appellent une interprétation étroite (aff. *Klass*, série A, 28, § 42: aff. *Sunday Times*, série A, 30, § 65).

a égard au contenu de la notion. Elle ne s'arrêt que très subsidiairement à son aspect formel.

La Cour est donc amenée, en raison de l'objet et du but de la Convention, à prendre, dans son application, des libertés avec les principes de l'interprétation classique en droit international conventionnel.

Sa jurisprudence reflète, en effet, trois tendances: le caractère *autonome* de l'interprétation des termes de la Convention et de ses protocoles; le caratère à la fois *évolutif* et *téléologique* de cette interprétation.

On observera que ce sont là des directives qui inspirent aussi dans une large mesure la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg dans l'exercice du pouvoir d'interprétation que lui atrribue l'article 177 du Traité C.E.E. (150, C.E.E.A.) ([99]).

C'est à travers la jurisprudence de la Cour que se mesure, mieux que par des raisonnements théoriques, l'étendue et la profondeur des effets de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme sur la vie individuelle et collective au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Interprétation autonome.

On ne saurait, dans une étude de cette nature, analyser tous les cas d'autonomie d'interprétation que reflète la jurisprudence de la Cour qui attribue un caractère propre à de nombreuses notions qui apparaissent dans les articles de la Convention. L'article 6 ([70]) de ce code des exigences de la juridiction et du caractère équitable du procès qui a exercé une influence directe et profonde sur la durée des détentions préventives dans les procédures de droit interne, est sans doute le terrain sur lequel le caractère autonome des termes de la Convention s'est le plus fréquemment et le plus clairement exprimé. On le choisira ici à titre d'exemple des méthodes d'interprétation de la Cour.

([70]) Convention, art. 6 § 1[er]: "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des *contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*, soit du bien-fondé de toute *accusation en matière pénale* dirigée contre elle...".

([99]) O Tratado CEE encontra-se publicado no n.º 1 deste Boletim. É precedido do estudo do Dr. Santos Pais — "A Comunidade Económica Europeia (Sua Génese).

a) Rappelant plusieurs éléments de sa jurisprudence antérieure, la Cour a consacré dans l'arrêt *Konig contre la République fédérale d'Allemagne* ([71]), d'importants développements à la notion autonome des "droits et obligations de caractère civil", qui s'écarte du sens que ces termes ont en droit interne dans la République fédérale ou dans celui d'autre Etats membes du Conseil de l'Europe. Il s'agissait de savoir si l'interdiction de continuer à exploiter une clinique privée et celle de continuer à exercer la profession médicale, qui avaient été prononcées contre le D'König par le tribunal administratif de Francfort, devaient bénéficier des garanties de procédure juridictionnelle et du "délai raisonnable" exigés pour les "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil", comme le soutenait le requérant. La Commission et le gouvernement s'accordaient pour soutenir que la notion devait être interprétée dans son sens de droit commun par référence au droit interne de l'Etat défendeur.

L'intérêt du raisonnement de la Cour caractéristique de sa jurisprudence, justifie sans doute de rappel ici, à titre d'exemple, de quelques passages de l'arrêt:

"Pour savoir si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil, seul compte le caractère privé du droit qui se trouve en cause. Toute autre solution risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention (cf. *mutatis mutandis,* arrêt *Engel,* p. 34 § 81)... (§ 88)...

"Si la Cour conclut ainsi à l'autonomie de la notion de "droits et obligations de caractère civil", elle ne juge pas pour autant dénuée d'intérêt, dans ce domaine, la législation de l'Etat concerné. C'est, en effet, au regard non de la qualification juridique mais du contenu matériel et des effets que lui confére le droit interne de l'Etat en cause, qu'un droit doit être considéré ou non comme étant de caractère civil, au sens de cette expression dans la Convention. Il appartient à la Cour, dans l'exercice de son contrôle, de tenir compte (...) de l'objet et du but de la Convention ainsi que de systèmes de droit interne des autres Etats contractants (cf. arrêt *Engel,* p. 35, § 82... (§ 89...)".

La Cour a admis la violation par la République fédérale de l'article 6, § 1[er] de la Convention faute par le tribunal administratif de Francfort d'avoir satisfait aux garanties de la procédure juridictionnelle que cette disposition impose ([100]).

([71]) C.E.D.H., 28 juin 1978, série A, n.º 27.

([100]) O texto da decisão no "caso Konig" está publicado no n.º 2 deste Boletim.

b) Il s'agissait aussi, dans l'affaire *Le Compte* contre Etat belge (arrêt du 23 juin 1981 rendu en cou plénière, série A, 43), des "droits et obligations de caractère civil", dans le sens autonome que la Cour a attribué à cette notion dans l'arrêt *König* (72). Mais, dans l'affaire *Le Compte,* la question du sens à donner au terme *"contestation",* dans l'ensemble de la locution figurant à l'article 6, § 1er, était à l'avant-plan du raisonnement de la Cour. Elle rappela qu'elle avait décide dans son arrêt *Ringeisen* du 16 juillet 1961 (73) qu'"il n'est pas nécessaire pour que l'article 16, § 1er, s'applique à une contestation, que les deux parties au litige soient des personnes privées. Le libellé de l'article 6, § 1er, est beaucoup plus large; les termes français "contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil" couvrent toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé (...). Peu importent, dès lors, la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (...) et celle de l'autorité compétente (...)" (série A. n.° 13, p. 39, § 94). "Si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est donc pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique"... (arrêt *König,* § 90).

En ce qui concerne la publicité de la procédure juridictionnelle, exigée par l'article 6, § 1er (toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... *publiquement*) la Cour donne aussi au terme une interprétation autonome par rapport au sens commun du mot en droit interne: "La publicité de la procédure devant la Cour de cassation de Belgique ne saurait suffire à combler la lacune constatée. En effet, la Haute juridiction "ne connaît pas du fond des affaires" (art. 95 de la Constitution), de sorte que de nombreux aspects des "contestations" relatives aux "droits et obligations de caractère civil" échappent à son contrôle (...) Pour de tels aspects, qui existaient en l'espèce, il n'y a eu ni débats publics ni décision rendue en public comme le veut l'article 6, § 1er" (§ 59).

La Cour conclut que la cause des requérants n'a pas été entendue publiquement par un tribunal jouissant de la plénitude de juridiction. Sur ce point, il y a eu méconnaissance de l'article 6, § 1er.

En vue de se conformer à l'obligation que consacre l'article 53 de la Convention, le gouvernement belge a chargé le Conseil d'Etat d'établir un

---

(72) C.E.D.H., arrêt *konig,* 28 juin 1978, déjà cité.

(73) C.E.D.H., arrêt *Ringeisen,* 16 juill 1971, série A, 13, § 94.

avant-projet de loi qui réponde aux exigences de la Convention telles qu'elles ont été interprétées par la Cour.

c) La Convention n'exige pas, aux veux de la Cour, les garanties juridictionnelles du procès équitable prévues par l'article 6, § 1er, la seulement où il s'agit de "contestations sur (les) droits et obligations de caractère civil"; elle les impose également et a *fortiori* lorsque le tribunal" est appelé à "décider (a)"... du bien-fondé de *toute accusation en matière pénale"*.

La notion d'"accusation" fait aussi objet d'une interprétation autonome. La Cour a pris position à ce sujet à plusieurs reprises (74). Elle a exposé sa doctrine de manière précisé dans deux arrêts, admettant dans les deux cas qu'il y avait *"accusation en matière pénale"*.

L'un d'eux est l'arrêt *Engel contre le Royaume des Pays-Bas,* dont il a déjà été question (75). Il s'agissait dans cette affaire d'infractions à la discipline militaire. La Cour observe que "si les Etats... pouvaient à leur guise qualifier une infraction disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine" (§ 81). Elle prend, dans son interprétation autonome, comme critère fondamental la sévérité de la sanction disciplinaire, privative de liberté, pour admettre, malgré l'étiquette "disciplinaire", ces sanctions, comme de caractère pénal et, par conséquent, l'arrestation, en vue de cette sanction, comme une "accusation". Elle décide que ces sanctions ne peuvent être prononcées par l'autorité hiérarchique.

d) La notion de l'"accusation en matière pénale" au sens de la Convention s'est aussi posée à la Cour dans l'affaire *De Weer contre l'Etat belge* (27 févr. 1980, série A, 35). Il s'agissait de la procédure que dans la langue courante, on appelle la "transaction".

Par sa proposition de "transaction" le parquet avait-avait offert à M. De Weer, boucher de son état, tout en procédant à la fermeture de son établissement, un moyen "d'éviter les porsuites", en l'espèce le paiement d'une somme de 10.000 FB. Le versement avait été fait. Il avait éteint toute action publique.

---

(74) C.E.D.H., arrêt *Neumeister*, 27 juin 1968, série A, n.° 8, p. 41, § 18, à rapprocher du 2e alinéa de la p. 28 et du 1er alinéa de la p. 35; voir aussi arrêt *Wemhoff*, 27 juin 1968, série A, n.° 7, pp. 26-27, § 19; arrêt *Ringeisen*, 16 juill. 1971, série A, n.° 13, p. 45, § 110.

(75) C.E.D.H. arrêt *Engel*, 8 juin 1976, série A, 22, déjà cité.

(76) Voy *supra*.

La Cour décrit les étapes de la procédure transactionnelle de la manière suivante: *"le pro-justitia* dressé à charge de M. De Weer le déclarait en contravention avec les articles 2, § 4 et 3, § 1er de l'arrêté du 9 août 1974. Dans sa décision (...) le procureur du Roi faisait état d'"une infracmunément acceptées de la politique pénale des Etats membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine" (§ 31).

tion"; quoique n'estimant pas devoir requérir une peine d'emprisonnement pour la réprimer, il en soulignait "la gravité". Par sa lettre du même jour, il attirait l'attention spéciale de l'intéressé sur les "peines sévères" dont la loi frappait l'inobservation de l'ordre de fermeture. Ce dernier (...) s'inscrivait "dans le cadre normal de l'action publique qui devait résulter de l'infraction constatée à la charge de M. De Weer". Il préludait à des "poursuites judiciaires" que le procureur du Roi envisageait d'engager si le "contrevenant" se refusait à un réglement amiable...

"La place éminente que le droit a un procés équitable occupe dans une société démocratique conduit la Cour à opter pour une conception matérielle et non formelle, de l'"accusation" visée à l'article 6, § 1er. Elle lui commande de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la procédure et litige" (§ 44)... "Le caractère pénal que l'affaire revêt au regard de la Convention ressort (...) sans ambiguité d'un faisceau d'indications concordantes. L'"accusation" pourrait aux fins de l'article 6, § 1er, se définir comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale" (§ 46).

La Cour conclut qu'en raison de la contrainte que représente la conjugaison de la fermeture de l'établissement des que le procès-verbal, premier acte de la procédure répressive, avait été dressé, avec l'offre du paie-

---

(77) Le parlement de l'ile *(Tynwald)* comprend un lieutenant-gouverneur, désigné par la Couronne et la représentant, une Chambre haute ou "conseil législatif" et une Chambre basse ou "chambre des clés". Il légifère dans les matières d'ordre interne et les lois qu'il adopte requièrent la ratification de la Reine en son conseil; il incombe au ministre de l'Intérieur de donner à celui-ci son avis sur le point de savoir s'il y a lieu ou non de recommander l'approbation royale.

En droit strict, le Parlement du Royaume-Uni a pleine compétence pour voter des lois régissant l'ile de Man, mais à moins qu'elle n'y consente il s'en abstient d'habitude, en vertu d'une *constitutional convention*, pour les affaires d'intérêt local telle la politique pénale. Cette *constitutional convention*, s'appliquerait sauf si quelqu'autre considération, par exemple une obligation découlant d'un Traité, l'emportait sur elle (arrêt, § 13).

(78) Les châtiments judiciaires corporels d'adultes et de jeunes ont été abolis en 1948 pour l'Angleterre, le pays de Galles et l'Ecosse, en 1968 pour l'Irlande du Nord. Cette abolition faisait suite aux recommandations de la commission ministérielle sur le châtiment corporel (comission Cadogan) dont le rapport fut publié en 1938 (arrêt § 13).

ment d'une somme à titre "transactionnel", il y a violation de l'article 6, § 1er de la Convention.

Interprétation évolutive et finaliste.

Le caractère autonome de l'interprétation donnée par la Cour au texte de la Convention va parfois de pair — on l'aura observé — avec le caractère évolutif et finaliste de son interprétation. On donnera ici quelques exemples de pareille interprétation, qui répond à une ferme doctrine de la Cour (76).

a) Dans l'affaire *Tyrer contre le Royaume-Uni,* l'adolescent qu'était M. Tyrer, sujet de l'île de Man, qui est, comme on le sait, sous la souveraineté du Royaume-Uni, mais ayant un régime institutionnel et, dans une certaine mesure, une législation propre (77), avait porté des coups à un condisciple. Il fut condamné à trois coups de verges *(birchrod)* en vertu de l'article 10 du *Summary jurisdiction act.* La sentence avait été confirmée par la *Hig court* de l'île de Man. Le jeune Tyrer "fut fouetté, en présence de son père ainsi que d'un médecin dans un poste de police. Il dut baisser son pantalon (...) et se courber au-dessus d'une table. Deux agents de police le tenaient tandis qu'un troisième lui administrait son châtiment" (§ 10) (79).

Dans son recours à la Commission, le requérant avait invoqué la violation de l'article 3 de la Convention, qui interdit notamment les "peines ou traitements (...) dégradants".

L'affaire fut plaidée devant la Cour de Strasbourg pour le gouvernement britannique par l'*attorney general* de l'île de Man, qui associa la gravité du discours à la mesure et au tact. La Cour décida, dans son arrêt du 25 avril 1978 (80), qu'il y avait violation de l'article 3 de la Convention pour application d'une "peine dégradante". Elle saisit l'occasion pour rappeler le caractère évolutif de sa doctrine d'interprétation: "La Cour rappelle

(79) "La population de l'île de Man est favorable au maintien des peines corporelles judiciaires. Elle y voit une arme efficace de dissuasion et une garantie souhaitable pour la défense de l'ordre public" (§ 37). A l'audience, *l'attorney general* fit était de ce qu'une pétition récente en faveur du maintien du châtiment judiciaire corporel avait "recueilli 31.000 signatures sur quelque 45.000 électeurs de l'île" (§§ 15 et 37).

(80) C.E.D.H., série A, vol. n.° 26.

(81) Voy. l'article du professeur Marc Bossuyt: "Publiekrechterlijke aspecten van het arrest Marckx, *R. W.*, 1969, kol. 929. L'arrêt fut critiqué par le professeur F. Rigaux dans un article intitulé. "Loi condamnée — A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme", *J. T.* 1979, pp. 513 et s.

(...) que la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété (...) à la lumière des conditions de vie actuelles. Dans la présente espèce, la Cour ne peut pas ne pas tenir compte de l'évolution et des normes com-

b) Dans l'affaire *Marckx contre l'Etat belge* (série A, n.° 31), les requérantes, une mère et sa fille née en dehors du mariage, se plaignaient des dispositions du Code civil relatives au mode légal d'établissement de la filiation maternelle "naturelle" et des effets de ce système sur la "famille" et les droits patrimoniaux tant de l'enfant que de la mère. Elles soutenaient que ces dispositions constituaient une "ingérence" non justifiée (art. 8, § 2) dans leur "vie privée et familiale"... dont l'article 8 de la Convention garantit le respect. Elles alléguaient aussi que ces dispositions violaient l'article 14, qui interdit toute discrimination ([81]).

La Cour, dans son arrêt du 13 juin 1979, rendu en audience plénière, décida qu'en effet la législation critiquée était contraire à la Convention, tant en ce qui concerne la filiation que les droits patrimoniaux: la Convention "doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui"..., dit l'arrêt. "Le droit interne de la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents vers la consécration juridique intégrale de l'adage *mater semper certa est*" (§ 41).

A l'appui de cette interprétation, à la fois évolutive et téléologique, la Cour se réfère non seulement à l'évolution du droit au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, mais aux initiatives législatives du gouvernement belge lui-même, qui déposa le 15 février 1978 au Sénat, alors que la Commission était saisie de la requête depuis plusieurs années déjà, un projet de loi qui devait introduire dans la législation le principe *mater semper certa est* et accorder aux enfants nés hors mariage des droits semblables à ceux dont les enfants issus d'un mariage jouissent aujourd'hui en matière de filiation et en matière successorale ([83]).

L'exposé des motifs du projet de loi invoque et illustre l'évolution des normes et des idées, en soulignant que "ces dernières années, plusieurs pays de l'Europe occidentale, parmi lesquels la République fédérale d'Allemagne, la Grand-Bretagne, les Pays-Bas, la France, l'Italie et la Suisse, ont adopté une législation nouvelle, bouleversant l'économie traditionnelle du droit de la filiation et instaurant une égalité quasi complète entre les enfants légitimes et les enfants naturels" ([84]).

Le projet de loi a été relevé, par la loi du 22 mai 1979, de sa caducité qu'une dissolution des Chambres avait eu pour effet de provoquer.

La Cour, se référant au principe général de la sécurité juridique, "inhérent au droit de la Convention" et rappelant que ce principe a déterminé des solutions analogues dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ([85]), a "dispensé l'Etat belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieures au prononcé (de l'arrêt)". Elle ajoute à l'appui de cette décision que, si elle à l'obligation d'"interpréte(r) la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui (...) elle n'ignore pas que des différences de traitement entre enfants "naturels" et enfants "légitimes" par exemple dans le domaine patrimonial, ont, durant de longues années passe pour licites et normales dans beaucoup d'Etats contractants (... L'évolution vers l'égalité a progress lentement (...)" (§ 58).

C'est dire deux choses. La première qu'une disposition de la Convention peut ne pas être d'effet direct dans toutes ses applications. Ainsi l'article 8, que garantit le respect de la vie privée et familiale, exige ici que des mesures d'exécution de nature législative soient accomplies avant que le titulaire du droit puisse en bénéficier. La seconde, que l'évolution de la vie sociale dans les Etats membres du Conseil de l'Europe que dans une certaine mesure, guide la jurisprudence de la Cour, a été incertaine, avant de devenir, dans un passé récent, progressive dans la voie de la commune conscience des droits de enfants issus d'une filiation "naturelle". Aux yeux de la Cour, ce n'est qu'aprés ces périodes d'incertitudes et à ce stade de la longue procédure, que la règle par elle énoncée a incontestablement acquis le caractère déclaratoire. On n'aperçoit pás les raisons pour lesquelles elle ne pourrait pas affirmer ce caractère déclaratoire et le situer dans le temps ([86]).

c) Le droit d'*accés à un tribunal était* en cause dans l'affaire *Golder contre le Royaume-Uni,* ([87]), où la Cour, par une interprétation finaliste de la Convention a fait un raisonnement qui a permis ultérieurement dans l'affaire *Airey*, de se fonder sur l'article 6 § 1[er], pour garantir le droit

---

([82]) Les "instruments internationaux" auxquels la Cour se réfère sont: la Convention de Bruxelles du 12 sept 1962 sur "l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels", entrée en vigueur le 23 avril 1964 et la Convention du 15 oct. 1975 "sur le statut juridique des enfants nés hors mariage", conclue au sein du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 11 août 1978. Ces deux instruments s'inspirent de l'adage *mater semper certa est.*

([83]) ([84]) *Doc. parl.*, Sénat, 305, n.º 1, sess. 1977-1978, exposé des motifs, pp. 1 à 28. Faut-il dire que ce projet de loi, relevé de la caducité alors que la procédure était en cours devant la Cour de Strasbourg, était de nature à embarrasser le gouvernement belge dans la défense qu'il opposait devant le juge à voir reconnaitre le fondement d'une évolution qu'il proposait de consacrer par le vote d'un projet de loi sur le plan parlementaire et législatif?

