

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

DIREITO COMUNITÁRIO

Augusto Rogério Leitão

**POLÍTICA SOCIAL DA COMUNIDADE EUROPEIA,
HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS
E PROTECÇÃO
DOS INTERESSES DOS TRABALHADORES:
O CASO DA INSOLVÊNCIA DO EMPREGADOR**

RESUMO

Neste estudo, o autor começa por constatar que a política social ocupa um lugar marginal na estrutura do tratado CEE. No entanto, a conjuntura económica difícil dos anos 70 obrigará os Estados membros e as Instituições comunitárias a prestar uma certa atenção às “*condições de vida e de trabalho da mão-de-obra*”.

O Conselho de Ministros acabará, assim, por aceitar o princípio segundo o qual a divergência das legislações nacionais relativas, nomeadamente, à protecção dos interesses dos trabalhadores podia ter uma incidência directa sobre o estabelecimento e o funcionamento do mercado comum e daí a necessidade de harmonização legislativa.

O autor refere, em seguida, as directivas atinentes à harmonização das legislações nacionais relativas aos despedimentos colectivos, à transferência de empresas e à protecção dos trabalhadores nos casos de insolvência do empregador, dedicando a esta última uma extensa análise.

RESUME

Dans cette étude l'auteur commence par constater la place marginale de la politique sociale dans la structure du Traité CEE. Cependant, la conjoncture économique difficile des années 70 amènera les Etats membres et les Institutions communautaires à prêter une certaine attention aux "conditions de vie et de travail de la main d'oeuvre".

Le Conseil finit ainsi par accepter le principe selon lequel la divergence des législations nationales concernant, notamment, la protection des intérêts des travailleurs, pourrait avoir une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun.

L'auteur analyse, ensuite, les directives concernant le rapprochement des législations nationales relatives aux licenciements collectifs, au transfert d'entreprises et à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, dédiant à celle-ci une plus longue analyse.

SYNOPSIS

In this second paper the author points out first the minor importance given to social policy in the structure of the EEC Treaty.

However, the difficult economic conditions of the 70's will force the Member States and the Community Institutions to consider the "*living and working conditions*" of labour. Thus, the Council of Ministers will finally accept the principle according to which the differences between national laws, for instance on the protection of the workers' interests, could have a direct influence on the establishment and functioning of the Common Market and hence the need for the harmonization of national laws.

Secondly, the author refers the directives concerning the harmonization of national laws on collective redundancies, transfer of undertakings and workers' protection in case of insolvency of the employer. The author makes a detailed analysis of this last point.

SUMÁRIO

I O TRATADO CEE E A POLÍTICA SOCIAL

1. Expansão económica e progresso social
2. Condições de vida e de trabalho da mão-de-obra
3. Harmonização das legislações dos Estados membros

II PROTECÇÃO DOS TRABALHADORES NO CASO DA INSOLVÊNCIA DO EMPREGADOR

1. Crise económica e aumento do número de falências
2. O sistema dos privilégios creditórios
3. O exemplo francês: uma evolução representativa
4. A crise do direito da falência: o seguro-insolvência
5. Conclusão

III A DIRECTIVA DO CONSELHO DE 20 DE OUTUBRO DE 1980

- A. A génese da directiva
- B. A oportunidade da directiva
 1. Proposta de directiva

2. O Comité Económico e Social
3. O Parlamento
4. A Directiva do Conselho

C. Análise da directiva

1. Campo de aplicação
2. A definição do estado de insolvência
3. O direito nacional e a directiva
4. Definição e determinação dos créditos que devem ser cobertos pela instituição de garantia
5. A faculdade de fixação de limites aos direitos concedidos aos trabalhadores relativamente às instituições de garantia
6. Critérios mínimos relativos às modalidades da organização, do financiamento e do funcionamento das instituições de garantia
7. Disposições relativas à segurança social
8. Os Estados membros e a faculdade de introduzir ou aplicar disposições mais favoráveis
9. Os Estados membros e a faculdade de introduzir medidas necessárias para evitar abusos
10. O prazo de aplicação da directiva
11. O prazo relativo aos dados a transmitir à Comissão a fim de se elaborar o relatório a submeter ao Conselho

IV CONCLUSÃO

V ANEXO

I

O TRATADO CEE E A POLÍTICA SOCIAL

1. Expansão económica e progresso social.

Durante os trabalhos preparatórios dos tratados de Roma (Comunidade Económica Europeia e Comunidade Europeia de Energia Atómica), os respectivos redactores sentiram a necessidade de solicitar um estudo a um grupo de especialistas do Bureau International du Travail sobre certas consequências de ordem social resultantes da criação de um mercado comum: tratava-se, fundamentalmente, de averiguar em que medida a fusão dos mercados nacionais num mercado único exigiria uma política social comum ou comunitária.

No relatório apresentado por este grupo ⁽¹⁾ (conhecido pelo nome de relatório “*Ohlin*”, apelido do presidente do grupo de especialistas) defende-se a tese de que não será necessário estabelecer, no quadro do processo de integração económica, uma política social comunitária; uma simples coordenação das políticas sociais nacionais bastaria para precaver certas consequências de ordem social e para salvaguardar certos interesses dos trabalhadores ⁽²⁾.

⁽¹⁾ *Rapport sur les aspects sociaux de la coopération économique européenne*, série “Etudes et documents”, B.I.T., 1956.

⁽²⁾ O Prof. Bye, membro do grupo de especialistas do B.I.T., defendeu a exigência de uma política social comunitária; a sua opinião dissidente foi publicada em anexo ao relatório.

Os autores do Tratado CEE, de acordo com a opinião defendida no relatório, não propõem mecanismos sociais do tipo daqueles que foram estabelecidos no Tratado CECA e limitam-se simplesmente a indicar certos sectores de intervenção.

De facto, a filosofia de base deste Tratado assenta na ideia-matriz de que a criação de um grande mercado, resultante de um processo de integração económica, provocará necessariamente uma subida do nível de vida das populações e conseqüentemente a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores ⁽³⁾. Daí que, em matéria social, o Tratado CEE, vise sobretudo, através dos poucos preceitos que dedica a esta matéria, fomentar políticas no sentido de se atingir altas taxas de emprego, todas elas baseadas no incremento da mobilidade geográfica e profissional da mão de obra: livre circulação dos trabalhadores (artigos 48.º a 51.º), Fundo Social Europeu (artigos 123.º a 127.º) e política comunitária de formação profissional (artigo 128.º) ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Artigo 2.º do Tratado CEE: “*La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit.*”

⁽⁴⁾ Diversamente, o Tratado de Paris de 1951, que cria a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, é informado por uma filosofia de base que considera os aspectos sociais desta experiência de integração económica sectorial como elementos determinantes do sucesso do estabelecimento deste mercado comum: cf., artigo 2.º e artigo 3.º alínea e).

A importância atribuída aos aspectos sociais da integração económica no quadro deste Tratado parece ficar a dever-se ao peso dos partidos democrata-cristãos, na altura, no poder, em quase todos os Estados signatários e, às concepções, em matéria social, de certos dos seus dirigentes influenciadas, em larga medida, pela doutrina social da Igreja: tratar-se-ia de um “liberalismo social”. Cf., neste sentido, J.L. Burban — *y a-t-il une politique sociale européenne?* “*Cahiers de Droit Européen*”, 1976, p. 180 e s.

A ideia de base da política social do Tratado CECA parece ser a seguinte: os trabalhadores não devem suportar as conseqüências das possíveis reconversões industriais. Para maiores desenvolvimentos, cf., G.A. Lyon-Caen — *Droit social international et européen*, 1980, p. 150 a 155.

⁽⁵⁾ Cf., Friedrich Buttler — *As políticas que afectam a mobilidade do trabalho numa Comunidade Europeia alargada* p. 407 a 431 e L. Brito Correia — *A adesão de Portugal e os movimentos de trabalhadores* nomeadamente sobre a liberdade de circulação dos trabalhadores, p. 441 a 452, e sobre o Fundo Social Europeu, p. 487 a 489, in “Portugal e o alargamento das Comunidades Europeias”, Inteuropa, Lisboa, 1981.

2. Condições de vida e de trabalho da mão-de-obra.

No entanto, os autores do Tratado CEE sentiram a necessidade de se referirem às condições de vida e de trabalho dos trabalhadores sem, porém, definirem ou estabelecerem uma política social comunitária.

O artigo 117.º que abre o capítulo das “*Dispositions Sociales*” do Título III intitulado “*La politique Sociale*” estipula que “*les Etats membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre permettant leur égalisation dans le progrès.*”

Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives”.

Este artigo exemplifica claramente a filosofia de base (neo-liberal) do Tratado CEE: o processo de integração económica com vista à criação de um mercado comum determinará quase automaticamente uma “*égalité dans le progrès*” (6).

Os autores do Tratado prevendo, no entanto, que a determinação do “*social*” pelo “*económico*” pudesse vir a falhar, consideraram que nesses casos se utilizará a técnica (ou o processo) do “*rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives*”.

O artigo 117.º reenvia, por conseguinte, para os artigos 100.º, 101.º e 102.º que definem o quadro da harmonização das legislações dos Estados membros: os artigos 100.º (7) e 101.º (8) subordinam respectivamente a

(6) O artigo 119.º que consagra o princípio “*trabalho igual, salário igual*” não é, de maneira nenhuma, fruto de uma preocupação, por parte dos Estados signatários, de combater a discriminação de que são objecto os trabalhadores femininos.

Tal princípio foi inscrito no Tratado porque a França, na altura, considerava que já aplicava o princípio da igualdade de remuneração: era, portanto, necessário que todos aplicassem este princípio senão as indústrias francesas encontrar-se-iam, a nível da concorrência, numa situação desfavorável.

Sobre a aplicação deste artigo, cf., entre outros, Eliane Vogel-Polski — *De l'efficacité du droit international du travail* “*Journal des Tribunaux*” 1973, especialmente, p. 92 a 94.

(7) “*Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives de Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.*”

harmonização das legislações nacionais à existência de uma disparidade com incidência directa no funcionamento do mercado comum e (ou) à existência de uma disparidade que falseie as condições de concorrência, criando, deste modo, uma distorsão.

Em geral, a prática comunitária de harmonização das legislações dos Estados membros, a título do artigo 100.º ou 101.º ⁽⁹⁾, faz-se a partir do nível mais baixo: a disparidade é eliminada tomando-se como ponto de referência de harmonização a legislação nacional menos protectora.

Ora, o artigo 117.º, ao estabelecer a “*igualização no progresso*” das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra, aponta claramente para uma harmonização a partir do nível mais alto; a partir da lei nacional mais protectora.

Relativamente à protecção dos interesses dos trabalhadores, que é o aspecto de política social — isto é, o aspecto das “*condições de vida e de trabalho da mão-de-obra*” (artigo 117.º) — que procuramos analisar neste estudo, a Comissão cedo defendeu que a divergência das legislações nacionais tinha uma incidência directa sobre o estabelecimento e funcionamento do mercado comum ⁽¹⁰⁾. Os Estados membros, através dos seus representan-

L'Assemblée et le Comité économique et social sont consultés sur les directives dont l'exécution comporterait, dans un ou plusieurs Etats membres, une modification de dispositions législatives”.

⁽⁸⁾ “*Au cas où la Commission constate qu'une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres fausse les conditions de concurrence sur le marché commun et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les Etats membres intéressés.*

Si cette consultation n'aboutit pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Conseil arrête, sur proposition de la Commission, les directives nécessaires à cette fin, en statuant à l'unanimité pendant la première étape et à la majorité qualifiée par la suite. La Commission et le Conseil peuvent prendre toutes autres mesures utiles prévues par le présent traité”.

⁽⁹⁾ A directiva, é o acto legislativo comunitário a utilizar em matéria de harmonização de legislações. Cf., sobre esta matéria, V.A. Gérard e De Ripainsel-Landy — *Les instruments du rapprochement des législations dans la CEE* Bruxelles, 1976, p. 36 e s.; A. Easson — *Approximation and unification of Laws in the EEC*. “*Revue d'intégration européenne*”, 1979, p. 374 e s.; Bouza-Vidal — *Significado y alcance de la armonización de legislaciones en la Comunidad económica europea*. “*Revista de Instituciones europeas*”, n.º 2, 1981, p. 397 e s.

⁽¹⁰⁾ A Comissão poderia assim tomar a iniciativa de apresentar propostas de directiva ao Conselho ao abrigo do artigo 100.º Gérard Lyon-Caen, ob. cit., nota 4 desde a 1.ª

tes-ministros no Conselho, rejeitarão essa tese e sublinharão que a missão principal da Comissão, nesta matéria, é a de realizar estudos e de dirigir investigações, promovendo ao mesmo tempo a colaboração entre os Estados membros “*qui restent les véritables gérants de la politique sociale*” (11) (12).

3. Harmonização das legislações dos Estados membros.

Durante o período de alta conjuntura (1958-1970) os seis Estados-membros e fundadores da Comunidade Económica Europeia conheceram uma taxa de crescimento económico e uma prosperidade real e apreciável. Assim, a política social, a nível comunitário, acabou por ser encarada, aliás, de acordo com a própria estrutura do Tratado, como um aspecto

edição desta obra que defende que “*au surplus, il n'est pas du tout indiqué que cette harmonisation soit subordonnée à l'existence d'une distorsion faussant la concurrence*”, p. 169. Cf. também uma obra recente e muito interessante de John Holloway — *Social policy harmonization in the European Community*, 1981, especialmente p. 40 a 84.

(11) António Tizzano — *La démocratisation des institutions européennes dans la mise en oeuvre de la politique social* in “*Diritto Comunitario e Scambi Internazionale*”, 1977, p. 61.

(12) Artigo 118.º: “*Sans préjudice des autres dispositions du présent traité, et conformément aux objectifs généraux de celui-ci, la Commission a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les Etats membres dans le domaine social, notamment dans les matières relatives: à l'emploi; au droit du travail et aux conditions de travail; à la formation et au perfectionnement professionnels; à la Sécurité Sociale; à la protection contre les accidents et les maladies professionnels; à l'hygiène du travail et au droit syndical et aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs.*

A cet effet la Commission agit en contact étroit avec les Etats membres, par des études, des avis et par l'organisation de consultations, tant pour les problèmes qui se posent sur le plan national que pour ceux qui intéressent les organisations internationales.

Avant d'émettre les avis prévus au présent article, la Commission consulte le Comité économique et social”.

Sobre a interpretação e aplicação deste artigo, cf., entre outros, L.E. Troclet — *La politique sociale* in “*Droit des Communautés Européennes*” Les Nouvelles, Bruxelles, 1969, p. 945 e s.

lateral do objectivo económico prioritário: o estabelecimento e funcionamento do mercado comum.

Porém, no fim dos anos sessenta, desenha-se uma tomada de consciência face às consequências da “*expansão contínua*”: o crescimento económico não permitira resolver todos os problemas sociais e criara, ao mesmo tempo, problemas novos.

Entre outros factores, isto explica em parte que os Chefes de Estado e de Governo dos seis, em Dezembro de 1969, na Conferência de Haia, tenham preconizado uma coordenação mais estreita das políticas sociais dos Estados membros. Isto explica igualmente que o Conselho tenha, enfim, feito suas, no dia 1 de Fevereiro de 1971, as propostas da Comissão de revisão do estatuto do Fundo Social (13).

Posteriormente, nas vésperas do primeiro alargamento das Comunidades Europeias (14), os Chefes de Estado e de Governo reunidos em Conferência, em Outubro de 1972, em Paris (15) decidem que “*une action vigoureuse dans le domaine social revêt pour eux la même importance que la réalisation de l’union économique et monétaire*” (16).

Os Chefes de Estado e de Governo decidem, por conseguinte, pedir às instituições comunitárias que elaborem um programa de acção social a apresentar até ao fim do ano de 1973.

(13) O novo Fundo Social inicia as suas actividades no dia 1 de Maio de 1972. Cf., J.C. Séché — *Le nouveau Fonds Social européen*, “Cahiers de Droit Européen”, 1974, p. 78 e s.

(14) A Inglaterra, a Irlanda e a Dinamarca, tornaram-se membros das Comunidades Europeias no dia 1 de Janeiro de 1973.

(15) Estes “*sommets*”, impulsionados sobretudo pela França — o que se explica dada a responsabilidade do Presidente da República, no sistema constitucional francês, em matéria de relações exteriores — passarão, a partir de 10 de Março de 1975, a designar-se Conselhos Europeus. Sobre este aspecto e suas implicações institucionais, cf., nomeadamente, Emile Noel — *Les rouages de l’Europe*, Bruxelles, 1979.

(16) Foi a Conferência ou “*Sommet*” de Haia, de Dezembro de 1969, que avançou com a ideia de uma União económica e monetária, prolongamento lógico da integração económica europeia. O Plano “*Werner*”, aprovado pelo Conselho em Março de 1971, previa que a realização da União se faria em 1980. A primeira etapa prevista no plano nunca foi cumprida; a crise monetária de 1971 é em parte responsável deste falhanço. Cf., Doersch, Louis — *L’Union économique et monétaire 1970-73*, Bruxelles, 1977; B. Schmitt — *La monnaie européenne*, Paris, 1977; P. Werner — *L’Europe monétaire reconsidérée*, Lausanne, 1977.

A Comissão elabora as suas orientações e depois de longas discussões, o Conselho acaba por adoptar, no dia 11 de Dezembro de 1973, um programa de acção social (17). Este programa será, por outro lado, objecto de uma resolução do Conselho, no dia 21 de Janeiro de 1974, convidando a Comissão a apresentar, dentro de um determinado prazo, um certo número de propostas de regulamentos e de directivas (18).

Neste “*pacote*” legislativo prevê-se, entre outras, a apresentação, por parte da Comissão, de uma proposta de directiva relativa à harmonização das legislações dos Estados membros referentes aos despedimentos colectivos e outra atinente à harmonização das legislações concernentes à garantia dos direitos dos trabalhadores nos casos de transferência de empresas, de estabelecimentos ou de partes de estabelecimentos.

Os serviços da Comissão há já algum tempo, nomeadamente desde 1967/68, que trabalhavam sobre muitas das matérias previstas no programa de acção social. Assim, no campo do direito do trabalho, a Comissão elaborara, no cumprimento da missão que lhe é atribuída pelo artigo 118.º, um relatório sobre o despedimento em geral, onde comparava os respectivos regimes jurídicos nacionais (19). É interessante notar que a proposta de directiva relativa aos despedimentos colectivos será apresentada pela Comissão ao Conselho no mês de Novembro de 1972, isto é, antes que o Conselho tenha adoptado o programa de acção social (20). Mas qual a explicação?

Certas empresas multinacionais, face à recessão económica que começa a fazer-se sentir a partir de 1970/71, decidem levar a cabo planos de “*reorganização interna*” que implicam, como é evidente, despedimentos colectivos. Ora a tendência dos centros de decisão das multinacionais será

(17) J.O.C.E. n.º C 13/74.

(18) A crise que a Europa conhecerá em consequência do aumento do preço do petróleo durante o inverno de 1973-74 obrigará os governos dos Estados membros a prestar especial atenção aos problemas sociais, em razão, sobretudo do aumento brusco do desemprego conjunctural.

(19) Doc. V/8754/70, “*dispositions en faveur des travailleurs en cas de licenciement dans le droit des pays membres des communautés européennes*”. Este documento foi posteriormente revisto e corrigido, Doc. SEC (72) 1516 final.

(20) De qualquer maneira esta proposta de directiva será integrada no programa de acção social de Dezembro de 1973.

no sentido de realizar esses despedimentos no país (ou nos países) onde a legislação é pouco protectora dos interesses dos trabalhadores.

A tomada de consciência da dimensão de certas “*estratégias*” das multinacionais, a nível de certos serviços da Comissão, é, em grande parte, fruto da publicidade feita pelos sindicatos à volta da decisão da firma holandesa A.K.Z.O. de realizar despedimentos colectivos somente nas suas empresas instaladas na Bélgica, na Holanda e na República Federal da Alemanha; precisamente nos Estados membros onde a legislação era a menos protectora ⁽²¹⁾.

Face a esta conjuntura a Comissão decide apresentar uma proposta de directiva ao Conselho: trata-se de um acto histórico na medida em que o Conselho se recusara até aí a aceitar a tese de que a divergência das legislações nacionais relativas às “*condições de vida e de trabalho*” poderia ter uma incidência sobre o estabelecimento e (ou) o funcionamento do mercado comum (artigo 117.º que reenvia para o artigo 100.º).

De facto, a dopção e a aprovação pelo Conselho, no dia 17 de Fevereiro de 1975, da directiva relativa à harmonização das legislações dos Estados membros referentes aos despedimentos colectivos ⁽²²⁾, criou um importante precedente jurídico, na medida em que reconhece que as divergências das legislações nacionais atinentes à protecção dos interesses dos trabalhadores devem ser eliminadas através do processo de harmonização previsto no artigo 100.º do Tratado CEE.

Esta directiva deveria ter sido “*aplicada*” pelos Estados membros até Março de 1977 que dispunham assim, do prazo de dois anos ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Cf., neste sentido, D. Plas — *Droit social européen: les licenciements collectifs* “*Revue de Droit Social*”, 1978, p. 306. Cf. também o relatório da Comissão dos assuntos sociais do Parlamento europeu, onde se faz uma referência ao “*caso A.K.Z.O.*”; Parlamento Europeu, doc. de sessão n.º 323/72 de 7.3.73, p. 16.

A sublinhar que é a partir de 1971-72 que certos partidos socialistas e certas centrais sindicais lançam o tema da “*Europa dos Trabalhadores*”: a Conferência ou “*Sommer*” de Paris, em Outubro de 1972 reflecte esta campanha ao inscrever no seu comunicado final a necessidade de uma “*participation croissante des partenaires sociaux aux décisions économiques et sociales de la Communauté*”.

⁽²²⁾ J.O.C.E. L n.º 48/75, p. 29.

⁽²³⁾ sobre esta directiva cf., nomeadamente, D. Plas, ob. cit. nota 21; J. C. Sèché — *Les licenciements collectifs dans la CEE* in “*Droit et pratique du commerce international*”, 1976, p. 151 à 157; *La protection des travailleurs au sein des entreprises multinationales*, “*Documentation Européenne*”, 1976/1; L. Brito Correia, ob. cit. nota 5 p. 471 a 474.

A outra directiva prevista no programa de acção social de Dezembro de 1973, relativa à garantia dos direitos dos trabalhadores nos casos de transferência de empresas de estabelecimentos ou de partes de estabelecimentos, será adoptada e aprovada pelo Conselho no dia 14 de Fevereiro de 1977 ⁽²⁴⁾. De facto, a necessidade desta directiva há muito que se fazia sentir: o processo de integração económico europeu provocara e favorizara grandes concentrações comerciais e industriais afectando deste modo a situação social dos trabalhadores.

A maior parte das legislações nacionais regulamentando a cessão convencional e a fusão sobretudo no quadro do direito civil e do direito comercial não protegiam os interesses dos trabalhadores que se traduzem na não afectação das relações de trabalho anteriores e por conseguinte na sua continuidade ⁽²⁵⁾.

A última directiva relativa à defesa e protecção dos interesses dos trabalhadores será adoptada pelo Conselho no dia 20 de Outubro de 1980: trata-se de um esforço de harmonização das legislações nacionais relativas à protecção dos trabalhadores nos casos de insolvência do empregador ⁽²⁶⁾. As Partes II e III deste estudo serão consagradas respectivamente à análise do problema em geral e à análise de directiva comunitária ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ J.O.C.E. n.º L 61/77, p. 26.

⁽²⁵⁾ Sobre esta directiva, cf., D. Plas, ob. cit. nota 21 p. 322 a 325; Blanpain — *Le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises*, "Revue du Travail", 1977, p. 479 e s.; Vandamme — *Concentrations d'entreprises et protection des travailleurs*, "Cahiers de Droit Européen", 1977, p. 33 e s.; L. Brito Correia, ob. cit. nota 5 p. 470-71.

⁽²⁶⁾ J.O.C.E. n.º L 283 de 28.10.80.

⁽²⁷⁾ Estas duas Partes têm por base o nosso artigo, — *L'insolvabilité des employeurs et les droits des travailleurs*, "Cahiers de droit européen", 1981, p. 539 à 556, que, até esta data, é o único estudo publicado acerca desta directiva.

II

PROTECÇÃO DOS TRABALHADORES NO CASO DA INSOLVÊNCIA DO EMPREGADOR

1. Crise económica e aumento do número de falências

A crise económica que atravessamos há já alguns anos tem vindo a provocar um aumento espectacular do número de falências ⁽²⁸⁾ ⁽²⁹⁾.

Mas o que caracteriza a actual é o facto de cada vez mais frequentemente a liquidação ter de ser suspensa devido à inexistência de activos "*clôture de la faillite pour insuffisance d'actifs*" ⁽³⁰⁾.

Na República Federal da Alemanha, por exemplo, o número de pedidos de declaração de falência passou de 3.943 em 1970 para 9.744 em 1977. Desses 9.744 pedidos de falência em 1977, 6.837 requerimentos foram indeferidos por inexistência de activos, ou seja, mais de dois terços dos casos ⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ Na nova terminologia jurídica francesa a palavra "*faillite*" só se aplica à sanções pessoais decorrentes da falência. Hoje em dia fala-se de "*procédures collectives*", nomeadamente de "*procédure de liquidation des biens*", de "*réglement judiciaire*" e de "*suspension provisoire des poursuites*".