à l'assistance judiciaire en vue de l'intentement d'une action en séparation de corps.

Le requérant, qui subissait une longue peine d'emprisonnement, avait demandé à être autorisé à consulter un avocat en vue d'intenter contre un gardien une action en dommages-intérêts du chef de diffamation à la suite d'une enquête faite après une révolte à laquelle il n'avait pas participé. La demande avait été rejetée par le *Home Secretary*, dont dépendait l'administration des établissements pénitentiaires.

L'article 6 de la Convention, qui est, comme on le sait, le siège des règles impératives du procès équitable *(fair trial)*, ne garantit pas explicitement le droit d'accès à un tribunal. La Cour a reconnu l'existence implicite de ce droit dans l'article 6, § 1er de la Convention, éclairé par le principe de la "prééminence du droit", affirmée à la fois dans le préambule de la Convention et dans celui du statu du Conseil de l'Europe, qui font partie intégrante de ces instruments.

Elle l'a fait après avoir déduit le refus du droit d'accès à un tribunal de l'interdiction faite au requérant de consulter un avocat: "En matière civile (qui était ici en cause) la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux", affirme l'arrêt (§ 34). "Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit, universellement reconnus" (§ 35).

d) On sait que la Convention et ses protocoles additionnels ne garantissent, dans l'état actuel, que les droits fondamentaux, dits "civils et politiques" dans la terminologie traditionnelle (88). La Cour ne s'est pas arrêtée à

(85) C.J.C.E., aff. 43/75, 8 avril 1976. Defrenne c. Sabena, *Rec.*, p. 455, spéc. pp. 481-482. La Cour de justice a tenu compte à la fois de la période prolongée d'incertitude du droit (§ 72) "des considérations impérieuses de sécurité juridique" (§ 74) et de "l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés" (§ 74), pour décider que les conséquences qui s'attachent a l'article 119 du Traité C.E.E. concernant l'égalité de la rémunération de travailleurs féminins et de travailleurs masculins pour un même travail ne peuvent être invoquées pour des périodes antérieures à la date de l'arrêt. Cette décision, tout en étant approuvée dans ses effets, n'a pas été sans provoquer une certaine émotion parmi les tenants de l'interprétation étroite des compétences de la Cour de justice. Cette agitation n'a pas tardé à se calmer.

(86) Cf. J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, 1981, n.° 36, p. 151.

(87) C.E.D.H. 21 févr. 1975, série A, n.° 18.

(88) Hormis l'art. 1er du premier protocole additionnel qui garantit le droit de propriété, legitimement rangé par les droits économiques et sociaux. Voy supra.

l'apparence des termes, qui ne prévoient pas, dans le système de la Convention, la garantie de droits économiques et sociaux. Elle était appelée, dans l'affaire *Airey contre République d'Irlande* à apprécier s'il était légitime de refuser à Mme Airey, qui ne disposait pas des ressources nécessaires pour intenter une action devant la *High court*, le principe même de l'assistance judiciaire, et donc l'*accès à un tribunal*, en vue de l'exercice d'une action en séparation de corps, alors que l'assistance judiciaire n'existe pas pour les litiges civils dans le droit irlandais. Le gouvernement objectait à la requête qu'il n'appartenait pas à la Cour "d'interpréter la Convention de manière à réaliser dans un Etat contractant des progrès économiques et sociaux." A ce système, la Cour opposa une interprétation de la Convention, manifestement à la fois évolutive et téléologique, en constatant dans son arrêt du 9 octobre 1979 ([89]) qu'il y avait, en l'espèce, violation de l'article 6, § 1er de la Convention pour défaut d'accès à un tribunal. Elle s'exprima en ces termes: si la Convention "énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social (...). La Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention" (§ 26).

La Cour a renforcé, par son arrêt, qui porte la forte empreinte de l'interprétation téléologique, le système européen des garanties judiciaires et assuré le respect des droits de la défense en matière civile.

e) Dans l'affaire *Dudgeon contre Royaume-Uni*, le requérant se plaignait de risquer, aux termes de la législation en vigueur en Irlande du Nord, des poursuites pénales en raison de son comportement homosexuel, au mépris de l'article 8 de la Convention, qui garantit le droit au respect de la vie privée. Une législation datant de 1861 et de 1885, ainsi que des "précédents" jurisprudentiels de *common law* condamnaient pareilles pratiques.

Par son arrêt du 22 octobre 1981 ([90]), la Cour décida que M. Dudgeon avait subi et continuait à subir une atteinte, non justifiée aux termes du § 2 de l'article 8 de la Convention, à son droit au respect de sa vie privée. Elle s'est exprimée comme suit:. "On comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de cette législation et on témoigne de plus de tolérance: dans la grande majorité des Etats

([89]) C.E.D.H. série A, n.° 32.

membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques de ce genre appellent par elles-mêmes une répression pénale; la législation interne y a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne saurait négliger (...). En Irlande du Nord même, les autorités ont évité ces dernières années d'engager des poursuites du chef d'actes homosexuels commis, le leur plein gré et en privé, par des hommes de plus de 21 ans capables d'y consentir (...).

"On ne saurait, dès lors, parler d'un besoin social impérieux d'ériger de tels actes en infractions, faute d'une justification suffisante, déterminée par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger ou par des répercussions sur la collectivité". (60)

Ici encore, l'arrêt porte le caractere évolutif très affirmé de l'interprétatif de la Convention.

J'ai été invité à apporter ici les réflexions d'un juge et l'image d'un droit.

Le terrain sur lequel je suis ainsi conduit paraît être celui que marque de manière générale, dans nos pays, la matière des droits de l'homme, le progrès et la securité.

Cette impression est-elle sans réserve fondée dans la récente vue de l'histoire et dans les événements d'aujourd'hui. Même au sein du Conseil de l'Europe qui groupe les peuples de 21 pays dont la maturité et la conscience collective offrent une image rassurante, un multiple passé, qui n'est pas éloigné, et la connaissance approximative que nous parvenons à avoir des faits d'aujourd'hui ne révélent-ils pas la fragilité des constructions politiques et les risques qui les accompagnent?

Nous avons fait dans l'histoire la récente et à jamais proche expérience de la "méconnaissance et du mépris des droits de l'homme" (91) et de la rapide e profonde détérioration d'une mentalité collective. Aucun territoire ni aucun groupe d'individus n'est à l'abri de selentes ou brutales et longues souffrances.

Dom Helder Camara, après avoir, évoqué la douleur qui règne dans une partie du monde qui se pare, comme nous, de l'image de la civilisation, et révèle les traitements de tous ordres infligés aux hommes de ces pays, nous clame ses appréhensions et nous exhorte "à passer de la parole aux actes (92) lá où il le faut et tant qu'il en est temps encore".

---

(91) Référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

(92) Préface pour *L'aujourd'hui des droits de l'homme*, G. Aurenche, et autres, paris, 1980, p. 5.

On ne saurait se reposer avec quiétude sur la garantie d'une frontière ou d'un régime. Faut-il rappeler les déceptions tardives des trompeuses apparences de la sécurité? Athènes, rayonnante d'intelligence et de culture, "qui a glorifié l'homme citoyen, n'en excluait pas moins l'esclave de la race humaine" ([93]).

Le juriste invoque la Déclaration universelle du 10 décembre 1948, qui est une somme de principes sans moyens de mise en oeuvre, issue de l'Assemblée des Nations-Unies. Le politique garde le regard fixé sur les accords d'Helsinki du 1[er] août 1975, auxquels nous avons aussi souscrit par un engagement réciproque. Prenons garde que ces textes ne deviennent qu'un sujet attrayant d'études ou de thèse et une attestation de bonne conduite, alibi de nos peuples contre les puissantes aspirations des intérêts de tous ordres, de la lassitude et de la facilité ([101]).

Que vaut un code sans juge?

"Passer de la parole aux actes". Les "actes" sont ici les prodigieuses mais fragiles conquêtes que sont l'accepation de la juridiction internationale, celle de sont pouvoir juridictionnel de contrôle et dc sont efficacité.

L'avenir? Il doit être vu dans deux voies: le droit et le rôle du juge.

Le droit.

La Convention et ses protocoles additionels, on l'a dit, n'énoncent jusqu'ici que le noyau dur des droits de l'homme dans la philosophie traditionnelle des pays d'Europe occidentale. Il en est d'autres, spécialement sur le plan économique, social et culturel, dont des organisations internationales vigilantes ont la charge. Mais il reste des droits et des libertés dont la protection juridique est impatiemment attendue.

Le juge international.

Se fonction est salutaire et son rôle dans l'application du droit est immense. Son interprétation d'un texte bref, qui se tient à l'essentiel et offre un champ largemment ouvert, présente les caractères qui ont été ici exposés, dans quelques échos d'une jurisprudence, dont on a tenté de donner la vivante réalité.

([93]) G. Aurenche, op cit.

([101]) A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi publicada (texto inglês e tradução portuguesa) no Diário da República, 1.ª série, de 9 de Março e 1978.

O Acto Final da Conferência sobre a Segurança e Cooperação na Europa (Helsínquia) foi traduzida e publicada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros (Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1976).

On est parfois tenté de se demander si, à la fois autonome dans l'analyse des termes de la Convention, évolutive et téléologique dans l'appreciation des situations et de l'état de choses envisagés, la part du juge n'excède pas l'intention delibérée de ses auteurs.

La réponse à cette question se reflète dans la jurisprudence même de la Cour, qui a pris soin de jutifier la conception qu'elle a de son rôle. L'image de la vie colletive d'aujourd'hui et, sans doute, plus encore celle de demain dans les pays du Conseil de l'Europe, appelle, par son orde même et les contraintes qui y sont associées, une appréciation vivante des droits de l'homme, joint dans une recherche d'équilibre, aux limites qu'impose l'intérêt général.

Le rôle du juge des droits de l'homme exige un constant effort de l'esprit aux confins du droit et de la sociologie, qui puise ses racines directement dans les réalités. La matière de ce droit qui pénètre et encadre tous les droits et toutes leurs disciplines doit être sans cesse repensée et confrontée aux mécanismes d'une société en mouvement. A défaut de cette volonté qui répond sans conteste à l'esprit dans lequel la Convention a été élaborée et acceptée, se profilent les dangers d'une texte figé et d'une sclérose, inconciliables avec la nature même des droits et libertés qui doivent permettre à l'homme de réaliser ses fins et sa destinée dans le monde, la réalité politique dût-elle contredire une telle perspective.

Comme l'a écrit un juge: "l'Etat moderne n'existe que pour servir l'homme: toute atteinte aux droits de la personne humaine est une perversion et conduit au dépérissement du droit" ([94])

W. Ganshof Van Der Meersch. ([102]).

([94]) Louis Pettiti, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, ancien bâtonnier de barreau de Paris.

([102]) WALTER GANSHOF VAN DER MEERSCH nasceu em 1900 na cidade de Bruges. É doutor em direito. Foi Procurador Geral na "Cour de Cassation" de Bruxelas em 1968 e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Bruxelas de 1938 a 1970. Exerceu, entre outras, as seguintes funções e cargos; Juíz ad hoc no Tribunal Internacional de Justiça, Ministro dos Negócios Gerais na África. Fundou, com Cassin e Vasak, o Instituto Internacional dos Direitos do Homem. Tem proferido inúmeras conferências e presidido a numerosos colóquios sobre direitos do homem. Publicou várias obras e artigos. É Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, para que foi eleito em 1973.

Preside à Comissão de Recursos do Conselho da Europa.

(X) As notas (95) a (102) não são da responsabilidade do autor.

TRIBUNAL INTERAMERICANO DOS DIREITOS DO HOMEM

CASO "VIVIANA GALLARDO E OUTRAS"

I. O Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem é competente para conhecer se foram satisfeitas as condições de admissibilidade da queixa dirigida à Comissão.

II. O processo perante a Comissão Interamericana dos Direitos do Homem não foi estabelecido no interesse exclusivo dos Estados, possibilitando o exercício de importantes direitos individuais, de maneira especial às vítimas.

III. A Comissão exerce perante o Tribunal, no decurso do processo, a função de auxiliar da justiça, análoga à que compete ao Ministério Público no sistema interamericano.

IV. O Estado não pode, por regra, levar o "caso" directamente ao Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, sem que seja tratado antes pela Comissão.

P. F.

RESOLUCION DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1981

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reunida em sesión de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 62.3 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos (la Convención) y los artículos pertinentes del Estatuto y el Reglamento de la Corte, con la assistencia de los siguientes jueces:

Carlos Roberto Reina, Presidente
Pedro Antonio Nikken
César Ordóñez Quintero
Máximo Cisneros Sánchez
Rodolfo Piza Escalante
Thomas Buergenthal

El Juez Huntley Eugene Munroe se excusó oportuna y debidamente ante el Presidente.

Estuvieron además presentes Charles Moyer, Secretario, y Manuel Ventura, Secretario Adjunto.

Habiendo deliberado en privado la Corte del dia 9 al 13 de noviembre de 1981, toma la siguiente decisión:

ANTECEDENTES:

1. Mediante telegrama del 6 de julio de 1981, el Gobierno de Costa Rica (el Gobierno) anunció la introducción de la instancia de una demanda para que la Corte entrara a conocer el caso de Viviana Gallardo y outras. Por escrito del 15 de julio de 1981 ese anuncio fue formalizado. En su demanda el Gobierno manifestó a la Corte la decisión de someter a su conocimiento el caso de la muerte en prisión de la ciudadana costarricense Viviana Gallardo, así como el de las lesiones de sus compañeras de celda, causadas por um miembro de la Guardia Civil de Costa Rica, encargado de su vigilancia, en la Primera Comisaría de la Institución; hechos ocurridos el 1 de julio de 1981.

En su demanda el Gobierno, invocando el artículo 62,3 de la Convención, solicitó que la Corte decidiera si esos hechos constituían una violación, por parte de las autoridades nacionales de Costa Rica, de los derechos humanos consagrados em los artículos 4 y 5 de la Convención, o de cualquier otro derecho contemplado en dicho instrumento internacional.

2. Para el propósito del caso, en el mismo escrito, el Gobierno manifestó que "renuncia formalmente al requisito de agotamiento de los recur-

sos de la jurisdicción interna y de agotamiento previo de los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la Convención", del procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión). Declaró como propósito de esa renuncia "que la Corte pueda entrar de inmediato y sin impedimento procesal alguno, a conocer del caso sometido a su conocimiento".

3. Igualmente, el Gobierno pidió, subsidiariamente, que "si la Corte resolviera que antes de conocer la demanda, deben siempre ser agotados los procedimiento previstos en los artículos 48 a 50 de la Convención, se solicita expresamente que el presente caso sea sometido a la Comisión Interamericana de Drechos Humanos para lo de su competencia".

4. En la misma oportunidad, el Gobierno designó:

a la Licenciada Elizabeth Odio Benito, Procuradora General de la República, Ministra de Justicia, como Agente; a los Licenciados Manuel Freer Jiménez y Farid Beirute Brenes, como asesores; y a los Licenciados Roberto Steiner Acuña, Martín Troyo Benavides y Maria I. Arias Méndez como abogados.

5. Por resolución CDH RP-05/81/REV del 16 de julio de 1981, el Presidente de la Corte, Dr. Rodolfo Piza Escalante, decidió someter directamente la consideración de la demanda del Gobierno a la Corte en pleno. Resolvió igualmente, según lo dispuesto por el artículo 5.3 del Reglamento, ceder la Presidencia para el conocimiento del presente asunto al Vicepresidente, Dr. Máximo Cisneros Sánchez. Habiendo sido electo Presidente de la Corte el Juez Carlos Roberto Reina Idiáquez el dia 17 de julio de 1981, pasó desde la misma fecha a presidir las sesiones en sustitución del Juez Máximo Cisneros Sánchez.

6. Por resolución (G 101/81) del dia 22 de julio de 1981, se consideró "que las circunstancias en que se presenta la demanda exigen de la Corte, antes de cualquier otra consideración, una decisión sobre el alcance de la renuncia a los antedichos procedimientos por parte de Costa Rica, así como en general, un pronunciamiento sobre su competencia para conocer del caso en su estado actual". En consecuencia decidió "que antes de pronunciarse sobre su competencia y de entrar a conocer cualquier otro

aspecto del presente asunto, es procedente dar oportunidad al Gobierno de Costa Rica y a la Comisión, para que presenten sus puntos de vista sobre la competencia de la Corte para conocer del asunto en su estado actual". En tal virtud se decidió solicitar del Gobierno la remisión de sus argumentos sobre la competencia de la Corte. Igualmente, tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 57 de la Convención, se solicitó a la Comisión el envío de sus puntos de vistas. (1)

7. En la misma oportunidad se comisionó al Presidente para que fijara un plazo prudencial para recibir los escritos correspondientes y convocara à la Corte para decidir. Oídas las opiniones del Gobierno y de la Comisión, el Presidente convocó a la Corte, según lo resuelto, para el 9 de noviembre de 1981.

8. El 6 de octubre de 1981 el Gobierno consignó a la Secretaría el escrito correspondiente en que ratificó tanto su demanda principal como la subsidiaria. Señaló, sobre la regla del previo agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, que dicho requisito es de naturaleza procesal y que siendo una regla establecida "en beneficio de los estados, puede ser renunciada por el Estado interesado". En cuanto a la renuncia e los procedimientos ante la Comisión, señaló el Gobierno que, según la disposición del artículo 48.1.f), con ellos se persigue una solución amistosa al asunto sometido a su conocimiento y que en tal virtud carecería de interés jurídico cumplirlos, habida cuenta de que el Gobierno solicita únicamente que se decida si los hechos referidos constituyen o no una violación de la Convención.

9. El 20 de octubre de 1981 se recibió en la Secretaría el escrito de la Comisión, fechado el dia 13 del mismo mes. La Comisión dejó constancia de que no ha recibido ninguna comunicación o petición referente al caso. Igualmente "considera que en ningún caso que se quiera traer al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humans, pude prescindirse de los procedimientos establecidos en los artículos 48 a 50 de la Convención". En consecuencia, la Comisión estima que esos procedimientos deben agotarse "antes de que la Corte pueda abocarse al conocimiento del caso".