⁽²⁹⁾ Na Bélgica, por exemplo, durante o mês de Novembro de 1980 foram declarados 371 falências e calcula-se que a perda de empregos foi da ordem dos 4.700 postos de trabalho. Cf., "*Le Soir*", Bruxelas, de 5.12.80.

⁽³⁰⁾ Na terminologia belga fala-se de "*faillite*", de "*concordat judiciaire*" e de "*sursis de paiement*". Cf., J. VAN RYN e J. HEENEN — *Principes de Droit Commercial*, Bruxelas, Bruylant, 1977.

⁽³¹⁾ "*Statistisches Jahrbuch*", 1978, p. 129, citado por L. DALLEVES in "*La protection du droit des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur*", Genève, Centre d'Etudes Juridiques Européennes, 1980, p. 3.

Quer isto dizer, nomeadamente, que nem os créditos dos trabalhadores que beneficiam de um privilégio creditório de primeira classe serão satisfeitos.

Verifica-se também que, por outro lado, em muitos casos de prosseguimento do processo de liquidação, uma parte dos créditos dos trabalhadores não será coberta dada a insuficiência do activo.

2. O sistema dos privilégios creditórios

Em todos os países europeus se está longe da situação descrita por BALZAC, em 1820, no romance “*César Biroteau*”. Este autor “*reflétant fidèlement l'état de la législation et des moeurs ne se préoccupe à aucun moment du sort des salariés à qui la faillite de leur patron va pourtant faire perdre les salaires qui leur sont dus, leur emploi puisque le fonds de commerce va cesser d'être exploité et probablement leur logement puisque Biroteau était parfumeur et que les commis des boutiquiers habitaient généralement au-dessus du magasin*” (32). BALZAC limita-se a referir que os assalariados estavam desesperados porque gostavam muito do patrão.

De facto, até 1838, só os créditos dos criados gozavam dum privilégio mobiliário geral que lhes era concedido pelo artigo 2101.º do Código Civil. Mas a lei de 28 de Maio de 1838, que modifica o artigo 549.º do Código Comercial, estende esse privilégio aos assalariados.

Os restantes países europeus passarão por uma evolução semelhante. Os legisladores dos diferentes países, durante o século passado, irão tomar medidas destinadas a garantir aos trabalhadores uma posição privilegiada em caso de insolvência ou de falência do empregador.

(32) J. GUYON — *Les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise*, “Droit Social” avril, 1974, p. 140.

O Código Civil português de 1867 previa no artigo 884.º n.º 5 um privilégio mobiliário geral para “o crédito proveniente de ordenados, salários e soldadas de criados e outros familiares, relativo a um ano” (33). E, por outro lado, o artigo 880.º atribuía a quarta classe de privilégios mobiliários especiais ao “crédito por soldadas de criados de lavoura, relativo a um ano, e por dívidas de jornais de operários, relativo aos últimos três meses”.

A principal razão invocada em apoio desta necessidade de protecção especial dos trabalhadores enquanto credores reside no facto de, na esmagadora maioria dos casos, a única fonte de rendimento do assalariado ser o seu salário. O crédito salarial tem portanto, claramente, um carácter alimentar.

O primeiro sistema adoptado, consistiu, portanto, em melhorar a posição do trabalhador enquanto credor de salários devidos. É por isso que o crédito salarial beneficia, hoje, em todos os países europeus, duma situação “privilegiada” e a tendência dominante foi no sentido de estender esse privilégio a uma série de outros créditos decorrentes do contrato de trabalho (34).

Simultaneamente, tendo sobretudo em vista o processo de falência, dado que a grande maioria dos empregadores são comerciantes, tentou-se aperfeiçoar este processo para que o pagamento dos créditos privilegiados ocorra o mais rapidamente possível. Além disso, certos legisladores nacionais estabeleceram regimes revogatórios que têm por fim libertar os trabalhadores-credores dum certo número de normas processuais aplicáveis aos outros credores.

(33) Esta disposição legal será alterada pela Reforma de 16 de Dezembro de 1930 porque segundo as razões oficiais era necessário tornar extensivo o privilégio aos ordenados de empregados, caixeiros, gerentes, feitores, etc. Daí que o n.º 5 do artigo 884.º passe a estipular: “o crédito proveniente de ordenados, salários e soldadas dos empregados, criados e outros familiares e trabalhadores, relativo a um ano”.

(34) A tendência em todas as legislações é para se entender em sentido lato o conceito de créditos privilegiados resultante da relação de trabalho.

3. O exemplo francês: uma evolução representativa

O legislador francês rapidamente se apercebeu de que o trabalhador, mesmo “*privilegiado*” enquanto credor, corria o risco de se encontrar em situações difíceis e isto até nos casos em que o activo da falência fosse suficiente para reembolsar os créditos salariais: “*Le privilège confère un droit, mais dont la réalisation n’est assortie d’aucune promesse de date: or, le salarié et sa famille ne peuvent pas se nourrir uniquement d’espoir*” (35).

O decreto-lei de 8 de Agosto de 1935 (actualmente, artigo L 143-10 do Código do Trabalho) veio permitir ao síndico pagar uma parte dos créditos privilegiados dos trabalhadores. Chamou-se-lhe “*superprivilégio*”:

- o superprivilégio está limitado a um montante mensal fixado todos os anos por decreto (1978 = 8 000 FF),
- o superprivilégio está limitado no tempo: 60 dias de trabalho antes da abertura da falência (90 dias para os quadros e representantes comerciais),
- o superprivilégio está limitado aos créditos garantidos: salários, férias pagas, licenças por doença e não inclui as indemnizações por despedimento e por despedimento irregular.

Finalmente, a lei de 13 de Julho de 1967 estipula que esse superprivilégio tem preferência sobre todos os outros créditos e que, mesmo antes do estabelecimento do crédito, por autorização do juiz e na medida da disponibilidade de fundos, o síndico tem de pagar imediatamente aos assalariados, a título de adiantamento, pelo menos um mês de salário em dívida, com base na última folha de pagamentos. O pagamento tem de ser efectuado até dez dias depois do julgamento.

Chegou-se a falar em “*super-superprivilégio*”.

(35) Y. GUYON, op. cit. p. 141.

4. A crise do direito da falência: o seguro-insolvência

O privilégio e o superprivilégio não têm, no entanto, qualquer utilidade se não existirem fundos, se a falência tiver de ser encerrada por insuficiência de activos ou ainda se, por esta mesma razão, se renunciar ao pedido de abertura da falência.

“L'évolution de ces dernières années a cependant montré que l'aménagement du droit de l'exécution forcée ne peut avoir que des résultats partiels et limités. En particulier, la meilleure procédure et les privilèges les plus exorbitants ne peuvent rien lorsque la masse est "vide", c'est-à-dire

Começou a falar-se da **falência do direito da falência**.

E assim, se chegou rapidamente à conclusão que para proteger os trabalhadores era necessário sair do quadro do direito da falência. As soluções nacionais orientaram-se, deste modo, para a criação de instituições, ou fundos, que pagariam pelo menos uma parte dos salários devidos, em vez do empregador insolvente.

No relatório elaborado pelo Prof. G. SCHNORR, a pedido da Comissão, constata-se a existência de três sistemas principais em vigor nos nove Estados membros da CEE ⁽³⁷⁾:

a) O sistema dos privilégios creditórios

Neste sistema a protecção é unicamente garantida pelos privilégios creditórios gerais e especiais.

É o sistema que vigora no Luxemburgo.

⁽³⁶⁾ L. DALLEVES, op. cit. p. 6.

⁽³⁷⁾ Doc. V/305/1/76-F. Direction générale “Emploi at affaires sociales”, Comissão das Comunidades Europeias.

b) O sistema dos privilégios creditórios complementado pela intervenção numa caixa especial

A protecção dos trabalhadores está, antes de mais, assegurada pelos privilégios creditórios gerais e especiais. No entanto, o trabalhador tem direito a uma indemnização paga por uma caixa pública quando perde o emprego devido à falência do seu empregador. Trata-se numa protecção financeira do trabalhador contra o desemprego, que não garante a cobertura dos salários devidos e que não é ainda a indemnização de desemprego, propriamente dita.

É o sistema que vigora na Irlanda e na Itália.

c) O sistema do seguro-insolvência

Este sistema vem juntar-se à protecção resultante dos privilégios creditórios gerais e especiais. Os créditos dos trabalhadores (ou melhor, parte desses créditos) são, em certos casos de insolvência do empregador, cobertos através da intervenção numa instituição estatal ou semi-privada.

Essa intervenção é, em grande medida, independente dum processo de falência e, ao mesmo tempo, ultrapassa o âmbito desse processo porque se estende também a outros tipos de insolvência do empregador.

É este o sistema que vigora nos outros seis Estados membros.

5. Conclusão

Julgamos poder afirmar, de acordo com outros autores, que a situação do assalariado num processo de execução respeitante ao património do seu empregador é, em muitos aspectos, paradoxal ⁽³⁸⁾.

Todos os legisladores nacionais tiveram em conta a situação do trabalhador enquanto credor. Esta situação “*de favor*” relativamente aos outros credores traduziu-se ao longo dos anos no facto de ter beneficiado dum privilégio — e, às vezes, dum superprivilégio — e também, há algum tempo, em certos países, dum seguro-insolvência que lhe possibilita sempre a recuperação parcial dos seus créditos.

Contudo, não sendo os assalariados meros credores, a insolvência do seu empregador confere, quase sempre, uma outra dimensão ao problema: a perda do emprego. Daí a acusação segundo a qual o direito de falência ignoraria os trabalhadores enquanto tais, ao impedi-los de fazerem valer colectivamente os seus direitos: “*Certes, les salaires dus sont en partie payés. Mais l’avenir de l’entreprise, qui parfois se confond avec son avenir personnel, se décide sans lui...*” ⁽³⁹⁾.

É um facto que os sindicatos europeus tendem a não admitir a fatalidade dos despedimentos por motivos económicos. O direito de emprego e até o direito ao emprego na mesma empresa estão na ordem do dia! E tornam-se frequentes, sobretudo nos últimos anos, as crises sociais que surgem quando ocorrem falências ⁽⁴⁰⁾.

Tudo isto levou grande parte da doutrina moderna a preconizar nestes casos o direito à informação e também o direito à consulta das organizações de trabalhadores.

Tanto quanto sabemos, só a legislação portuguesa concede esse direito à “*Comissão de Trabalhadores*”, órgão de controle de gestão da empresa. A lei 16/79, de 26 de Maio, estipula no seu artigo 24.º que é proibido, antes da obtenção por escrito do parecer da comissão de traba-

⁽³⁸⁾ Cf. nomeadamente Y. GUYON, op. cit. p. 138 e F. DERRIDA — *La sécurité de l’emploi et le droit des procédures collectives*. “*Droit Social*”, février, 1978 S, p. 65.

⁽³⁹⁾ Y. GUYON, op. cit. p. 138.

⁽⁴⁰⁾ A primeira crise social deste tipo que se tornou conhecida em toda a Europa foi, em 1972, o caso Lip em França.

lhadores, proceder nomeadamente à dissolução da empresa ou a um pedido de declaração de falência por parte desta. Trata-se dum parecer que se não é vinculante é, contudo, obrigatório.

Além disto, em vários países da Europa, constata-se que o legislador teve em conta não só a garantia das quantias devidas aos trabalhadores, mas também o problema da manutenção dos postos de trabalho. Assim, em França, a introdução da “*suspension des poursuites*” como “*procédure collective*”, e o seu posterior tratamento legislativo, reservada a empresas de importância nacional ou regional, cujo desaparecimento seria de natureza a agravar grandemente a situação do nível do emprego, reflecte claramente esta nova preocupação ⁽⁴¹⁾.

Na Bélgica, por outro lado onde as organizações sindicais muitas vezes protestam contra a declaração de falência de empresas cuja rentabilidade consideram não poder ser posta em causa, esta nova preocupação irá surgir antes de mais na evolução da organização judicial e da jurisprudência.

O facto mais importante foi a criação de **serviços de inquérito** junto dos Tribunais de Comércio, tendo como missão principal examinar as possibilidades de rentabilidade da empresa. O juiz tem cada vez mais tendência para averiguar e investigar com o comerciante tecnicamente falido os meios de resolver a situação e também para lhe conceder o tempo necessário para isso: “*la cessation de paiements qui, le plus souvent, entraîne l'ébranlement du crédit ne suffit pas en tout cas à justifier la liquidation de l'entreprise*” ⁽⁴²⁾.

O juiz examina se a empresa pode ainda ser rentável e se a situação pode ser salva através da aplicação de medidas adequadas.

Há, no entanto, que sublinhar que esta nova tendência de pretender salvar a empresa que seria viável está submetida ao imperativo da racionalidade económica: é preciso reorganizar e racionalizar a empresa em dificuldade, mas isso exige sempre despedimentos.

⁽⁴¹⁾ B. SOINE — *Suspension provisoire des poursuites, règlement judiciaire et réforme du droit de faillite*. In “Recueil Dalloz”. Paris, Dalloz, 1980, p. 73.

⁽⁴²⁾ E. KRINGS — *La juridiction consulaire et la situation économique*, “Journal des Tribunaux”, Bruxelas, 1979, p. 533. Cf. também o projecto de lei belga sobre a “Gestion assistée des entreprises en difficulté”.

III
A DIRECTIVA DO CONSELHO
DE 20 DE OUTUBRO DE 1980
relativa à harmonização das legislações
dos Estados membros
referentes à protecção dos trabalhadores
em caso de insolvência do empregador

A. A génese da directiva

A preocupação de criação de uma infraestrutura jurídica comum às empresas do Mercado Comum levou a Comunidade a interessar-se pela harmonização do direito das sociedades e pela resolução dos problemas de direito internacional privado e daí que se tenha elaborado convenções e projectos de convenção com base no artigo 220.º do Tratado CEE⁽⁴³⁾.

Assim, por exemplo, foi elaborado em 1972 um projecto de convenção europeia sobre a fusão internacional das sociedades anónimas. Durante os trabalhos preparatórios chegou-se à conclusão que essa questão levantava problemas de ordem social e foram previstas disposições com vista a garantir a protecção dos direitos dos trabalhadores.

A Comissão verificou, contudo, que “*en raison de leur champ d'application et du caractère spécifique des dispositions sociales qu'ils contiennent, les instruments précipités n'apporteraient qu'une solution partielle aux problèmes qui se posent aux travailleurs en cas de modification de la structure de l'entreprise*”⁽⁴⁴⁾. Mais tarde, a Comissão propôs ao Conselho

(43) Cf. A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, — *Les instruments du rapprochement des législations dans la CEE*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1976, p. 153 e seguintes.

(44) J. RIBAS; JONCZY; SECHE — *Traité de droit social européen*, Paris, P.U.F., 1978, p. 493.

uma directiva sobre a conservação dos direitos adquiridos pelos trabalhadores em caso de transferência da empresa ⁽⁴⁵⁾.

Por outro lado, tentar-se-á resolver certos problemas de direito internacional privado através da Convenção respeitante à competência judicial e à execução das decisões em matéria civil e comercial, assinada a 27 de Setembro de 1968 e em vigor nos seis Estados membros fundadores da CEE desde 1 de Fevereiro de 1973.

Esta Convenção devia ser completada por uma outra relativa à falência, à concordata e a processos análogos e de facto um projecto foi elaborado em 1970 ⁽⁴⁶⁾.

Este projecto de convenção estabelece um certo número de regras relativas aos conflitos de lei e prevê, no que respeita a privilégios dos trabalhadores, que *“tous les travailleurs de l'entreprise en faillite peuvent invoquer leurs privilèges dans tous les Etats membres dans lesquels des biens se trouvent, selon la loi en vigueur dans chacun des Etats membres concernés”* ⁽⁴⁷⁾.

O problema da protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador irá por-se de uma forma mais directa durante a elaboração da directiva respeitante aos despedimentos colectivos ⁽⁴⁸⁾. O artigo 1.º §2 d) exclui do âmbito de aplicação desta directiva a cessação de actividade resultante de uma decisão judicial.

Era preciso resolver esta questão por meio da harmonização e a Comissão mandou proceder a estudos de direito comparado.

⁽⁴⁵⁾ Directiva do Conselho de 14 de Fevereiro de 1977, J.O.C.E. n.º L 61, 5 mars 1977, p. 26.

⁽⁴⁶⁾ Cf. L.F. GANSHOF — *Le droit de la faillite dans les Etats de la CEE*, Bruxelles, ed. C.I.D.C., 1969, p. 108 e seguintes e *L'élaboration du droit européen de la faillite dans le cadre de la CEE*, “Cahiers de Droit Européen”, 1971, p. 155 e seguintes; ALAIN HIRSH — *Vers l'universalité de la faillite au sein du Marché Commun*, “Cahiers de Droit Européen”, 1970, p. 50 e seguintes.

⁽⁴⁷⁾ Doc. V/305/1/76-F, p. 2, ob. cit. nota 37.

⁽⁴⁸⁾ Directiva do Conselho de 17 de Fevereiro de 1975, J.O.C.E. n.º L 48 de 22.2.75, p. 2.

Conclui-se que a harmonização quanto ao sistema dos privilégios creditórios era impossível dado as diferenças extremamente importantes. Mas, em relação ao sistema do seguro-insolvência, era possível uma harmonização das legislações (49).

A partir destes dados, a Comissão elabora e apresenta ao Conselho, a 13 de Abril de 1978, uma proposta de directiva (50). O Comité Económico e Social dá o seu parecer a 29 de Novembro de 1978 (51) e o Parlamento a 17 de Janeiro de 1979 (52). Tendo em conta algumas das observações feitas, a Comissão modifica a sua proposta de directiva a 23 de Março de 1979 (53).

A 15 de Maio de 1980 o Conselho dá o seu acordo sobre o princípio da necessidade da directiva. No entanto, teria ainda de ser examinada uma lista das excepções à aplicação da directiva, lista essa pedida por certos Estados membros. Finalmente, em 20 de Outubro de 1980, o Conselho votou a directiva 80/987/CEE (54).

B. A oportunidade da directiva

1. Proposta da directiva

A directiva ajusta-se nitidamente aos objectivos do Tratado.

A Comissão nos considerandos da sua proposta, constata logo de início que o sistema dos privilégios creditórios não oferece uma protecção

(49) Doc. V/305/1/76-F, p. 24-25, ob. cit. nota 37.

(50) J.O.C.E. n.º C 135, de 9.6.78.

(51) J.O.C.E. n.º C 105, de 26.4.79.

(52) J.O.C.E. n.º C 39, de 12.2.79.

(53) J.O.C.E. n.º C 125, de 18.5.79.

(54) J.O.C.E. n.º L 283, de 28.10.1980.

conveniente dos trabalhadores e que, além do mais, estes se encontram sempre numa situação muito difícil perante as formas de liquidação colectiva em matéria comercial. É, portanto, necessário criar instituições destinadas a garantir os direitos dos trabalhadores.

Além disso, as divergências existentes entre as legislações nacionais, relativamente à protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador, gera uma situação contrária ao espírito do Tratado CEE:

- a) tendo em vista a internacionalização crescente das actividades económicas, é necessário que os trabalhadores beneficiem, em todos os Estados membros, duma protecção idêntica dos créditos decorrentes da sua relação de trabalho no caso da insolvência do empregador;
- b) as disparidades existentes agravam as desigualdades sociais na Comunidade e isso repercute-se directamente no funcionamento do Mercado Comum;
- c) assim, há que tentar uma igualização no progresso das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros, no sentido do artigo 117.º CEE.

2. O Comité Económico e Social

O C.E.S. considera que a via escolhida pela Comissão — centrada na garantia contra a perda dos créditos dos trabalhadores — é a mais concreta. Segundo o C.E.S., uma via tendente a reforçar o privilégio concedido aos créditos dos trabalhadores no direito da falência teria repercussões negativas na solvência das empresas na medida em que a possibilidade de obterem créditos diminuiria.

É um facto que, no caso de insolvência do empregador, os trabalhadores perdem não só o emprego, mas muitas vezes também os créditos não pagos; mas também é um facto que a falência é um fenómeno inerente ao sistema de economia liberal e por consequência, a sua eventualidade tem de ser aceite.

Além disso, segundo o C.E.S., a proposta de directiva que visa em primeiro lugar a protecção dos trabalhadores acaba também por proteger as empresas e a economia em geral: *“en effet, en l’absence d’une protection appropriée, des difficultés financières passagères de l’employeur suffiraient à créer un sentiment d’insécurité et d’anxiété parmi les travailleurs. Ce sont surtout les travailleurs hautement qualifiés qui peuvent retrouver sans difficulté un emploi, qui sont souvent les premiers à quitter l’entreprise. Les difficultés de l’employeur s’en trouvent encore accrues. Une entreprise qui serait encore viable est à plus forte raison en péril quand son personnel d’encadrement et ses travailleurs qualifiés la quittent”*.

3. O Parlamento

No seu parecer, o Parlamento congratula-se com esta proposta na medida em que constitui um passo importante no sentido duma melhor protecção dos trabalhadores, mas lastima a sua apresentação tardia. De facto, há vários anos que a maioria dos Estados membros conhecia o sistema de garantia apresentado na proposta de directiva.

Mas, para os parlamentares europeus, há outro aspecto que parece mais grave: o facto de a Comissão ter tomado, como base dessa harmonização, normas mínimas, quando o artigo 117.º CEE atribui à Comunidade a tarefa de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra para permitir a sua igualização *“no progresso”*.

Assim, o Parlamento irá propor uma série de modificações com o fim de garantir a maior protecção possível dos trabalhadores.

4. A directiva do Conselho

Os considerandos da directiva finalmente votada pelo Conselho irão ser muito mais sumários: desaparece qualquer referência à dimensão social da situação do trabalhador no caso de insolvência do empregador.

Finalmente, a oportunidade da directiva será justificada muito brevemente através da necessidade dum desenvolvimento económico e social equilibrado dentro da Comunidade e pela necessidade “*de tendre à réduire ces différences qui peuvent avoir une incidente directe sur le fonctionnement du Marché comum*”.

C. Análise da directiva ⁽⁵⁵⁾

1. Campo de aplicação

- a) Relativamente ao campo de aplicação territorial, a Comissão tinha proposto que a directiva se aplicava aos créditos dos trabalhadores sobre o empregador que possuísse uma empresa ou um estabelecimento em território do Mercado Comum. A directiva poderia, assim, revestir um certo valor jurídico para os empregados dos Estados terceiros.

O Conselho vai eliminar esta referência na definição que dá do campo de aplicação territorial da directiva. De facto, isto suscitava problemas de direito internacional privado de muito difícil resolução: não existe uniformidade do direito da falência e dos processos análogos entre os Estados membros e muito menos ainda entre os Estados membros e os Estados terceiros.

No entanto, trata-se dum problema real. Como é que os trabalhadores poderão fazer prova da insolvência do empregador para poderem exigir ao seguro-insolvência os seus direitos quando uma falência ou um processo análogo, relativo a uma sociedade que detém uma empresa ou um estabelecimento no território do Mercado Comum, corre num Estado terceiro?

(55) A directiva votada pelo Conselho é publicada em anexo a este estudo.

A presente directiva tem, portanto, o mesmo campo de aplicação que o Tratado, salvo a excepção decidida pelo Conselho (artigo 1.º §3) relativa à Gronelândia onde não é aplicável: *“cette exception sera réexaminée dans le cas d’une évolution des structures professionnelles de cette région”*.

- b) O Conselho irá estabelecer um campo de aplicação material formalmente mais correcto do que o proposto pela Comissão: a directiva aplica-se aos créditos *“des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail”* (artigo 1.º §1) em vez de *“créances résultant des relations de travail ou de formation”*. No entanto, o Conselho irá limitar a noção de crédito unicamente às remunerações (artigo 3.º §1).

Além disso, o §2 do artigo 1.º permite aos Estados membros, a título excepcional, excluir do campo de aplicação da directiva os créditos de certas categorias de trabalhadores assalariados *“en raison de la nature particulière du contrat de travail ou de la relation de travail des travailleurs salariés ou en raison de l’existence d’autres formes de garantie assurant aux travailleurs salariés une protection équivalente à celle qui résulte de la présente directive”*.

Em anexo à directiva figura uma lista dessas categorias de trabalhadores.

2. A definição do estado de insolvência

Mais uma vez, o Conselho irá estabelecer uma noção de estado de insolvência formalmente mais correcta do que a apresentada na proposta de directiva (artigo 2.º).

De acordo com a directiva, há estado de insolvência se tiver sido pedida a abertura dum processo sobre o património dum empregador insolvente com vista a satisfazer colectivamente os seus credores e, além disso, se a autoridade competente (normalmente um tribunal) decidir quer a abertura do processo, quer a sua suspensão por insuficiência de activos disponíveis, e desde que se constate o encerramento definitivo da empresa ou do estabelecimento do empregador insolvente.

Esta noção de estado de insolvência é um pouco restritiva. É verdade que a insolvência, em qualquer país, tem sempre de ser estabelecida por um processo formal, mas também é verdade que, na maior parte dos casos, não exige o encerramento efectivo da empresa.

O interesse da questão prende-se com o facto de o estado de insolvência ser a condição necessária à constituição do direito a um pagamento a título de garantia contra a perda de créditos.

3. O direito nacional e a directiva

O Conselho introduziu um parágrafo novo de decisiva importância na economia da directiva (artigo 2.º §2). Os Estados membros quiseram impedir, deste modo, que o Tribunal das Comunidades Europeias pudesse desempenhar um papel útil na interpretação e aplicação desta directiva: a directiva não colide com o direito nacional relativamente à definição dos termos *travailleur salarié, employeur, rémunération, droit acquis e droit en cours d'acquisition*.

Isto é o exemplo mais recente respeitante à reacção dos Estados membros em face da jurisprudência do TCE relativa ao efeito directo de certas disposições das directivas (⁵⁶).

4. Definição e determinação dos créditos que devem ser cobertos pela instituição de garantia

A Comissão tinha apresentado, na sua proposta, uma definição ampla da noção de crédito (artigo 3.º), do tipo das existentes nas legislações dos Estados membros.

(⁵⁶) Cf. o meu estudo anterior.

Mas, no seu parecer, o Parlamento considera totalmente inaceitável que a proposta de directiva limite os direitos dos trabalhadores unicamente aos créditos originais antes da insolvência do empregador. Assim, propõe que a instituição de garantia cubra todos os créditos, quer tenham sido originados antes ou depois. A Comissão não irá aceitar esta proposta de alteração.

Por seu lado, o Conselho, depois de ter estipulado que *“les Etats membres prennent les mesures nécessaires afin que des institutions de garantie assurent ... le paiement des créances impayées des travailleurs salariés”*, vai diminuir o alcance do artigo 1.º §1 ao estabelecer que os créditos garantidos pelas instituições se aplicam unicamente à remuneração (artigo 3.º §1). É sabido que a noção de remuneração no direito dos Estados membros se refere aos pagamentos salariais correntes e quase nunca engloba as remunerações eventuais atribuídas aos trabalhadores e que estavam previstas no artigo 3.º *b)* da proposta da Comissão.

O Conselho estabeleceu também que os Estados membros determinarão quais os créditos garantidos relativamente a um período que se situa antes de uma determinada data. Cada Estado membro é livre de escolher uma das três datas previstas no segundo parágrafo do artigo 3.º

5. A faculdade de fixação de limites aos direitos concedidos aos trabalhadores relativamente às instituições de garantia

Em todos os Estados membros onde existe um sistema de seguro-insolvência há limites à obrigação de pagamento das instituições de garantia com o fim de não sobrecarregar o orçamento dessas instituições e também para evitar abusos. Há Estados que estabelecem limites temporais a essa obrigação, outros que estabelecem um limite máximo do montante da obrigação (sempre actualizável) e ainda outros que combinam os dois processos.

Na sua proposta, Comissão permitia que os Estados membros limitassem no tempo a obrigação de pagamento das instituições de garantia, embora não pudessem ultrapassar certos limites. Assim, relativamente à remuneração do trabalho, os créditos daí resultantes não podiam ser inferiores a três meses. Por outro lado, relativamente aos créditos previstos na alínea *b*) do artigo 3.º da proposta de directiva (que o Conselho eliminou) os trabalhadores teriam sempre direito aos que se constituíssem “*pendant les douze mois précédent la survenance de la cessation des paiements où on fait l'objet, pendant ce délai, d'une tentative infructueuse d'exécution forcée*”.

O Parlamento vai considerar o prazo de três meses relativamente às remunerações como injusto e propõe um limite de seis meses. A Comissão não aceita esta proposta de alteração.

O Conselho, na sua directiva, concede essa faculdade aos Estados membros (artigo 4.º §1), mas estabelece um sistema de limitação temporal relacionado com as três alternativas propostas aos Estados relativamente à determinação dos créditos garantidos em relação a um período que se situa antes de uma data determinada (artigo 3.º §2).

O Conselho previu também a possibilidade de os Estados membros estabelecerem um limite máximo (artigo 4.º §3), ponto este que não estava previsto na proposta de directiva.

No entanto, esta faculdade, concedida em moldes tão latos, pode permitir que os Estados membros diminuam o alcance do artigo 4.º §2 e ao mesmo tempo o alcance da própria directiva.

Mesmo que fique estipulado que essa faculdade se destina apenas a ser utilizada “*afin d'éviter le versement de sommes allant au-delà de la finalité sociale de la présente directive*”, pode admitir-se que os Estados membros que ainda não introduziram o sistema de seguro-insolvência tenham tendência para estabelecer limites de tipo “*mínimo vital*”.

Mas é ainda mais lastimável que o Conselho não tenha sequer estabelecido que estes limites máximos tinham de ser actualizáveis. É um facto que o Conselho previu que “*lorsque les Etats membres font usage de cette faculté, ils communiquent à la Commission les méthodes selon lesquelles ils fixent le plafond*”. No entanto, parece-nos que a Comissão irá ter uma tarefa muito difícil de cumprir.

6. Critérios mínimos relativos às modalidades da organização, do financiamento e do funcionamento das instituições de garantia

O artigo 3.º §1 da directiva estipula que “*les Etats membres prennent les mesures nécessaires afin que des institutions de garantie assurent ... le paiement des créances impayées des travailleurs salariés*”. A tarefa de fixar as modalidades das instituições de garantia fica, portanto, a cargo dos Estados membros.

Contudo, o artigo 5.º prescreve os critérios mínimos, ou seja, as exigências mínimas necessárias para realizar os objectivos da directiva e que têm de ser respeitados em todos os casos.

- a) A autonomia patrimonial: “*patrimoine des institutions doit être indépendant du capital d'exploitation des employeurs et être constitué de telle façon qu'il ne puisse être saisi au cours d'une procédure en cas d'insolvabilité*” (artigo 5.º a)).
- b) O financiamento das instituições: em todos os Estados membros, excepto na Holanda, os trabalhadores nunca participam no financiamento das instituições de garantia.

A Comissão na sua proposta estipulava que “*les travailleurs ne doivent pas être les seuls à contribuer au financement*”. A Comissão quis ter em conta a situação da Holanda, onde os recursos necessários provêm da Caixa Geral de Desemprego que é alimentada pelas cotizações paritárias dos trabalhadores e dos empregadores.

O Parlamento no seu parecer propõe, em primeiro lugar, que os parceiros sociais estejam ligados à organização e ao funcionamento das instituições de garantia. Esta proposta de alteração irá ser aceite pela Comissão, mas será, no entanto, eliminada da directiva finalmente votada pelo Conselho.

Em seguida, o Parlamento propõe que os trabalhadores não sejam, em caso algum, obrigados a participar no financiamento da instituição. A Comissão irá recusar esta ideia e vai aceitar a proposta de alteração do C.E.S.: “*les employeurs doivent contribuer au financement. Les pouvoirs publics et éventuellement les travailleurs peuvent également y participer*”.

A referência aos “*pouvoirs publics*” parece justificar-se na medida em que no Reino Unido as prestações são pagas pelo “*Redundancy Fund*”, alimentado por fundos públicos.

Finalmente, o Conselho vai adoptar a fórmula seguinte: “*les employeurs doivent contribuer au financement, à moins que celui-ci ne soit assuré intégralement par les pouvoirs publics*” (artigo 5.º b)).

- c) Condições a respeitar para estabelecer os direitos dos trabalhadores em relação às instituições de garantia: a Comissão, na sua proposta (artigo 5.º c)) tinha previsto que, depois de estabelecido o estado de insolvência do empregador através dum processo formal, o trabalhador podia exigir do organismo de garantia as suas prestações e que esse pedido podia ser feito verbalmente. Verifica-se aqui a preocupação da Comissão de suprimir “*le formalisme dont sont généralement imprégnées les procédures nationales applicables en cas d’insolvabilité de l’employeur*” (57).

O C.E.S. e o Parlamento propõem a eliminação desta referência ao pedido verbal, o que será aceite pela Comissão na alteração da sua proposta de directiva.

O Parlamento propõe igualmente que seja previsto que a instituição de garantia possa adiantar uma determinada quantia aos trabalhadores durante o período compreendido entre a constatação da insolvência do empregador e o pagamento efectivo pela instituição (58). A Comissão irá aceitar esta proposta.

No entanto, o Conselho acabará por eliminar qualquer referência a estes aspectos na directiva finalmente votada.

- d) O princípio da insensibilidade dos direitos dos trabalhadores em relação às obrigações de financiamento: o não pagamento das prestações devidas à instituição de garantia não tem qualquer efeito prejudicial sobre os direitos dos trabalhadores: “*l’obligation de paiement des institutions existe indépendamment de l’exécution des obligations de contribuer au financement*” (artigo 5.º c)).

(57) R. GOFFIN, in “*Journal des Tribunaux*”, Bruxelles, 1978, p. 678.

(58) Na Holanda, a lei permite à instituição de garantia cobrir, através de pagamentos provisórios, o lapso de tempo que separa a recusa efectiva de pagamentos e a abertura de um processo de insolvência, se as constatações da própria instituição a levarem a concluir pela insolvência do empregador.

7. Disposições relativas à segurança social

a) As cotizações da segurança social

Relativamente a este problema, a Comissão na sua proposta de directiva tinha proposto uma única disposição, o artigo 6.º: “*Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que la non satisfaction des droits des organismes d'assurance aux cotisations obligatoires prévues par les régimes légaux de sécurité sociale des Etats membres, nées avant la survenance de la cessation des paiements de l'employeur, n'ait pas d'effet préjudiciable sur les droits à prestations du travailleur*”.

Os Estados membros eram, portanto, obrigados a tomar medidas para que o não pagamento das cotizações de segurança social devido à insolvência do empregador não tivesse nenhum efeito prejudicial sobre os direitos do trabalhador à segurança social. Além disso, a faculdade concedida aos Estados membros de limitar no tempo os créditos a pagar não englobava esta disposição: os inconvenientes que pudessem resultar do não pagamento das cotizações deviam ser integralmente compensados. Trata-se da consagração dum princípio de justiça na medida em que o não pagamento das cotizações é independente da vontade do trabalhador.

O Conselho irá dividir o artigo 6.º da proposta em duas disposições que passaram a ser respectivamente os artigos 6.º e 7.º da directiva.

A primeira disposição estipula que os Estados membros **podem prever** que os artigos 3.º, 4.º e 5.º não se apliquem às cotizações de segurança social.

A segunda disposição garante os direitos dos trabalhadores no que respeita ao não pagamento das cotizações de segurança social pelo empregador antes da sua insolvência “*dans la mesure où les cotisations salariales ont été précomptées sur les salaires versés*”.

b) A garantia das prestações da pensão de velhice resultantes dos regimes convencionais.

O Conselho adoptou o corpo do artigo 7.º da proposta, tendo mudado, no entanto, a expressão “*les Etats membres adoptent les mesures nécessaires pour protéger*” para “*les Etats membres s'assurent que les mesures nécessaires sont prises*”.

Relativamente à garantia dos direitos que os trabalhadores tenham adquirido ou poderão vir a adquirir graças a um regime complementar de empresa ou inter-empresa de seguro de velhice, há grandes divergências a nível das legislações nacionais.

Neste campo, o grande problema é saber como garantir as pensões contra a insolvência do empregador que se comprometeu a pagar uma pensão, como garantir os direitos adquiridos ou em vias de aquisição a uma pensão de velhice. Trata-se, de facto, dum grande problema porque, neste caso, a garantia contra a perda de créditos não é suficiente dado que se trata normalmente de obrigações de pagamento a longo prazo.

Por este motivo, certos Estados obrigam o empregador a efectuar a capitalização necessária para cobrir as pensões prometidas, independentemente do património geral da empresa. O risco de desaparecer, em caso de insolvência do empregador, a cobertura em capital das pensões da empresa, fica assim reduzido ao mínimo.

A directiva no artigo 8.º acaba afinal por se limitar a estipular que os Estados membros “*s’assurent que des mesures seront prises*”. Além disso, este instrumento legislativo não colide com as definições nacionais de “*direito adquirido*” e de “*direito em vias de aquisição*”.

8. Os Estados membros e a faculdade de introduzir ou aplicar disposições mais favoráveis

O artigo 9.º especifica que os objectivos contidos na directiva apenas constituem exigências mínimas:

“La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des Etats membres d’appliquer ou d’introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs salariés”.

9. Os Estados membros e a faculdade de introduzir medidas necessárias para evitar abusos

Inovação do Conselho que corresponde à tendência geral das legislações nacionais:

“La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des Etats membres;

a) de prendre les mesures nécessaires en vue d'éviter des abus;

b) de refuser ou de réduire l'obligation de paiement visée à l'article 3 ou l'obligation de garantie visée à l'article 7 s'il apparaît que l'exécution de l'obligation ne se justifie pas en raison de l'existence de liens particuliers entre le travailleur salarié et l'employeur et d'intérêts communs concrétisés par une collusion entre ceux-ci” (artigo 10.º).

10. O prazo de aplicação

O artigo 9.º da proposta de directiva estipulava em prazo de 18 meses para a sua aplicação. Dentro desse prazo, os Estados membros deviam comunicar à Comissão as medidas tomadas com vista à aplicação da directiva.

O Parlamento, no seu parecer, considera que tendo em vista a *“crise économique, les changements de structure et la réorganisation des méthodes de travail au sein de l'industrie et de l'artisanat”* que leva numerosas empresas ao encerramento, a aplicação da directiva devia ser feita urgentemente.

Assim, propõe um prazo de 12 meses para a sua aplicação. Além disso, os Estados membros tinham de comunicar as medidas tomadas, ou a tomar, 6 meses antes da data prevista para a entrada em vigor da directiva.

A Comissão não irá seguir estas propostas de alteração.

O Conselho, ignorando as razões de ordem social apresentadas pelo Parlamento, irá aumentar o prazo de aplicação para 36 meses (artigo 11.º).

11. O prazo relativo aos dados a transmitir à Comissão a fim de se elaborar o relatório a submeter ao Conselho

A Comissão na sua proposta de directiva tinha estabelecido que os Estados membros eram obrigados a comunicar-lhe “*tout les renseignements pouvant lui être utiles pour faire rapport au Conseil*” dentro dos 18 meses a seguir ao fim do prazo de aplicação.

O Parlamento propõe reduzir o prazo para 12 meses. A Comissão não aceitou a proposta, mas contudo teve em conta a sugestão do Parlamento segundo a qual o relatório que a Comissão tem de apresentar ao Conselho sobre a aplicação da directiva deveria também ser comunicada ao Parlamento Europeu.

Este último ponto vai ser rejeitado pelo Conselho que, por outro lado, vai manter o prazo de 18 meses (artigo 12.º).

IV CONCLUSÃO

A versão final de uma directiva de harmonização, sobretudo no campo da política social (isto é, a directiva formalmente aprovada pelo Conselho) é o resultado de um longo processo legislativo e político cujo desfecho dialético é sempre ditado pelo Conselho de Ministros do Trabalho e dos Assuntos Sociais.

A Comissão, após longos estudos e investigações, apresenta uma proposta de directiva que é já fruto de um certo compromisso na medida em que conhece, mais ou menos bem, as posições dos Estados membros através de reuniões preparatórias com os funcionários das administrações nacionais: a Comissão procura deste modo viabilizar ao máximo a aprovação da sua proposta por parte do Conselho.

Não podemos, no entanto, deixar de sublinhar a tendência actual do Conselho, que se vinha desenhando há já algum tempo, no sentido de privilegiar os factores de ordem financeira e monetária face à protecção de certos interesses dos trabalhadores, reduzindo ao mínimo a incidência social destas directivas de harmonização ⁽⁵⁹⁾.

Por outro lado, certos governos têm vindo a contestar com maior veemência a “*incidência directa*” destas matérias sociais sobre o funcionamento do Mercado Comum e, conseqüentemente, a necessidade de uma

⁽⁵⁹⁾ Uma nova variável tem vindo ultimamente a afirmar-se neste debate: a divergência entre os governos dos dez à cerca da política económica.

O governo socialista francês, contrariando as tendências “*monetaristas*” tem defendido a necessidade da criação de um “*espaço social europeu*”.

harmonização das legislações nacionais. Contestação esta que muito tem a ver com as reticências nacionais face à jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo àcerca do “*efeito directo*” das disposições da directiva, resultantes, em larga medida e segundo nosso parecer, de certas concepções da integração europeia perfilhadas por certos governos.

A crise económica, a crise interna das Comunidades Europeias, um certo envelhecimento dos Tratados, nomeadamente do Tratado CEE, tornam, necessariamente, estas confrontações, entre as diversas concepções de integração, mais intensas e mais visíveis.

Espera-se, contudo, que o actual esforço político-institucional no sentido de estabelecer um acordo entre os Estados membros àcerca da redefinição de certos objectivos do Tratado CEE, permita uma real tomada de consciência sobre as dificuldades que a Comunidade conheceu vivendo a nove num quadro legal elaborado a seis.

Esta parece ser a única via que permitirá abordar de maneira realista o modo como a Comunidade irá viver a doze.

Maio de 1982.

V ANEXO

DIRECTIVE DU CONSEIL

du 20 octobre 1980

**concernant le rapprochement des législations
des États membres relatives à la protection
des travailleurs salariés
en cas d'insolvabilité de l'employeur**

(80/987/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 100,

vu la proposition de la Commission ⁽¹⁾,

vu l'avis de l'Assemblée ⁽²⁾,

vu l'avis du Comité économique et social ⁽³⁾,

⁽¹⁾ JO n.º C 135 du 9.6.1978, p. 2.

⁽²⁾ JO n.º C 39 du 12.2.1979, p. 26.

⁽³⁾ JO n.º C 105 du 26.4.1979, p. 15.

considérant que des dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, en particulier pour garantir le paiement de leurs créances impayées, en tenant compte de la nécessité d'un développement économique et social équilibré dans la Communauté;

considérant que des différences subsistent entre les États membres quant à la portée de la protection des travailleurs salariés dans ce domaine; qu'il convient de tendre à réduire ces différences qui peuvent avoir une incidence directe sur le fonctionnement du Marché commun;

considérant qu'il y a lieu, par conséquent, de promouvoir le rapprochement des législations en la matière dans le progrès, au sens de l'article 117 du traité;

considérant que le marché du travail du Groenland, en raison de la situation géographique et des structures professionnelles actuelles de cette région, diffère fondamentalement de celui des autres régions de la Communauté;

considérant que, dans la mesure où la République hellénique deviendrait membre de la Communauté économique européenne de 1^{er} janvier 1981, conformément à l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la République hellénique et aux adaptations des traités, il convient de stipuler dans l'annexe de la directive, sous l'intitulé «Grèce», celles des catégories de travailleurs salariés dont les créances peuvent être exclues conformément à l'article 1^{er} paragraphe 2.

A arrêté la présente directive:

SECTION PREMIÈRE

Champ d'application et définitions

Article premier

1. La présente directive s'applique aux créances des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à l'égard d'employeurs qui se trouvent en état d'insolvabilité au sens de l'article 2 paragraphe 1.

2. Les États membres peuvent, à titre exceptionnel, exclure du champ d'application de la présente directive les créances de certaines catégories de travailleurs salariés en raison de la nature particulière du contrat de travail ou de la relation de travail des travailleurs salariés ou en raison de l'existence d'autres formes de garantie assurant aux travailleurs salariés une protection équivalente à celle qui résulte de la présente directive.

La liste des catégories de travailleurs salariés visées au premier alinéa figure en annexe.

3. La présente directive n'est pas applicable au Groenland. Cette exception sera réexaminée dans le cas d'une évolution des structures professionnelles de cette région.

Article 2

1. Au sens de la présente directive, un employeur est considéré comme e trouvant en état d'insolvabilité:

a) lorsqu'a été demandée l'ouverture d'une procédure prévue par les dispositions législatives, réglementaires et administratives de l'État membre concerné qui porte sur le patrimoine de l'employeur et vise à désintéresser collectivement ses créanciers et qui permet la prise en considération des créances visées à l'article 1^{er} paragraphe 1, et

b) que l'autorité qui est compétente en vertu desdites dispositions législatives, réglementaires et administratives a:

— soit décidé l'ouverture de la procédure,

— soit constaté la fermeture définitive de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur, ainsi que l'insuffisance de l'actif disponible pour justifier l'ouverture de la procédure.

2. La présente directive ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition des termes «travailleur salarié», «employeur», «rémunération», «droit acquis» et «droit en cours d'acquisition».

SECTION II

Disposition relatives aux institutions de garantie

Article 3

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires afin que des institutions de garantie assurent, sous réserve de l'article 4, le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail et portant sur la rémunération afférente à la période qui se situe avant une date déterminée.

2. La date visée au paragraphe 1 est, au choix des États membres:

- soit celle de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur,
- soit celle du préavis de licenciement du travailleur salarié concerné, donné en raison de l'insolvabilité de l'employeur,
- soit celle de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur ou celle de la cessation du contrat de travail ou de la relation de travail du travailleur salarié concerné intervenue en raison de l'insolvabilité de l'employeur.

Article 4

1. Les États membres ont la faculté de limiter l'obligation de paiement des institutions de garantie, visée à l'article 3.

2. Lorsque les États membres font usage de la faculté visée au paragraphe 1, ils doivent:

- dans le cas visé à l'article 3 paragraphe 2 premier tiret, assurer le paiement des créances impayées concernant la rémunération afférente aux trois derniers mois du contrat de travail ou de la relation de travail qui se situent à l'intérieur d'une période de six mois précédant la date de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur,

- dans le cas visé à l'article 3 paragraphe 2 deuxième tiret, assurer le paiement des créances impayées concernant la rémunération afférente aux trois derniers mois du contrat de travail ou de la relation de travail qui précèdent la date du préavis de licenciement du travailleur salarié, donné en raison de l'insolvabilité de l'employeur,

- dans le cas visé à l'article 3 paragraphe 2 troisième tiret, assurer le paiement des créances impayées concernant la rémunération afférente aux dix-huit derniers mois du contrat de travail ou de la relation de travail précédant la date de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur ou la date de la cessation du contrat de travail ou de la relation de travail qui précèdent la date de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur ou la date de la cessation du contrat de travail ou de la relation de travail du travailleur salarié, intervenue en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans ces cas, les États membres peuvent limiter l'obligation de paiement à la rémunération afférente à une période de huit semaines ou à plusieurs périodes partielles ayant au total la même durée.

3. Toutefois, les États membres peuvent, afin d'éviter le versement de sommes allant au-delà de la finalité sociale de la présente directive, fixer un plafond pour la garantie de paiement des créances impayées des travailleurs salariés.

Lorsque les États membres ont usage de cette faculté, ils communiquent à la Commission les méthodes selon lesquelles ils fixent le plafond.

Article 5

Les États membres fixent les modalités de l'organisation, du financement et du fonctionnement des institutions de garantie en observant notamment les principes suivants:

- a) le patrimoine des institutions doit être indépendant du capital d'exploitation des employeurs et être constitué de telle façon qu'il ne puisse être saisi au cours d'une procédure en cas d'insolvabilité,
- b) les employeurs doivent contribuer au financement, a moins que celui-ci ne soit assuré intégralement par les pouvoirs publics,
- c) l'obligation de paiement des institutions existe indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer au financement.

SECTION III

Dispositions relatives à la sécurité sociale

Article 6

Les États membres peuvent prévoir que les articles 3, 4 et 5 ne s'appliquent pas aux cotisations dues au titre des régimes légaux nationaux de sécurité sociale ou au titre des régimes complémentaires de prévoyance professionnelles ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale.

Article 7

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que le non-paiement à leurs institutions d'assurance de cotisations obligatoires dues par l'employeur, avant le survenance de son insolvabilité, au titre des régimes légaux nationaux de sécurité sociale, n'a pas d'effet préjudiciable sur le droit à prestations du travailleur salarié à l'égard de ces institutions d'assurance, dans la mesure où les cotisations salariales ont été précomptées sur les salaires versés.

Article 8

Les États membres s'assurent que les mesures nécessaires sont prises pour protéger les intérêts des travailleurs salariés et des personnes ayant déjà quitté l'entreprise ou l'établissement de l'employeur à la date de la survenance de l'insolvabilité de celui-ci en ce qui concerne leurs droits acquis, ou leurs droit en cours d'acquisition, à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de sécurité sociale.

SECTION IV

Dispositions générales et finales

Article 9

La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs salariés.

Article 10

La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres:

-) de prendre les mesures nécessaires en vue d'éviter des abus;
-) de refuser ou de réduire l'obligation de paiement visée à l'article 3 ou l'obligation de garantie visée à l'article 7 s'il apparaît que l'exécution de l'obligation ne se justifie pas en raison de l'existence de liens particuliers entre le travailleur salarié et l'employeur et d'intérêts communs concrétisés par une collusion entre ceux-ci.

Article 11

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de trente-six mois à compter de sa notification. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions législatives, réglementaires et administratives qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 12

Dans un délai de dix-huit mois à compter de l'expiration de la période de trente-six mois prévue à l'article 11 paragraphe 1, les États membres transmettent à la Commission toutes les données utiles pour lui permettre d'établir un rapport à soumettre au Conseil sur l'application de la présente directive.

Article 13

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Luxembourg, le 20 octobre 1980.

Par le Conseil
Le président

J. SANTER

ANNEXE

Catégories de travailleurs salariés dont les créances peuvent être exclues du champ d'application de la directive selon l'article 1^{er} paragraphe 2

I. Travailleurs salariés ayant un contrat de travail, ou une relation de travail, de nature particulière

A. GRÈCE

Le patron et les membres de l'équipage d'un bateau de pêche, si et dans la mesure où ils sont payés sous forme de participation aux gains ou aux recettes brutes du bateau.

B. IRLANDE

1. Les travailleurs à domicile (c'est-à-dire les personnes travaillant aux pièces, chez elles), pour autant qu'ils n'aient pas de contrat de travail écrit.

2. Les proches de l'employeur qui n'ont pas un contrat de travail écrit et dont le travail concerne une habitation privée ou une entreprise agricole dans laquelle résident l'employeur et ces proches parents.
3. Les personnes qui sont normalement occupées moins de dix-huit heures par semaine par un ou plusieurs employeurs et qui ne tirent pas l'essentiel de leurs moyens de subsistance du salaire touché pour ce travail.
4. Les personnes employées dans la pêche pour un travail saisonnier, intermittent ou à temps partiel et payées sous forme de participation au résultat de la pêche.
5. Le conjoint de l'employeur.