---

(1) A decisão de 22 de Julho de 1981 foi publicada no n.º 6 deste Boletim.

10. El 23 de octubre de 1981 la Corte solicitó al Gobierno información sobre el estado del caso en los tribunales de Costa Rica y sobre el derecho interno aplicable. El Gobierno consignó dicha información el 30 de octubre.

11. El 3 de noviembre de 1981 se solicitó del Gobierno información sobre las acciones civiles que pudieram surgir en conexión con el caso, según el derecho interno de Costa Rica. El Gobierno consignó dicha información el 9 de noviembre.

CONSIDERACIONES DE DERECHO:

12. El caso presenta, desde el punto de vista jurídico, características verdaderamente particulares. Estas particularidades obedecem a que el Gobierno, consecuente con el bien conocido compromiso de su país con el repeto a los derechos humanos y el tradicional apoyo que ha brindado a esa causa, así como a la cooperación internacional, con el objeto de evitar toda demora procesal remitió este caso directamente a la Corte, antes de recursos que pudieran existir ante los tribunales costarricenses. Consciente de los obstáculos legales que existen para tener acceso directo a la Corte, el Gobierno declaró expressamente que renunciaba:

a) al requisito exigido por el artículo 61.2 de la Convención, según el cual "para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50";

b) al requisito exigido por el artículo 46.1.a) de la Convención, según el cual para que para que una petición o comunicación presentada ante la Comisión pueda sea admitida, sea individual o de un Estado, se precisa "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos".

13. Resulta, por lo tanto, que este caso se origina en la acción de un Estado Parte que somete a conocimiento de la Corte un caso de posible violación de derechos humanos consagrados en la Conveción, que sería

imputable al mismo Estado, el cual, por lo demás, ha reconocido de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte para conocer de casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención. La particularidad del caso impone buscar la mejor manera de conciliar, dentro de las reglas de Derecho Internacional aplicables al caso, los interesses involucrados en este asunto que son: en primer lugar el interés de las víctimas de que se les proteja y asegure el pleno goce de os derechos que tienen según la Convención; en segundo lugar, la necesidad de salvaguardar la integridad institucional del sistema que la misma Convención establece; y, por último, la preocupación que traduce la petición del Gobierno para una tramitación judicial expedita.

14. La disposición del artículo 61.2 de la Convención tiene claridad suficiente como para no tramitar ningún asunto ante la Corte si no se ha agotado el procedimiento ante la Comisión. No obstante, desde el momento ante la Comisión. No obstante, desde el momento en que le Gobierno manifestó su voluntad de renunciar a este requisito para facilitar la rápida intervención del órgano judicial internacional, la Corte estimó procedente evaluar esa renuncia y considerar su alcance, para determinar de qué modo se conclia con el interés de las víctimas y con la integridad del sistema consagrado en la Convención. De ahí que la Corte decidiera abrir una incidencia para conocer los argumentos que asisten al Gobierno para fudamentar la renunciabilidad del procedimiento senãlado y para conocer la opinión de la Comisión, llamada expressamente por el artículo 57 de la Convención a comparecer en todos los casos que se ventilen ante este tribunal.

15. La protección internacional de los derechos humanos persigue garantizar la dignidad esencial del ser humano por medio del sistema establecido en la Convención. Por ello, tanto la Corte como la Comisión, deben preservar para las víctimas de violaciones de derechos humanos la totalidad de los recursos que la Convención otorga para su protección. A este aspecto cabe hacer notar que ni los parientes de Viviana Gallardo, ni las otras víctimas en el presente asunto, ni los demás particulares legitimados por el artículo 44 para presentar querellas ante la Comissión, pueden plantearlas directamente ante la Corte, y a que los particulares no están facultados, según la Convención, para presentar casos ante ella, factor éste que se agrega a los problemas que de pos sí están involucrados.

16. La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema.

17. En la demanda introducida ante esta Corte por el Gobierno están implicados, prima facie, dos aspectos del sistema de la Convención. En primer lugar, la disposición del artículo 61.2, según la cual, para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos ante la Comisión. En segundo lugar, el artículo 46.1.a) que establece, como requisito de admisibilidad ante la Comisión de una petición o comunicación, la previa interposición y agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. Ninguno de los dos extremos se ha cumplido en el presente asunto.

18. Antes de entrar a considerar esos aspectos es preciso hacer mención de un tema que es común a ambos, como es la competencia que la Corte reconoce al Gobierno, según el Derecho Internacional, para manifestar ante ella, por medio de sus agentes autorizados, su decisión de renunciar a los mencionados requisitos. Esta conclusión de la Corte, para la cual existe un amplio apoyo en el Derecho Internacional, se refiere exclusivamente a la competencia del Gobierno para hacer dicha declaración ante los órganos de la Convención y nada tiene que ver con los efectos legales que pueda producir en Costa Rica, que son inherentes al derecho interno.

19. La competencia del Gobierno impone, por lo tanto, un examen de las consecuencias jurídicas de esa renuncia. Porque si los requisitos establecidos por los artículos 61.2 y 46.1.a) de la Convención son renunciables por un Estado Parte, el presente caso sería admisible y lo contrario ocurriría si uno u otro no lo son.

a) Sobre la renunciabilidad del procedimiento ante la Comisión

20. La Corte hace notar la absoluta claridad del texto del artículo 61.2, cuando dispone que "Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50". Naturalmente, según los principios de Derecho Internacional aplicables a la intepretación de los tratados, la disposición citada debe ser entendida según el "sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". (Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, artículo 31.1).

21. Ahora bien, es manifiesto que en el presente asunto ningún procedimiento se ha iniciado ante la Comisión. No se trata, pues, de interpretar si se ha agotado, o cuándo puede considerarse agotado, dicho procedimiento, sino estrictamente de precisar si el mismo puede eludirse con la sola renuncia unilateral del Estado involucrado. Para ello es necesario definir el papel que, dentro del sistema de la Convención, corresponde a la Comisión como órgano preparatorio o previo de la función jurisdiccional de esta Corte, y, más en particular, se ese papel ha sido concebido en interés exclusivo de un Estado, caso en el cual sería renunciable por éste.

22. La Convención, en efecto, además de otorgar a la Comisión la legitimación activa para presentar casos ante la Corte, así como para someterle consultas y de atribuirle en el proceso una clara función auxiliar de la justicia, a manera de ministerio público del Sistema Interamericano, llamado a comparecer en todos los casos ante el tribunal (artículo 57 de la Convención), le confiere otras atribuciones vinculadas con las funciones que corresponden a esta Corte, y que por su naturaleza se complen antes de que ella comience a conocer de un asunto determinado. Así, entre otras, la Comisión tiene una función investigadora de los hechos denunciados como violación de los derechos humanos consagrados en la Convención, que es necesario cumplir en todas las hiopótesis, a menos que se trate de un caso de mero derecho. En efecto, aunque la Corte, como todo órgano judicial no carece de faculdades para llevar a cabo investigaciones, probanzas y actuaciones que sean pertinentes para la mejor ilustración de sus miembros a fin de lograr la exhaustiva formación de su criterio, aparece claro del sistema de la Convención que se ha querido reservar a la Comisión la fase inicial de investigación de los hechos denunciados. Tiene

igualmente la Comisión una función conciliadora, pues le corresponde procurar soluciones amistosas así como formular recomendaciones pertinentes para remediar la situación examinada. Es también el órgano ante el cual el Estado afectado suministra inicialmente las informaciones y alegados que estime pertinentes. Pero es, además, y esto constituye un aspecto fundamental de su papel dentro del sistema, el órgano competente para recibir denuncias individuales, es decir, ante el cual pueden concurrir directamente para presentar sus quejas y denuncias, las víctimas de violaciones de derechos humanos y las otras personas señãladas en el artículo 44 de la Convención. La Convención se distingue entre los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando hace posible la faculdad de petición individual contra un Estado Parte tan pronto como éste ratifique la Convención, sin que se requiera para tal efecto declaración especial alguna, la que en cambio sí se exige para el caso de las denuncias entre Estados.

23. De esta manera la Comisión es el canal a través del cual la Convención otorga al individuo el derecho de dar por sí solo el impulso inicial necesario para que se ponga en marcha el sistema internacional de protección de los derechos humanos. En el orden estrictamente procesal, debe recordarse que, mientras los individuos no pueden proponer casos ante la Corte, los Estados no pueden introducirlos ante la Comisión, sino cuando se han reunido las condiciones del artículo 45 de la Convención. Esta circunstancia agrega otro elemento de interés institucional en conservar íntegra la possibilidad de activar la Comisión a través de denuncias individuales.

24. A lo anterior se agrega que la Corte carece de poder para cumplir una importante función que la Convención confía a la Comisión, en virtud de que ésta no es un órgano judicial, como es la de gestionar soluciones amistosas, dentro de una amplia misión conciliadora. Este tipo de solución tiene la ventaja para el denunciante indivudal que requiere su consentimiento para materializarse. Todo enfoque que conduzca a negar a los individuos, en especial a las víctimas, el procedimiento ante la Comisión los privaría del importante derecho de negociar y aceptar libremente una solución amistosa, con la ayuda de la Comisión y "fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención". (Artículo 48.1.f)

25. Estas consideraciones bastan para ilustrar cómo el procedimiento ante la Comisión no ha sido concebido en interés exclusivo del Estado,

sino que permite el ejercicio de importantes derechos individuales, muy especialmente a las víctimas. Sin poner en duda la buena intención del Gobierno al someter este asunto a la Corte, lo puesto lleva a concluir que la Comisión del procedimiento ante la Comisión, en casos del presente género, no puede cumplirse sin menoscabar la integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención. Dicho procedimiento no es pues renunciable o excusable, a menos que quede claramente establecido que su omisión, en una especie determinada, no compromete las funciones que la Convención asigna a la Comisión, como podría ocurrir en algunos casos en que el asunto se planteara ab initio entre Estados y no entre individuo y Estado. En ele presente caso está lejos de ser demonstrada esa situación excepcional, por lo qual la manisfetación del Gobierno de renunciar a la aplicación de la regla contenida en el artículo 61.2 carece de fuerza necesaria para obvar el procedimiento ante la Comisión, lo cual basta, por sí solo, para no admitir la presente demanda.

b) Sobre la renunciabilidad al previo agotamiento de los recursos internos

26. A pesar de la anterior conclusión, la circunstancia de que el Gobierno haya manifestado ante la Corte su decisión de renunciar al requisito del artículo 46.1.a) de la Convención, conduce a considerar los aspectos generales implicados en dicha renuncia. En este caso, según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defesa y como tal, renunciable, aún de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable. (Eur. Court H. R., De Wilde, Ooms and Versyp Cases ("Vagrancy" Cases), judment of 18th June 1971).

27. Ese principio general puede tener, como tal, particularidades en su aplicación a cada caso. Ahora bien, como el previo agotamiento de los recursos internos es un requisito para la admisibilidad de las denuncias ante la Comisión, la primera cuestión que se plantea es saber si la Corte puede pronunciarse, en el estado actual del procedimiento, sobre la aplicabilidad de esos principios al caso concreto, es decir, sobre el alcance de la renuncia del Gobierno a este medio de defcsa. Siguiendo lo establecido a este reaspecto por la jurisprudencia internacional (caso citado), cabe destacar que la cuestión de saber si se han cumplido o no los requisitos de admisibilidad de una denuncia o queja ante la Comisión es un tema que concierne a la interpretación o aplicación de la Convención, en concreto de sus artículos 46 y 47, y, en consecuencia, ratione materiae, competencia de la Corte. Si embargo, como estamos en presencia de requisitos de admisibilidad de una queja o denuncia ante la Comisión, en principio corresponde a ésta pronunciarse en primer término. Si posteriormente, en el debate judicial se plantea una controversia sobre si ese cumplieron o no los requisitos de admisibilidad ante la Comisión, la Corte decidirá, acogiendo o no el criterio de la Comisión, que no le resulta vinculante del mismo modo que tampoco la vincula su informe final. Por lo tanto, tratándose de una denuncia que aún no ha sido tramitada ante la Comisión, y a de un caso que no puede ser conocido directamente por este tribunal, la Corte no se pronuncia, en el estado actual, sobre el alcance y valor de la renuncia del Gobierno a oponer el requisito de previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

c) Sobre las consecuencias de las anteriores conclusiones

28. Una de las particularidades del presente asunto y de las conclusiones antes mencionadas, es que la Corte no puede entrar a conocerlo en su estado actual a pesar de estar reunidos, en abstracto, los requisitos para su competencia. En efecto, se trata de un caso que involucra la interpretación y aplicación de la Convención, especialmente de sus artículos 4 y 5, y, en consecuencia, ratione materiae, competencia de la Corte. El caso ha sido

propuesto por un Estado Parte, con lo que se cumple el requisito del artículo 61.1 de la Convención. Y por último, se trataría de establecer si ha habido o no una violación de los derechos humanos consagrados en la Convención, imputable a un Estado que ha reconocido de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte. La inadmisibilidad del caso presentado por el Gobierno no obedece, en consecuencia, a la incompetencia de la Corte para entrar a conocerlo, sino a la falta del cumplimiento de los presupuestos procesales requeridos para que pueda iniciar su conocimiento. En tal virtud, y siguiendo el espíritu de lo dispuesto por el artículo 42.3 de su Reglamento, la Corte está en condiciones de reservarse el conocimiento del caso una vez que se hayan subsanado los impedimentos que lo hacen inadmisible en su estado actual.

d) Sobre la petición subsidiaria del Gobierno

29. En previsión de las dificultades que presenta el caso, el Gobierno solicitó subsidiariamente a la Corte que, de considerar inexcusables los procedimientos senalados en los artículos 48 a 50 de la Convención, remitiera el asunto a la Comisión para lo de su competencia. A pesar de que tal potestad no está prevista expresamente entre las atribuciones que la Convención, el Estatuto y el Reglamento confieren a la Corte, ésta no tiene objeción en dar curso a esta solicitud, en el entendimiento de que dicha remisión no implica una decisión de la Corte sobre la competencia de la Comisión.

POR LO TANTO, LA CORTE:

1. *Decide*, unánimemente, no admitir la demanda introducida por el Gobierno de Costa Rica para el examen del caso de Viviana Gallardo y otras,

2. *Decide*, unánimemente, aceptar y tramitar la solicitud subsidiaria del Gobierno de Costa Rica para remitir el asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

3. *Decide*, unánimemente, retener la petición del Gobierno de Costa Rica en su lista de asuntos pendientes en espera del trámite ante la Comisión.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 13 de noviembre de 1981.(*)

C. ROBERTO REINA
PRESIDENTE

PERO NIKKEN CESAR ORDONEZ QUINTERO MAXIMO CISNEROS
R.E. PIZA E. THOMAS BUERGENTHAL

CHARLES MOYER
SECRETARIO

(*) Publica-se o texto espanhol da decisão por ser o que tem o valor de autêntico.

OPINIÃO SEPARADA
DO JUIZ RODOLFO E. PIZA ESCALDANTE:

De conformidad con lo previsto en el artículo 66.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, formulo mi opinión mediante el siguiente

VOTO RAZONADO

He concurrido con mi voto a la resolución unánime de esta Corte, porque comparto su conclusión general de que, dentro del sistema de protección establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no parece posible prescindir de la totalidad de los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la misma, para ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo agotamiento el artículo 61.2 impone como presupuesto procesal de la jurisdicción contenciosa de la Corte, ni por ende admitir la renuncia de los mismos formulada expresamente por el Gobierno de Costa Rica, evidenciando con ella un elevado interés en superar las limitaciones, mediatizaciones y retratos de que adolece ordinariamente la justicia internacional, sobre todo en materia como esta en que debería caracterizarse por su eficacia y prontitud.

Sin embargo, disiento de algunos de los razonamientos jurídicos contenidos en la opinión de la mayoría, así como de la forma en que otros, que comparto, se expresan en el fallo. Debe, pues, entenderse mi opinión separada solamente en lo que resulte compatible con la referida opinión de la mayoría.

Ante todo, la gestión del Gobierno de Costa Rica plantea a la Corte un problema complejo, y sin precedentes, de "competencia" en el sentido muy genérico e impreciso del lenguaje de la Convención, que involucra tres tipos diversos de consideraciones: de JURISDICCION, en ele sentido de la específica "función jurisdiccional" que el caso requiere de este tribunal; de COMPETENCIA, en el sentido de la medida de las potestades generales de la Corte para conocer del mismo; y de LEGITIMACION, en el sentido de su potestad concreta para admitirlo en su estado actual.

En general, considero que el fallo debió razonar expresamente la conclusión implícita de la mayoría, de que la gestión planteada requiere claramente de la Corte el ejercicio de su JURISDICCION CONTENCIOSA; jurisdicción que, a mi juicio, la Convención organiza y regula como ordinaria, dándole un evidente carácter sancionador o de condena, al modo del de la jurisdicción penal, cuyo obeto específico no es el de declarar el Derecho controvertido sino el de restablecer el Derecho violado, resolviendo concretamente si se ha cometido o no una violación de derechos consagrados en la Convención, imputable a un Estado Parte de la misma, que resulta en todo caso la "parte" pasiva, acusada, en perjuicio de seres humanos que aparecen de este modo la verdadera "parte" activa, ofendida, titular de los derechos cuya protección se persigue, e imponiendo a la primera las consecuencias correspondientes, a favor de los segundos. Este esquema es importante para comprender la estructura de la jurisdicción, y por qué la ecuación procesal es siempre la misma, aunque el caso haya sido planteado por el propio Estado imputado, que no por esto se convierte en "actor", de igual manera que no lo es el delicuente en la jurisdicción penal, aunque él mismo la haya provocado entregándose para ser juzgados; o aunque lo haya sido por la Comisión Interamericana que no tiene nunca la condición de parte sustancial, actora ni demandada, sino siempre la de parte sui generis, puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un "ministerio público" del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Esto último hace también lamentable que la Corte no haya podido contar, en el presente caso, con las razones que sirvieram de fundamento a las conclusiones, escuetas y no motivadas, de su respuesta a la audiencia otorgada conforme a la resolución G-101/81.

Considero, además, que la opinión de la mayoría es incompleta, al razonar en el párrafo 27 del fallo la COMPETENCIA, ratione materiae, de la Corte respecto del caso representado por el Gobierno de Costa Rica; porque me parece necesario explicar que esa competencia general no resulta solamente de que haya planteado un problema concreto de posible violación de derechos humanos consagrados en la Convención, en perjuicio de Viviana Gallardo Camacho y sus compañeras, sino de que esa eventual violación podría ser, prima facie, imputable al Estado constarricense, en virtud de que se atribuye a un agente de su autoridad, que al parecer se encontraba de servicio, utilizando los medios jurídicos y materiales del cargo (arma, acceso a la celda de las víctimas, etc.). La mención es importante, porque alrededor de este mismo asunto se ha planteado la duda de

si, por tratarse de una autoridad subalterna, la responsabilidad del Estado podría no derivarse directamente del acto mismo se esa autoridad subalterna sino sólo directamente, en el supuesto de que llegare a determinarse una omisión culpable de su parte en la protección de las víctimas o en reparar e indemnizar las consecuencias del hecho, así como la duda de si, en vista de esas circunstancias, no sería indispensable y, por ende, irrenunciable el agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna. Mi opinión es definitivamente la de que las violaciones de derechos humanos imputables a las autoridades públicas, en ejercicio o con ocasión de su cargo, o utilizando los medios jurídicos o materiales del mismo son per se imputables al Estado, con independencia de la responsabilidad que subjetivamente le quepa por el dolo o la culpa de sus autoridades supremas.

En lo que se refiere al problema de la LEGITIMACION de esta Corte para conocer del caso en su estado actual, comparto la opinión de la mayoría en cuanto a que, dada su competencia general para el mismo, el estado de Costa Rica, como Estado Parte de la Convención ha aceptado además la jurisdicción de la Corte en la forma prevista por el artículo 62, goza de legitimación procesal para somerterlo ante ella, aun tratandose del Estado imputado o imputable de las violaciones alegadas, de conformidad con el artículo 61.2 de la Convención. Me aparece también importante vincular esta conclusión a la estructura que he señãldo de la jurisdicción contenciosa de la Corte como sancionadora o de condena, reiterando que ante ella el Estado imputado ocupa siempre en el proceso la posición de la parte pasiva, demandada u obligada, aunque él mismo haya sido quien lo provocó.

También la relación con el cumplimiento de los presupuestos procesales determinantes de la admisibilidad de la gestión del Gobierno de Costa Rica y, por ende, de la legitimación de la Corte para conocerlo en su estado actual, coincido con la opinión de la mayoría en el sentido de que el agotamiento de las vías internas es una condición de procesibilidad, por principio renunciable, así como con la decisión de no resolver en concreto sobre la admisibilidad de la renuncia de Costa Rica en el presente caso, en virtud de la inadmisión que en el fallo se declara, a fin de que la Comisión pueda pronunciarse sobre ella en primer lugar.

Pero no comparto la tesis de la mayoría, cuando considera como una razón fundamental para rechazar la renuncia del Gobierno de Costa Rica a los procedimientos ante la Comisión, la de que esos procedimientos son indispensables para garantizar a los particulares, especialmente las víctimas

de las violaciones alegadas, la plena gestión de sus intereses, em vista de que la Convención les veda expresamente el acceso directo ante el Tribunal, y aun en el supuesto, todavía no resuelto por la Corte, de que ésta llegare a reconocerles uma legitimación procesal independiente, una vez iniciado el proceso. En mi caso, mi opinión disidente me obliga a expresar de una vez que, a mi juicio, lo único que la Convención veda al ser humano es la "iniciativa de la acción" (art. 61.1), limitación que, como tal, es "materia odiosa" a la luz de los principios, de manera que debe interpretarse restrictivamente. En consecuencia no es dable derivar de esa limitación la conclusión de que también le está vedada al ser humano su condición autónoma de "parte" en el proceso, una vez que éste se haya inciado. Por el contrario, es posible, y aun imperativo, otorgar al indivuo esa posición y los derechos independientes de parte, que le permitirían ejercer ante el Tribunal todas las posibilidades que la Convención le confiere en los procedimientos ante la Comsión. En todo esto, carece, a mi juicio, de importancia la falta de legitimación procesal del individuo para iniciar el proceso, porque todo lo que aquí se dice presupone que éste ya se ha iniciado, por acción de la Comisión o del Estado que hace la renuncia.

Podría, entonces, encontrarse una única excepción a las posibilidades favorables al ser humano en los procedimientos ante la Comisión: la de que la víctima pueda beneficiarse de una solución amistosa propiciada por la Comisión, que ciertamente, conforme lo dice la opinión de la mayoría, no sería accesible ante la Corte. Pero, aparte del valor para mí relativo y dudoso de los procedimientos de conciliación, que más bien me parecen montados en interés de los Estados, es lo cierto que siempre queda abierta la posibilidad, inclusive con intervención de la Comisión, si no dentro por lo menos paralelamente al proceso ante el tribunal, el cual también podría terminarse por medio de un desistimiento, una solución amistosa o una satisfacción extraprocesal, con la ventaja de que tendría que ser aprobada por el órgano jurisdiccional, (art. 42 Reglamento de la Corte, y doctrina de los arts. 41.b), 50.3 y 51 de la Convención).

Por otra parte, con la indicada salyedad de los procedimientos de conciliación, considero que nada de lo que pueda hacer la Comisión, dentro de los procedimientos previos previstos por la Convención, en interés de la protección eficaz de los derechos humanos, no pueda hacerlo también la propia Corte durante el proceso; inclusive con creces, ya que su

intervención añadiría certeza y autoridad a las actuaciones, y al mismo tiempo acortaría considerablemente la duración de los asuntos, contribuyendo a acercar la realización del ideal de la justicia pronta y cumplida, cuya ausencia es de por sí una de las más graves y frecuentes violaciones de derechos humanos, y madre o amparo de casi todas las demás.

En conclusión, si comparto la tesis del fallo de que no es admisible, en el caso concreto, la renuncia del Gobierno a los procidimientos ante la Comisión, no lo hago en consideración de la necesidad de preservar la mejor protección de los derechos humanos, sino a que he llegado a convencerme de que, lamentablemente, el sistema de la Convención parece hacerlo imposible, en razón de que, al promulgarlo, los Estados Americanos no quisieran aceptar el establecimiento de un sistema jurisdiccional expedito y eficaz, sino que lo mediatizaron interponiéndole la criba de la Comisión, a través de una verdadera carrera de obstáculos que casi deviene en insuperable, en el largo y penoso camino que de por sí están forzados a recorrer los derechos fundamentales de la persona human.

Por las razones expuestas, mi concurrencia en el voto unánime de la resolución que razono, debe entenderse en los siguientes términos:

1. La acción interpuesta por el Gobierno de Costa Rica ante esta Corte, en el caso de Viviana Gallardo Camacho y otras, no es admisible por no serlo la renuncia del gestionante a los procedimientos previos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de que lamentablemente no parece posible dispensarlos en su totalidad, dentro de las limitaciones impuestas por el sistema del Pacto de San José.

2. Em vista de la inadmisión de la petición principal para que la Corte conozca del caso de una vez, es procedente acoger la subsidiaria de remitir el asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que ésta lo considere de acuerdo con sus atribuciones convencionales.

3. Es también procedente que, en virtud de su competencia general para el caso, esta Corte retenga la petición del Gobierno de Costa Rica en su lista de asuntos pendientes en espera del trámite ante la Comisión.

(*) A decisão de 22 de Julho de 1981 foi publicada no Boletim.

(*) Publica-se o texto espanhol da decisão por ser o que tem o valor de autêntico.

CONSELHO
DA EUROPA

COOPERAÇÃO EUROPEIA EM MATÉRIA PENAL

Erik Harremoes
e
Cândido Cunha

INTRODUCTION: Brief outline of the Council of Europe's history, structures and achievements

1. The creation of the Council of Europe was the result of a widespread movement after the Second World War proclaiming the need for European unity, as epitomised by Sir Winston Churchill in a speech in Zurich in 1946:

"We must build a kind of United States of Europe".

2. The aim of the Council of Europe, as stated in Article 1 of the Statute, signed in London on 5 May 1949, is "to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress". This aim is to be pursued "...by agreements and common action" in various fields: "economic, social, cultural, scientific, legal and administrative matters and in the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms". Matters relating to national defence are expressly excluded from the competence of the Council of Europe. Participation in its work is not to prejudice tho collaboration of its members in the United Nations or other international organisations.

These provisions are wide in scope but limited in effect. Wide because the competence of the Council extends to all spheres except the military; limited in effect because the Statute envisages "agreements and common action" in an organisation "which will bring European States into closer association", thus based upon the classic concepts of intergovernmental co-operation, and excluding an economic and political union and a merger of sovereign rights.

3. The membership of the Council of Europe was originally constituted by the ten States which negotiated and signed the Statute: Belgium, Denmark, France, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Sweden and the United Kingdom. Subsquent accessions have been: Greece (1949), Iceland, Turkey, Federal Republic of Germany (1950), Austria (1956), Cyprus (1961), Switzerland (1963), Malta (1965), Portugal (1976), Spain (1977), Liechtenstein (1978), making a total of twenty-one, ie with the exception of Finland, all European countries basing their political systems on a pluralist parliamentary democracy with free elections.

Article 3 of the Statute limits membership to States which respect the principles of the rule of law and of the enjoyment of human rights and fundamental freedoms.

4. The Statute provides in its Article 10 that the organs of the Council of Europe are the Committee of Ministers and the Consultative Assembly.

The Committee of Ministers is the executive organ "which acts on behalf of the Council of Europe". Each member State has one representative and each representative has one vote. According to Article 15 it shall consider what action to take in order to achieve the aim of the Council; it may do so on its own initiative or on the proposal of the Consultative Assembly; such action may take the form of the conclusion of conventions or agreements, the adoption of common policies and recommendations to governments, ie the classic procedures of intergovernmental co-operation. It is within this framework that the Council of Europe has elaborated more than 100 European Conventions, inter alia, the Conventions in the field of crime problems which will be dealt with later.

The original feature of the Council of Europe was the establishment its other organ: the Consultative Assembly, which is composed of members of the parliaments of the several member States. The principle of parliamentary control of the executive was here introduced into the structures of an international organisation, even if the degree of control is limited. This important innovation has since been adopted in other organisations such as the European Communities and the Western European Union.

The Assembly is the deliberative organ of the Council of Europe (Article 22 of the Statute). It may discuss and make recommendations to the Committee of Ministers on any matter within the competence of the organisation, either on its own initiative or when requested by the Committee of Ministers for its opinion. It also adopts resolutions on matters not requiring action by the Committee of Ministers. So far the Assembly has adopted more than one hundred Opinions, nearly a thousand Recommendations and more than seven hundred Resolutions.

5. As regards the activities and achievements of the organisation, the Intergovernmental Programme of Activities identify eight main fields which may be summarised as follows: protection and development of human rights; social and socio-economic problems; education, culture and sport; youth questions; public health; regional planning and the environment; regional and local authorities; co-operation in legal matters including crime prevention and the treatment of offenders.

In all these fields extensive programmes of European co-operation have been developed and expanded over the years. The best known is the Council's work for the protection of human rights, based on the Convention of 1950 and its five Protocols and involving the creation of the European Commission and the European Court of Human Rights.

The legal programme, which has led to the conclusion of nearly fifty Conventions, Agreements and Protocols, constitutes another important activity of the Council of Europe. It relates to various topics of international law, to the harmonisation of national legislation and pratice and notably to the establishment of a network of rules, norms and standards for co-operation among the European States for the purposes of criminal justice.

NB: os artigos que seguem são da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não refletem necessariamente as opiniões do Conselho da Europa.

Introdução: Breve perspectiva da história, estrutura e realizações do Conselho da Europa.

1. A criação do Conselho da Europa resultou de um amplo movimento, após a segunda guerra mundial, proclamando a necessidade de uma Unidade Europeia, materializada nas palavras de Sir Winston Churchill, num discurso proferido em Zurique, em 1946:

"Devemos construir uma espécie de Estados Unidos da Europa".

2. Nos termos do artigo 1.º do seu estatuto, assinado em Londres em 5 de Maio de 1949, o Conselho da Europa tem como objectivo o de "realizar uma reunião mais estreita entre os seus membros, a fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que são o seu património comum e favorecer o seu progresso económico e social". Este objectivo será prosseguido mediante a conclusão de acordos e a adopção de uma actuação comum nos vários domínios, "económico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo, bem como pela salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais". As questões relativas à defesa nacional não são da competência do Conselho da Europa. A participação dos seus membros nos trabalhos desenvolvidos não prejudica a colaboração prestada às Nações Unidas ou a outras organizações internacionais.

Estas disposições são amplas quanto aos seus fins, mas limitadas quanto aos seus efeitos. Amplas, dado que a competência do Conselho se estende a todas as esferas, excepto a militar; limitadas, porque o Estatuto,

ao apontar para a celebração de acordos e acções comuns que conduzam a uma mais estreita união entre os Estados Europeus, baseia-se no conceito clássico de cooperação intergovernamental, que exclui a união económica, política e a fusão dos poderes soberanos.

3. Inicialmente, o Conselho da Europa era constituído por 10 Estados membros que negociaram e assinaram o Estatuto: Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suécia e Reino Unido.

Posteriormente, a ele acederam os seguintes Estados: Grécia (1949), Islândia, Turquia, República Federal da Alemanha (1950), Áustria (1956), Chipre (1961), Suíça (1963), Malta (1965), Portugal (1976), Espanha (1977), Lichtenstein (1978).

É um total de 21 países, que engloba, com excepção da Finlândia, todos os países europeus cujo sistema político se baseia numa democracia parlamentar pluralista com eleições livres.

O artigo 3.º do estatuto restringe a qualidade de membro aos Estados que respeitem os princípios do primado do direito e do gozo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

4. Nos termos do art. 10.º do Estatuto, os orgãos do Conselho da Europa são o Comité de Ministros e a Assembleia Consultiva.

O Comité de Ministros é o orgão executivo competente "para agir em nome do Conselho da Europa". Cada Estado membro tem um representante e cada representante tem direito a um voto. De acordo com o art. 15.º do mesmo estatuto, o Comité de Ministros, por iniciativa própria ou mediante proposta da Assembleia Consultiva, analisa as medidas que o Conselho deve empreender com vista à realização dos seus objectivos. As medidas adoptadas podem consistir na conclusão de convenções ou acordos, na adopção de políticas comuns e recomendações aos governos, procedimentos clássicos da cooperação intergovernamental. É neste enquadramento que o Conselho da Europa elaborou já mais de 100 Convenções entre as quais as Convenções no domínio dos problemas criminais, que adiante serão analisadas.

A característica original do Conselho da Europa consistiu na criação do seu outro orgão: a Assembleia Consultiva, composta por membros dos parlamentos dos diversos Estados membros.

Introduziu-se, assim, o princípio do controlo parlamentar do executivo, nas estruturas de uma organização internacional, se bem que o grau de controlo seja limitado.

Esta importante inovação foi posteriormente adoptada por outras organizações, tais como as Comunidades Europeias e a União Europeia Ocidental. A Assembleia é o orgão deliberativo do Conselho da Europa (artigo 22.º do Estatuto). Pode deliberar e formular recomendações ao Comité de Ministros sobre qualquer matéria para a qual a organização seja competente, quer por sua própria iniciativa, quer a solicitação do Comité de Ministros. Pode igualmente adoptar resoluções sobre matérias que não requeiram a adopção de medidas por parte do comité de Ministros. Até à data, a Assembleia adoptou mais de 100 pareceres, quase 1000 recomendações e mais de 700 resoluções.

5. No que toca às actividades e realizações da organização, o programa intergovernamental de actividades identifica 8 domínios principais que podem ser sintetizados do seguinte modo: protecção e desenvolvimento dos direitos do homem; problemas sociais e sócio-económicos educação, cultura e desporto; questões da juventude; saúde pública; planeamento regional e ambiente; autoridades regionais e locais; cooperação em matérias jurídicas, incluindo a prevenção criminal e o tratamento dos delinquentes.

Em todos estes domínios têm vindo a desenvolver-se, ao longo dos anos, vastos programas de cooperação europeia. O mais conhecido, é o trabalho do Conselho para a protecção dos direitos do homem, baseado na Convenção de 1950 e nos seus 5 protocolos, e que envolve a criação da Comissão Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Outra importante actividade do Conselho da Europa é constituída pelo seu programa jurídico que levou já à conclusão de quase 50 Convenções, acordos e protocolos. Esta actividade prende-se com matérias que vão desde os vários aspectos do direito internacional e da harmonização das leis e práticas nacionais até ao estabelecimento de um quadro de regras, normas e padrões de cooperação entre os países europeus em matéria de justiça criminal.

I. INTRODUÇÃO 1.ª fase: Extradição e Entreajuda judiciária

1. O Conselho da Europa é uma estrutura internacional de natureza jurídica, política e ideológica, bem estabelecida e operacional, no âmbito da qual se constrói desde há mais de 30 anos um sistema de relações intra-europeias.

2. No domínio de que ora nos ocupamos, o início das actividades do Conselho da Europa é marcado pela Resolução (56) 13 do Comité de Ministros na sequência da qual foi elaborado um plano de acção e a sua execução confiada, em Setembro do ano seguinte, a um Comité Europeu para os Problemas Penais (CDPC).

3. O CDPC é composto por altos funcionários nacionais responsáveis nos seus países respectivos pela preparação e aplicação das políticas dos seus governos nos domínios criminal e penitenciário. Reúne na sede do Conselho da Europa em Estrasburgo pelo menos uma vez em cada ano. Foram sucessivamente seus presidentes: Sir Lionel Fox, Marc Ancel, Paul Cornil, Torsten Eriksson, L. Hulsman, Robert Schmelk, Paul-Günter Pötz, Michael Moriarty e G. di Gennaro. É presentemente seu presidente o Professor P.-H. Bolle.

4. As atribuições do CDPC podem resumir-se como segue:

— favorizar a harmonização das diferentes políticas nacionais dos Estados membros;
— promover o apoio da ciência criminológica às políticas penais;
— examinar a aplicação prática das Convenções penais europeias com vista a aplanar dificuldades e a introduzir melhoramentos;
— enfim, pôr em comum informações, experiências e ideias.

5. Note-se de passagem que, na escolha dos meios pelos quais são prosseguidas estas atribuições, é visível uma linha de clivagem a separar, segundo recortes que variam com os problemas concretos, certos países de outros.

Assim, aparecem países cujas administrações dispõem de meios consideráveis postos ao serviço do estudo, experimentação e aplicação de novas reformas e onde a opinião pública está alertada e segue a evolução dos problemas penais. Estes países voltam-se para a cooperação europeia geralmente com o fim de retirar, do confronto das suas teses com as dos outros, argumentos úteis para a justificação interna e externa daquelas. Pretendem também fazer transferir para a sede internacional o estudo e a equação de problemas particularmente difíceis ou delicados, seja pela ousadia das soluções previsíveis, seja pelas suas implicações políticas, seja ainda porque virtualmente insolúveis.

Por outro lado, países há que dispõem de meios menos importantes, ou onde a dimensão de certos problemas não justifica que a eles sejam afectados recursos desproporcionadamente elevados, ou ainda onde os problemas penais não fazem parte das primeiras linhas de preocupações da opinião pública e, portanto, da classe política. Os objectivos destes países nesta matéria, aliás não raramente mal definidos, serão em princípio orientados no sentido de colher os frutos da experiência alheia e, sobretudo, de transferir para a sede internacional o estudo, não já de problemas particularmente difíceis ou delicados, mas outrossim de reformas que estimam imediatamente necessárias.