C. PAYS-BAS

Gens de maison occupés par une personne physique et travaillant au cours de moins de trois jours par semaine pour la personne physique concernée.

D. ROYAUME-UNI

1. Le patron et les membres de l'équipage d'un bateau de pêche qui sont payés sous forme de participation aux gains ou aux recettes brutes du bateau.
2. Le conjoint de l'employeur.

II. Travailleurs salariés bénéficiant d'autres formes de garantie

A. GRÈCE

Les équipages de navires de mer.

B. IRLANDE

1. Les travailleurs salariés ayant droit à une retraite et employés à titre permanent par une autorité locale, une autre autorité publique ou par une entreprise de transport assurant un service public.
2. Les enseignants ayant droit à une retraite et employés dans un des établissements suivants: National Schools, Secondary Schools, Comprehensive Schools, Teachers' Training Colleges.
3. Les travailleurs salariés ayant droit à une retraite et employés à titre permanent par un des hôpitaux privés financés par le ministère des finances.

C. ITALIE

1. Les travailleurs salariés qui bénéficient des prestations prévues par la législation en matière de garantie des revenus en cas de crise économique de l'entreprise.
2. Les équipages des navires de mer.

D. ROYAUME-UNI

1. Les dockers inscrits, sauf ceux qui sont entièrement ou principalement chargés d'un travail qui n'est pas un travail de docker.
2. Les équipages des navires de mer.

**SEMINÁRIOS SOBRE COOPERAÇÃO
INTERNACIONAL
EM MATÉRIA CIVIL,
DE MENORES E ADMINISTRATIVA**

**CONVENÇÕES
DO CONSELHO DA EUROPA**

MARGARET KILLERBY

CONVENTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE

**Convention européenne dans le domaine de l'information
sur le droit étranger et son protocole additionnel**

Convention en matière de garde des enfants

Convention en matière d'adoption des enfants

LA CONVENTION EUROPEENNE DANS LE DOMAINE DE L'INFORMATION SUR LE DROIT ETRANGER ET SON PROTOCOLE ADDITIONNEL

INTRODUCTION (*)

L'information sur le droit étranger est d'une très grande importance vu le nombre de cas où il est nécessaire de connaître le contenu d'un autre système de droit. Par exemple, un tribunal peut, suivant les règles de droit international privé, être amené à tenir compte d'une loi étrangère dans les cas de contrats, droit de la famille ou statut des personnes. Dans quelques pays des nationaux peuvent encourir une sanction pour les actes illicites commis à l'étranger seulement si l'acte est aussi sanctionné par le droit pénal de l'Etat étranger. En conséquence, il est très utile pour les Etats d'avoir accès à des informations sûres sur le droit étranger qui doit être appliqué dans un cas.

Pour pouvoir donner ces informations aux Etats, le Conseil de l'Europe a élaboré la Convention Européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger et un protocole additionnel à cette Convention. La Convention est entrée en vigueur en 1969, et à présent 20 des 21 Etats membres y sont parties (1). Le Protocole additionnel, qui est entré en vigueur en 1979, a été ratifié par 13 Etats membres et signé par 5 Etats membres (2).

(1) Voir Annexe I. En outre, le Costa Rica a accédé à la Convention.

(2) Voir Annexe II. Le Portugal a ratifié la Convention et son Protocole.

N.E. — Aprovada para ratificação pelo decreto 43/78, de 28 de Abril. Depósito do instrumento de ratificação em 7 de Agosto de 1978. (Aviso, D.R., I Série, de 3 de Outubro de 1978). Entrou em vigor em 8 de Novembro de 1978.

Un Etat qui a aussi ratifié le Protocole peut déclarer qu'il ne sera lié que par les dispositions d'un des chapitres du Protocole (chapitre I concernant le droit pénal et chapitre II concernant le droit civil et commercial).

(*) Les opinions exprimées sont celles de l'auteur; elles ne sauraient être imputées au Conseil de l'Europe, ni à son secretariat.

La Convention et le Protocole additionnel prévoient que les Etats doivent fournir des renseignements concernant:

- le droit et les procédures dans le domaine civil et commercial, ainsi que celui de l'organisation judiciaire (ou d'autres branches du droit quand elle se rapportent à une question civile ou commerciale) (Articles 1, 1) et 4, 3) de la Convention);
- le droit matériel et procédural dans le domaine pénal, leur organisation judiciaire, y compris le Ministère public ainsi que le droit relatif à l'exécution des mesures pénales (Article I, chapitre I du Protocole additionnel).

Les textes de la Convention et du Protocole additionnel contiennent des informations concernant:

- les moyens de faire une demande d'information sur le droit étranger;
- les moyens de répondre à une demande d'information.

1. Les moyens de faire une demande d'information sur le droit étranger

Pour obtenir des informations sur le droit et la procédure dans le domaine civil et commercial ainsi que sur l'organisation judiciaire, la demande ⁽³⁾ peut être faite par:

⁽³⁾ La Convention n'autorise la présentation d'une telle demande qu'à l'occasion d'une instance déjà engagée (Article 3-1). En vertu du Protocole additionnel, une demande est aussi possible lorsqu'il est envisagé d'engager une instance (Article 3 b), chapitre II).

- une autorité judiciaire. La demande ne doit pas nécessairement être formulée par l'autorité judiciaire mais cet autorité doit l'autoriser afin d'éviter la présentation de demandes superflues (Article 3 de la Convention);
- toute autorité ou personne agissant dans le cadre d'un système officiel d'assistance judiciaire ou de consultation juridique pour le compte de personnes économiquement défavorisées (Article 3, chapitre II du Protocole additionnel).

Lorsque des informations sur le droit matériel et procédural ainsi que sur l'organisation judiciaire dans le domaine pénale sont nécessaires, la demande ⁽⁴⁾ peut être faite par:

- un tribunal (Article 2 *a*) chapitre I du Protocole additionnel);
- toute autorité judiciaire compétente en matière de poursuite ou d'exécution des sentences définitives et ayant force de la chose jugée (Article 2 *a*), chapitre I du Protocole additionnel).

La demande de renseignements devra:

- donner des détails suffisants de l'affaire (l'autorité judiciaire dont elle émane, nature de l'affaire, information requise, faits pertinents) (Article 4 de la Convention);
- être rédigée dans la langue ou dans une des langues officielles de l'Etat requis ou accompagnées d'une traduction dans cette langue ⁽⁵⁾ (Article 14 de la Convention)

⁽⁴⁾ Le Protocole additionnel permet que les demandes soient aussi formées lorsqu'il est envisagé d'engager une poursuite (Article 2 *b*), chapitre II).

⁽⁵⁾ Les Etats peuvent convenir de déroger, entre eux, à cette disposition.

La demande est transmise à l'organe de réception de l'Etat requis:

- par un organe de transmission chargé de transmettre les demandes des autorités nationales (6); ou en cas d'absence d'un tel organe;
- par les autorités judiciaires (7).

La réponse à une demande d'information ne lie pas l'autorité judiciaire dont émane la demande. L'objet de cette réponse est simplement de fournir des informations d'une manière impartielle et objective.

2. Les moyens de répondre à une demande d'information

Chaque Etat contractant doit créer un organe de réception (8) qui sera chargé de recevoir les demandes de renseignements provenant des autres Etats contractants et qui doit donner suite à ces demandes.

Après réception d'une demande, l'organe peut formuler lui-même la réponse, transmettre la demande à un autre organe étatique ou officiel ou transmettre la demande à un organisme privé ou à un juriste pour réponse. L'organe de réception, ou l'organe, ou la personne qui doit formuler la réponse peut demander à l'autorité étrangère de fournir toute information supplémentaire nécessaire. L'Etat requis n'est pas obligé de répondre s'il est affecté par le litige.

La réponse doit être envoyée rapidement à l'organe de transmission étranger ou à l'autorité judiciaire. Si l'élaboration de la réponse exige un long délai, l'organe de réception doit en aviser l'autorité étrangère et si possible, en préciser le délai probable.

(6) Lorsque la demande émane d'une autorité ou personne agissant dans le cadre d'un système officiel d'assistance judiciaire ou de consultation juridique, la demande doit être transmise par l'organe de transmission.

(7) Les Etats peuvent informer les autres Etats lesquelles de leurs autorités sont considérées comme autorités judiciaires.

(8) Voir Annexe III

Les Etats peuvent ainsi conférer à l'organe de réception les fonctions d'un organe de transmission.

L'autorité étrangère ne doit pas supporter les frais de réponse, sauf si elle a accepté de payer les frais afférents à la réponse préparée par un organisme ou un juriste ⁽⁹⁾.

La réponse est envoyée dans la langue de l'Etat requis et ne doit pas suivre une forme spéciale. Elle doit comporter les textes législatifs et réglementaires, les décisions jurisprudentielles et tout autre document complémentaire.

CONCLUSION

La Convention et son Protocole additionnel donnent une assistance pratique aux Etats dans un domaine essentiel. La large acceptation de ces textes par les Etats membres du Conseil de l'Europe montre l'intérêt et l'importance que les Etats attribuent à cette question.

⁽⁹⁾ Sauf si les Etats décident d'y déroger.

ANNEXES

- I. Ratifications de la Convention
- II. Signatures et ratifications du Protocole additionnel
- III. Organes nationaux de liaison

ANNEXE I

RATIFICATIONS DE LA CONVENTION EUROPEENNE DANS LE DOMAINE DE L'INFORMATION SUR LE DROIT ETRANGER

(29 janvier 1985)

Date et lieu de la signature: Londres, 7 juin 1968

Date d'entrée en vigueur: 17 décembre 1969

Ratifications: Autriche (4 octobre 1971), Belgique (16 octobre 1973), Chypre (16 avril 1969), Costa Rica (adhésion: 15 mars 1976), Danemark (9 mars 1970), France (10 avril 1972), République Fédéral d'Allemagne (18 décembre 1974), Grèce (5 octobre 1977), Islande (2 octobre 1969), Italie (10 avril 1972), Liechtenstein (adhésion: 6 novembre 1972), Luxembourg (14 septembre 1977), Malte (22 janvier 1969), Pays-Bas (1^{er} décembre 1976), Norvège (30 octobre 1969), Portugal (7 août 1978), Espagne (adhésion: 19 novembre 1973), Suède (30 octobre 1969), Suisse (19 août 1970), Turquie (19 décembre 1975), Royaume-Uni (16 septembre 1969) = 21 Etats.

ANNEXE II

SIGNATURES ET RATIFICATIONS DU PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION EUROPEENNE DANS LE DOMAINE DE L'INFORMATION SUR LE DROIT ETRANGER

(29 janvier 1985)

Date et lieu de la signature: Strasbourg, 15 mars 1978

Date d'entrée en vigueur: 31 août 1979

Ratifications: Autriche (25 février 1980), Belgique (30 mai 1979), Chypre (3 avril 1979), Danemark (11 octobre 1979), France (22 septembre 1983), Italie (11 février 1982), Luxembourg (11 juin 1982), Pays-Bas (3 juin 1980), Norvège (2 novembre 1978), Portugal (19 juillet 1984), Espagne (10 mars 1982), Suède (2 mars 1981), Royaume-Uni (2 septembre 1981) = 13 Etats.

Signatures: République Fédéral d'Allemagne (24 avril 1978), Grèce (20 décembre 1978), Islande (26 avril 1978), Suisse (17 février 1973), Turquie (1^{er} septembre 1980).

ANNEXE III

CONVENTION EUROPEENNE DANS LE DOMAINE DE L'INFORMATION SUR LE DROIT ETRANGER

Organes nationaux de liaison ⁽¹⁾

Parties contractantes

AUTRICHE Bundesministerium für Justiz
Museumstrasse 12
A — 1016 WIEN

⁽¹⁾ Ces organes exercent les fonctions d'organe de réception et organe de transmission au sens de l'article 2 de la Convention (sauf en ce qui concerne la Belgique et la Rép. Féd. d'Allemagne)

BELGIQUE *organe de réception*
Ministère de la Justice
Administration de la Législation
Place Poelaert 4
B — 1000 BRUXELLES

organe de transmission
Ministère des Affaires étrangères,
du Commerce extérieur et de la
Coopération au Développement,
Service d'Etudes et de Documentation
juridique internationale,
Rue Quatre-Bras 2
B — 1000 BRUXELLES

CHYPRE *Ministry of Justice*
NICOSIA

DANEMARK *Justitsministeriet*
Slotsholmsgade 10
DK — 1216 COPENHAGEN

FRANCE *Bureau du Droit européen et*
international
Ministère de la Justice
13, place Vendôme
75001 PARIS

REP. FED. D'ALLEMAGNE *organe de réception*
Der Bundesminister der Justiz
53 — BONN-BAD GODESBERG
Stresemannstrasse 6
organes de transmission
a) pour les demandes émanant de la
Cour constitutionnelle fédérale ou des
Cours fédérales:
Der Bundesminister der Justiz
53 — BONN-BAD GODESBERG
Heinemannstrasse 6

b) pour les demandes émanant des
tribunaux d'un "Land"
Die Justizminis-
terien der Länder

GRECE Institut Hellénique de Droit interna-
tional et étranger
73, rue Solonos
ATHENES T.T. 143

ISLANDE Ministry of Justice
(Dómsmálaraduneytid)
REYKJAVIK

ITALIE Ministero di Grazia e Giustizia
Via Arenula, 70
(00186) ROMA

LIECHTENSTEIN Liechtensteinisches Landgericht
VADUZ

LUXEMBOURG *organe de réception*
Ministère de la Justice
27, rue Joseph Junck
LUXEMBOURG

MALTE The Crown Advocate General
The Palace
VALLETTA

PAYS-BAS *Organe de réception et de transmission:*
a) Pour les informations relatives à l'article 1 de la Convention:

MINISTRY OF JUSTICE
Main Division of Private Law,
Schedeldoekshaven,
100 THE HAGUE

b) Pour les informations relatives à l'article 1 du Protocole additionnel:

Division Public Law and Penal Law
P.O. Box 20301 — 2500 EH
THE HAGUE

NORVEGE Det Kgl. Justisdepartement,
Den administrative afdeling
OSLO — DEP.

- PORTUGAL Direcção Geral dos Serviços Judiciários
Ministério da Justiça
LISBOA
- ESPAGNE Secretaria General Tecnica
Ministerio de Justicia
San Bernardo, 47
MADRID 8
- SUEDE Ministère des Affaires étrangères
Box 16.121
S — 103.23 STOCKHOLM
- SUISSE Division de la Justice
Département Fédéral de Justice et Police
Palais Fédéral
CH — 3003 BERNE
- TURQUIE Ministère de la Justice
ANKARA
- ROYAUME-UNI Foreign and Commonwealth Office
Legal and Executive Branch
King Charles Street
LONDON SW1
*(Extension à l'Île de Jersey en vertu
de l'article 19, par. 2 de la Convention)*
- COSTA RICA Secretaria de la Corte Suprema
SAN JOSE

LA CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE EN MATIÈRE DE GARDE DES ENFANTS

**(Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution
des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la
garde des enfants)**

A. LA PORTÉE DU PROBLEME

1. Les problèmes sur le plan national

1. Régulièrement les médias nous livrent des informations sur les cas d'enfants qui ont été enlevés et les demandes de rançon qui sont présentées aux parents. Cependant, les cas d'enlèvement se posent le plus fréquemment lorsqu'un des parents enlève l'enfant de l'autre et ce, souvent en violation d'une décision judiciaire relative à la garde. Ces derniers cas, bien que normalement moins dramatiques que les premiers, ont néanmoins comme effet un soudain et profond changement dans la vie de l'enfant, surtout s'il est emmené à l'étranger. Même si l'enfant est bien traité par l'autre parent, il peut toujours avoir un sentiment d'instabilité, surtout s'il est trop jeune pour comprendre la situation.

2. L'augmentation des problèmes de garde est due non seulement au nombre élevé de divorce et à l'absence de procédures effectives de conciliation mais aussi au fait qu'un nombre croissant de pères souhaitent s'occuper de leurs enfants. Avec la tendance vers l'égalité des sexes aussi bien au foyer qu'au lieu de travail, beaucoup de pères sont à même (ou prétendent l'être) de s'occuper de leurs enfants et un nombre croissant de pères en expriment le désir.

3. En tout cas, il est normal et dans l'intérêt de l'enfant d'avoir un contact régulier avec les deux parents et par conséquent, un tribunal, même s'il attribue la garde de l'enfant à un parent, normalement donnera à l'autre parent un droit de visite. Ce droit de visite, bien que nécessaire dans la plupart des cas, peut être une source de difficultés supplémentaires car beaucoup d'enfants ne sont pas rapportés après l'expiration du temps de visite au parent ayant la garde de l'enfant. Il n'est pas non plus possible de supprimer le droit de visite pour éviter ce problème étant donné que s'il ne disposait pas de ce droit, un parent pourrait être amené, pour rester en contact avec l'enfant, de l'enlever à l'autre parent.

4. Puisque toute décision sur la garde est fondée sur les meilleurs intérêts de l'enfant, elle ne peut jamais être définitive et peut être revue à la lumière de toute nouvelle situation. Cet aspect très particulier des décisions relatives à la garde des enfants les distingue de beaucoup d'autres décisions exécutoires et rendre l'exécution des décisions relative à la garde bien plus difficile. En conséquence, la Convention a dû tenir compte à la fois de la nécessité d'empêcher les tribunaux de revenir inutilement sur une affaire et de celle de sauvegarder les intérêts de l'enfant dans le cas d'un changement important de circonstances.

5. Un autre problème se pose en cas d'enlèvement d'un enfant: c'est celui de retrouver l'enfant au plus vite pour éviter qu'il ne s'habitue à un nouveau mode de vie, ce qui pourrait avoir comme conséquence qu'il serait contreindiqué de le déplacer à nouveau. C'est pour cette raison que la Convention en matière de garde des enfants contient des règles spéciales qui s'appliquent quand la demande de restitution est introduite dans un délai de six mois à partir du déplacement sans droit. Cette solution a évidemment le désavantage d'encourager celui des parents qui a enlevé l'enfant de se dissimuler aussi longtemps que possible. Dans ce cas, il sera peut-être difficile de découvrir le lieu où il se trouve, surtout si les autorités refusent de communiquer son adresse en raison de la nature confidentielle de l'information ou parce que la partie est peu disposée à intervenir

étant donné la nature civile de la question. La Convention en matière de garde des enfants oblige explicitement les Etats de prendre, dans les plus brefs délais, des dispositions pour déceler le lieu où se trouve l'enfant.

2. Les problèmes sur le plan international

6. Sur le plan international, le problème est en voie de devenir de plus en plus fréquent, pour les raisons ci-dessus mentionnées et du fait d'un nombre croissant d'étrangers dans nos Etats (par exemple à cause des facilités de voyage, des conditions d'entrée, les mariages entre les personnes de nationalité différente et les sociétés multinationales). Mais surtout les parents se sont rendus compte qu'il était possible, en enlevant l'enfant et en quittant le pays, de rendre sans effet une décision de garde qui a été prise en faveur de l'autre parent et, en outre peut-être même d'obtenir du tribunal étranger une décision de garde en leur faveur.

7. Non seulement, il existe peu de remèdes et de sanctions efficaces auxquels on peut recourir quand les enfants sont enlevés par des parents, mais la loi peut même encourager de tels actes, par exemple:

- en refusant de donner effet à une décision étrangère relative à la garde des enfants;
- en donnant compétence aux tribunaux de plusieurs Etats et par conséquent en encourageant le forum shopping;
- en accordant une préférence injustifiée à ce que l'éducation de l'enfant se fasse dans le pays où se situe le tribunal, surtout si le parent qui a enlevé l'enfant est un ressortissant de ce pays.

8. Actuellement, il est difficile d'évaluer le nombre de cas d'enfants qui sont enlevés et déplacés à l'étranger car de tels actes ne donnent pas

toujours lieu à des actions contentieuses. Le coût, les difficultés qui se posent au parent qui souhaite d'introduire une action à l'étranger (par exemple: il n'a peut-être pas droit à l'aide judiciaire, le voyage peut être difficile et coûteux, les problèmes de langue et les procédures peu rapides peuvent être aussi une source de difficultés) et l'absence de solutions juridiques appropriées peuvent empêcher les parents sauf ceux qui sont les plus déterminés, de rechercher une solution devant les tribunaux étrangers. Il est, par conséquent, ni étonnant ni difficile de comprendre pourquoi certains de ces parents ont simplement saisi leurs enfants à l'étranger pour ramener celui-ci dans leur pays.

B. SOLUTIONS AU PROBLEME INTERNATIONAL

1. Questions générales

9. Pour décourager le déplacement sans droit d'un enfant à l'étranger un certain nombre d'Etats ont pris les mesures suivantes:

- amélioration des procédures visant à empêcher qu'un enfant soit enlevé et déplacé à l'étranger (par exemple en donnant compétence aux tribunaux d'appliquer des procédures d'urgence et d'interdire à l'enfant de se rendre à l'étranger; en obligeant les parties concernées de rendre leurs passeports; en notifiant ces mesures aux ambassades et aux autorités frontalières);
- aggravation des sanctions qui permet également d'encourager le retour d'un enfant dans son pays (par exemple par des amendes, l'emprisonnement ou la saisie des biens. Quand un parent, qui a le droit de visite, veut emmener l'enfant à l'étranger pour des vacances, il pourra être autorisé par exemple, seulement si une autre personne résidant dans le pays accepte d'enregistrer la décision relative à la garde dans le pays qui sera visité).

10. Les tribunaux peuvent aussi décourager l'introduction dans leurs pays d'enfants déplacés sans droit:

- en se déclarant incompétents pour une demande d'attribution de la garde de l'enfant présentée par un parent qui a enlevé l'enfant et en ordonnant le retour immédiat de l'enfant à l'état d'origine;
- en tenant bien compte de la décision étrangère avant de rendre une nouvelle décision.

11. Jusqu'à présent, il y avait peu de dispositions susceptibles d'aider un parent en cas d'enlèvement sans droit vers un Etat étranger et souvent un tel parent sera obligé de compter sur l'aide pratique des services sociaux. Cependant, comme le critère pour l'attribution de la garde est la même dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe (c'est-à-dire intérêt de l'enfant) il est maintenant beaucoup plus facile pour les Etats européens de prendre des mesures permettant de donner effet aux déci-

sions relatives à la garde rendues par d'autres pays européens ou d'autres Etats qui utilisent le même critère pour décider des questions concernant la garde des enfants. La Convention prévoit dans son préambule que "la prise en considération de l'intérêt de l'enfant est d'une importance décisive en matière de décisions concernant sa garde".

12. Récemment, deux très importantes conventions dans ce domaine, comportant à plusieurs points de vue des aspects communs, ont été ouvertes à la signature:

- la Convention européenne du Conseil de l'Europe sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants;
- la Convention de la Conférence de La Haye de droit international privé sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

13. Les paragraphes qui suivent contiennent un aperçu général des dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe.

2. La Convention du Conseil de l'Europe

14. Cette Convention, qui a été ouverte à la signature à la XII^{ème} Conférence des Ministres européens de la Justice (Luxembourg, le 20 mai 1980) et elle a été, à ce jour ratifiée par le Luxembourg, la France, le Portugal, l'Espagne et la Suisse. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} septembre de cette année (1).

(1) Voir Annexe I

15. La Convention contient de nombreuses dispositions détaillées et, pour quelques questions, elle présente une certaine complexité étant donné qu'elle doit tenir compte:

- du besoin de protéger les intérêts de l'enfant et d'éviter que les décisions étrangères ne soient réexaminées sans motif valable;
- des différentes règles de procédure des Etats (par exemple les règles sur la compétence des tribunaux et sur la présence du défendeur);
- les différents cas qui pourront se présenter (par exemple: enlèvement en dépit d'une décision de garde existante; le non-retour de l'enfant après l'exercice du droit de visite; enlèvement de l'enfant dans les cas où il n'y a pas de décision de garde).

a. Questions générales

16. Quand une décision statuant sur la garde de l'enfant est rendue dans un Etat contractant, en vertu de la Convention, une requête peut-être adressée par une personne physique ou morale, soit directement aux tribunaux, soit aux autorités centrales mises en place par un Etat contractant. Une demande de restitution immédiate de l'enfant doit cependant être adressée aux autorités centrales.

17. Le but de la Convention est:

- d'assurer une plus large reconnaissance ainsi que l'exécution des décisions en matière de garde et le droit de visite des enfants en-dessous de l'âge de 16 ans (qui n'ont pas le droit de fixer eux-mêmes leur résidence);
- d'assurer des solutions satisfaisantes quand les enfants ont été déplacés sans droit vers un autre pays.

18. La Convention règle:

- la coopération des autorités centrales entre-elles (par exemple par la transmission des renseignements concernant des questions de droit ou en se tenant mutuellement informées des difficultés susceptibles de s'élever à l'occasion de l'application de la Convention) et la coopération entre les autorités nationales compétentes;
- les tâches des autorités centrales (par exemple la réception des requêtes, à propos desquelles elles s'assurent que les pièces à fournir soient complètes et en bonne et due forme; la détermination du lieu où se trouve l'enfant et assurer la remise de l'enfant). Le demandeur ne doit pas payer pour les mesures prises pour son compte même s'il y a des frais de procès et d'avocat. Il peut cependant être requis de payer les frais de rapatriement de l'enfant;
- les langues à utiliser dans les communications adressés aux autorités centrales (la langue ou l'une des langues officielles de l'Etat, communications rédigées en anglais ou en français. Les Etats peuvent faire une réserve sur cette question).

19. En outre, les autorités centrales peuvent offrir aux requérants l'assistance pour introduire une action pour d'autres motifs. Elles peuvent aussi aider les requérants si la reconnaissance ou l'exécution est refusée. Après l'entrée en vigueur de la Convention, des réunions entre les représentants des autorités centrales peuvent se tenir en vue d'étudier et de faciliter le fonctionnement de la Convention.

20. D'après la Convention, les Etats doivent appliquer à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision relative à la garde une procédure simple et rapide. La Convention traite les questions suivantes:

- a) les documents requis pour la reconnaissance ou l'exécution;
- b) la prise en considération du point de vue de l'enfant dans certains cas;
- c) la non-exigence de la légalisation ou autre formalité analogue;

d) sauf certaines exceptions, une décision étrangère ne doit pas faire l'objet d'un examen au fond.

b. Les dispositions de la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions et le rétablissement de la garde

21. Après avoir prévu la reconnaissance des décisions relatives à la garde lorsqu'elles sont reconnues dans l'Etat d'origine et l'exécution des décisions lorsqu'elles sont exécutoires dans l'Etat d'origine, la Convention contient des dispositions spécifiques pour les cas suivants:

1. La demande de restitution est faite dans un délai de six mois à partir du déplacement sans droit

22. D'après la Convention, un déplacement est sans droit s'il est en violation d'une décision relative à la garde d'un enfant rendue dans un Etat contractant. Un déplacement sans droit inclut aussi le non-retour d'un enfant à l'issue de la période d'exercice d'un droit de visite et un déplacement qui est déclaré sans droit par une décision ultérieure au déplacement (dans les cas où une personne avait le droit de garde automatiquement — *ex lege* — ou qui avait en fait la garde — *de facto*). Les Etats ont la possibilité de faire une réserve en ce qui concerne les décisions ultérieures.

23. La Convention prévoit la restitution immédiate de l'enfant si les conditions suivantes sont remplies:

- i. il y a un déplacement sans droit;
- ii. une autorité centrale a été saisie de la demande de restitution dans un délai de six mois à partir du déplacement sans droit ou le non-retour d'un enfant;
- iii. l'enfant ainsi que ses parents ont la seule nationalité de l'Etat où la décision a été rendue (cette condition ne s'applique pas en cas de non-restitution d'un enfant à l'issue d'une période d'exercice d'un droit de visite);
- iv. l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat où la décision a été rendue (cette condition ne s'applique pas en cas de non-restitution d'un enfant à l'issue d'une période d'exercice d'un droit de visite).

24. Outre les conditions citées au paragraphe 23 ci-dessus, d'autres conditions peuvent être requises si un Etat a fait une réserve. Ces conditions supplémentaires sont examinées au paragraphe 28 ci-dessous.

25. Dans les cas où les conditions de nationalité et de résidence citées ci-dessus ne sont pas remplies, la Convention dispose que les Etats doivent reconnaître et exécuter une décision étrangère dans le cas de déplacement sans droit et si une autorité centrale ou l'autorité compétente a été saisie dans un délai de six mois.

26. Cependant, la reconnaissance et l'exécution *peuvent* être refusées pour les motifs suivants:

- i. la décision était rendue en l'absence du défendeur, celui-ci n'ayant pas eu de possibilité raisonnable de comparaître;
- ii. la décision était rendue en l'absence du défendeur et il n'existait pas de liens suffisants pour justifier la reconnaissance ou l'exécution de la décision (la compétence du tribunal n'était pas fondée sur la résidence habituelle du défendeur, la résidence habituelle commune des parents ou sur la résidence habituelle de l'enfant);

- iii. la décision est incompatible avec d'autres décisions (pour empêcher le "forum shopping").

27. Outre les conditions citées au paragraphe 26 ci-dessus, d'autres conditions peuvent être requises si les Etats ont fait une réserve à ce sujet. Ces conditions supplémentaires sont examinées au paragraphe 28 ci-dessous.

2. Les autres cas

28. La Convention prévoit aussi des cas où il n'y a pas de déplacement sans droit ainsi que les hypothèses où la demande de restitution est faite plus de six mois à partir du déplacement sans droit. Dans ces cas (et aussi dans les autres cas où une réserve a été faite à ce sujet), la Convention prévoit que la reconnaissance et l'exécution *peuvent* être refusées pour des motifs suivants:

- i. pour les motifs prévus au paragraphe 26 ci-dessus;
- ii. si les effets de la décision d'origine ne sont manifestement plus conformes à l'intérêt de l'enfant ou les principes fondamentaux du droit;
- iii. si l'enfant a des liens réels avec l'Etat requis qu'il n'en a pas de tels avec l'Etat d'origine.

CONCLUSIONS

29. Des solutions internationales, rapides et efficaces sont nécessaires pour résoudre le problème croissant des cas de garde des enfants qui cau-

sent tant de difficultés à toutes les parties concernées. Cette Convention contribuera dans une grande mesure à réduire ce problème et assurera la coopération des Etats pour prendre des dispositions visant à améliorer la situation. En l'absence de telles solutions, les litiges sur la garde des enfants surgiront constamment, — au moins jusqu'au moment où les enfants deviennent adultes.

ANNEXE

**SIGNATURES ET RATIFICATIONS
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE
SUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION
DES DECISIONS
EN MATIÈRE DE GARDE DES ENFANTS
ET LE RETABLISSEMENT
DE LA GARDE ES ENFANTS**

(29 janvier 1985)

Date et lieu de la signature: Luxembourg, le 20 mai 1980

Date d'entrée en vigueur: 1^{er} septembre 1983

Ratifications: France (4 août 1982), Luxembourg (25 mai 1983), Portugal (18 mars 1983), Espagne (30 mai 1984), Suisse (27 septembre 1983 = 5 Etats.)

Signatures: le 20 mai 1980: Autriche, Belgique, Chypre, République Fédérale d'Allemagne, Grèce, Irlande, Italie, Liechtenstein, Pays-Bas, Royaume-Uni.

LA CONVENTION DU CONSEIL DE L'EUROPE EN MATIÈRE D'ADOPTION DES ENFANTS

1. L'importance de l'adoption comme moyen d'intégrer l'enfant dans une nouvelle famille et de lui assurer un foyer familial permanent est reconnue par les Etats membres du Conseil de l'Europe. Pendant ces dernières années, ces Etats ont apporté des améliorations à leur loi en matière d'adoption.

2. En 1969, la Convention Européenne en matière d'adoption des enfants était ouverte à la signature et à présent cette Convention est en vigueur entre 12 ⁽¹⁾ Etats membres du Conseil de l'Europe.

3. La Convention ne traite pas des différentes formes d'adoption qui peuvent prévaloir dans les Etats, mais elle tient compte de cet aspect du fait que certains Etats ont des formes différentes d'adoption. Dans de tels cas, la Convention doit s'appliquer au moins à l'une de ces formes. En ce qui concerne les autres catégories, il est possible d'exclure l'application de certaines dispositions de la Convention.

4. Avant toute adoption, un certain nombre de formalités doivent être accomplies. Après l'adoption, l'enfant sera considéré, en général, de la même manière que l'enfant légitime de l'adoptant.

(1) Voir l'Annexe pour la liste des signatures et ratifications. Le Comité des Ministres a la possibilité d'inviter tout Etat non membre du Conseil à adhérer à la Convention.

I. LES FORMALITES PREALABLES A L'ADOPTION

5. Différentes questions doivent être examinées avec soin avant l'adoption d'un enfant. L'une d'entre elles concerne la question de savoir si l'enfant est susceptible d'être adopté. Si c'est le cas, il faut examiner la situation des futurs parents adoptifs avant de leur permettre d'adopter l'enfant.

A. *CONDITIONS DANS LESQUELLES UN ENFANT PEUT ÊTRE ADOPTÉ*

1. **Age de l'enfant**

6. Quel âge un enfant doit-il avoir avant l'adoption? La réponse à cette question n'est pas aisée. Selon les dispositions de la Convention:

- le consentement de la mère à l'adoption de son enfant ne doit pas être donné avant six semaines après la naissance. ⁽²⁾ En vertu de cette disposition, qui assure à la mère un temps suffisant pour se rétablir après la naissance, un enfant ne peut être adopté s'il n'a pas six semaines;
- au moment de la demande en adoption, l'enfant ne doit pas avoir atteint l'âge de 18 ans, ni être marié ni réputé majeur.

⁽²⁾ Ou si la loi nationale ne stipule pas un délai la mère doit être suffisamment remise des suites de l'accouchement.

2. La nécessité d'assurer le bien de l'enfant

7. Pour assurer le bien des enfants qui sont adoptés, la Convention, au paragraphe 1 de l'Article 8, dispose que "L'autorité compétente ne prononcera une adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption assurera le bien de l'enfant".

3. Le consentement des parents

8. Avant une adoption, le consentement des parents est normalement requis. D'après la Convention, une adoption ne peut pas être accordée sans le consentement de certaines personnes. Référence est faite spécialement au consentement de la mère et, en cas d'un enfant légitime, du père. Les Etats peuvent prévoir que soit, demandé le consentement d'autres personnes, le cas échéant.

9. Le consentement parental n'est pas nécessaire s'il y a des motifs exceptionnels prévus par la loi nationale ou si la loi prévoit l'adoption sans consentement si le parent a été privé de ses droits parentaux.

B. *LES PERSONNES POUVANT ADOPTER UN ENFANT*

10. Etant donné le grand nombre de couples qui souhaitent adopter des enfants et le nombre réduit d'enfants qui peuvent être adoptés, il peut être très difficile d'adopter un enfant même si toutes les conditions nécessaires sont remplies à cet effet.

11. Selon les dispositions de la Convention, un enfant peut être adopté seulement:

- par un couple marié ou par un seul adoptant et ne peut être adopté à nouveau que dans des circonstances exceptionnelles (par exemple, lorsque le précédent adoptant est décédé ou lorsque la précédente adoption a pris fin). Si l'adoptant est marié, l'autre conjoint doit donner son consentement;
- si l'adoptant a atteint un âge minimum. L'âge minimum ne doit pas être inférieur à 21 ans, ni supérieur à 35 ans sauf en cas de circonstances exceptionnelles ou si l'adoptant est le père ou la mère de l'enfant.

12. La Convention dispose que les Etats ne doivent pas limiter par la législation le nombre d'enfants que peut adopter une personne. La législation ne doit pas non plus interdire à une personne d'adopter un enfant uniquement en raison de ce qu'elle a ou pourrait avoir, un enfant légitime. En outre, quand une adoption améliore la situation juridique de l'enfant, une personne doit pouvoir adopter son enfant né hors mariage. Ainsi, dans l'affaire Marckx examinée par la Cour des Droits de l'Homme, la mère belge a adopté son enfant né hors mariage pour que l'enfant adopté ait les mêmes droits successoraux sur les biens de l'adoptant qu'un autre enfant qui est légitime.

C. LES INSTITUTIONS ET LES POUVOIRS PUBLICS, CHARGÉS DE L'ADOPTION DES ENFANTS

1. Les institutions

Les dispositions supplémentaires à la Convention prévoient que les Etats doivent prendre en considération les questions suivantes:

- la promotion et le bon fonctionnement d'institutions publiques ou privées d'adoption;
- la formation des travailleurs sociaux dans les aspects sociaux et juridiques de l'adoption;
- la nécessité de s'assurer de ce qu'un enfant a été confié aux soins des adoptants pendant une période suffisamment longue pour qu'une appréciation raisonnable puisse être faite sur les relations qui s'établiraient entre eux si l'adoption était prononcée.

14. En conséquence, c'est aux Etats de choisir les institutions qui s'occuperont des adoptions (publiques ou privées) et la durée du séjour des enfants chez les futurs adoptants préalable à toute adoption. Selon la Convention, des dispositions doivent être prises pour prohiber tout gain injustifié provenant de la remise d'un enfant en vue de son adoption.

2. Les pouvoirs publics

15. La Convention ne s'applique pas aux adoptions faites par un contrat privé sans que l'Etat n'intervienne; elle s'applique seulement aux adoptions des enfants prononcées par une autorité judiciaire ou administrative ("l'autorité compétente").

16. L'autorité compétente ne peut prononcer une adoption qu'après une enquête appropriée concernant l'adoptant, l'enfant et sa famille. Une liste des éléments pour les enquêtes est contenue dans la Convention (par exemple la situation ou le sentiment de l'enfant).

17. En outre, les Etats doivent prendre en considération selon les dispositions supplémentaires de la Partie III de la Convention les questions suivantes:

- dispositions pour éviter que l'identité de l'adoptant soit révélée à la famille de l'enfant;
- dispositions pour prescrire ou pour permettre que la procédure d'adoption se déroule à huis clos;
- moyens d'éviter la divulgation (à des personnes qui n'ont pas d'intérêt légitime) du fait qu'une personne est adoptée ou de l'identité de ses parents d'origine;
- moyens de permettre à l'adoptant et à l'adopté d'obtenir des documents extraits des registres publics qui ne révèlent pas expressément l'adoption.

18. La Convention prévoit qu'une adoption ne peut être révoquée que par une autorité judiciaire ou administrative et pour des motifs graves prévus par la législation.

II. LES EFFETS D'UNE ADOPTION

19. La Convention a comme but de traiter l'enfant adopté comme un enfant légitime de l'adoptant et de supprimer les liens avec ses parents naturels.

20. Afin que l'enfant soit traité comme un enfant légitime, la Convention prévoit que:

- l'adoptant a les droits et obligations de toute nature qui sont ceux d'un père ou d'une mère à l'égard de son enfant légitime;

- en général, l'enfant doit avoir la possibilité d'acquérir le patronyme de l'adoptant;
- en matière successorale, l'enfant est traité comme s'il était l'enfant légitime de l'adoptant;
- les Etats doivent faciliter l'acquisition de la nationalité par l'enfant adopté par un ressortissant;

21. La Convention permet aux Etats, s'ils le souhaitent, de prévoir que:

- les obligations alimentaires des parents d'origine peuvent subsister dans certains cas;
- l'enfant peut conserver ses droits de succession dans sa famille d'origine;
- l'enfant peut garder son propre patronyme, outre le patronyme de l'adoptant;
- le conjoint de l'adoptant conserve ses droits et obligations envers l'adopté si celui-ci est son enfant;
- le droit de jouissance de l'adoptant sur les biens de l'adopté peut être plus limité qu'un parent d'un enfant légitime;
- l'enfant peut ne pas avoir les mêmes droits de succession qu'un enfant légitime dans la succession des membres de la famille de l'adoptant.

CONCLUSION

22. Les Etats, qui ont ratifié cette Convention, ont accepté les dispositions minimum essentielles qui sont contenues dans treize articles. Ces

Etats ne peuvent pas faire plus de deux réserves ⁽³⁾ en ce qui concerne ces dispositions minimum. Ils peuvent cependant adopter des dispositions qui sont beaucoup plus favorables à l'enfant. En outre, les Etats doivent s'engager à prendre en considération les dispositions supplémentaires contenues dans quatre articles de la Convention.

23. Bien que la coopération internationale soit très importante dans ce domaine et la Convention prévoit une telle coopération entre les autorités compétentes pour obtenir des informations en vue d'une adoption, cette Convention s'est concentrée surtout sur l'amélioration de la situation nationale de l'enfant adopté.

24. Ainsi, la Convention a pour effet d'assurer que des dispositions nécessaires à la protection des enfants soient introduites non seulement pour les adoptions qui concernent les Etats contractants mais aussi dans le cas des enfants des autres Etats. Ceci est d'une importance particulière en égard à l'adoption d'un très grand nombre d'enfants qui viennent du tiers monde.

⁽³⁾ Les réserves sont valables pour 5 ans et peuvent être renouvelées.

ANNEXE

**SIGNATURE ET RATIFICATIONS
DE LA CONVENTION
EN MATIÈRE D'ADOPTION DES ENFANTS**

(29 janvier 1985)

Date et lieu de la signature: Strasbourg, 24 avril 1967

Date d'entrée en vigueur: 26 avril 1968

Ratifications: Autriche (28 mai 1980), Danemark (12 octobre 1978), République Fédérale d'Allemagne (10 novembre 1980), Grèce (23 juillet 1980), Irlande (26 janvier 1968), Italie (25 mai 1976), Liechtenstein (25 septembre 1981), Malte (22 septembre 1967), Norvège (13 janvier 1972), Suède (26 juin 1968), Suisse (29 décembre 1972), Royaume-Uni (21 décembre 1967) = 12 Etats

Signatures: France (24 avril 1967), Islande (27 septembre 1982), Luxembourg (24 avril 1967), Portugal (4 juillet 1978).

José BRETAL

**CONVENTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE
RELATIVES A LA TRANSMISSION DES DEMANDES
D'ASSISTANCE JUDICIAIRE ET A L'ENTRAIDE
EN MATIERE ADMINISTRATIVE**

INTRODUCTION

1. Cette Note constitue une analyse de trois conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe: l'Accord européen de 1977 sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire (Traité n.º 92), la Convention européenne de 1977 sur les notifications à l'étranger des documents en matière administrative (Traité n.º 94) et la Convention européenne de 1978 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative (Traité n.º 100).

2. Ce document contient, de façon synthétique, l'essentiel de la réglementation de la matière qui fait l'objet de chacun de ces trois instruments internationaux; dans un but de concision, certaines normes qui font référence à des questions de forme (par exemple, celles relatives aux aspects formels de quelques déclarations) et à la plupart des dispositions finales (par exemple, les fonctions des Dépositaires), qui sont conformes au modèle des clauses finales pour les instruments conventionnels conclus au sein du Conseil de l'Europe ne sont pas mentionnées.

3. Par contre, il a paru utile, pour certaines normes, de ne pas se contenter d'une simple description et l'on a mis en relief les questions ou les problèmes que leur interprétation et application pourraient éventuellement soulever. Dans cette même ligne, les rapports explicatifs des conventions, sur lesquels cette note s'appuie parfois, constituent une aide précieuse.

4. Les deux conventions d'entraide administrative (n.º 94 et n.º 100) contiennent quelques dispositions pratiquement identiques et les mêmes considérations peuvent s'appliquer pour l'une ou l'autre d'entre elles. Le texte de cette note se limite dans ce cas, lorsqu'on étudie la Convention n.º 100, à un renvoi au paragraphe correspondant de la Convention n.º 94.

**ACCORD EUROPEEN
SUR LA TRANSMISSION DES DEMANDES
D'ASSISTANCE JUDICIAIRE
(N.º 92)**

5. Il a été ouvert à la signature le 27 janvier 1977 et est entré en vigueur le 28 février. A la date du 1^{er} décembre 1983, il a été ratifié par l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, la Suède, la Turquie, le Royaume-Uni et signé par le Portugal et l'Espagne.

6. L'Accord est un instrument ouvert aux Etats non membres du Conseil de l'Europe sur invitation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (art. 11.1); c'est en application de cette règle que la Finlande a adhéré à cet accord le 26 juin 1980.

A) Objet

7. La transmission des demandes d'assistance judiciaire (art. 1). L'accord ne réglemeute pas, en conséquence, les critères ou la procédure pour la demande ou l'octroi de l'assistance judiciaire, ces dernières questions faisant l'objet de normes juridiques internes ou d'autres instruments internationaux, comme, par exemple, la Convention de La Haye de 1954 relative à la procédure civile, la Convention de la Haye de 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice ou la Convention de New York de 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger.

B) Champ d'application

8. La matière civile, commerciale ou administrative (art. 1). L'instrument ne donne pas de précisions pour la délimitation des matières civile, commerciale et administrative, mais, selon la pratique du Conseil de l'Europe, une telle expression couvre normalement toutes les matières

non pénales. L'étendue de son domaine d'application diffère, entre autres facteurs, cet accord des conventions de La Haye précitées qui ne s'appliquent qu'aux matières civile et commerciale.

C) Demandeur

9. Peuvent bénéficier des dispositions de cet Accord, les personnes ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'une des Parties Contractantes (art. 1). La condition de nationalité n'est pas, en conséquence, exigée, à la différence de la Convention de La Haye de 1954 sur la procédure civile qui ne bénéficie qu'aux ressortissants des Etats Contractants. La Convention de La Haye de 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice couvre les personnes ayant leur résidence habituelle dans un Etat Contractant, mais cette convention n'est pas encore entrée en vigueur.

D) Organisation administrative

10. Les Parties Contractantes sont tenues à désigner:

a) une ou plusieurs autorités expéditrices (art. 2.1)

Les Etats sont libres pour fixer le nombre et les caractéristiques des autorités expéditrices, ce qui se fera normalement en fonction de la structure politique (unitaire, fédérale) ou administrative de l'Etat.

b) Une autorité centrale réceptrice (art. 2.2)

Cette autorité est, en principe unique, dans le but de faciliter les communications nécessaires à la mise en oeuvre de l'Accord. Néanmoins, pour tenir compte des caractéristiques des Etats fédéraux et des Etats dans lesquels plusieurs systèmes de droit sont en vigueur, l'instrument permet dans ces cas la désignation de plusieurs autorités centrales. Les Parties ayant désigné plusieurs autorités centrales devront délimiter leur compétence respective et communiquer ces informations aux autres Parties Contractantes.

E) Obligations des autorités

11. *a) Expéditrices*

i. Obligation d'assistance (art. 3.1)

Cette assistance a pour but de rassembler tous les documents nécessaires à l'appréciation de la demande, y compris les traductions éventuellement nécessaires. La disposition ne précise pas en détail le contenu de cette obligation; néanmoins, compte tenu que le but de la demande est d'obtenir l'assistance judiciaire, ce qui présuppose que le demandeur se trouve dans une situation économique (et peut-être, sociale) peu favorable, l'autorité expéditrice devra normalement s'efforcer de prêter au demandeur toute l'aide nécessaire pour que ce dernier puisse constituer un dossier suffisant avec un minimum de dépenses et de démarches.

- ii. Obligation de transmission du dossier à l'autorité centrale réceptrice de l'autre Partie (art. 1 en rapport avec l'art. 3.1, deuxième alinéa)

L'autorité expéditrice peut refuser de transmettre la demande seulement lorsque celle-ci lui apparaît manifestement téméraire. Ceci suppose que l'autorité expéditrice procède à un examen préalable de la demande; néanmoins, cette vérification ne peut porter que sur la régularité formelle du dossier et non pas sur les questions de fond, ces dernières devant être résolues par les autorités compétentes de l'Etat requis. Mais, même en matière de régularité de la demande, les dispositions de l'Accord favorisent l'admissibilité; le refus de transmettre ne peut intervenir que lorsque la demande apparaît "manifestement téméraire", c'est-à-dire, lorsqu'elle n'a pas raisonnablement, en raison de ses défauts, des chances réelles d'aboutir. En tout cas, le demandeur à qui l'autorité expéditrice aurait refusé de transmettre sa demande, pourrait toujours avoir recours à d'autres voies, par exemple, s'adresser directement aux autorités compétentes de l'Etat requis ou utiliser la voie consulaire.

12 b) Centrale réceptrice

- i. Obligation de transmettre le dossier à l'autorité compétente pour statuer sur le fond de la demande (art. 3.2);
- ii. obligation de communication des éventuelles incidences survenues au cours de la procédure et de la décision prise par l'autorité compétente quant au fond de la demande (art. 3.2)

F) Dispense de légalisation

13. En conformité avec la Convention de La Haye de 1961 supprimant la légalisation des actes publics étrangers, les documents transmis en

application du présent Accord dispensés de la légalisation et de toute formalité analogue (art. 4).

G) Frais

14. L'application de l'Accord ne doit donner lieu à aucune rétribution ou compensation entre les Parties Contractantes (art. 5).

H) Langues

15. *a) Documents ou communications émanant des autorités expéditrices (art. 6.1.)*

L'Accord établit trois règles en la matière:

- i. priorité aux arrangements qui peuvent être conclus par les autorités intéressées des Parties Contractantes;
- ii. à défaut d'un arrangement de ceux cités sous i., préférence pour la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'autorité réceptrice (les documents sont rédigés dans cette langue ou accompagnés d'une traduction). Toute Partie Contractante ayant plusieurs langues officielles, peut faire connaître au moyen d'une déclaration, la langue dans laquelle la demande et les documents joints doivent être rédigés ou traduits en vue de leur transmission dans les parties de son territoire qu'elle a déterminées (art. 14.1);
- iii. à défaut d'un arrangement de ceux cités sous i., et, malgré la règle énoncée sous ii., obligation pour les Parties Contractantes d'accepter les documents rédigés en langue française ou anglaise ou accompagnés d'une traduction dans l'une de ces langues. Les Etats peuvent s'opposer, au moyen d'une réserve, à l'application, en tout ou en partie, de la règle précédente (art. 13), c'est-à-dire, qu'ils peuvent exclure l'utilisation de l'anglais ou du français ou de ces deux langues; cette réserve ne peut être présentée qu'au moment de la signature ou au moment du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. Les autres Parties peuvent se prévaloir du défaut de réciprocité.

16. *b) Documents ou communications émanant de l'autorité réceptrice (art. 6.2)*

L'autorité réceptrice a la possibilité de choisir sa langue officielle ou l'une de ses langues officielles ou l'anglais ou le français. Cette règle pourrait soulever des difficultés si l'autorité réceptrice utilise la langue officielle ou l'une des langues officielles de son Etat et que ladite langue est peu répandue.