6. São variáveis os métodos seguidos pelo CDPC na prossecução das suas atribuições. Não me atardo a esse respeito. Saliento apenas que um deles consiste na criação de comités subordinados, constituídos por peritos

provenientes de todos ou de alguns dos Estados membros, aos quais é confiado um mandato imperativo e limitado no tempo.

Deste modo foram sucessivamente preparados os instrumentos seguintes que constituem uma primeira fase da cooperação europeia em matéria penal:

— Convenção europeia de Extradição, Paris, 13.12.57;
— Protocolo adicional à Convenção europeia de Extradição, Estrasburgo, 15.10.75;
— 2.º Protocolo adicional à Convenção europeia de Extradição, Estrasburgo, 17.3.78;
— Convenção europeia de Entreajuda judiciária em matéria penal, Estrasburgo, 20.4.59;
— Protocolo adicional à Convenção europeia de Entreajuda judiciária em matéria penal, Estrasburgo, 17.3.78;
— Convenção europeia para a supressão do Terrorismo, Estrasburgo, 27.1.77.

Todos estes textos estão publicados pelo Conselho da Europa nas suas linguas originais que são o francês e o inglês (1)

Portugal assinou cada uma destas Convenções mas ainda não depositou os instrumentos de ratificação respeitantes a nenhuma delas (informação de 1.9.82).

II. EXTRADIÇÃO

7. Conceito

O imperium dos Estados confina-se, no espaço, ao seu território respectivo. Resulta que aqueles, em relação a uma pessoa que não se encontra no seu território, não têm qualquer meio próprio, nem para fazer cumprir uma pena que lhe hajam aplicado, nem para a fazer comparecer perante si

(1) As publicações do Conselho da Europa são vendidas ao público em quase todos os países membros e mesmo em terceiros países. Por razões que se desconhecem, tal não acontece em Portugal.

para instrução ou julgamento por actos que caiam na alçada do seu foro criminal.

Eis porque, ciosos do seu direito de julgar e de punir, os Estados se encontraram desde sempre (1) na necessidade de tratar entre si das circunstâncias e condições em que aceitavam entregar uma pessoa a outro Estado para aí ser julgada ou cumprir uma pena. A isso se chama extraditar uma pessoa. Ao instituto respectivo dá-se o nome de extradição.

8. Faz-se notar que este instituto tem normalmente duas sedes jurídicas concorrentes, a saber: a lei interna (2) que define o regime ao qual o instituto fica submetido no Estado respectivo, nos seus aspectos substantivo e processual; e a convenção ou tratado que estabelece os direitos e as obrigações mútuas dos Estados contratantes. Uma e outra interpenetram-se. O seu valor relativo tem variado no tempo. Pode afirmar-se que hoje em dia a norma convencional tende a sobrepor-se à norma interna.

9. Convém distinguir a extradição da expulsão.

Esta é essencialmente uma medida de polícia mesmo quando reveste legalmente a forma de pena acessória. Traduz-se na prática pela deportação de uma pessoa do território nacional para o território de um outro país, normalmente escolhido pelo interessado. Faz-se no interesse do Estado que expulsa.

Diferentemente, a extradição é uma medida de entreajuda internacional que se traduz na entrega de uma pessoa — o extraditando — ao Estado que requereu essa entrega. Faz-se no interesse deste Estado.

10. História

Nos anos 50, uma teia complexa de tratados bi-laterais de extradição unia os diferentes Estados membros do Conselho da Europa entre si e com terceiros Estados. As soluções jurídicas consagradas em cada tratado fre-

(1) E. Correia, Direito Criminal I. § 9.º, 41 dá notícia de um tratado de 1360 para troca de criminosos (políticos) celebrado entre D. Pedro de Portugal e D. Pedro de Espanha.

(2) A lei interna nesta matéria em Portugal é o Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto.

quentemente não eram entre si harmoniosas, raramente eram uniformes. Resultava incerteza na definição do direito e pobreza no alcance das disposições.

A primeira missão que foi confiada ao comité de peritos, criado em 1953 no Conselho da Europa para se ocupar de problemas de extradição, consistiu em decantar nessa massa de tratados os grandes princípios de base que deviam enformar a moderna disciplina internacional da extradição. Com facilidade os peritos chegaram a um acordo na definição desses princípios.

11. O problema que seguidamente se lhes pôs é típico da cooperação internacional na medida em que reflecte a eterna querela sobre o alcance, perfeição e medida dessa cooperação. Com efeito, três vias diferentes pareciam praticáveis.

A primeira consistia em elaborar um tratado-tipo, isto é um modelo de acordo, aos quais cada par de Estados acrescentaria os outros elementos que as suas tradições jurídicas, históricas, geográficas ou filosóficas respectivas ditassem ou permitissem.

A segunda via consistia em preparar, na base desses mesmos elementos essenciais, uma convenção multilateral, cuja aplicação, nas relações bilaterais poderia vir a ser concretizada pela celebração de acordos de aplicação.

Finalmente, a solução que vingou foi a de redigir uma convenção que oferece disciplina jurídica completa para todos os aspectos da extradição, ressalvada que é a possibilidade de os Estados contratantes fazerem reservas.

Semelhantemente as consequências foram típicas: se, num primeiro tempo, os partidários de uma cooperação ambiciosa puderam exultar com á solução seguida, rapidamente viram a sua ambição frustrada pelo número e importância das reservas feitas.

Os esforços empreendidos posteriormente, maxime pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, para limitar o alcance dessas reservas mostraram-se até aqui vãos.

12. Os trabalhos preparatórios da Convenção europeia de Extradição começaram em 1953, a uma data portanto anterior à da criação do

CDPC. Só mais tarde, portanto, vieram esses trabalhos a cair sob a alçada deste.

13. A Convenção

Como acima se viu, a razão de ser primeira dos pactos de extradição é a vontade dos Estados de exercer o seu direito soberano de julgar e de punir os actos criminosos. Assim, para obter o direito de exigir a entrega de certas pessoas, aceitam obrigar-se a entregar outras (do ut dedes).

Se desse modo se explicou a génese do instituto, deve salientar-se que hoje, nomeadamente em relação à Convenção europeia, outro imperativo se ergue em paralelo. Trata-se da solidariedade entre os Estados na prossecução de fins comuns de justiça criminal e de prevenção da criminalidade. Acresce que esta cada vez mais assume dimensão e natureza internacional do que decorre que só uma acção internacional concertada pode eficazmente combatê-la.

14. Regra

A norma principal da Convenção é a do seu Artigo 1.º segundo o qual as Partes se obrigam a entregar-se mutuamente certas pessoas procuradas pela justiça da outra Parte.

Vejamos as condições de execução desta norma.

15. Factos que podem dar lugar à extradição.

A Convenção, saindo do sistema clássico da enumeração de crimes, segue o critério da medida da pena (aplicável ou efectivamente aplicada). E conforma-se com o princípio de ordem prática segundo o qual os mecanismos relativamente complexos da entreajuda internacional não podem pôr-se em marcha em casos de importância secundária.

Assim, na extradição de pessoas não condenadas a Convenção só é aplicável se o máximo da pena legalmente aplicável, no Estado requerente, pelos factos imputados à pessoa procurada, não for inferior a um ano de prisão ou de medida de segurança privativa de liberdade; na extradição de pessoas já condenadas, a Convenção só se aplica se a pena infligida tiver sido de, ao menos, 4 meses de prisão ou de medida de segurança privativa de liberdade.

16. Dupla incriminação

O princípio da dupla incriminação aparece, com um sentido mais ou menos estrito, em todos os tratados e convenções de extradição. Consiste ele em dizer que só há lugar a extradição se o facto fôr punível pela lei penal de ambos os Estados, requerente e requerido.

Em relação ao Estado requerente, seria com efeito desprovido de objecto um pedido de extradição de uma pessoa contra a qual uma vez efectuada a extradição, ele não tivesse base legal para agir no foro criminal. Exige-se pois que os factos imputados à pessoa sejam in concreto puníveis pela lei penal do Estado requerente.

Neste sentido, a Convenção parece ir mais longe do que a lei portuguesa. Com efeito esta apenas exige que o "crime" seja da competência dos tribunais do Estado requerente. O Artigo 3.º, I, d) desta lei, ao exceptuar certos casos particulares, parece indicar que aquela exigência não é in concreto. Quid juris, por exemplo, se o Estado A reclama de Portugal a entrega de uma pessoa suspeita de, naquele Estado, ter cometido um crime particular não denunciado mas ainda denunciável? Parece que a lei portuguesa autorizaria a extradição; é certo que a Convenção não a exige.

Em relação ao Estado requerido, a exigência de dupla incriminação tem um fundamento e uma natureza diferentes.

O fundamento está em que repugna ao estado de direito — maxime aos Estados membros do Conselho da Europa para os quais o respeito escrupuloso dos Direitos do Homem constitui um imperativo de ordem pública internacional — deter uma pessoa e entregá-la contra sua vontade a outro Estado, pela prática de um acto que, se houvera sido cometido em condições de os seus tribunais terem competência para apreciá-lo, não seria passível de uma sanção penal.

Não pode porém exigir-se que o facto seja punível in concreto no Estado requerido pois que se o fosse esvaía-se o próprio fundamento da extradição na medida em que a justiça reclamada pelo requerente poderia, afinal, ser administrada pelo requerido.

O que, portanto, o princípio exige, em relação ao Estado requerido, é que os factos, in abstracto, aí integrem um tipo penal.

17. Reciprocidade

A reciprocidade é um velho princípio do direito das gentes que tende a reflectir e a assegurar a igualdade entre os Estados: Faço, se em idênticas circunstâncias tu também fazes.

Ele não figura expressis verbis na Convenção. Efectivamente não é imposto por razões de direito mas tão só de política. Contudo, as disposições dos Artigos 2.7, 21.5 e 26.3 revelam-no ínsito e mostram que nenhuma Parte está obrigada a prestações unilaterais hoc sensu. Isto é, nenhuma Parte está obrigada a satisfazer uma obrigação convencional se a Parte credora não se mostrar disposta a, em idênticas circunstâncias, satisfazer uma obrigação convencional ainda que esta não se traduza nos mesmos actos. Esta ressalva destina-se a cobrir os casos, por exemplo,em que, enquanto A extradita os seus nacionais para B, este não extradita os seus nacionais para A, mas intenta contra eles procedimento criminal, em conformidade com o Artigo 6.2.

18. Passemos rapidamente em revista as principais excepções à regra da obrigatoriedade de extradição.

19. Pena de morte

A extradição pode ser recusada nos casos em que os factos são passíveis de pena capital no Estado requerente, não o sendo, de direito ou na prática, no Estado requerido.

Funda-se esta excepção nas sensibilidades diferentes que o valor representado pela vida humana suscita em função do espaço e do tempo (1).

20. Nacionalidade

A segunda excepção de que nos ocupamos funda-se no velho princípio de que o Estado não entrega os seus nacionais à justiça de um outro Estado. Embora alguns Estados (v.g. Itália, países nórdicos entre si, etc.) não sigam este princípio, ele ainda é geralmente acatado.

O exercício da faculdade de recusar a extradição de uma pessoa com o fundamento de que esta é um seu nacional acarreta uma obrigação alternativa qual é a de intentar procedimento criminal contra aquela pessoa. Esta obrigação considera-se satisfeita ainda que o procedimento respectivo, nos termos da lei não tenha seguimento.

---

(1) A este respeito permitam-se-me dois breves comentários: O primeiro é que, na sequência nomeadamente da acção do Conselho da Europa a favor da abolição da pena de morte, esta na prática é hoje aplicada em apenas um dos seus 21 países membros.
O segundo é que, no domínio desta manifestação particular mas importante do respeito pelos Dircitos do Homem, Portugal foi pioneiro e, com o seu exemplo, contribuiu para o progresso moral da humanidade. Espera-se que num futuro próximo este mesmo exemplo possa novamente germinar em áreas geográficas onde outrora floresceu.

21. Infracções militares e fiscais

As infracções militares em razão da matéria estão fora do campo de aplicação da Convenção. Deve-se isso ao princípio, também velho, de que os Estados não contribuem, ainda que indirectamente, para a existência ou o engrandecimento das forças militares dos outros Estados. O princípio, obsoleto em relação a Estados aliados, não pode porém deixar de subsistir no que toca a Estados neutros ou neutralizados.

Tradicionalmente também as infracções fiscais não davam lugar a extradição. Dizia-se que o poder de lançar e de cobrar impostos era um elemento de tal modo essencial e característico de soberania dos Estados que se receava pudesse levar consigo a marca dessa soberania se de algum modo fosse exercido extra muros.

Imbuidos desta visão tradicional e desactualizada do problema, os redactores da Convenção não conseguiram ultrapassá-la. Só em 1978 foi possível fazer assinar um Protocolo adicional (o segundo) à Convenção, o qual emenda — com efeito meramente adicional, i.e. no que diz respeito apenas às relações entre os Estados que são Partes no Protocolo — o Artigo 5.º da Convenção. E fá-lo nos termos seguintes: a extradição é obrigatória, nas condições estabelecidas pela Convenção, para as infracções fiscais, entendidas estas no sentido de infracções em matéria de taxas, impostos, contribuições, direitos aduaneiros e câmbios. Acresce que a condição da dupla incriminação é aqui clarificada na medida em que se exige, não só que os factos sejam puníveis no Estado requerido, mas também que correspondam a uma infracção da mesma natureza, isto é que aí integrem uma infracção fiscal hoc sensu.

Deste modo, o sistema extradicional europeu conforma-se com as realidades da Europa de hoje que se caracterizam nomeadamente por uma grande mobilidade de pessoas e de bens e por uma estreita interdependência económica entre os países que a formam.

22. Infracções políticas

No quotidiano das relações entre os Estados, mais do que nas relações sociais, o imobilismo foi, até dias recentes, regra. Com efeito, até 1939 a ordem internacional fundava-se em equilíbrios, uns achados, outros construídos, outros ainda impostos, mas todos precários e, portanto, susceptíveis de se romper com a mais pequena mudança em qualquer dos muitos e

mal definidos elementos que os compunham. Neste quadro se formou, desenvolveu e, aqui ou ali, se fixou uma diplomacia estática.

A vida internacional é, hoje, profundamente diferente. Ela é marcada, nomeadamente na Europa, por um sistema dinâmico de relações de cooperação técnica a todos os níveis, que reflecte a estreita interdependência entre as nações. E se algumas chancelarias, raras, não souberam adaptar-se aos novos tempos, nem na sua estrutura, nem nos métodos de acção, nem nas mentalidades, todas ou quase conservam do passado uma réstea de inércia.

Vem isto a propósito de, mais uma vez, encontrarmos na mera tradição a razão para a inclusão de uma excepção na Convenção. Desta vez com respeito às infracções políticas ou conexas com uma infracção política. Contudo, aqui também, as realidades da vida moderna não se compadecem com certas tradições do passado: e a constatação disto está na origem de duas iniciativas destinadas a limitar o alcance daquela excepção.

23. O Protocolo I

A primeira iniciativa traduziu-se na assinatura do Protocolo adicional (o primeiro) à Convenção. Os Estados contratantes neste Protocolo comprometem-se a não considerar como políticos, para os efeitos de aplicação da Convenção, os crimes contra a humanidade previstos na Convenção das Nações Unidas para a prevenção e a repressão do crime de genocídio de 9.12.48, certas infracções previstas nas Convenções de Genebra de 1949, ditas da Cruz Vermelha, assim como outras violações análogas às leis e costumes da guerra.

24. A Convenção contra o terrorismo

Este primeiro passo, ainda titubeante, foi seguido de outra iniciativa, esta mais importante, consubstanciada na Convenção europeia para a repressão do terrorismo. Esta Convenção estende a lista das infracções que os estados se comprometem a não considerar como políticas para os efeitos de extradição (e também de entreajuda). São elas a captura ilícita de aeronaves, os actos dirigidos contra a segurança da aviação civil, as infracções graves contra a vida, a integridade física e a liberdade de pessoas que

beneficiam de protecção internacional, o rapto de pessoas, o sequestro de reféns, assim como a utilização de bombas, granadas, cartas ou encomendas armadilhadas, etc. que apresentem perigo para as pessoas.

A Convenção contra o terrorismo merece uma análise detalhada que no entanto, sai do âmbito do presente trabalho.

III. ENTREAJUDA

25. Conceito

Fala-se de entreajuda judiciária em matéria penal quando um Estado, por virtude da sua lei nacional ou de um tratado, exerce a sua autoridade a pedido e no interesse de outro Estado, praticando actos de administração da justiça penal da competência originária deste último.

A extradição é, pois, uma forma de entreajuda. Aliás, historicamente a primeira. Segundo certa classificação ela constitui uma categoria a se, neste sentido contraposta a todas as outras formas de entreajuda: num caso é a pessoa (suspeito, acusado ou condenado) que é deslocada a fim de suportar as exigências da justiça; nos outros são os braços da justiça que se erguem acima das fronteiras para recair sobre a pessoa onde quer que ela se encontre.

Lato sensu fala-se também de entreajuda para significar certas formas de colaboração internacional também ditas de co-gestão (1). Não se trataria aqui de actos praticados por conta de outro Estado mas de competências comuns a, ou compartilhadas por, vários Estados. Encontram-se exemplos desta forma de entreajuda nas Convenções do Conselho da Europa seguintes:

— Convenção europeia para a repressão das infracções da estrada, Estrasburgo, 30.11.64 e

(1) Cfr. p. ex. Claude Lombois, Droit pénal international, Dalloz, Paris 1979, §§ 495 e sgts.

— Convenção europeia para a fiscalização de pessoas com pena suspensa ou em liberdade condicional, Estrasburgo, 30.11.64.

26. História

No desenrolar dos trabalhos que conduziram à Convenção de Extradição, os peritos que compunham o comité respectivo puderam aperceber-se da necessidade que os países europeus sentiam de ver sistematizado num instrumento único e comum a todos a disciplina das diferentes medidas de entreajuda que figuravam avulsas e diversas em tratados de extradição ou outros, ou que eram aplicadas por força do costume.

Assim, dando seguimento à recomendação daquele comité, o Comité de Ministros do Conselho da Europa criou em finais de 1956 um novo comité de peritos a quem encarregou de elaborar uma convenção europeia em matéria de entreajuda judiciária penal. Tratar-se-ia da primeira construção jurídica completa e coorente neste domínio.

27. Âmbito

No Artigo 1.º, que é uma disposição de carácter geral, as Partes comprometem-se a conceder-se mutuamente a mais ampla entreajuda possível. Esta disposição aparentemente aponta para um texto cujo âmbito abarque todos os aspectos da entreajuda tal como ficou acima definida. Na realidade assim não é, pois que a Convenção se limita a contemplar medidas de entreajuda "menor", isto é execução de cartas rogatórias destinadas à prática de actos de instrução ou à comunicação de material probatório, processos ou documentos, comunicação de actos do processo ou de decisões judiciárias, comparência e audição de testemunhas, peritos e arguidos, assim como transmissão de informações relativas ao registo criminal.