1) Echange d'informations sur la réglementation en matière d'assistance judiciaire

17. L'article 7 de l'Accord prévoit que les autorités centrales des Parties Contractantes procèdent à des échanges d'informations sur l'état de leurs droits relatifs en matière d'assistance judiciaire, dans le but de faciliter l'application de l'instrument.

**CONVENTION EUROPEENNE
SUR LA NOTIFICATION A L'ETRANGER
DES DOCUMENTS EN MATIERE ADMINISTRATIVE
(N.º 94)**

18. Elle a été ouverte à la signature le 24 novembre 1977 et est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1982. A la date du 1^{er} décembre 1983, elle a été ratifiée par l'Autriche, la Belgique, la France, la République Fédérale d'Allemagne, le Luxembourg et signée par la Grèce, l'Italie, le Portugal et la Suisse.

A) Objet

19. L'assistance entre Etats pour la notification des documents (art. 1.1)

B) Champ d'application

20. La matière administrative (art. 1.1.).

C'est son champ d'application qui constitue la différence principale entre cet instrument et la Convention de la Haye de 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. La délimitation de la matière administrative aux effets de la présente Convention se fait au moyen de trois critères:

a) inclusion, en principe, de la matière considérée comme administrative, selon le droit interne de l'Etat requérant (1). Une exception est

(1) Ceci découle du texte des paragraphes 1 et 2 de l'article 1, comme déterminé au paragraphe 10 du rapport explicatif de la Convention.

prévue dans l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 14, sous la forme de refus d'exécution, lorsque l'autorité centrale de l'Etat requis, saisie d'une demande de notification, estime que la matière sur laquelle porte le document à notifier n'est pas administrative au sens de l'article 1 de la Convention ⁽²⁾;

- b) exclusion, en principe, des matières fiscale et pénale. Les Etats ont, toutefois, la faculté d'appliquer la Convention aux demandes qui leur sont adressées en matière fiscale ainsi qu'à toute procédure visant des infractions dont la répression n'est pas de la compétence de ses autorités judiciaires (art. 1.2). La déclaration relative à l'usage de cette faculté peut être présentée à tout moment à partir de la signature de la Convention et son application se fera selon le droit national de l'Etat requis; celui-ci peut se prévaloir du défaut de réciprocité;
- c) faculté, pour un Etat, d'exclure, dans l'application qu'il fera de la Convention, certaines matières administratives (art. 1.3). Aucune limite matérielle n'est, en principe, fixée pour cette faculté d'exclusion, mais la déclaration y afférente doit être présentée, au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat en cause. Les autres Etat peuvent se prévaloir du défaut de réciprocité.

C) Organisation administrative

21. Le seul mécanisme obligatoire pour les Etats est une autorité centrale chargée de recevoir les demandes de notification et y donner suite (art. 2.1); cette autorité doit être un service ministériel ou officiel (art. 2.4).

22. Parallèlement à l'obligation de créer cette autorité centrale, les Etats ont les facultés suivantes:

- a) lorsqu'ils ont une structure fédérale, ils peuvent désigner plusieurs autorités centrales (art. 2.1);

⁽²⁾ Pour les questions que posent les motifs de refus d'exécution en général et ce motif en particulier, voir les paragraphes 31-34 de cette note.

- b) désigner d'autres autorités ayant les mêmes fonctions que l'autorité centrale, dont ils doivent déterminer la compétence territoriale. Toutefois, l'autorité requérante a toujours le droit de s'adresser directement à l'autorité centrale (art. 2.2);
- c) désigner une autorité expéditrice chargée de centraliser les demandes de notification provenant de ses autorités et les transmettre à l'autorité centrale étrangère compétente (art. 2.3);
- d) lorsqu'ils ont une structure fédérale, ils peuvent désigner plusieurs autorités expéditrices (art. 2.3).

23. En plus des instances susmentionnées, dont le but spécifique est de servir à l'application de la Convention, d'autres services administratifs, tant de l'Etat requérant que de l'Etat requis, peuvent concourir à l'application de la Convention, cette tâche ne constituant qu'une partie de leur activité.

D) *Voies de transmission et modes de notification*

24. Il est utile de distinguer les deux concepts, même si certaines institutions comme, par exemple, la poste ou les services consulaires peuvent parfois remplir les deux fonctions de transmettre et notifier les documents.

a) *Voies de transmission*

25. Elles se différencient par le support matériel ou d'organisation (normalement les services de la poste mais d'autres systèmes sont possibles ou envisageables) qui sert à la communication des documents que par la qualité ou condition des personnes ou instances qui concourent à ladite communication et finalement à la notification. On peut distinguer les voies de transmission suivantes:

- i. *à travers les autorités centrales*: c'est la voie qu'on pourrait qualifier de "typique" selon la Convention; on y fait référence, de façon implicite, dans les dispositions relatives aux modes de notifications à travers les autorités centrales, essentiellement aux articles 3 et 6.1;

- ii. *par la poste*: son caractère de voie de transmission est implicitement reconnu à l'article 11 relatif à la notification par la voie de la poste;
- iii. *par voie diplomatique ou consulaire*: en plus de l'énoncé de l'article 12 où l'on parle d'"autres voies de transmission", le texte du paragraphe 1 de ce même article établit la faculté pour les Etats d'utiliser la voie diplomatique classique en adressant la demande de notification au Ministère des Affaires Etrangères de l'Etat requis;
- iv. *autres voies*: il s'agit d'une clause contenue au paragraphe 2 de l'article 12 qu'on pourrait qualifier de résiduelle, mais qui est encore précisée par la mention, à titre indicatif, de la communication directe entre les autorités respectives. Il faut tout de même remarquer que l'utilisation de ces autres voies exige l'accord entre les Etats contractants intéressés ("la présente Convention ne s'oppose pas à ce que des Etats contractants s'entendent pour..."), tandis que l'utilisation des voies mentionnées aux alinéas i à iii a un caractère facultatif dépendant de la décision unilatérale de chaque Etat.

b) Modes de notification

26. La notification suppose le respect de certaines exigences de forme destinées à assurer, au moins formellement, la réception et la connaissance du document par son destinataire. Ceci se reflète dans les dispositions de la Convention en la matière, où les modes suivants de notification sont prévus:

- i. *notifications réalisées par l'autorité centrale de l'Etat requis*.
 - 1. selon les formes prescrites par la législation de l'Etat requis (art. 6.1a);
 - 2. selon la forme particulière demandée par l'autorité requérante, pourvu que cette forme ne soit pas incompatible avec la loi de l'Etat requis (art. 6.1b);
 - 3. sous la forme de simple remise du document au destinataire qui accepte (art. 6.2);

ii. *autres modes de notification:*

1. par les fonctionnaires consulaires ou, si les circonstances l'exigent, par les agents diplomatiques (art. 10.1). Ce mode de notification peut être librement utilisé lorsque le destinataire du document est un ressortissant de l'Etat requérant. Pour les autres cas, la possibilité existe que les Etats s'opposent à l'emploi de ce mode de notification. Cette opposition doit se manifester au moyen d'une déclaration déposée lors de la signature ou du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion; dans ce cas tout autre Etat contractant peut se prévaloir du défaut de réciprocité (art. 10.2);
2. par la poste (art. 11.1). Les Etats contractants peuvent toutefois s'opposer à l'emploi de ce mode de notification, de façon générale ou partielle, soit en raison de la nationalité du destinataire, soit pour des catégories de documents déterminés. Cette opposition doit se manifester au moyen d'une déclaration déposée, au plus tard, cinq ans après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat en cause. Les autres Etats peuvent se prévaloir du défaut de réciprocité (art. 11.2)

E) Procédure de notification

27. Même si la Convention prévoit et autorise l'utilisation de modes de notification qui ne font pas appel aux autorités centrales, elle ne régleme[n]t en détail la procédure de notification que lorsque les autorités susmentionnées interviennent. En cette matière, les questions suivantes doivent être examinées:

a) Demande de notification

28. Elle est adressée à l'autorité centrale de l'Etat requis, conformément à une formule-modèle annexée au texte de la Convention et accompagnée du document à notifier; les deux pièces étant transmises en double exemplaire (art. 3)

La formule-modèle contient les informations nécessaires sur l'autorité requérante, l'autorité centrale de l'Etat requis, le destinataire du document,

le mode de notification demandé et les éléments essentiels du document. En conformité avec la Convention de La Haye de 1961 supprimant la légalisation des actes publics étrangers, la demande ainsi que ses annexes sont dispensées de légalisation, apostille ou toute formalité équivalente (art. 4).

29. L'autorité centrale de l'Etat requis juge de la régularité de la demande et, si elle estime que les dispositions de la Convention n'ont pas été respectées, elle en informe immédiatement l'autorité requérante en précisant les griefs articulés à l'encontre de la demande (art. 5). Ce contrôle, comme il est dit dans le rapport explicatif (paragraphe 27), vise les défauts de forme et non pas vices de fond sur lesquels pourraient se fonder un refus d'exécution (voir paragraphes 31-34 ci-après). En tout cas, le fait de ne pas transmettre en double exemplaire les pièces de la demande ne saurait justifier un refus d'y donner suite (art. 3).

b) Notification

30. Elle est l'objectif du système établi par la Convention. Lorsque les dispositions de cette dernière ont été respectées, elle constitue une obligation pour l'Etat requis, ainsi qu'il découle du texte de l'article 6.1 où il est dit que "l'autorité centrale de l'Etat requis procède, aux termes de la présente Convention, à la notification:"

Elle devra se faire selon l'une des modalités déjà analysées (voir paragraphe 26 de cette note).

c) Refus d'exécution

31. Le devoir de l'autorité centrale de l'Etat requis, de procéder à la notification connaît trois exceptions contenues dans le paragraphe 1 article 14: le caractère non administratif de la matière sur laquelle porte le document à notifier (alinéa a), que l'exécution soit de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de l'Etat (alinéa b) et l'adresse du destinataire erronée ou qui ne peut pas être facilement déterminée (alinéa c).

Cette disposition pose des problèmes qui méritent considération. Tout d'abord, le fait que, d'après le texte, ces exceptions ne peuvent être opposées que par les autorités centrales, donc lorsque celles-ci interviennent. L'extension de ces causes de refus à des cas autres que ceux expressément prévus supposerait donc l'utilisation d'un critère d'analogie appliqué à des

conditions restrictives, tandis que l'esprit de la Convention est de faciliter la notification des documents. Mais des raisons peuvent aussi être apportées en faveur d'une telle extension, soutenue dans le rapport explicatif qui déclare dans son paragraphe 52 que "rien ne semble empêcher qu'il (le paragraphe 1 de l'article 14) puisse s'appliquer également en cas d'utilisation des autres voies de transmission prévues à l'article 12". Il suffit de considérer que les deux premières causes de refus (matière non administrative et ordre public au sens large) ont pour finalité le respect du contenu de la Convention et la protection des intérêts légitimes de l'Etat requis respectivement, et que les deux devraient être également assurés dans tous les cas de notification, donc, lorsque des voies de transmission autres que celles des autorités centrales sont utilisées.

32. La question n'est pas pour autant résolue puisque la Convention accepte des modes de notification (et il est ici important de les différencier des voies de transmission), comme celles réalisées par les fonctionnaires consulaires ou par la poste, où aucune autorité de l'Etat requis intervient ce qui rend impossible de contrôle a priori (un contrôle a posteriori est, en principe, concevable, sur dénonciation du destinataire) visé à l'article 14.

33. On peut aussi signaler que la première cause de refus introduit de façon cumulative le droit interne de l'Etat requis comme critère de délimitation de la matière.

34. L'autorité centrale de l'Etat requis est tenue à informer immédiatement l'autorité requérante en cas de refus, en lui indiquant les motifs (art. 14.2).

d) Délais

35. En cette matière, deux dispositions de la Convention sont à signaler. D'une part, l'Etat requis est tenu à notifier un document dans un délai déterminé, lorsque l'autorité requérante le demande si ce délai peut être respecté (art. 6.3). D'autre part, l'Etat requérant doit prévoir un laps de temps raisonnable pour que le destinataire d'un document dont la notification fait courir un délai à son endroit puisse être présent, représenté ou procéder à toute diligence nécessaire selon le cas (art. 15). Cette norme, par son caractère, diffère de la réglementation générale établie par la Convention. Celle-ci a pour but de faciliter la notification à l'étranger des documents, sans considération aux questions de fond, aux relations juridiques

ou aux procédures dont lesdits documents constituent le support. Or, l'article 15 s'écarte de ce principe et, inspiré du souci de protéger les droits et intérêts des administrés, régleme une question de procédure administrative dont on pourrait penser qu'elle relève plutôt du droit interne de chaque Etat.

e) Attestation

36. Elle sert à relater l'exécution de la demande ou indiquer les raisons qui ont empêché une telle exécution et elle est établie conformément à une formule-modèle annexée à la Convention (art. 8.1). L'autorité requérante peut demander à l'autorité centrale de l'Etat requis de viser une attestation qui n'a pas été établie par cette autorité centrale lorsque l'authenticité de cette attestation est contestée (art. 8.3).

f) Langues

i. du document à notifier

37. La traduction n'est pas exigée, car, comme le déclare le rapport explicatif (paragraphe 32), il y a présomption de ce que le destinataire connaît la langue de l'autorité requérante, dans les cas de notification conformément à l'article 6, paragraphe 1^{er}, alinéa *a*) (selon les formes de l'Etat requis) et conformément à l'article 6, paragraphe 2 (remise au destinataire et acceptation volontaire de la part de celui-ci) (art. 7.1). Toutefois, en cas de refus du destinataire, l'Etat requis a le choix entre procéder lui-même à la traduction du document dans sa langue officielle ou dans une de ses langues officielles ou demander à l'autorité requérante d'effectuer une telle traduction (art. 7.2). Cette traduction peut aussi être demandée à l'autorité requérante dans les cas de notification conformément à l'article 6, paragraphe 1, alinéa *b*) (notification selon une forme particulière) (art. 7.3).

ii. des formules de demande et d'attestation

38. Les mentions imprimées doivent être rédigées dans l'une des langues officielles du Conseil de l'Europe et peuvent l'être

dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'Etat de l'autorité requérante (art. 9.1).

Les blancs sont remplis soit dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'Etat requis, soit dans l'une des langues officielles du Conseil de l'Europe (art. 9.2). Cette option, qui ne doit pas poser de problèmes particuliers dans le cas de la demande, pourrait en soulever lorsqu'il s'agit de l'attestation établie par une autorité de l'Etat requis, si celle-ci utilise la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'Etat requis et que ladite langue est peu répandue.

g) Frais

39. Seul l'emploi d'une forme particulière de notification, conformément à l'article 6, paragraphe 1^{er}, alinéa *b*), fait naître pour l'autorité qui l'a demandée, une obligation de payer ou rembourser les frais occasionnés (art. 13.2). Dans les autres cas, les services de l'Etat requis ne donnent lieu à aucun paiement ou remboursement (art. 13.1).

F) Autres accords ou arrangements internationaux

40. Dans le but de faciliter la notification à l'étranger des documents, la Convention n'exclut pas le fonctionnement d'autres accords internationaux ou pratiques qui existent ou qui pourront exister entre des Etats contractants en ces matières (art. 16).

G) Dispositions finales

a) Révision de la Convention

41. Une consultation multilatérale est prévue, à la demande d'un Etat contractant ou après la troisième année qui suit l'entrée en vigueur de la Convention en vue d'examiner son application, l'opportunité de sa révision ou d'un élargissement de certaines de ses dispositions. A cette consultation participeront les Etats contractants, les autres Etats membres du Conseil de l'Europe pouvant se faire représenter comme observateur (art. 18).

b) Réserves

42. Aucune réserve n'est admise (art. 21). La portée matérielle de cette norme est en tout cas en rapport avec les facultés dont les États jouissent en certains domaines, comme la délimitation de la matière administrative et le refus d'exécution entre autres.

CONVENTION EUROPEENNE SUR L'OBTENTION A L'ETRANGER D'INFORMATIONS ET DE PREUVES EN MATIERE ADMINISTRATIVE (N.º 100) (*)

43. Elle a été ouverte à la signature le 15 mars 1978 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1983. A la date du 1^{er} décembre 1983, elle a été ratifiée par la Belgique, la République Fédérale d'Allemagne, le Portugal et signée par l'Italie, le Luxembourg, la Suisse et la Turquie.

A) Objet

44. L'assistance entre Etats pour l'obtention d'informations et de preuves

B) Champ d'application

45. La matière administrative (art. 1).

C'est son champ d'application qui constitue la différence principale entre cet instrument et la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile et commerciale.

(Les considérations faites au paragraphe 20 de cette note peuvent, *mutatis mutandi*, être appliquées ici).

C) Organisation administrative

46. (Les considérations faites aux paragraphes 21-23 peuvent, *mutatis mutandi*, être appliquées ici).

D) Procédures pour l'obtention d'informations et de preuves

a) Demande

47. Cette Convention n'a pas établi une formule-modèle pour les demandes. La forme de celles-ci est donc laissée à l'appréciation des Etats mais son contenu doit inclure toutes les indications nécessaires concernant

(*) N.E. — aprovado por ratificação pelo Decreto 58/80, de 1 de Agosto.

Depósito do instrumento de ratificação em 23 de Julho de 1981 (Aviso, D.R., I série de 22 de Outubro de 1981). Entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1983.

l'autorité d'où émane la demande, l'objet et le but de celle-ci et, le cas échéant, le nom, la nationalité, l'adresse et éventuellement tous autres éléments d'identification concernant la personne qui doit fournir l'information ou à qui l'information ou le document demandé se réfère (art. 5).

48. Pour la dispense de légalisation et la régularité de la demande, les considérations faites respectivement aux paragraphes 28 et 29 peuvent, *mutatis mutandi*, être appliquées ici.

49. Quant aux voies de transmission des demandes, cette Convention est, en cette matière, moins précise que la Convention n.º 94. Toutefois du texte des articles 11 ("chaque Etat contractant a la faculté d'utiliser la voie diplomatique ou consulaire pour transmettre les demandes d'assistance à l'autorité centrale compétente d'un autre Etat contractant"), 17.1 ("l'autorité centrale de l'Etat requis saisie d'une demande..."), 19.1 ("une juridiction administrative ou toute autorité... peut... demander par commission rogatoire à l'autorité centrale...") et de l'esprit et objectifs généraux de l'instrument ou peut déduire:

- i. seules les autorités centrales peuvent être destinataires des demandes d'informations ou de preuves, la transmission directe aux autorités compétentes de l'Etat requis étant exclue ⁽³⁾;
- ii. l'acheminement matériel des demandes peut se faire par n'importe quel moyen de transmission ou transport, le plus commun étant la poste, mais la voie diplomatique et consulaire est aussi, comme l'on vient de voir, explicitement admise et rien ne paraît s'opposer à ce que d'autres moyens soient mis en oeuvre pour faire parvenir les demandes aux autorités centrales.

b) Obligation de répondre

50. Elle est consacrée de façon explicite et mise à la charge de l'autorité centrale de l'Etat requis, "sous réserve des dispositions contraires de la présente Convention" (art. 4).

⁽³⁾ C'est aussi l'opinion soutenue au rapport explicatif (paragraphe 41).

c) Refus d'exécution

51. La possibilité de refuser l'exécution d'une demande ne pose pas, dans le cadre de cette Convention, les problèmes analysés pour la Convention N.º 94 (voir paragraphes 31-34 de cette note), compte tenu du fait que toutes les demandes sont soumises à l'intervention et donc à éventuel contrôle de l'autorité centrale de l'Etat requis. Quant aux motifs de refus, on maintient ceux de la Convention N.º 94 relatifs au caractère non administratif de la matière (art. 7.1.a de la Convention N.º 100 et art. 14.1.a de la Convention N.º 94) et à la possibilité que l'exécution de la demande porte atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de l'Etat (art. 7.1.b de la Convention N.º 100 et art. 14.1.b de la Convention N.º 94). A cause de la matière propre à cet instrument international et de ses objectifs spécifiques, deux autres motifs de refus ont été ajoutés:

- i. que l'exécution de la demande soit de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux ou aux intérêts essentiels de la personne à qui se réfère l'information demandée, ou que la demande porte sur des informations confidentielles qui ne peuvent pas être divulguées (art. 7.1.c).

Comme le rapport explicatif déclare dans son paragraphe 33, l'alinéa 1 c) de l'article 7 vise à protéger plus particulièrement les droits de l'individu, ce qui est clair en ce qui concerne la première partie du texte. Pour ce qui est de la seconde partie, c'est-à-dire le caractère confidentiel des informations, celui-ci doit se fonder sur le droit;

- ii. que le droit ou les usages internes de l'Etat s'opposent à l'assistance demandée (art. 7.1 d). Ce motif de refus constitue, comme l'affirme le rapport explicatif (paragraphe 34), une clause de sauvegarde supplémentaire, formulée de façon large.

En cas de refus, l'autorité centrale de l'Etat requis doit en informer immédiatement l'autorité requérante en lui indiquant les motifs (art. 7.2).

d) Transmission de la réponse et délai

52. La Convention est inspirée du principe que les demandes d'assistance obtiennent une réponse aussi rapide que possible et que l'autorité

requérante qui est, dans chaque cas, le destinataire de la réponse, soit informée par l'autorité centrale de l'Etat requis de la date approximative de la communication lorsqu'un long délai est à prévoir (art. 10).

e) Langues

53. Pour la demande d'assistance et ses annexes, préférence est donnée, en principe, à la langue officielle ou à l'une des langues officielles de l'Etat requis (art. 9.1). Toutefois, l'autorité centrale de cet Etat est tenue à accepter la demande rédigée dans l'une des langues officielles du Conseil de l'Europe, sauf si cette autorité s'y oppose expressément dans le cas d'espèce (art. 9.2). Pour ce qui est de la réponse, elle peut être rédigée dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'Etat requis, du Conseil de l'Europe ou de l'Etat requérant (art. 9.3).

f) Frais

54. Seuls les frais extraordinaires auxquels se réfèrent les articles 18 (voir paragraphe 59 ci-après) et 21 (voir paragraphes 65 *b* et 66 ci-après) donnent lieu à remboursement (art. 8).

E) Autres accords

55. Les considérations faites au paragraphe 40 de cette note peuvent, *mutatis mutandi*, être appliquées ici.

DEMANDES D'INFORMATIONS, DE DOCUMENTS ET D'ENQUETES

A) Objet de la demande

56. La demande peut porter sur deux sortes d'information ou matières;

- a)* le droit, les règlements et les usages (art. 13);
- b)* faits et documents (art. 14).

B) Conditions d'admissibilité

57. *a)* matière administrative: même si cette condition est déjà posée dans les dispositions générales de la Convention (voir paragraphe 45 de cette note), elle est reproduite aux articles 13 et 14;
- b)* que la demande ait son origine dans une autorité de l'Etat requérant (art. 13 et 14). L'article 15, relatif à la procédure pour enquête inclut aussi cette même condition;
- c)* que la demande soit faite dans un intérêt administratif. Cette condition mise en rapport avec les demandes d'information portant sur des normes juridiques ne se justifie que par un souci d'éviter un possible encombrement des autorités centrales avec de nombreuses demandes, car dans tous les Etats de

telles informations sont, non seulement publiques, mais il est dans l'intérêt général que leur connaissance soit répandue. Par contre, la condition peut jouer un rôle important dans le cas de demandes portant sur des faits; quelques systèmes juridiques n'admettent la communication des informations détenues par l'Administration ou les entités publiques que lorsqu'elle est faite aux personnes pouvant justifier un droit subjectif ou un intérêt légitime en la matière; l'intérêt administratif dont il est question dans les dispositions analysées devrait donc être condition suffisante pour justifier ou permettre l'accès aux informations en cause;

- d)* spécialité de l'objet de la demande: elle consiste en l'utilisation des informations reçues seulement aux fins qui ont été précisées dans la demande d'assistance (art. 16.1). Les Etats peuvent formuler une réserve à l'application de cette condition lorsque leur législation en matière de publicité des dossiers administratifs ne leur permet pas de s'y conformer (art. 16.2).

Cette condition a, toutefois, un caractère éventuel dans le sens qu'elle ne s'applique que si l'autorité centrale de l'Etat requis le décide, ce qui se fera normalement en fonction des normes juridiques de l'Etat requis sur la publicité des informations et dossiers administratifs et de la nature et caractéristiques des informations demandées dans le cas d'espèce (voir paragraphes 50 et 51 du rapport explicatif).

Le contrôle de cette condition peut se faire a priori, l'autorité centrale de l'Etat requis pouvant refuser de donner suite à une demande émanant d'un Etat qui a formulé la réserve du paragraphe 2 de l'article 16 (art. 16.3).

Un contrôle a posteriori n'est concevable que sous la forme d'exigence de responsabilité internationale dans le cas où la condition de spécialité n'aurait pas été respectée.

C) Procédure

58. La Convention donne peu d'indications relatives à la procédure qui est en principe laissée au droit interne de l'Etat requis. Elle réglemente

toutefois de façon spécifique dans l'article 15 la procédure d'obtention d'informations (vraisemblablement relatives à des faits) au moyen d'enquêtes; elles doivent se faire "selon les formes prévues ou admises par la législation ou les usages de l'Etat requis et sans employer de moyens de contrainte".

59. L'article 17 signale quelles sont les autorités habilitées à répondre à la demande: normalement l'autorité compétente, que ce soit l'autorité centrale elle-même ou une autre autorité à laquelle la première aurait transmise la demande (art. 17.1). Dans des cas appropriés ou pour des raisons d'organisation administrative, lorsqu'il s'agit d'informations sur le droit, l'autorité centrale de l'Etat requis, avec l'agrément de l'autorité requérante, peut transmettre la demande à un organisme privé ou à un juriste qualifié qui formulera la réponse (art. 17.2). Les frais encourus dans ce dernier cas sont à la charge de l'Etat requérant (art. 18.2) de même que les frais découlant de l'intervention dans toute procédure d'experts ou interprètes (art. 18.1).