A Convenção não pode ser considerada como uma lei europeia uniforme pois que, embora forneça uma disciplina jurídica única para a prática de certos actos de entreajuda, ela em parte remete para o legislador nacional da Parte requerida.

28 Princípios

A concessão de entreajuda é independente da extradição no sentido de que ela pode ser acordada mesmo nos casos em que não se verificam as

condições necessárias para a extradição. Assim, por exemplo, há entreajuda em processos respeitantes a contravenções.

Embora as vias de remessa dos pedidos de entreajuda possam ser várias, estes devem obrigatoriamente ser originários de e dirigidos a uma autoridade judiciária.

A entreajuda limita-se ao domínio do foro criminal. Assim, não se aplica nos processos respeitantes a ilícitos de mera ordenação social antes de passarem à fase judicial.

29. Excepções

Voltamos a encontrar nesta Convenção as cláusulas que excluem do seu âmbito as infracções políticas e fiscais.

Em relação às primeiras salienta-se que a Convenção contra o terrorismo, também para efeitos de entreajuda, impede que estas infracções sejam consideradas como políticas.

Com respeito às últimas, o Protocolo adicional à Convenção prevê que as Partes não exerçam o seu direito de recusar a entreajuda com o fundamento de que se trata de uma informação fiscal.

Cândido Cunha
Técnico da Direcção dos Assuntos Jurídicos
do Conselho da Europa

2nd Phase: Transfer of enforcement, proceedings, and prisoners

1. The penal systems of the European States have until recently been governed by the classical concept of national sovereignty. In general the effects of a judicial decision did not extend beyond the frontiers of the State by courts of which it was rendered.

Since the Second World War, States have become more aware of the need for a new approach to penal law and penal procedure. There are several reasons for this evolution. Recent decades have been marked by a considerable development of economic resources, improved means of transport and an ensuing mobility of populations, be it for tourism, in pursuit of academic studies and research programmes or in search for work. The result is that also crime has been more mobile and international in character.

An additional factor is that penal policy has come to lay greater emphasis upon the treatment of offenders. Resocialisation and reintegration into normal community life are facilitated when the sanctions imposed upon offenders are enforced in a familiar environment. This efficiency argument is supported by humane considerations, in particular the increased understanding of the detrimental influence upon a prisioner's mentality of alienation resulting from difficulties in communication by reason of language barriers (a practical concern on a Continent with more than 20 languages), of unfamiliarity with local culture and habits and of the absence

of contact with relatives and friends. Prisons might be filled with sizeable groups of detainees who would not from any point of view fit into the penitentiary system.

2. For these reasons mainly, many States have developed, at national level through legislative reform or at international level through multilateral conventions, new legal notions and approaches which restrict the traditional nationalistic adherence to undisputed and exclusive sovereignty in penal matters.

The endeavours to regulate the problems related to extradition and to mutual assistance have been dealt with in the preceding article. It is, however, clear that these forms of international co-operation do not suffice in the present social, economic and legal context. For example, extradition is rarely granted in respect of nationals of the requested State and mutual assistance, however important it may be, is bringing but partial and inadequate solutions to the challenges of international crime.

The Council of Europe therefore proposed a further development of this international co-operation with a view to providing a comprehensive network of legal instruments which will make up a sort of "European Code of Penal Procedures" (1) dealing with the enforcement of sanctions (paras 3 to 15 below) and with the transfer of proceedings (paras 16 to 24 below).

3. The idea of ensuring the enforcement of decisions also in foreign jurisdictions is neither new nor untried. As early as 1868, the riparian States of the Rhine concluded a Treaty (Die revidierte Rheinschiffahrtsakte) still in force which stipulates that court decisions from one Contracting State imposing fines upon users of the river shall, on the basis of reciprocity, be enforceable in other Contracting States represented on the International Rhine Commission which has its seat in Strasbourg.

---

(1) In chronological order:
— the European Convention on the Punishment of Road Traffic Offences (1964)
— the European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced and Conditionally Released Offenders (1964)
— the European Convention of the International Validity of Criminal Judgments (1970)
— the European Convention on the Transfers of Proceedings in Criminal Matters (1972)
— the draft European Convention on the Transfers of Sentenced Persons (1982)

Likewise, the five Nordic States — Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden — have enacted parallel legislation providing for the enforcement of a criminal judgment emanating from one of the four other States, and the three Benelux countries have drawn up a Treaty for the same purpose.

In the beginning of the 1960s, the Council of Europe undertook work on two Conventions which, under certain conditions, enable one State to enforce sentences prounounced in another State.

4. The first of these Conventions: *the European Convention on the Punishment of Road Traffic Offences* (European Treaty Series No. 52) which was opened for signature on 30 November 1964 and which at present is in force between Cyprus, Denmark, France and Sweden (signed by Portugal on 18 June 1980), aims at ensuring that penalties will be enforced against drivers from another European State who are guilty of offences against traffic regulations. In practice this means that the Convention makes it possible for the State in which the offence was committed to request the State in which the offender is a resident to enforce the sentence and correspondingly it grants competence to that State.

Thus, Article 1 of the Convention provides that:
"When a person ordinarily resident in the territory of one Contracting Party has committed a road traffic offence in the territory of another Contracting Party, the State of the offence may... request the State of residence... to enforce the penalty in full".

In the following provisions of the Convention, details are given as to the obligatory and optional grounds for refusal (Article 9), substitution of penalty (Article 10), payment or non-payment of fines (Articles 11-12) and the rights of the State of enforcement in matters of pardon and conditional release (Article 8).

The categories of offences to which the Convention is applicable are listed restrictively in a "common schedule of road traffic offences" which forms an integral part of the Convention. It is a basic condition that the offence committed is punishable in both States concerned. This principle of dual criminal liability which is common to all Conventions in the field of penal law presupposes that there is agreement on the aims underlying national legislations applicable to the punishment of criminal offences.

This principle might be seen either in abstracto or in concreto and in general it has been agreed to adopt the latter solution. It does not mean however that the definition and qualification of the offence should be absolutely identical since the laws of two or more States cannot be expected to coincide to the extent that the same facts should invariably be considered as constituting the same offence.

The result of this Convention is that the common desire of European States to combat road traffic offences has found expression in the addition of a "European jurisdiction" to the ordinary national jurisdictions. The State of the offence, as being chiefly interested, retains its normal judicial competence but if circumstances prevent it from enforcing a penalty or if circumstances make it preferable that it does not enforce the penalty, the State of residence undertakes to help the State of the offence by placing at its disposal the machinery of its judicial system.

5. On the same day of 30 November 1964, another Convention was opened for signature: the *European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced and Conditionally Released Offenders* (European Treaty Series, No. 51) which has been signed by Portugal on 23 February 1979 and ratified by Austria, Belgium, France, Italy, Luxembourg and Sweden. This instrument aims at ensuring the social rehabilitation of offenders who have been given suspended sentences or released conditionally by the courts of another Contracting Party, and the enforcement of the sentence imposed when the conditions prescribed are not fulfilled. Except in very few cases such conditionally imposed sanctions were traditionally applied only on a national scale. Courts were reluctant to impose on foreigners or persons residing abroad a sentence which was not certain to be put into effect in another State. In consequence, such offenders who would in normal circumstances have qualified for a suspended sentence or probation were either given a term of detention and kept in prison until their sentence had been served, or released only in order to be deported from the country, which made it likely that they would immediately relapse into crime in the country to which they were deported. In the past, this aroused little attention because conditional measures were rarely applied. But in recent decades it seemed essential to devise a more equitable system which avoids a discrimination between residents and non-residents and

counteracts recidivism by making available, on an international level, those methods for social rehabilitation which have proved successful on a national scale.

The Convention stipulates that the Contracting Parties shall undertake to grant each other the mutual assintance necessary for this purpose. According to paragraph 2 of Article 1 they shall, in conformity with the provisions laid down in the Convention:
"enforce any judgment, detention order or other penalty involving deprivation of liberty as may have been passed on the offender".

In the following provisions of the Convention are listed the conditions under which a State may request the transfer of the conditional measures and under which the requested State shall or may refuse the request. It is stipulated expressly that the act for which the offender was convicted shall be punishable under the laws of both States.

The rationale of this Convention is that in modern penal systems conditional measures are a fully recognised and widely used sanction affording increased prospects of rehabilitation while at the same time reducing the financial burden involved in detaining convicted offenders and causing less distress to prisoners' families. The Convention is thus the international recognition and approval of an important development in contemporary penal ideology.

These two Conventions are to be considered as special conventions as they deal with a particular kinf of offence or with a particular kind of sanction. Neither has general application to the entire system of criminal justice. Their main interest is that they are the "pioneers" of a more general convention.

6. It was therefore only natural that the Council of Europe undertook to draft a Convention which would imply a further step towards the ultimate goal of ensuring full international co-operation in criminal matters. The intention was to extend the principles laid down in the above two conventions to the enforcement of foreign sentences of whatever kind and imposed for whatever offence, i.e. to the general criminal system. The result was the *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments* (European Treaty Series No. 70) which was opened for signature in 1970 and which provides in its Article 3 that:

"a Contracting State shall be competent in the cases and under the conditions provided for in the Convention to enforce a sanction imposed in another Contracting State..."

The fundamental concept behind the Convention is the complete assimilation of foreign judgments emanating from the court of another Contracting State. This concept is applied in three different respects, namely to the enforcement of the sentence, the ne bis in idem effect and the taking into consideration of the foreign judgment.

7. As regards the enforcement of a foreign judgment, the Convention lays down in its Articles 4 to 7 the basic conditions which may be summarised as follows:

— the decision must have been rendered in full observance of the fundamental principles of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, in particular its Article 6 which lays down minimum requirements for court proceedings;
— the act for which the person is convicted in the State of judgment must be punishable also under the law of the requested State;
— the decision must, with the exception of judgment in absentia, be final and enforceable in the State of judgment. However, a special system has been made applicable to judgments in absentia which do not give the same guarantees to the accused person as judgments pronounced after a hearing in court in his presence. Indeed, the gathereing, verification and interpretation of evidence is rendered more difficult in his absence and the sentencing judge is prevented from individualising the sanction in the light of his appreciation also of the accused's personality and antecedents. Recognising that it is not possible to treat such judgments as other judgments, the Convention establishes a special system guaranteeing a person sentenced in absentia the right to be heard before the enforcement of the sanction by the introduction of opposition to the judgment. Once the opposition has been heard, the decision now rendered replaces the contested decision;
— a request must be validly made by the State of judgment; the requested State may refuse enforcement only on one of the grounds limitatively listed in the Convention. These conditions relate, inter alia, to the political or military nature of the offence, to considerations based on

the respect for human rights and fundamental freedoms and to "ordre public". Also more subjective grounds are foreseen such as the case where the requested State considers that it is unable to enforce the sanction itself and that the requesting State is itself able to do so. Ne bis in idem is in any event an absolute obstacle to the transfer of the enforcement.

8. It is obvious that a foreign judgment is not being enforced without prior examination. Such examination is divided into two phases: at international level between the requested and the requesting States and at national level — exequatur proceedings — before the competent authorities of the requested State.

The rules applicable to the administrative arrangement between the States concerned ate contained in Section 2 of Part II of the Convention and relate to technical problems such as the channel of communication, the question of translations, the question of appendices and copies, etc...

The examination of the request for enforcement and the final decision on the matter and consequently the adaptation of the sentence, have been entrusted to the courts in the requesting State. The matter was considered to be too important to be left to administrative authorities. It deserves nevertheless to be mentioned that in the interest of a speedy and efficient enforcement, an exception has been allowed for fines and confiscation on condition that appeal to a judicial authority is allowed.

Examination and decidion in a judicial context is indeed the most appropriate way of inspiring confidence in the observance of basic principles of fair trial and due process of law to which all member States of the Council of Europe are fully committed. Moreover, a Convention which in many ways implies a radical departure from traditional rules of penal law can be satisfactorily interpreted only by judicial organs.

As regards adaptation, it is obvious that most sanctions, be it deprivation of liberty, fines or disqualifications, are not immediately transferable to another State which might have and often has a different procedural system and a different organisation of its system of penal sanctions. Indeed, adapting a foreign sanction to the legislation of the State of enforcement raises diffifult problems and it was found necessary to oblige the Contracting States to supply information on their system of sanctions.

Accordingly, the States which have ratified the Convention have informed the Secretary General of the general principles of their sanctions system to ensure a full understanding of the factual and legal background of the case. In this context, it might be recalled that the council of Europe has also elaborated a European Convention on the Information on Foreign Law (European Treaty Series No. 62) which has recently, by a Protocol (European Treaty Series No. 97) from 1978, been extended to the field of penal law.

9. It is widely recognised in national law in the European States that a person cannot be brought to trial twice for the same offence.

This principle does not apply at international level but it was considered desirable that it should prevail also in relations between the various European States. Justice requires indeed that a foreign judgment should, if possible, be given the same negative effect as a national judgment. The necessary prerequisite for the recognition of such an effect is, however, the mutual confidence in legal and political systems prevailing among the member States of the Council of Europe. It was therefore decided to include in the Convention a provision which regulated this matter and in doing so the Convention takes account of the views of the European Commission of Human Rights which, as early as in 1964, drew the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe to the fact that the principle of ne bis in idem was not adequately safeguarded in Europe at an international level.

Consequently, Article 53 of the Convention provides that:

"A person in respect of whom a criminal judgment has been rendered may for the same act neither be prosecuted nor sentenced nor subjected to enforcement of a sanction in another Contracting State".

If certain conditions laid down in the Article itself have been complied with.

10. Likewise a foreign judgment shall be given the same indirect effects which an identical national decision would have had under national

law. By indirect effects are to be understood the effects which result from a decision taken subsequently by a competent authority, judicial and other, and for instance relating to the establishment of recidivism, loss and suspension of rights, qualifications as an habitual offender or an offender by profession or inclination, and the granting of suspended sentence or probation by an authority other than the court.

11. In accordance with the general rules of international law, Contracting States have the right to attach reservations to their ratification of this Convention. In its Appendix I, it specifies that reservations may be made so as to enable a State to refuse enforcement if it considers that the sentence relates to a fiscal or religious offence. They may also refuse enforcement of sentences which have been rendered in absentia, or by the special related procedure which has recently been introduced in many continental States which allows administrative courts to deal with penal cases, under the condition that there is appeal to a judicial authority. Other reservations may relate to matters such as preclusion of proceedings by lapse of time and acts interrupting a suspended time limitation.

12. The Convention on International Validity of Criminal Judgments which entered into force on 26 July 1975 has been ratified by six States: Austria, Cyprus, Denmark, Norway, Sweden and Turkey. It has been signed by Portugal on 10 May 1979.

13. As ratifications of this Convention whose implementation in national law requires major legislative changes in most countries did not take place as speedily as desirable, the Council of Europe decided in 1978, as a result of an initiative of the Swedish Minister of Justice, to examine the possibility of drafting a new and supplementary *Convention on the Transfer of Sentenced Persons.* This work has not yet been concluded, but it is hoped that the text may be adopted and opened for signature in 1983.

It is noteworthy that for the first time the United States of America and Canada participate in the work of the Council of Europe in preparing this Convention.

14. The draft foresees a person sentenced in a Contracting State may be transferred to another Contracting State in order to serve the sentence imposed on him and that the Contracting States shall undertake to afford each other the widest measure of co-operation in this respect.

The transfer may be requested either by the State which imposed the sentence or by the State to which the sentenced person should be transfered.

It is foreseen that the transfer shall be subject, inter alia, to the conditions that the person concerned is a national of the State to which he is to be transferred, that the judgment is final, and that the sentence is indeterminate in timer or that, at the time of receipt of the request, he still has at least six months of the sentence to serve.

The principle of dual criminal liability shall be applied.

A subject which has been debated at great lengtn is whether the transfer is conditional on the consent of the sentenced person. The draft Convention has decided on this question in the affirmative and stipulated that the consent may be verified by a consul or any other official of the State to which the transfer is to be made, i.e. that it is given voluntarily and with full knowledge of the legal consequences of the transfer.

The Convention provides that sentences shall be converted in accordance with the procedures provided for by the law of the State to which the transfer is made. When converting the sentence, it shall be bound by the findings as to the facts insofar as they appear explicitly or implicitly from the judgment imposed in the sentencing State. Moreover, it may not convert a sanction involving deprivation of liberty to a non-custodial sanction, shall deduct the full period of deprivation of liberty served by the sentenced person and shall not aggravate the penal position of the sentenced person, which means that it shall not be bound by any minimum which its own law may provide for the offence or offences committed.

15. It is hoped that this Convention will in due course be opened for accession to non-member States of the Council of Europe and thus mark the beginning of a closer co-operation between the European countries and in particular the United States of America and Canada whose criminal justice systems are based on similar legal concepts and ideals.

16. It is recalled that in most States provisions relating to the applicability of criminal law have a dual functions:

— they lay down the criteria for limiting national jurisdiction;
— they determine which penal law shall be applied by the courts in the case of an offence which falls under national jurisdiction.

In theory and in actual legislative practice, a distinction is in matters of prosecution made between various categories of jurisdiction, i.e.:

a) the territorial jurisdiction of the State where the offence was committed;

b) (i) jurisdiction founded on the active personality principle, that is jurisdiction exercised by the State over its own nationals or persons domiciled on its territory, without regard to the place of the offence;

(ii) jurisdiction founded on the passive personality principle, that is jurisdiction exercised by the State for the protection of its nationals abroad in respect of offences of which they may have been the victims;

c) jurisdiction exercised by the State for the punishment of offences against its sovereignty or its security;

d) jurisdiction founded on the principle of universality, which reflects the concern to ensure the punishment of certain offences creating a common danger in a plurality of States.

It would appear obvious that the embodiment of some of these categories (not always the same in respect of the same offences) in varying degrees in 21 national legal systems prevailing in the member States of the Council of Europe does not always avoid conflicts of competence (overflow of jurisdiction) or ensure that a given crime does not remain unpunishable (absence of jurisdiction).

It was therefore necessary, through an international legal instrument, to regulate such conflicts and to create subsidiary jurisdiction to be exercised whenever required by a State having original jurisdiction which for one reason or another cannot be exercised.

17. The Council of Europe started out also in this matter by attacking the problem on a specific basis, i.e. in the *European Convention on the Punishemnt of Road Traffic Offences* (European Treary Series No. 52) from 1964 which in its Articles 1 states that:

"When a person ordinarily resident in the territory of one Contracting Party has committed a road traffic offence in the territory of another Contracting Party, the State of the offence may, or if its municipal law requires, must, request the State of residence to take proceedings if it has not instituted them itself, or if, having done so, it deems it impossible to carry them through to a final decision...".

This system of transfer of proceedings operates under conditions somewhat similar to those indicated above in respect of the system of enforcement provided for in the same Convention. Thus, the principle of dual criminal liability applies, the request State acquires the necessary competence under the Convention if it does not already possess such competence under its domestic law and the request State retains its entire discretion (in accordance with the expediency principle of prosecution applicable in most European legislations) as to whether proceedings should be instituted.

18. This special Convention was followed by a more general Convention: the *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters* (European Treaty Series No. 73) which was opened for signature in Strasbourg on 15 May 1972 which in its Article 2 provides:

"For the purposes of applying this Convention, any Contracting State shall have competence to prosecute under its own criminal law any offence to which the law of another Contracting State is applicable".

The second paragraph of this Article provides that if a State has competence exclusively by virtue of paragraph 1, such competence may be exercised only when the request for proceedings has been presented by another Contracting State. This Article therefore creates a sort of European jurisdiction which remedies the absence of jurisdiction and makes the system for transfer proceedings operative. In the absence of such jurisdiction, a transfer would have no meaning.

It also follows that this jurisdiction which is conferred to avoid an absence would result in an excess if it were not subject to restrictions. It has therefore been stipulated that a State exercises its jurisdiction only if another State which has original jurisdiction is unable to exercise it or waive right to do so.

In order to allow a State to do so, Article 3 provides that any Contracting State which is competent under its own law may waive or desist from proceedings against a suspected person who is being or will be prosecuted for the same offence by another Contracting State.

19. Finally, the system deals with the question of plurality of criminal proceedings and, according to Article 30:

"Any Contracting State which, before the institution or in the course of proceedings for an offence, is aware of proceedings pending in another Contracting State against the same person in respect of the same offence shall consider whether it can waive or suspend its own proceedings, or transfer them to the other State".

In this situation, the States concerned shall endeavour to determine, in the light of the circumstances of the case, which of them alone shall continue to conduct the proceedings.

The purpose of the system thus laid down is to prevent anoyone from being either accused an brought to trial more than once for the same offence, or from remaining on trial on account of offences committed. An exception to the rule obliging Contracting States to negotiate has been made for political and military offences which are of such a specific interest for the States involved that it would not be realistic to oblige a State to negotiate about their prosecution by another State.

Once the negotiations have been conclued it will become the right and the duty of the State which under the given circumstances is in the better position to continue the proceedings, to take whatever step is necessary to terminate them and eventually to enforce the sentence.

20. One can imagine cases where it is impossible to obtain an agreement in the course of this normal consultative procedure carried out at diplimatic level. If so, none of the States concerned loses its right to exercise its own criminal jurisdiction. If, however, in one of the States concerned a final judgment is rendered after the failure of the consultative procedure, the other State will have to observe the ne in idem provisions which have been incorporated into the Convention.

The possibility was examined of creating a system of priorities of jurisdiction to be applied where the States concerned are unable to reach an agreement. One might, for instance, have thought that the State in which the offence was committed should have priority over other States. It was felt, nevertheless, that such a system of priority would be too rigid and could not take into account all the practical needs.

21. The request for a transfer of proceedings is subject to a number of conditions. Article 8 of the Convention lists the eight particular situations in which a State may request the transfer of proceedings to another State. This exhaustive list is inspired by a desire to improve the functioning of criminal justice. This consideration is, for instance, underlying the situation where the suspected person is a resident of the request State or a national of that State where he is undergoing or has to undergo the enforcement of the sentence involving deprivation of liberty in that State.

The requested State is, when it examines a request for transfer, obliged to refuse the transfer if certain conditions are not fulfilled, whereas in other cases it may exercise discretion and refuse.

Thus it is obliged to refuse the transfer not only if the conditions laid down for the requesting State are not fulfilled, i.e. the request is not validly made, but also if the institution of proceedings would be contrary to the ne bis in idem rule or if the time-limit for criminal proceedings has already expired the requesting State.

The optional cases of refusal are listed in Article 11 of the convention. It is particular to be noted that a transfer can be refused if the offence for which proceedings are requested is of a political or a purely military or fiscal nature. The same right for the requested State exists if there are substantial grounds for believing that the request for proceedings was motivated by consideration of race, religion, nationality or political opinion, if proceedings would be contrary to the international undertaking of the requested State or if proceedings would be contrary to the fundamental principles of the legal system of that State.

Even if it accepts the request, it may, at a later stage, withdraw its acceptance if it finds subsequently motives for refusal which have been laid dow in the Convention, or if it becomes apparent that the presence in person of the suspected person cannot be ensured at the hearing of proceedings and that any sentence which might be passed could not be enforced.

22. The transfer of proceedings produces effects both in the requesting State and in the requested State. When the requesting State has made its request, it can no longer prosecute the person for the same offence. It shall, however, be entitled to do so if the request is being refused or if the requested State informs the State that it does not intend to take any action on the request.

In the requested State, the effect of the request is to give jurisdiction to the courts of that State. In that case, the sanction prononced shall not be more severe than that provided for in the law of the requesting State which is the guarantee for the person that the transfer cannot result in an aggravation of the situation.

23. The Convention lists in Appendix I the reservations which Contracting States are entiled to make at the time of ratification. Thus it may refuse a request for proceedings if it considers that the offence is a purely religious offence. It might also refuse such a request if an act the sanctions for which, in accordance with its own law, can only be imposed by the administrative authority and thus falls outside the scope of competence of the judicial authorities.

It is too early to say whether these reservations will be extendively used by Contracting States and if so, whether they will constitute serious obstacles to the smooth functioning of the Convention. Even if it is often for political reasons necessary to open the possibilities for States to make reservations, it is to be regretted if this possibility is used to an extent so as to counter the entire purpose pursued by the Convention and seriously weaken the system of mutual assistance which is created by it.

24. The European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters entered into force on 30 March 1978 and has been ratified by Austria, Denmark, Norway, Sweden and Turkey. It was signed by Portugal on 10 May 1979.

The delay in signatures and ratifications is entirely normal. The system of a "European" jurisdiction introduced by the Convention requires

extensive changes in national legislations which presuppose time-and effort-consuming studies by scholars, public officials and legislators.

In the interest of a more efficient combat against rising crime rates in Europe, it is nevertheless to be hoped that the ratifications procedures be speeded up as much as possible.

Erik Harremöes
Director dos Assuntos Jurídicos
do Conselho da Europa

2.ª Fase: Transferência de execução, processos e condenados.

O conceito clássico de soberania nacional dominou, até há pouco tempo, os sistemas penais dos Estados europeus. Geralmente, os efeitos de uma decisão judicial proferida por um tribunal de um determinado Estado não se produziam para além das suas fronteiras.

Após a segunda Guerra Mundial, os Estados tomaram consciência da necessidade de encarar, de uma nova forma, o direito penal e o processual penal. Vários factores determinaram esta evolução. As recentes décadas foram marcadas por um considerável desenvolvimento dos recursos económicos, e pela melhoria dos meios de transporte, o que veio a determinar uma maior mobilidade das populações, quer para prosseguir estudos académicos ou participar em programas de investigação, quer para procurar emprego ou ainda por razões de turismo. Em consequência, também o crime passou a ter características de uma maior mobilidade e internacionalização.

Por outro lado, a política criminal passou a dar grande ênfase ao tratamento dos delinquentes. A ressocialização e reintegração na vida normal da comunidade tornam-se mais fáceis se as sanções impostas aos delinquentes forem cumpridas em meio familiar.

Este argumento baseia-se em considerações de ordem humanitária especialmente no reconhecimento da influência negativa que a alienação, resultante das dificuldades de comunicação por obstáculos de natureza

linguística (uma preocupação de ordem prática num continente com mais de 20 línguas), da não familiarização com a cultura e costumes locais e da falta de contacto com parentes e amigos, provoca na mente do detido.

As prisões podiam estar repletas de consideráveis grupos de detidos que não se enquadrariam de forma alguma no sistema penitenciário.

2. Principalmente por estas razões, vários Estados desenvolveram, a nível nacional, através da celebração de convenções multilaterais, novos conceitos e perspectivas legais que restringem a tradicional adesão nacionalista à indiscutível e exclusiva soberania em matéria penal.

Os esforços tendentes a regular os problemas relacionados com a extradição e a entreajuda foram relatados no artigo precedente. É claro, no entanto, que estas formas de cooperação internacional não são suficientes no presente contexto social, económico e jurídico. A extradição por exemplo, raramente é concedida a nacionais do Estado requerido e a entreajuda, por mais importante que seja, responde apenas parcial e inadequadamente ao desafio lançado pelo crime internacional.

Esta situação levou o Conselho da Europa a propor um maior desenvolvimento da cooperação internacional, criando um quadro de instrumentos legais que constituam uma espécie de "Código Europeu de processos penais", (1) em matéria de execução de penas (parágrafos 3 a 15 infra) e transmissão de processos (parágrafos 16 a 24 infra).

3. A ideia de garantir a execução das decisões também em jurisdições estrangeiras não constitui uma experiência nova ou sequer inexplorada.

Em 1868, já os Estados ribeirinhos do Reno haviam concluído um tratado (Die revidierte Rheinschiffahrtsakte), que se encontra ainda em

---

(1) Por ordem cronológica:

— A Convenção Europeia para a repressão das infracções rodoviárias (1964)

— A Convenção Europeia sobre a vigilância das pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente (1964)

— A Convenção Europeia sobre o valor internacional das sentenças criminais (1970)

— A Convenção Europeia sobre a transmissão de processos criminais (1972)

— O projecto de Convenção Europeia sobre a transferência de pessoas condenadas (1982)

vigor, estipulando que as decisões dos tribunais de um dos Estados Contratantes que imponham multas a utentes do rio, sejam exequíveis com base na reciprocidade, noutros Estados Contratantes representados na Comissão Internacional do Reno, com sede em Estrasburgo.

Da mesma forma, os cinco Estados Nórdicos — Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia — decretaram legislação paralela, com vista à execução de sentenças penais proferidas por um deles nos restantes quatro Estados. Os três países do Benelux concluíram um tratado com o mesmo objectivo.

No início dos anos 60, o Conselho da Europa iniciou o estudo de duas Convenções que, em certas condições, permitem a um Estado executava sentenças proferidas noutro Estado.

4. A primeira destas Convenções:. A *Convenção Europeia sobre a repressão de infracções rodoviárias* (European Treaty Series n.º 52), aberta à assinatura em 30 de Novembro de 1964 e presentemente em vigor relativamente a Chipre, Dinamarca, França e Suécia (assinada por Portugal em 18 de Junho de 1980), procura garantir o cumprimento de sanções por parte de condutores de um Estado Europeu, condenados pela prática de infracções rodoviárias no território de outro Estado. Isto significa, na prática, que a Convenção possibilita ao Estado, no território do qual foi cometida a infracção, solicitar ao Estado da residência do infractor que execute a sentença aplicada.

Assim, o artigo 1.º da convenção dispõe que:

"Se uma pessoa normalmente residente no território de uma Parte Contratante cometer uma infracção rodoviária no território de outra Parte Contratante, o Estado da infracção pode... solicitar ao Estado da residência... que execute integralmente a pena".

Nas disposições seguintes, a Convenção prevê os motivos de recusa obrigatória e facultativa (artigo 9.º), a substituição da pena (art. 10.º), o pagamento ou não pagamento de multas (artigos 11.º-12.º) e os direitos do Estado exequente em matéria de perdão ou liberdade condicional (art. 8.º).

As categorias de infracções às quais se aplica a Convenção estão taxativamente previstas num "quadro comum de infracções rodoviárias" que constitui parte integrante da Convenção. Como condição necessária, exige-se que a infracção seja punível em ambos os Estados. Este princípio da dupla incriminação, que é comum a todas as convenções no domínio

da lei penal, pressupõe uma identidade de fins das leis penais dos vários Estados membros.

Este princípio pode ser apreciado tanto em abstracto, como em concreto. Em geral, tem-se acordado em adoptar a última solução, embora isso não signifique que a definição e qualificação da infracção devem ser as mesmas. Na verdade não se pode esperar que o mesmo facto seja considerado pela legislação de dois ou mais Estados como constituindo necessariamente a mesma infracção.

Decorre desta Convenção que o desejo comum de os Estados Europeus combaterem as infracções rodoviárias deu origem a que, à jurisdição nacional comum, se viesse juntar "uma jurisdição europeia". O Estado da infracção mantém, como principal interessado, a sua competência judicial normal. Mas se se verificarem circunstâncias que o impossibilitem de executar a pena, ou que tornem preferível que a não execute, o Estado da residência auxiliará o Estado da infracção, colocando à sua disposição os mecanismos do seu sistema judicial.

5. No mesmo dia 30 de Novembro de 1964, outra Convenção foi aberta à assinatura: A *Convenção Europeia sobre vigilância das pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente* (European Treaty Series, n.º 51), assinada por Portugal em 23 de Fevereiro de 1979 e ratificada pela Áustria, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Suécia.

Este instrumento visa assegurar a reabilitação social do delinquente que por sentença proferida por um tribunal de outra Parte Contratante se encontre em regime de liberdade condicional, ou tenha sido condenado em pena suspensa ou a execução da decisão condenatória quando as condições impostas não forem cumpridas. Tradicionalmente e salvo raras excepções, esta aplicação condicional de penas só tinha lugar à escala nacional. Os tribunais mostravam-se relutantes em aplicar penas a estrangeiros ou a pessoas residentes no estrangeiro, sem terem a certeza de que elas viriam a ser executadas noutro Estado. Como consequência deste facto, aos delinquentes que, em circunstâncias normais, seriam objecto de uma pena suspensa ou sujeitos a regime de prova, passava a ser fixado um prazo de detenção e eram mantidos na prisão até a pena ser cumprida ou eram libertados unicamente com vista a serem expulsos do país, permitindo a imediata continuação da actividade criminosa no país para o qual haviam sido expulsos. Este facto, no passado, suscitou pouca atenção, porque as medidas condicionais raramente eram aplicadas. Mas, nas

recentes décadas, tornou-se essencial encontrar um sistema mais igualitário que não admitisse a discriminação entre residentes e não-residentes e contrariasse a reincidência tornando possível, a nível internacional, a adopção dos mesmos métodos de reabilitação social que provaram o seu sucesso à escala nacional.

A Convenção estipula que as Partes Contractantes deverão adoptar as medidas tendentes a garantir mutuamente a entreajuda necessária à realização deste objectivo. Nos termos do n.º 2.º do artigo 1.º deverão, em conformidade com as disposições previstas na Convenção: "executar a pena ou a medida de segurança privativa de liberdade contra o delinquente.

Nas disposições seguintes da Convenção, enumeram-se as condições em que um Estado pode solicitar a transferência das medidas condicionais e em que o Estado requerido deve ou pode recusar tal pedido. Estipula-se expressamente que o acto pelo qual o delinquente foi condenado deverá ser punível pela legislação de ambos os Estados.

A razão de ser desta Convenção reside no facto de, nos modernos sistemas penais, as medidas condicionais serem sanções grandemente reconhecidas e amplamente usadas com a intenção de aumentar as probabilidades de reabilitação, ao mesmo tempo que reduzem o encargo financeiro que envolve a detenção de delinquentes e causam menos infortúnio às famílias dos presos. A Convenção constitui, assim, o reconhecimento e a adopção no plano internacional de um importante avanço na ideologia penal contemporânea.

Estas duas Convenções devem ser consideradas como convenções especiais, uma vez que tratam de um tipo particular de infracção ou de um tipo particular de sanção. Nenhuma se aplica inteiramente ao sistema de justiça penal. O seu principal interesse reside no facto de serem as "pioneiras" de uma Convenção mais geral.

6. Era, pois, natural que o Conselho da Europa tentasse elaborar um projecto de Convenção que implicasse um avanço de mais uns passos no sentido do objectivo final — garantir a total cooperação internacional em matéria penal. A intenção era a de estender os princípios consignados nas duas convenções acima referidas à execução de sentenças estrangeiras, qualquer que fosse a natureza destas ou a infracção que estivesse na sua origem, isto é, estendê-las ao sistema penal em geral.

Assim surgiu a *Convenção Europeia sobre o valor internacional das sentenças criminais* (European Treaty Series n.º 70), aberta à assinatura em 1970 e que dispõe do seguinte modo no seu artigo 3.º:

"Qualquer Estado contratante será competente, nos casos e nos termos previstos na Convenção, para proceder à execução de uma sanção imposta noutro Estado contractante".

A ideia fundamental da Convenção é a completa assimilação de sentenças estrangeiras emanadas dos tribunais de outro Estado contratante. Este conceito aplica-se a três aspectos diferentes, nomeadamente à execução das sentenças, ao efeito "ne bis in idem" e à tomada em consideração da sentença estrangeira.

7. No que diz respeito à execução de uma sentença estrangeira, a Convenção prevê, nos seus artigos 4.º a 7.º, as condições básicas, que podem ser resumidas do seguinte modo:

— A decisão deve ter sido tomada em total observância aos princípios fundamentais da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, tendo em atenção, em particular, o seu artigo 6.º que dispõe sobre os requisitos mínimos do processo judicial.

— O facto pelo qual a pessoa é condenada no Estado onde é julgada deve ser igualmente punível pela lei do Estado a quem a execução é requerida.

— A sentença deve ter força de caso julgado no Estado da condenação, excepto no caso de ser proferida à revelia.

Contudo, em relação às sentenças proferidas à revelia, dado não oferecerem as mesmas garantias ao arguido que as proferidas após audiência de julgamento com a sua presença em tribunal, previu-se a aplicação de um sistema especial. Com efeito a recolha, verificação e interpretação da prova torna-se mais difícil na sua ausência e o juíz é impedido de individualizar a sanção à luz da sua apreciação, quer da personalidade do arguido, quer dos seus antecedentes.

Ao reconhecer a impossibilidade de tratar tais sentenças como as demais, a convenção estabelece um sistema especial, garantindo a uma pessoa julgada à revelia o direito de ser ouvida antes de se proceder à

execução da sanção, mediante a introdução de oposição à sentença. Uma vez recebida a oposição, a decisão agora tomada substitui a decisão contestada.

— O pedido deve ser feito validamente pelo Estado da Condenação. O Estado requerido só pode recusar a execução com base num dos motivos limitativamente enumerados na Convenção. Estas condições dizem respeito, entre outras, à natureza política ou militar da violação, a considerações baseadas no respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais e à "ordem pública". Estão igualmente previstas razões mais subjectivas, tais como aquela em que o Estado requerido considera que não está em posição de executar a sanção e o Estado requerente está em posição de o fazer. O princípio "Ne bis in idem" constitui, em qualquer caso, um obstáculo absoluto à transferência da execução.

8. É óbvio que uma sentença estrangeira não é executada sem exame prévio. Esse exame divide-se em duas fases: a nível internacional, entre o Estado requerido e o requerente, e a nível nacional — processo de exequatur — perante as autoridades competentes do Estado requerido.

As regras aplicáveis ao acordo administrativo entre os Estados estão dispostos na secção 2 da parte II da Convenção e respeitam a problemas técnicos, tais como as vias de comunicação, a questão da tradução, a questão dos apêndices e cópias, etc.