COMMISSIONS ROGATOIRES EN MATIERE ADMINISTRATIVE

A) **Objet de la Commission rogatoire**

60. La réalisation de mesures d'instruction dans un Etat autre que celui qui en fait la demande (art. 19.1).

B) **Conditions d'admissibilité**

a) *matière administrative*

61. La limitation des Commissions rogatoires à la matière administrative est faite de façon rigoureuse, car en plus des dispositions à ce sujet contenues dans les dispositions générales de la Convention déjà analysées (voir le paragraphe 45 en relation avec le paragraphe 20 de cette note), l'autorité requérante doit être "une juridiction administrative ou toute autorité qui exerce des fonctions juridictionnelles en matière administrative" (art. 19.1) et "l'exécution de la Commission rogatoire peut être refusée dans la mesure où, dans l'Etat requis, elle ne rentre pas dans la compétence d'une juridiction administrative ou d'une autre autorité qui exerce des fonctions juridictionnelles en matière administrative" (art. 19.3).

b) *spécificité de l'instruction*

62. Des mesures d'instruction ne sont admissibles que dans le but d'obtenir des moyens de preuve destinés à être utilisés dans une procédure engagée ou future (art. 19.2).

c) admissibilité de la procédure

63. pour le cas d'espèce dans l'Etat requis (art. 19.1).

C) Exceptions

64. Même lorsque les conditions d'admissibilité sont réunies, la Commission rogatoire n'est pas exécutée si la personne qu'elle vise invoque une dispense ou une interdiction de déposer établie soit par la loi de l'Etat requis, soit par la loi de l'Etat requérant (art. 20.3).

Dans ce dernier cas, les dispenses ou interdictions de déposer doivent, soit être spécifiées dans la Commission rogatoire, soit attestées par l'autorité requérante à la demande de l'autorité requise (art. 20.3. *b*).

D) Procédure

65. Aucune forme particulière n'est prévue pour la Commission rogatoire; elle sera normalement celle prévue par le droit interne de l'Etat requérant. Par contre, deux sortes de procédures sont possibles pour l'exécution de la Commission rogatoire:

- a*) celle établie par le droit interne de l'Etat requis tant en ce qui concerne les formes à suivre que les moyens de contrainte à appliquer (art. 20.1);
- b*) celle demandée par l'autorité requérante si elle n'est pas incompatible avec la loi et les usages de l'Etat requis (art. 20.2). Dans ce cas, les frais encourus sont à la charge de l'Etat requérant (art. 21).

66. Les frais découlant de l'intervention d'experts ou interprètes pour l'exécution d'une Commission rogatoire sont, dans tous les cas, à la charge de l'Etat requérant (art. 21).

E) Exécution de mesures d'instruction par la voie diplomatique ou consulaire

67. La Convention n'exclut pas la faculté pour les Etats contractants de faire exécuter directement par leurs agents diplomatiques ou leurs fonctionnaires consulaires des mesures d'instruction si l'Etat sur le territoire duquel la mesure d'interdiction doit être exécutée ne s'y oppose pas (art. 22) ⁽⁴⁾

⁽⁴⁾ Le rapport explicatif (paragrapes 70 et 71) montre les avantages possibles et les limites de cette procédure.

DISPOSITIONS FINALES

a) Révision de la Convention

68. La clause de révision (art. 24) est identique à celle de la Convention N.º 94 (voir paragraphe 41 de cette note).

b) Réserves

69. La seule réserve possible est celle prévue à l'article 16, paragraphe 2 (voir paragraphe 57 *d*) de cette note).

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

4

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

**TRIBUNAL EUROPEU DOS
DIREITOS DO HOMEM**

Sumários das decisões

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

61.º

ALBERT E LE COMPTE CONTRA A BÉLGICA (1)

- I. A irradiação dos quadros da Ordem dos Médicos, como medida disciplinar, não constitui pena degradante, não sendo incompatível com o art.º 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II. Os processos disciplinares, processados pelos competentes Órgãos da Ordem dos Médicos, devem respeitar as garantias do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente no que concerne à publicidade, sempre que as sanções disciplinares privem, de maneira temporária ou definitiva, os arguidos do direito de continuar a exercer a profissão liberal de médico.
- III. A obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Médicos e da sujeição dos médicos aos órgãos disciplinares da Ordem não suprime, nem limita, o direito garantido pelo § 1.º do artigo 11.º da Convenção.

(1) Cour Eur. D.H., Série A, .º 58;

Data da Decisão: 10 de Fevereiro de 1983.

Juízes Intervenientes: G. Wiarda, holandês, (presidente), R. Ryssdal, norueguês, J. Cremona, maltês, Thor Viljhalms-son, islandês, Ganshof Van Der Meersch, belga, Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, E. Garcia de Enterria, espanhol, L. E. Petiti, francês, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, R. Macdonald, canadiano (candidado pelo Lieschtenstein), C. Russo, italiano, R. Bernhardt, alemão, J. Gersing, dinamarquês.

Decisão:

O Tribunal decidiu:

- Não haver violação do art.º 3.º da Convenção (unanimidade);
- Que o art.º 6.º, § 1.º era aplicável ao caso (dezasseis votos ⁽²⁾ contra quatro ⁽³⁾);
- Foi violado o § 1.º do art.º 6.º da Convenção, por na 2.ª instância não ter havido a necessária publicidade (dezasseis votos ⁽²⁾ contra quatro ⁽³⁾);
- Não haver qualquer outra violação da Convenção (unanimidade)

Parecer da Comissão:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de não se verificar violação do art.º 3.º (unanimidade), da aplica-

⁽²⁾ Dos juízes Wiarda, Ryssdal, Cremona, Thor Viljhalms-son, Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Evrigenis, Lagergren, Gölcüklü, Garcia de Enterria, Petiti, Walsh, Macdonald, Russo, Bernhardt e Gersing;

⁽³⁾ Dos juízes: Liesch, Matscher, Pinheiro Farinha e Vincent Evans;

bilidade do § 1.º do art.º 6.º (12 votos contra 1) e de que se verificava violação do § 1.º do art.º 6.º por falta de publicidade (11 votos contra 1 e uma abstenção). Ainda a Comissão se pronunciara no sentido de que nem o Dr. Le Compte (12 votos e uma abstenção) nem o Dr. Albert (8 votos contra 4 e uma abstenção) haviam sido acusados penalmente, que os órgãos disciplinares da Ordem eram criados pela lei e independentes (10 votos e 3 abstenções) e que a causa do Dr. Albert (7 votos contra 4 e 2 abstenções) e a do Dr. Le Compte (8 votos contra 1 e 4 abstenções) haviam sido julgados por tribunal imparcial.

62.º

DUDGEON CONTRA O REINO UNIDO

ART.º 50 ⁽⁴⁾

- I. O Tribunal apenas concede a reparação razoável se o entender de justiça, com base na decisão proferida em matéria de fundo.
- II. Tendo o Tribunal julgado, por decisão de 22 de Outubro de 1981 ⁽⁵⁾ que a existência de leis penais visando as relações homossexuais entre homens adultos e capazes violava o art.º 8.º da Convenção e, tendo em consequência, o Reino Unido modificado a sua legislação, a decisão do Tribunal constitui, por ela própria, a reparação razoável.
- III. A Convenção não dá competência ao Tribunal para impôr aos Estados a emissão de certa declaração.
- IV. O reembolso das despesas, ao abrigo do Art.º 50 da Convenção, só é de ordenar se a parte lesada as houver contraído para prevenir ou corrigir uma violação da Convenção na ordem jurídica interna, ou para que a Comissão e Tribunal Europeu dos direitos do Homem declarem tal violação.

(4) Cour Eur. D.H., Série A, .º 59;

(5) Sumariada in *Documentação e Direito Comparado*, 12 pág. 80, sob n.º 47;

Data da Decisão: 24 de Fevereiro de 1983.

Juízes Intervenientes: R. Ryssdal, norueguês, presidente, J. Cremona, maltês, D. Evrigenis, grego, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico.

Decisão:

O Tribunal decidiu, por unanimidade:

— Não admitir o pedido de impôr ao Reino Unido que fizesse determinada declaração;

Que o Reino Unido pagase ao requerente, por custas e despesas, 3315 libras esterlinas.

63.º

CAMPBELL E COSANS CONTRA O REINO UNIDO

(Art. 50.º) (6)

- I. Recebidas da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, a coberto da assistência judiciária, as quantias dispendidas com viagens e estadia para a presença nas audiências efectuadas pelos órgãos da Convenção (Comissão e Tribunal), não é de atribuir qualquer quantia suplementar.
- II. A constatação pela decisão de 25 de Fevereiro de 1982 (7) de que fora violado o art.º 2.º do Protocolo n.º 1 com a existência nas escolas frequentadas pelos filhos da requerente de castigos corporais, como medida disciplinar, e o reembolso pelo Governo das despesas reais, necessárias e razoáveis constituem, só por si, a reparação do art.º 50.º da Convenção.
- III. Só são reembolsáveis as despesas reais, necessárias e de montante razoável.
- IV. Se é certo que o requerente pode escolher como quiser os seus representantes, não é de considerar como necessária, salvo demonstração em contrário, a escolha de quem se encontrava, na altura, na América.
- V. As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem deixam aos Estados a escolha dos meios para cumprimento das obrigações decorrentes do art.º 53.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

(6) Cour Eur. D. H., Série A, n.º 60;

(7) In *Documentação e Direito Comparado*, 8, pág. 123;

Data da Decisão: 22 de Março de 1983.

Juízes Intervenientes: R. Ryssdal, norueguês, presidente, Thor Vilhjalmsson, islandês, L. Liesch, luxemburguês, F. Gölcüklü, turco, B. Walsh, irlandês, Vincent Evans, britânico, R. Macdonald, canadiano, (candidato pelo Liechtenstein).

Decisão:

- O Tribunal decidiu por unanimidade:
- Não admitir o pedido de impôr ao Governo determinado compromisso;
- Que o Reino Unido pagasse:
- à Sra. Campbell, por custas e despesas feitas: 940 libras esterlinas;
- à Sra. Cosans, por despesas e custas desembolsadas: 8846 libras esterlinas, menos 2300 francos ao câmbio da data da decisão;
- a Jeffrey Cosans, por danos materiais e morais, 3000 libras esterlinas.

64.º

SILVER E OUTROS CONTRA O REINO UNIDO (8)

- I. O objecto do “caso” fixa-se na decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem sobre a admissibilidade da queixa, não tendo o Tribunal competência para conhecer de violações idênticas que se dizem continuar a ser praticadas, se não tiverem sido objecto de exame pela Comissão.
- II. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cuja função não é a de se pronunciar in abstracto sobre a legislação interna, não tem competência para conhecer da alteração legislativa posterior aos factos denunciados.
- III. Viola o art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a proibição de consultar um jurista a propósito das condições da detenção que sejam contrárias aos direitos garantidos na mesma Convenção.
- IV. As ingerências permitidas pelo art.º 8.º da Convenção devem basear-se no direito interno, que deverá ser “suficientemente acessível” e “previsíveis em grau razoável” as consequências das condutas visadas a lei; no caso de a lei conferir poderes discricionários, poderá ser interpretada através de instruções ministeriais, dadas a conhecer aos interessados.

(8) Cour Eur. D. H., Série A, n.º 61;

V. Os Estados gozam de certa margem de apreciação quanto ao que “é necessário numa sociedade democrática”, mas não em termos ilimitados. Não importa que a ingerência seja indispensável, mas não basta que seja oportuna e razoável, devendo corresponder a uma necessidade social imperiosa e ser proporcional ao fim legítimo visado.

VI Não viola o art.º 8.º da Convenção um certo controle sobre a correspondência dos presos.

VII. O indivíduo que, de forma credível, se julga vítima de violação da Convenção deve dispôr de um recurso perante instância nacional que decida da sua queixa e, sendo caso disso, a repare. Tal instância pode não ser judicial e o conjunto de recursos internos pode bastar, ainda que considerados isoladamente nenhum deles corresponda inteiramente às exigências do art.º 13.º da Convenção.

Data da Decisão: 25 de Março de 1983.

Juízes Intervenientes: G. Wiarda, holandês, presidente, Thor Vilhjalmsson, islandês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, L. E. Petiti, francês, Vincent Evans, britânico, C. Russo, italiano.

Decisão:

- O Tribunal decidiu, por unanimidade;
- Ter havido violação do artigo 6.º da Convenção;
- Ter sido violado o art.º 8.º da Convenção;
- Ter sido violado o art.º 13.º da Convenção.

Parecer da Comissão:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de que houvera violação do art.º da Convenção (unanimidade); que houvera violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção (unanimidade); que houvera violação do art.º 13.º (14 votos contra 1 e uma abstenção).

65.º

MINELLI CONTRA A SUÍÇA (9)

- I. O § 2.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem visa o conjunto do processo crime, independentemente do seu desfecho.

- II. Há desrespeito pela “presunção de inocência” quando, mesmo sem constatação formal da culpa, a decisão é motivada por uma suposta culpa do arguido, tendo o processo terminado por prescrição antes de julgamento, audiência do arguido e produção de provas.

Data de Decisão: 25 de Março de 1983.

Juízes Intervenientes: G. Wiarda, holandês, presidente, D. Bindschedler-Robert, suíça, G. Lagergren, sueco, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, R. Macdonald, canadiano, (candidatado pelo Lieschtenstein) C. Russo, italiano.

Decisão:

- O Tribunal decidiu por unanimidade:

- Declarar ter sido violado o §2.º do art.º 6.º da Convenção;

- Dever a Suíça pagar ao requerente 8688 francos suíços, 65 por despesas e encargos.

(9) Cour Eur. D. H., Série A, n.º 62.

Parecer da Comissão:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer, por unanimidade, no sentido da violação do § 2.º do art.º 6.º da Convenção.

PINHEIRO FARINHA

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

QUEIXA DE FRIEDRICH ZIMMERMANN CONTRA A ÁUSTRIA

- I. Os herdeiros do requerente, entretanto falecido, só têm legitimidade para requerer a continuação do “caso” pendente na Comissão se estiver em causa um interesse transmissível.

- II. Falecido o requerente, deve a Comissão continuar a ocupar-se do “caso” quando o justifique o interesse geral do respeito dos Estados pelas obrigações assumidas na Convenção, nomeadamente se, para além, do caso individual a queixa tiver por objecto a legislação do Estado demandado, o seu sistema ou práticas jurídicas.

P.F.

DECISÃO

LES PARTIES

1. Le présent rapport, établi par la Commission conformément à l'article 54 de son Règlement intérieur, concerne la requête introduite par M. Richard KOFLER contre l'ITALIE et enregistrée sous le numéro de dossier 8261/78.

Devant la Commission les parties étaient représentées comme suit: le requérant par M^e Hugo Gamper, avocat à Bolzano/Bozen, décédé le 22

août 1979 et remplacé par M^e Gottfried Gluderer, également avocat à Bolzano/Bozen; le Gouvernement italien était représenté par son Agent, M. Arnaldo Squillante, conseiller juridique, chef du service du contentieux diplomatique au ministère des Affaires étrangères et par M. Claudio Zanghi et Mlle Letizia Ginevra, du ministère des Affaires étrangères.

EXPOSÉ DES FAITS

2. Le requérant ressortissant italien né en 1930, et plusieurs autres personnes furent arrêtés comme soupçonnés d'actes de terrorisme et notamment d'un attentat contre la caserne de la police financière à Malga Sasso/Steinalm, près du Brennero/Brenner. Deux gardes des finances furent tués sur le coup et un troisième décéda ultérieurement à l'hôpital de Vipiteno/Sterzing. Trois autres gardes furent grièvement blessés. L'explosion avait presque entièrement détruit la caserne.

3. Le procès du requérant et de douze co-accusés s'est ouvert le 3 février 1969 devant la cour d'assises de Milan. Le 27 mars 1969, la cour d'assises déclara le requérant coupable de conspiration politique et le condamna à deux ans et quatre mois de prison; en revanche, elle l'acquitta au bénéfice du doute sur le chef d'assassinat collectif. Le requérant fut mis en liberté.

Le parquet de Milan, le requérant et ses co-accusés interjetèrent appel.

4. La procédure d'appel s'ouvrit le 24 juin 1970 devant la cour d'assises d'appel.

Le 22 octobre 1971, la cour d'appel ordonna une nouvelle expertise (une première l'avait été en première instance) pour déterminer les causes de l'explosion de la caserne de Malga Sasso-Steinalm.

Après de nombreuses prolongations de délais, les experts présentèrent leur rapport. Ils expliquaient avoir fait partiellement reconstituer la caserne pour les besoins de l'expertise.

5. Le 12 février 1976, la cour d'appel, statuant par défaut, déclara le requérant coupable d'assassinat collectif, de détention d'explosifs et de

diffamation avec circonstances aggravantes et le condamna à 23 ans et 6 mois de prison. Elle annula l'ordonnance de mise en liberté du requérant.

6. Le requérant se pourvut en cassation contre l'arrêt de la cour d'assises d'appel. Le 16 décembre 1977. La Cour de cassation rejeta le pourvoi comme mal fondé.

La veille du prononcé de l'arrêt, le requérant avait quitté l'Italie pour se rendre en Autriche.

PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

7. La requête a été introduite le 7 juin 1978 et enregistrée le 12 juin 1978.

La Commission a examiné la requête le 3 mars 1979 et, après en avoir délibéré, a décidé d'ajourner son examen de la recevabilité afin d'obtenir du requérant, conformément à l'article 40 paragraphe 2 a) de son Règlement intérieur, des informations complémentaires sur la question de l'épuisement des recours internes, eu égard notamment à la durée de la procédure.

Le requérant a fourni les informations demandées le 17 avril 1979.

La Commission a poursuivi l'examen de la requête le 11 octobre 1979 et, par décision partielle, rejeté divers griefs formulés par le requérant à l'exception de celui relatif au fait qu'il n'avait pas été décidé dans un délai raisonnable du bien-fondé des accusations portées contre lui, comme le veut l'article 6, paragraphe 1 de la Convention. La Commission a décidé de surseoir à l'examen de l'affaire et de demander aux parties de lui soumettre leurs observations sur la recevabilité de cette partie de la requête, conformément à l'article 42 paragraphe 2 b) du Règlement intérieur de la Commission.

Le 27 juin 1980, le gouvernement défendeur a soumis ses observations écrites et le requérant y a répondu le 24 septembre 1980, après avoir obtenu une prorogation du délai de dépôt de ses observations.

Le 19 janvier 1981, le gouvernement défendeur a présenté de nouvelles observations analysant celles du requérant, à qui elles ont été communiquées pour information.

8. Le 18 décembre 1980, la Commission a décidé d'accorder l'assistance judiciaire au requérant, ainsi qu'il l'avait demandé.

9. Le 12 mars 1981, la Commission a décidé de tenir une audience sur la recevabilité et le bien-fondé du reste de la requête. L'audience a eu lieu le 8 juillet 1981.

Le même jour, la Commission a déclaré la requête recevable pour autant qu'elle concerne la durée de la procédure.

10. Par lettre du 28 janvier 1982, l'avocat du requérant a informé la Commission que son client était décédé le 2 novembre 1981 à Innsbruck et que ses héritières, sa veuve et ses deux filles, souhaitaient maintenir la requête.

Simultanément, il soumettait, au nom des héritières, des propositions de règlement amiable.

12. Ces propositions ont été communiquées au gouvernement défendeur.

Dans une lettre du 30 mars 1982, le gouvernement a répondu qu'il ne voyait aucune base possible de règlement et proposé que la requête soit rayée du rôle de la Commission. Il a fait valoir que, au cas où la veuve du requérant et ses deux filles auraient renoncé à la succession, elles ne pourraient pas être considérées en droit italien comme les successeurs légaux du de cuius et qu'il n'y aurait donc pas lieu de poursuivre l'affaire.

Du reste, le souhait des héritières de poursuivre l'affaire n'était qu'un des éléments à prendre en considération par la Commission pour en décider, la question majeure étant celle de savoir si un intérêt général touchant au respect de la Convention obligeait à poursuivre l'examen de la requête.

Selon le gouvernement, le désir des héritières de maintenir la requête n'avait que des mobiles économiques, à savoir essayer d'obtenir une certaine somme d'argent par le prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Cependant, à supposer même que la Cour leur accorde finalement une réparation équitable, au titre de l'article 50 de la Convention, les Chemins de fer italiens réclameront cet argent en vertu d'un arrêt rendu le 18 juin 1981 par la Cour d'appel de Trente. Le gouvernement en concluait que les héritières du requérant ne pouvaient donc même pas invoquer un intérêt personnel à la poursuite de la procédure.

13. Les observations du gouvernement ont été adressées pour information à l'avocat du requérant.

14. Le 9 octobre 1982, la Commission a repris l'examen de la requête, en présence des membres suivants:

MM. C.A. NØRGAARD, *Président*
F. ERMACORA
J.E.S. FAWCETT
E. BUSUTTIL
G. JÖRUNDSSON
G. TENEKIDES
S. TRECHSEL
B. KIERNAN
M. MELCHIOR
A.S. GÖZÜBÜYÜK
A. WEITZEL
J.C. SOYER
H.G. SCHERMERS

et a décidé d'adopter le présent rapport.

DÉCISION DE LA COMMISSION

15. La Commission constate que le requérant est décédé et que sa veuve et ses deux filles ont informé la Commission qu'elles désiraient poursuivre, en leur qualité d'héritières du requérant, la procédure qu'il avait entamée.

Dans plusieurs cas, la Commission a tenu compte d'un voeu analogue exprimé par les héritiers d'un requérant décédé (voir Requête N.º 4427/70, rec. 38, p. 39; n.º 6166/73, DR 2, p. 66). La Cour européenne des Droits de l'Homme a fait de même dans l'affaire Deweer (Arrêt du 27 février 1980, paragraphe 37). (1)

16. Cependant, les héritiers d'un requérant décédé ne sauraient revendiquer le droit général de voir poursuivre par la Commission l'examen de la requête introduite par le de cujus. La Commission estime qu'elle peut laisser indécise la question de savoir si, dans un cas déterminé, les héritiers peuvent se prétendre victimes, directes ou indirectes, de la violation alléguée par le requérant décédé. En effet, le point ici essentiel est de savoir si la nature particulière du grief d'un requérant permet, dans les circonstances de l'espèce, de considérer ledite grief comme transmissible, autrement dit si les héritiers peuvent prétendre que l'intérêt du requérant initial à voir établie par la Commission la violation alléguée de la Convention peut être considéré comme leur étant à eux-mêmes acquis.

17. En l'espèce, la requête, dans la mesure où elle a été déclarée recevable, n'a pas pour objet la validité des jugements rendus par les tribunaux italiens ni le bien-fondé de la condamnation et de la peine prononcées contre le défunt requérant, pas plus que leurs effets possibles sur les parents du requérant. La Commission n'est saisie que de la question de la durée de la procédure qui a abouti à la condamnation du requérant et à la peine qui lui a été infligée, qu'il n'a en fait jamais purgée puisqu'il a quitté l'Italie.

La Commission estime qu'en raison de sa nature même, le seul grief qui reste à examiner est étroitement lié à la personne du défunt requérant et que ses héritières (qui ne sont pas associées à la requête) ne peuvent pas aujourd'hui, dans les circonstances de l'espèce, prétendre avoir un intérêt légitime suffisant pour justifier la poursuite, pour leur compte, de l'examen de la requête.

18. Conformément à sa pratique, la Commission doit maintenant examiner si une question d'intérêt général, touchant au respect des obliga-

(1) In Annuaire de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, XXIII, 165. Sumariado, sob n.º 36, in Documentação e Direito Comparado, 10, pág. 95.

tions incombant aux Hautes Parties Contractantes, justifie qu'elle poursuive l'examen de l'affaire. Tel peut être le cas, notamment lorsque, au-delà du cas individuel, la requête concerne en fait la législation de l'État défendeur, son système ou sa pratique juridiques.

En l'espèce, le temps écoulé avant le prononcé d'un jugement définitif est dû à toute une série de circonstances qui ont affecté le déroulement de la procédure devant les tribunaux italiens. Cependant, la durée de la procédure n'est pas un effet du système italien de procédure en lui-même. La Commission estime en conséquence qu'aucun intérêt général n'oblige à poursuivre l'examen de la requête. Du reste, elle rappelle avoir examiné en détail d'autres requêtes dirigées contre l'Italie et posant le problème de la durée d'une procédure au regard de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention (Affaires Foti, Lentini, Cenerini et Gulli et Affaire Corigliano). Ces affaires sont encore pendantes devant la Cour européenne des Droits de l'Homme ⁽²⁾. Dans une autre affaire analogue, la Commission a estimé que, dans ces conditions, aucun motif d'ordre général ne l'obligeait à poursuivre l'affaire (cf. Requête N.º 6323/73, D.R. 14, p. 12, 18).

Par ces motifs, la Commission

Vu les articles 44, paragraphes 1, 49 et 54 de son Règlement intérieur

- Décide de rayer la requête du rôle, de transmettre pour information le présent rapport au Comité des Ministres et aux parties et de le publier.

(2) O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu os "casos" Foti, Lentini, Cenerini et Gulli em 10 de Dezembro de 1982 (Cour européenne des droits de l'Homme. Série A, n.º 56) e Corigliano também em 10 de Dezembro de 1982 (Cour européenne des Droits de l'Homme. Série A, n.º 57).