A apreciação do pedido de execução e a decisão final do caso e consequentemente a adaptação da condenação, foram confiadas aos tribunais do Estado requerente. O assunto foi considerado de demasiada importância para ser deixado à consideração das autoridades administrativas.

No entanto e no que diz respeito às multas e apreensões abriu-se uma excepção, tendo em conta os interesses de rapidez e eficiência da execução, na condição, porém, de se permitir o recurso para uma autoridade judicial.

A apreciação e decisão pelos tribunais é, na verdade, a forma mais apropriada de inspirar confiança na observação dos princípios básicos de julgamento imparcial e de processo equitativo, em que todos os Estados membros do Conselho da Europa estão empenhados. Além disso, uma Convenção que de certa forma implica um abandono radical das regras

tradicionais da lei penal, só pode ser satisfatoriamente interpretada por órgãos judiciais.

Quanto à adaptação, é óbvio que a maior parte das sanções, seja de privação de liberdade, multas ou "disqualifications" (★) não são imediatamente transferíveis para outro Estado, uma vez que estes podem ter e frequentemente têm, um sistema processual e uma organização do seu sistema de sanções penais diferentes.

Na verdade, como a adaptação de uma sanção estrangeira à legislação do Estado de execução levanta problemas difíceis, considerou-se necessário obrigar os Estados contratantes a fornecer informações sobre os seus sistemas de sanções. Deste modo, os Estados que ratificaram a Convenção informaram o Secretário-Geral dos princípios gerais dos seus sistemas de sanções, com vista a garantir uma compreensão total dos antecedentes de fácto e de direito do caso.

Neste contexto, deve recordar-se que o Conselho da Europa elaborou igualmente a *Convenção Europeia sobre o Direito Estrangeiro* (European Treaty Series n.º 62) de que mediante um protocolo (European Treaty Series n.º 97) de 1978, se estendeu recentemente ao domínio da lei penal.

9. Na ordem jurídica interna dos Estados Europeus é largamente reconhecido que uma pessoa não pode ser julgada duas vezes pela mesma infracção. Este princípio não está consagrado a nível internacional, embora se considerasse desejável que devesse igualmente prevalecer nas relações entre os vários Estados Europeus.

Com efeito, a justiça exige que a uma sentença estrangeira, seja dado, se possível, o mesmo efeito negativo de uma sentença nacional. Contudo, o requisito necessário para o reconhecimento de tal efeito é a confiança mútua nos sistemas legais e políticos predominantes nos Estados membros do Conselho da Europa.

Consequentemente, o artigo 53 da Convenção dispõe que:

"A pessoa em relação à qual foi proferida uma sentença criminal não pode, pelos mesmos factos, ser perseguida, condenada ou sujeita à execu-

(★) Em francês "déchéance". Definido pela Convenção como qualquer privação ou suspensão de um direito e qualquer interdição ou incapacidade.

ção de uma sanção noutro Estado contratante", se se verificarem certas condições previstas no próprio artigo.

10. De igual modo, a lei interna deverá reconhecer a uma sentença estrangeira os mesmos efeitos indirectos de uma decisão nacional.

Por efeitos indirectos, entendem-se os efeitos que resultem de uma decisão proferida posteriormente pela autoridade competente, judicial ou outra, e que, por exemplo, respeitem à determinação da reincidência, perda e suspensão de direitos, qualificações de delinquente habitual ou delinquente por tendência e à aplicação de pena suspensa ou regime de prova, por parte de uma autoridade, que não o Tribunal.

11. De acordo com as regras gerais do direito internacional, os Estados Contratantes têm o direito de formular reservas no momento da ratificação desta Convenção. No seu Anexo I, especificam-se as reservas que podem ser feitas com vista a permitir que um Estado recuse a execução se considerar que a condenação respeita a uma infracção de natureza fiscal ou religiosa.

Podem também recusar a execução de sentenças à revelia, ou obtidas através do processo especial recentemente introduzido em muitos Estados continentais que permite aos tribunais administrativos tratar de causas penais, na condição de haver recurso para uma autoridade judicial. Outras reservas podem respeitar a matéria como a prescrição e actos que tenham um efeito interruptivo ou suspensivo da prescrição.

12. A Convenção sobre o valor internacional das sentenças criminais, que entrou em vigor em 26 de Julho de 1975, foi ratificada por seis Estados: Áustria, Chipre, Dinamarca, Noruega, Suécia e Turquia. Foi assinada por Portugal em 10 de Maio de 1979.

13. Como as ratificações desta Convenção, cuja aplicação na ordem interna exige consideráveis alterações legislativas na maior parte dos países, não fossem feitas tão rapidamente quanto desejável, o Conselho da Europa decidiu em 1978, como consequência de uma iniciativa do Ministro da Justiça Sueco, examinar a possibilidade de projectar uma nova e complementar *Convenção sobre a transferência de pessoas condenadas.* Este trabalho não foi ainda concluído, mas espera-se que o texto possa ser adoptado e aberto para assinatura em 1983.

É de salientar que, pela primeira vez, os Estados Unidos da América e o Canadá participaram nos trabalhos do Conselho da Europa na preparação desta Convenção.

14. O projecto prevê que uma pessoa condenada num Estado Contratante possa ser transferida para outro Estado Contratante com vista a cumprir a sentença que lhe foi imposta e que os Estados Contratantes se esforcem por conceder uns aos outros o maior grau de cooperação nesta matéria.

A transferência pode ser pedida quer pelo Estado em que foi proferida a condenação, quer pelo Estado para o qual a pessoa deve ser transferida.

Prevê-se que a transferência esteja sujeita, entre outras, às seguintes condições: que a pessoa seja nacional do Estado para o qual vai ser transferida, que a sentença seja definitiva e que a pena seja indeterminada ou, que no momento da recepção do pedido, a pessoa tenha ainda, pelo menos, seis meses de pena a cumprir.

O princípio da dupla incriminação deve ser observado. Um assunto que tem sido largamente discutido é o de saber se a transferência deve estar sujeita ao consentimento da pessoa condenada. O projecto de Convenção decidiu esta questão pela afirmativa, estipulando que o consentimento possa ser comprovado por um cônsul ou qualquer outro agente do Estado para o qual a transferência se vai efectuar, isto é, que o consentimento foi dado voluntariamente e com perfeito conhecimento das consequências jurídicas decorrentes da transferência.

A Convenção prevê que as condenações possam ser convertidas de acordo com os processos previstos na lei do Estado para o qual se efectua a transferência. Ao converter a condenação, o Estado está ligado à matéria de facto tal como decorre explícita, ou implicitamente, da sentença proferida no Estado da condenação.

Além disso, não pode converter uma pena privativa de liberdade em pena não privativa de liberdade, deve deduzir o tempo de prisão já cumprido pela pessoa condenada delinquente e não pode agravar a sua situação penal, o que significa que não tem de observar o mínimo que a sua própria lei prescreve para a infracção ou infracções cometidas.

15. Espera-se que esta Convenção seja, na devida altura, aberta à adesão de Estados não membros do Conselho da Europa marcando,

desta forma, o início de uma mais estreita cooperação entre os países europeus e, em particular, os Estados Unidos da América e Canadá, cujos sistemas de justiça criminal se baseiam em conceitos e princípios jurídicos semelhantes.

16. Na maior parte dos Estados, as disposições relativas à aplicabilidade da lei penal têm uma dupla função:

— definem os critérios de limitação da jurisdição nacional
— determinam qual a lei penal que deve ser aplicada pelos tribunais no caso de uma infracção estar sujeita à jurisdição nacional.

Em teoria e na prática legislativa actual, distinguem-se, em matéria de acusação, várias categorias de jurisdição, isto é:

a) a jurisdição territorial do Estado onde a infracção foi cometida;
b) (i) jurisdição baseada no princípio da personalidade activa, isto é, a jurisdição exercida pelo Estado sobre os seus próprios nacionais ou pessoas residentes no seu território, sem atender ao lugar da prática da infracção.
(ii) jurisdição baseada no princípio da personalidade passiva, isto é, a jurisdição exercida pelo Estado para protecção dos seus nacionais no estrangeiro, no que diz respeito a infracções de que tenham sido vítimas.
c) jurisdição exercida pelo Estado para repressão das infracções contra a sua soberania ou segurança;
d) jurisdição baseada no princípio da universalidade, que reflecte a preocupação em assegurar a repressão de determinadas infracções que criam um perigo comum em vários Estados.

É óbvio que a incorporação de algumas destas categorias (nem sempre as mesmas, no que diz respeito às mesmas infracções) em diferentes graus, nos 21 sistemas jurídicos nacionais predominantes nos Estados membros do Conselho da Europa, nem sempre evita os conflitos de competência (positivos), ou assegura que um dado crime seja punido (negativos —falta de jurisdição).

Tornava-se, pois, necessário, regular tais conflitos através de um instrumento jurídico internacional, e criar jurisdições subsidiárias que pudes-

sem ser exercidas quando requeridas por um Estado que, tendo inicialmente a jurisdição, por uma razão ou por outra a não pudesse exercer.

17. O Conselho da Europa começou, também nesta matéria, por encarar o problema numa base específica, isto é, através da *Convenção Europeia sobre a repressão das infracções rodoviárias* (European Treaty Series n.º 52) de 1964, que dispõe, no seu artigo 1.º, que:

> Se a pessoa que, residindo habitualmente no território duma Parte Contratante, tiver cometido uma infracção rodoviária no território doutra Parte Contratante, o Estado da infracção pode ou, se a lei interna o impõe, deve pedir ao Estado da residência que instaure procedimento criminal no caso de ele próprio o não ter já feito procedido, ou, tendo-o feito, considere impossível conduzir o processo criminal até à decisão definitiva...

Este sistema de transferência do procedimento funciona sob condições de certa forma semelhantes às acima referidas, no que diz respeito ao sistema de execução previsto na mesma Convenção. Desta forma, verificando-se o princípio da dupla incriminação, o Estado requerido adquire a necessária competência, à luz da convenção, (se não a possui já nos termos da sua lei interna) mantendo o Estado requerido a sua total discricionaridade quanto à instauração ou não do procedimento (de acordo com o princípio da oportunidade consagrado na maioria das legislações europeias).

18. A esta Convenção especial seguiu-se uma mais geral: *a Convenção Europeia sobre a transmissão de processos criminais* (European Treaty Series n.º 73), aberta para assinatura em Estrasburgo, em 15 de Maio de 1972, que dispõe no seu artigo 2.º que:

> Com vista à aplicação da presente Convenção, qualquer Estado Contratante terá competência para perseguir, nos termos da sua própria lei penal, qualquer infracção a que seja aplicável a lei penal de outro Estado Contratante.

O n.º 2 deste artigo prevê que, se um Estado tiver competência exclusivamente por força do n.º 1, essa competência só possa ser exercida

mediante um pedido de acção apresentado por outro Estado Contratante. Este artigo cria, assim, uma espécie de jurisdição europeia, que soluciona a falta de jurisdição e torna operacional o sistema de transmissão de acções. Na falta de tal jurisdição, uma transmissão não teria qualquer significado.

Para além disso, esta jurisdição, que foi prevista para evitar uma falta, tornar-se-ia excessiva se não estivesse sujeita a restrições.

Estipulou-se, então, que um Estado só exerceria a sua jurisdição se outro Estado, com jurisdição inicial, fosse incapaz de a exercer, ou não reclamasse o direito ao seu exercício.

Com esse objectivo, o artigo 3.° dispõe que qualquer Estado Contratante, competente nos termos da sua lei, pode renunciar à acção ou abandoná-la relativamente a um arguido que se encontra ou pode vir a encontrar-se demandado pelo mesmo facto por outro Estado Contratante.

19. Finalmente, o sistema trata a questão da pluralidade de procedimentos penais e, de acordo com o artigo 30.°:

> Qualquer Estado Contratante que, antes da instauração ou na pendência de uma acção persecutória por uma infracção, tenha conhecimento da existência, noutro Estado Contratante, de uma acção pendente contra a mesma pessoa, pelos mesmos factos, verificará se pode renunciar à sua própria acção, suspendê-la ou transmiti-la ao outro Estado.

Nesta situação, os Estados referidos devem procurar determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles deve continuar o exercício da acção.

O objectivo do sistema assim exposto é o de impedir qualquer pessoa de ser acusada, ou levada a tribunal, mais do que uma vez pela mesma infracção, ou de continuar a ser julgada pelas infracções cometidas.

A regra segundo a qual os Estados Contratantes são obrigados a negociar sobre uma excepção no que diz respeito a infracções de natureza política e militar.

Revestindo-se estas de um interesse tão específico para os Estados envolvidos, não seria realista obrigar um Estado a negociar a instauração da acção por outro Estado.

Concluídas as negociações, o Estado que, naquelas circunstâncias, está em melhor posição para continuar o exercício da acção, passará a ter

o direito e o dever de tomar as medidas necessárias para levar a cabo o processo e eventualmente executar a sentença.

20. Casos há em que é impossível obter um acordo no decurso deste processo consultivo normal, levado a cabo a nível diplomático.

Se assim fôr, nenhum dos referidos Estados perde o direito de exercer a sua própria jurisdição penal. Contudo, se num dos referidos Estados é proferida uma decisão final, após o fracasso do processo consultivo, o outro Estado observará as disposições relativas ao "ne bis in idem" consagradas na Convenção.

Chegou-se a examinar a possibilidade de criar um sistema de prioridades de jurisdição, aplicável no caso dos referidos Estados serem incapazes de chegar a acordo.

Podia pensar-se, por exemplo, que o Estado onde a infracção foi cometida deveria ter prioridade em relação aos outros Estados. Sentiu-se, no entanto, que tal sistema de prioridade de tornaria demasiado rígido e não tomaria em consideração todas as necessidades práticas.

21. O pedido de transmissão de acções está sujeito a um certo número de condições. O art.º 8.º da Convenção prevê as oito situações particulares em que um Estado pode pedir a transmissão de acções para outro Estado. Esta lista exaustiva é inspirada no desejo de melhorar o funcionamento da justiça criminal.

Esta consideração encontra-se por exemplo, subjacente à situação em que o arguido é residente no Estado requerido ou, sendo nacional desse Estado, nele cumpre ou tem de cumprir uma sanção privativa de liberdade.

Se o Estado requerido, ao examinar um pedido de transmissão, verificar que certas condições não estão preenchidas, é obrigado a recusar a transmissão, se bem que, noutros casos, possa actuar discricionariamente e recusar.

Assim, deve recusar a transmissão, não só quando as condições previstas para o Estado requerente não estiverem preenchidas, isto é, o pedido não ter sido validamente feito, mas também quando a instauração do processo fôr contrária à regra do "ne bis in idem" ou se o prazo de prescrição da acção penal tiver decorrido no Estado requerente.

Os casos de recusa facultativa estão previstos no artigo 11.º da Convenção. De notar, particularmente, que a transmissão pode ser recusada

se a infracção pela qual o procedimento é pedido fôr de natureza política ou puramente militar ou fiscal.

O mesmo direito assiste ao Estado requerido, se existirem fundadas razões que levem a crer que o pedido de procedimento é motivado por consideração de ordem racial, religiosa, de nacionalidade, ou de opinião política, se o procedimento for contrário aos compromissos internacionais do Estado requerido, ou se a acção fôr contrária aos princípios fundamentais da ordem jurídica daquele Estado.

Mesmo que aceite o pedido, o Estado requerido pode, numa fase posterior, revogar a sua aceitação, se subsequentemente se verificarem motivos de recusa previstos na Convenção, ou se se tornar evidente que a presença pessoal do arguido em audiência não pode ser assegurada e que uma eventual condenação não pode ser executada.

22. A transmissão da acção produz efeitos, quer no Estado requerente, quer no Estado requerido. Ao formular o pedido, o Estado requerente deixa de poder perseguir a pessoa pela mesma infracção. Pode fazê-lo, no entanto, se o pedido estiver a ser recusado, ou se o Estado requerido informar o Estado requerente que não tenciona dar seguimento ao pedido.

No Estado requerido, o pedido tem por efeito atribuir jurisdição aos tribunais desse Estado. Nesse caso, a sanção aplicada não pode ser mais severa do que a prevista na lei do Estado requerente, facto que constitui para a pessoa uma garantia de que a transmissão não se traduzirá num agravamento da situação.

23. A Convenção designa, no Anexo II, as reservas que os Estados podem formular no momento da ratificação. Assim, pode-se recusar um pedido de acção se se considerar que a infracção é de natureza puramente religiosa. Pode-se, igualmente, recusar tal pedido se as sanções pela prática de determinado acto só puderem ser impostas, nos termos da lei interna, por uma autoridade administrativa, não caindo, deste modo, dentro dos limites da competência das autoridades judiciais.

É ainda cedo para dizer se estas reservas serão amplamente adoptadas pelas partes contratantes e, se assim fôr, constituirão, ou não, um sério obstáculo ao bom funcionamento da Convenção. Se bem que, muitas vezes, se imponha prever, por razões de natureza política, a necessidade dos Estados formularem reservas, não se deve deixar de lamentar

esta possibilidade, se a ela se vier a recorrer de modo a pôr em causa os objectivos fundamentais da Convenção e a enfraquecer o mecanismo de entreajuda por ela criado.

24. A Convenção Europeia sobre a transferência de processos criminais, entrou em vigor em 30 de Março de 1978 e foi ratificada pela Áustria, Dinamarca, Noruega, Suécia e Turquia. Portugal assinou esta Convenção em 10 de Maio de 1979.

A demora nas assinaturas e nas ratificações é perfeitamente normal. O sistema introduzido pela Convenção, de uma jurisdição "europeia", exige profundas alterações nas legislações nacionais, que pressupõem a realização de demorados e esforçados estudos por parte de especialistas, elementos de departamentos do Estado e legisladores.

Com vista a um combate mais eficiente contra aos índices crescentes da criminalidade na Europa, deve, porém, ter-se esperança de que os processos de ratificação sejam acelerados, na medida do possível.

ERIK HARREMÖES
Director dos Assuntos Jurídicos
do Conselho da Europa

ÍNDICE

Pág.

1. **Direito Comunitário**

— Le statut du commissaire aux comptes dans la société anonyme européenne — Humberto F. Xavier 7

2. **Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**

— Sumários das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (26.ª a 30.ª) 111

— Sumário e texto da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no "Casoi Campbell e Cosans contra o Reino Unido" 123

— Sumário e texto da decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem na queixa de "Dieter Preikzas contra a República Federal da Alemanha 149

— Sumário e texto da decisão do Comité de Ministros no caso "Dieter Preikzas contra a República Federal da Alemanha 173

3. **Estudos sobre os Direitos do Homem**

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
— Pinheiro Farinha 177

— La Garantie des Droits de l'Homme et la Cour Européenne de Strasbourg — Walter Ganshof van der Meersch 211

4. Pacto de São José da Costa Rica — Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem 253

5. Conselho da Europa — Cooperação Europeia em matéria penal — Erik Harremöes e Cândido Cunha 273

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
LISBOA