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO SRAMEK CONTRA A ÁUSTRIA

- I. Deve obedecer às exigências do §1.º do art.º 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem o processo litigioso cuja decisão seja determinante em matéria de direitos e obrigações de carácter civil.
- II. O processo não judicial em que se discute a aprovação de um contrato de compra e venda de imóvel face ao interesse público versa sobre direitos de natureza civil.
- III. O “tribunal”, para os efeitos do §1.º do art.º 6.º da Convenção, pode não ser um órgão integrado na função jurisdicional, desde que lhe compita decidir com base em normas legais questões da sua competência, mediante processo regulado na lei.
- IV. Para curar da imparcialidade do tribunal importa também salvaguardar as aparências — não há tribunal imparcial quando um dos seus membros não Magistrado, para mais o Relator, pertence à mesma hierarquia de quem interpôs o recurso.
- V. Não compete ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem averiguar qual a decisão que o tribunal do Estado deveria ter proferido face à lei interna.

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

MM. G. Wiarda, *président*,
R. Ryssdal,
J. Cremona,
Thór Vilhjálmsson,
W. Ganshof van der Meersch,
Mme. D. Bindschedler-Robert,
MM. D. Evrigenis,
F. Gölcüklü,
F. Matscher,
E. García de Enterría,
L.-E. Pettiti,
B. Walsh,
Sir Vincent Evans,
MM. C. Russo,
J. Gersing,

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

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 27 mars et 24 septembre 1984,

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

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 par. 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"), par la 1983 puis, le 25, par le gouvernement de la République d'Autriche ("le Gouvernement"). A son origine se trouve une requête (n.º 8790/79)

dirigée contre cet Etat et dont une ressortissante américaine, Mme Viera Sramek, avait saisi la Commission le 19 septembre 1979 en vertu de l'article 25.

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration autrichienne de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (article 46), la requête du Gouvernement à l'article 48. Elles visent à obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent ou non un manquement de l'Etat défendeur aux obligations qui lui incombent aux termes de l'article 6 par. 1.

2. En réponse à l'invitation prescrite à l'article 33 par. 3 *d*) du règlement, la requérante a exprimé le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et a désigné son conseil (article 30).

3. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit M. F. Matscher, juge élu de nationalité autrichienne (article 43 de la Convention), et M. G. Wiarda, président de la Cour (article 21 par. 3 *b*) du règlement). Le 27 mai 1983, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir M. Thór Viljálmsson, Mme. D. Bindschedler-Robert, M. D. Evrigenis, Sir Vincent Evans et M. C. Russo, en présence du greffier adjoint (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 par. 4 du règlement).

4. Ayant assumé la présidence de la Chambre (article 21 par. 5 du règlement), et après avoir consulté chaque fois l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et l'avocat de Mme Sramek par l'intermédiaire du greffier, M. Wiarda

- a constaté, le 13 juin 1983, qu'il n'y avait pas lieu de prévoir la présentation de mémoires (article 37 par. 1); ⁽¹⁾
- le 17 novembre, a fixé au 24 janvier 1984 la date d'ouverture de la procédure orale (article 38).

Sur ses instructions, le greffier a invité la Commission à produire certains documents qu'elle lui a fournis le 29 novembre 1983. Les 13 et 14

(¹) O presidente da Secção consulta os agentes das Partes, delegados da Comissão ou, se ainda não designados, o seu presidente, bem como o requerente sobre a necessidade, quanto a eles, de uma fase escrita do processo. No caso afirmativo, fixa o prazo para a apresentação das alegações ou outros documentos.
(Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 37.º n.º 1).

décembre, il a reçu les prétentions de la requérante au titre de l'article 50 de la Convention.

Le 17 décembre, le président a autorisé l'emploi de la langue allemande par le conseil de l'intéressée (article 27 par. 3 du règlement).

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

Ont comparu:

— **pour le Gouvernement**

M. H. Türk, conseiller juridique auprès *agent,*
du ministère des Affaires étrangères
M. M. Matzka, Chancellerie fédérale,
M. G. Liebl, Bureau du gouvernement du Tyrol, *conseillers;*

— **pour la Commission**

M. F. Ermacora, *délégué;*

— **pour la requérante**

Me. E. Proksch, avocat, *conseil.*

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, MM. Türk et Matzka pour le Gouvernement, M. Ermacor pour la Commission et Me. Proksch pour la requérante. Au cours des audiences, le Gouvernement a déposé un document.

6. A l'issue d'une délibération qui a eu lieu le 26 janvier, la Chambre a résolu, en vertu de l'article 50 du règlement, de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière.

Après avoir noté l'accord de l'agent du Gouvernement et l'avis, favorable, du délégué de la Commission et du conseil de Mme Sramek, la Cour a décidé le 27 mars que la procédure se poursuivrait sans réouverture des débats (article 26). ⁽²⁾

(2) O Tribunal pode afastar a aplicação do disposto no presente Título no exame de um caso particular, desde que haja anuência da Parte ou das Partes e ouvidos os delegados da Comissão e o requerente.
(Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 26.º).

7. Gouvernement et requérante ont produit un certain nombre de pièces et d'écrits, le premier les 6 février, 27 mars et 25 avril, la seconde les 1^{er} et 7 février puis le 28 mars. En outre, le Gouvernement a répondu le 27 mars à deux questions supplémentaires que le greffier lui avait communiquées sur les instructions du président.

FAITS

I. Les circonstances de l'espèce

8. La requérante, ressortissante des États-Unis, réside à Munich en République fédérale d'Allemagne.

Désireuse de construire une résidence de vacances dans un village du Tyrol autrichien, Hopfgarten, elle y prit contact avec des propriétaires d'un bien-fonds utilisé jusqu'alors pour l'agriculture; des agents de la commune lui prêtèrent assistance. Commencées en 1971, les négociations semblent avoir abouti en 1973 à un premier accord. Un an plus tard, Mme Sramek paya aux vendeurs la plus grande partie du prix convenu. Cependant, le contrat définitif ne fut établi que le 13 janvier 1977.

9. D'après l'article 3 de la loi tyrolienne de 1970 sur les transactions immobilières (*Grundverkehrsgesetz*), telle que l'a modifiée — entre autres — une loi du 28 novembre 1973, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1974 ("loi de 1970/1973"), le contrat ne pouvait déployer ses effets sans l'approbation de l'autorité locale compétente en la matière (*Grundverkehrsbehörde*); il comprenait d'ailleurs une clause en ce sens.

La loi de 1970/1973 s'applique aux terrains agricoles et forestiers ainsi qu'à tout terrain sur lequel un droit est acquis, autrichienne (article 1 par. 1 et 2).

10. Etablie auprès de l'administration du district (*Bezirkshauptmannschaft*) de Kitzbühel, l'autorité locale compétente pour Hopfgarten approuva le contrat le 7 mars 1977; sa décision (*Bescheid*) porte la date du 31.

11. Le 6 avril, le Contrôleur des transactions immobilières (*Landesgrundverkehrsreferent*, “le Contrôleur”, paragraphe 23 ci-dessous) auprès du Bureau du gouvernement (*Ami der Landesregierung*) du Tyrol, sis à Innsbruck, usa de son droit de recours (*Berufung*) à l’Autorité régionale (*Landesgrundverkehrsbehord*; article 13 par. 3 de la loi de 1970/1973 et paragraphes 22-23 ci-dessous). A son avis, le contrat allait à l’encontre de l’article 4 par. 2 de la loi de 1970/1973.

Aux termes de cette disposition, pareil contrat ne peut être approuvé dans le cas d’un acheteur étranger que

“su l’acquisition (*Rechtserwerb*) ne se heurte pas aux intérêts politiques (*staatspolitisch*), économiques, sociaux (*sozialpolitisch*) ou culturels; il y a pareil conflit (*Widerspruch*) notamment lorsque,

a) compte tenu de l’étendue de la propriété étrangère existance ou du nombre des propriétaires étrangers, la commune ou localité concernée connaît un risque de mainmise étrangère (*Uberfremdung*),

b) (...).”

Or Hopfgarten comptait déjà 110 propriétaires étrangers et il ressortait de la jurisprudence constance de l’Autorité régionale que cette commune figurait parmi celles où régnait un danger imminent de mainmise étrangère. Le contrat en cuse méconnaissait donc des intérêts sociaux et économiques au sens de la loi précitée.

La requérante reçut copie de l’appel mis ne répondit point par écrit.

12. Le Bureau du gouvernement du Tyrol comprenait un certain nombre de groupes dont chacun se composait de plusieurs divisions. En l’espèce, le Contrôleur dirigeait le groupe III; son secrétariat était assuré par l’une des sept divisions, la division III b. 2.

13. Le 3 juin 1977 se tint une audience de l’Autorité régionale des transactions immobilières auprès du Bureau du gouvernement du Tyrol.

Elle eut lieu à huis clos mais en présence des parties, à savoir le Contrôleur et Mme Sramek qui comparut en personne, sans l'assistance d'avocat.

En application de l'article 13 par. 4, n.º 1, de la loi de 1970/1973 (paragraphe 24 ci-dessous), l'Autorité siégea dans la composition suivante: le maire élu d'une commune du Tyrol, cultivateur ayant de l'expérience en matière de transactions immobilières, président; un conseiller à la cour d'appel d'Innsbruck; un fonctionnaire de la division III b 3 — une des sept divisions du groupe III — du Bureau du gouvernement, rapporteur; le chef du groupe III d; le directeur du service régional des forêts, chef du groupe III f; un agriculteur et un avocat.

La division III b. 3, à laquelle appartenait le rapporteur, servait de secrétariat.

14. Selon le procès-verbal des débats, le rapporteur exposa les faits et donna lecture des expertises et observations recueillies au cours de la procédure d'instruction; elles concernaient notamment le pourcentage des terrains de Hopfgarten se trouvant aux mains d'étrangers. Puis le Contrôleur invita l'Autorité à accueillir son appel: comme le risque d'une mainmise étrangère existait déjà à Hopfgarten, l'acquisition du terrain en cause eût été contraire aux intérêts politiques et sociaux.

La requérante affirma qu'elle avait signé le premier contrat (*Erstvertrag*), à présent introuvable, le 13 mars 1973. Dès le 23 janvier 1971, elle avait conclu un compromis d'achat (*Vertragsabsprachen*) et obtenu l'assurance que tout irait bien. Depuis lors, elle était venue plusieurs fois par an pour régler l'affaire. Son mari vivait avec la famille à Munich, où il travaillait, mais prendrait sa retraite sous peu. Elle-même se déclarait prête à demander la nationalité autrichienne. Leur permis de séjour en République fédérale était temporaire et elle ne désirait pas retourner aux États-Unis. Elle ajoutait qu'elle avait opéré un premier versement de 111.591 schillings. En conclusion, Mme Sramek réclamait l'approbation du contrat.

15. L'Autorité régionale accueillit l'appel le même jour: se fondant sur l'article 4 par. 2 a), précité, de la loi de 1970/1973, elle refusa d'approuver le transfert de propriété. Sa décision (*Bescheid*) porte la date du 16 juin 1977.

L'Autorité relevait d'abord que d'après une communication, non contestée lors de l'audience, de la commune de Hopfgarten, on dénom-

braït sur le territoire de celle-ci 110 propriétaires étrangers disposant de 5,6 ha de terrains. La localité comptait 4.800 habitants et 1.100 ménages, mais il ne s'agissait pas uniquement de propriétaires. La proportion de propriétaires non autrichiens dépassait déjà 10% et l'étendue de leurs domaines révélait des tendances à une mainmise étrangère.

L'Autorité rappelait ensuite que depuis des années elle refusait la cession de biens-fonds à des étrangers à Hopfgarten car elle y constatait la présence d'un tel risque. Elle devait avoir égard, notamment, aux effets de sa décision sur des tiers. L'expérience montrait que l'approbation d'un contrat conclu par un propriétaire avec un étranger entraînait un afflux d'autres étrangers désireux d'acquérir eux aussi des terrains dans la commune. Il en résultait de fortes augmentations de prix qui rendaient très difficile, voire impossible pour les autochtones de trouver où se loger eux-mêmes. Pour ces raisons et vu la rareté des terrains à bâtir au Tyrol, il fallait exercer en la matière un contrôle légal (*gesetzlich*) extrêmement rigoureux: ventes et achats ne pouvaient en principe être admis que s'ils correspondaient à l'intérêt de l'établissement ou du maintien d'une population agricole efficace (*leistungsfähig*) ou s'ils servaient à satisfaire les besoins internes en terrain (*inländischer Bodenbedarf*) pour toutes sortes de fins publiques ou sociales.

Or Mme Sramek destinait le terrain en question, au moins pour quelque temps, à l'édification d'une résidence de vacances. Pareille aspiration pouvait aisément être satisfaite par l'hôtellerie locale qui d'ailleurs perdait des clients potentiels à la suite de la construction de villas par des étrangers. En conséquence, le transfert de propriété souhaité portait atteinte aux intérêts économiques et sociaux et se heurtait ainsi, en particulier, à l'article 4 par. 2 a) de la loi de 1970/1973.

L'Autorité régionale rejetait enfin l'argument de la requérante selon lequel celle-ci avait conclu un contrat dès 1973, à une époque où les ressortissants américains jouissaient de l'égalité de traitement avec les Autrichiens en vertu d'un traité bilatéral de 1928. Elle soulignait pour commencer la nécessité de se fonder sur la situation de fait et de droit existant au moment où elle devait se prononcer. D'après elle, le traité de 1928 n'avait instauré aucune égalité entre les nationaux des deux Etats dans le domaine considéré. En l'occurrence, le transfert de propriété envisagé obéissait à l'article 1 par. 2 tel que le ministère des Affaires étrangères en avait précisé la portée par une note de 1973: la réglementation générale concernant les étrangers s'y appliquait. Même si cette interprétation n'eût pas été connue

à la date prétendue de la passation du premier contrat (13 mars 1973, paragraphe 14 ci-dessus) — *quod non*, ladite note remontant au début de l'année —, Mme Sramek n'aurait pu invoquer sa bonne foi: l'article 15 de la loi de 1970/1973 l'obligeait à solliciter l'approbation du contrat dans un délai de deux mois et la responsabilité de ne pas l'avoir fait pesait sur elle seule.

16. La requérante attaqua cette décision devant la Cour constitutionnelle (*Verfassungsgerichtshof*) le 22 août 1977. Alléguant une atteinte au droit à l'inviolabilité de la propriété et au droit à un procès devant le juge compétent d'après la loi (*gesetzlicher Richter*), elle s'appuyait sur les articles 5 de la loi fondamentale (*Staatsgrundgesetz*), 83 par. 2 de la Constitution fédérale (*Bundes-Verfassungsgesetz*) et 6 de la Convention.

Quant au premier grief, elle soutenait que l'Autorité régionale avait appliqué l'article 4 par. 2 a) de la loi de 1970/1973 de manière inconcevable (*denkunmöglich*) en adoptant une démarche contraire aux règles de la logique. Elle lui reprochait notamment d'avoir constaté un danger de mainmise étrangère à Hopfgarten sans disposer de documents précis, définir le risque en question ni examiner la situation réelle de la propriété immobilière à Hopfgarten.

Elle déniait en outre à l'Autorité régionale le caractère de "tribunal indépendant" au sens de l'article 6 de la Convention.

En conséquence, elle invitait la cour à annuler la décision attaquée ou, à titre subsidiaire, à renvoyer l'affaire à la Cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof*).

Mme Sramek compléta son recours le 9 mars 1978. Elle affirmait que son conseil n'avait pas eu la possibilité de consulter le procès-verbal des délibérations de l'Autorité régionale. Or elle avait appris que cette dernière n'avait pas statué dès le 3 juin 1977, aussitôt après la clôture des débats. Elle en déduisait que la décision litigieuse n'émanait pas du juge légalement compétent.

Elle demandait à la cour de donner à son avocat l'occasion de lire le procès-verbal susmentionné.

17. La Cour constitutionnelle rejeta le recours le 3 mars 1979 (*Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes*, 1979, vol. 44, n.º 8501).

Selon elle, l'Autorité régionale s'analysait bien en un "tribunal" au sens de l'article 6 de la Convention. Elle rendait des décisions que l'administration ne pouvait ni annuler ni modifier. Quant à ses membres — dont un magistrat —, ils jouissaient d'une indépendance égale à celle des juges. Non soumis à des instructions dans l'accomplissement de leurs fonctions, ils ne pouvaient être révoqués durant leur mandat de trois ans, sauf pour des motifs qui auraient interdit leur nomination ou en cas d'empêchement permanent à l'exercice de leurs responsabilités. La Cour conclut donc à l'absence de violation de l'article 6.

Elle n'accueillit pas non plus le second moyen de la requérante. Rappelant qu'elle avait déjà jugé en 1974, dans un autre litige, qu'il n'était pas inconcevable de constater un danger de mainmise étrangère à Hopfgarten, elle déclara ne pas avoir lieu de changer d'avis en l'espèce. Quant aux faits relevés par l'Autorité régionale, ils n'avaient pas prêté à controverse pendant la procédure administrative.

La Cour statua sans débats et à huis clos.

18. Avant même le prononcé de l'arrêt, le terrain en question fut vendu à un Autrichien qui, d'après le Gouvernement, l'a reconverti en pâturage. L'Autorité régionale avait estimé pouvoir examiner le nouveau contrat à condition de différer sa décision jusqu'au résultat de l'instance engagée devant la Cour constitutionnelle.

19. Le Gouvernement affirme que depuis une dizaine d'années l'Autorité régionale n'a donné son accord à aucune acquisition de propriété immobilière par un étranger à Hopfgarten. Il a produit une liste de treize refus se situant entre juillet 1973 et février 1983; la requérante l'estime trop peu détaillée pour être probante.

II. La législation pertinente

20. Selon l'article 15 de la Constitution fédérale, tel que l'interprète la Cour constitutionnelle, la réglementation des transactions immobilières

ressortit à la compétence des *Länder*. La plupart d'entre eux ont promulgué une législation qui soumet à l'approbation d'autorités particulières tout contrat concernant un terrain agricole ou forestier ainsi que, dans certains cas, des transactions immobilières conclues avec des étrangers.

21. Au Tyrol (paragraphe 9 ci-dessus), l'article 15 par. 1 de la loi de 1970/1973 oblige l'acheteur à demander pareille approbation dans les deux mois de la conclusion du contrat. L'inscription au registre foncier ne peut avoir lieu qu'une fois la transaction ratifiée par l'autorité compétente (article 1 par. 4). En cas de décision négative de celle-ci, l'acquisition se trouve frappée de nullité (article 16 par. 1).

22. L'autorité appelée à se prononcer en première instance est la *Höfekommission* ("Commission d'exploitation agricole") lorsqu'il s'agit d'un terrain agricole ou forestier, quelle que soit la nationalité de l'acheteur compte trois membres. Elle a pour président le chef de l'autorité administrative du district ou un fonctionnaire de cette autorité, nommé par lui et ayant une formation juridique (*rechtskundig*); à quoi s'ajoutent une personne désignée par la chambre d'agriculture du district et une autre, choisie par la commune concernée, qui travaille dans l'agriculture ou l'exploitation des forêts (article 9 de la loi tyrolienne du 12 juin 1900 sur le régime juridique des fermes; *Gesetz betreffend die besonderen Rechtsverhältnisse geschlossener Höfe*).

Les décisions de ladite commission se prennent à la majorité des voix (article 13 par. 2 de la loi de 1970/1973); peuvent les attaquer devant l'Autorité régionale (paragraphe 24 ci-dessus), par voie d'appel, notamment les parties au contrat et le Contrôleur (article 13 par. 3).

23. Nommé pour trois ans le gouvernement du Tyrol, ce dernier doit avoir de l'expérience en matière de transactions immobilières (article 14).

Une division du Bureau dudit gouvernement assure son secrétariat.

24. Si elle se trouve saisie, l'Autorité régionale des transactions immobilières établie auprès du Bureau statue en deuxième et dernière instance (article 13 par. 4). Sa composition varie d'après l'objet du contrat en

cause. Lorsqu'il s'agit d'un terrain agricole ou forestier — que l'acheteur soit Autrichien ou étranger — siègent avec droit de vote (article 13 par. 4, n.º 1):

- a) “une personne ayant de l'expérience en matière de transactions immobilières, en tant que président;
- b) un membre du corps judiciaire (*Richterstand*);
- c) un fonctionnaire du Bureau du gouvernement régional, juridiquement qualifié et compétent en matière de transactions immobilières, comme rapporteur;
- d) un haut fonctionnaire des services techniques agricoles (*technischer Agrardienst*) du Bureau du gouvernement régional;
- e) un haut fonctionnaire des services techniques forestiers (*forsttechnischer Dienst*);
- f) un expert agricole;
- g) un avocat ou un notaire.”

25. Cette disposition, introduite par la loi du 28 novembre 1973 (paragraphe 9 ci-dessus), a remplacé un texte que la Cour constitutionnelle avait jugé contraire à l'article 6 de la Convention telle que la Cour européenne l'a interprété dans son arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971 (série A n.º 13). Pour la Cour constitutionnelle, sous l'empire de la loi initiale de 1970 l'Autorité régionale ne pouvait être considérée comme un tribunal “indépendant et impartial”: parmi ses membres figurait l'un de ceux du gouvernement du Tyrol, qui la présidait (article 13 par. 1, n.º 1 a), ancienne version); en outre, la loi ne fixait pas la durée de leur mandat, confiait leur désignation audit gouvernement, sauf pour un magistrat nommé par le ministre fédéral de la Justice, et ne précisait pas non plus les conditions de leur révocation éventuelle (arrêt du 29 juin 1973, *Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes*, 1973, vol. 38, n.º 7099).

26. A la suite de cet arrêt, le législateur tyrolien a modifié, par la même loi du 28 novembre 1973, les clauses de l'article 13 relatives, notamment, à l'exercice du mandat de membre de l'Autorité régionale. Les paragraphes 5 à 13 se lisent ainsi:

“5. Le membre de l'Autorité appartenant au corps judiciaire (par. 4, n.º 1 b)) est nommé par le ministre fédéral de la Justice, les autres par le gouvernement régional. Pour chacun d'eux, il y a lieu de nommer dans les mêmes conditions le nombre nécessaire de suppléants.

6. Seuls peuvent être désignés comme membres suppléants les Autrichiens âgés de vingt-cinq ans au moins et jouissant de tous leurs droits. Ne peuvent l'être les personnes exclues des fonctions de juré ou d'échevin en raison d'une condamnation pénale.

7. Le mandat des membres et suppléants est de trois ans. Les membres et suppléants nommés au cours de la période générale de trois ans cessent leurs fonctions à l'expiration de celle-ci. Un nouveau mandat peut leur être confié. Ils continuent à s'acquitter de leurs fonctions après expiration de leur mandat jusqu'à la désignation de leurs remplaçants.

8. L'Autorité régionale des transactions immobilières siège valablement si le président, le membre appartenant au corps judiciaire, le rapporteur et deux autres membres au moins se trouvent présents. Les décisions se prennent à la majorité des voix. En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante. L'abstention compte pour un vote négatif.

9. Dans l'exercice de leurs fonctions, les membres de l'Autorité régionale ne sont soumis à aucune instruction; l'administration ne peut ni annuler ni modifier leurs décisions.

10. Les détails de la procédure devant les autorités des transactions immobilières (notamment convocation aux séances, appel aux suppléants, règles de votation, tenue des procès-verbaux et

signature des décisions) sont arrêtés par le gouvernement régional dans un règlement intérieur (*Geschäftsordnung*) desdites autorités.

11. S'ils ne sont pas fonctionnaires, les membres des autorités des transactions immobilières perçoivent pour leur travail une rémunération et une indemnité de déplacement dont un règlement du gouvernement régional fixe le montant.

12. Il y a lieu de relever un membre (suppléant) de ses fonctions, avant l'expiration de son mandat,

a) si surviennent des circonstances qui auraient fait obstacle à sa nomination;

b) s'il apparaît un empêchement permanent à l'exercice régulier de ses fonctions.

13. Tout fonctionnaire d'une collectivité "territoriale" (*Gebietskörperschaft*) suspendu conformément aux prescriptions régissant son poste, cesse d'exercer, pendant la durée de la suspension, ses fonctions de membre (suppléant) de l'autorité des transactions immobilières".

Le paragraphe 9 précité correspond à l'article 20 par. 2 de la Constitution, aux termes duquel

"Si la loi fédérale ou la loi d'un *Land* prévoit, pour la décision de dernière instance, une autorité collégiale où siège au moins un magistrat et dont l'administration ne peut ni annuler ni modifier les décisions, les autres membres de ladite autorité ne sont pas non plus soumis à des instructions".

L'article 20 par. 3 de la Constitution fédérale oblige les membres de l'Autorité régionale à conserver le secret des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions si l'intérêt d'une collectivité "territoriale" ou des parties l'exige (*Amtsverschwiegenheit*).

27. La procédure devant les autorités des transactions immobilières se trouve régie par la loi générale de 1950 sur la procédure administrative (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*).

Les parties ont le droit de consulter le dossier (article 17) et doivent avoir l'occasion d'exposer leur thèse (article 37). L'autorité compétente peut décider de tenir une audience (article 39 par 2), laquelle ne se déroule pas en public; les parties ont le droit d'être entendues (*rechtliches Gehör*) et notamment d'invoquer leurs arguments ou moyens de preuve ainsi que de s'exprimer sur les faits et conclusions présentés par d'autres comparants, des témoins ou des experts (article 43 par. 3).

Dans certaines hypothèses pouvant jeter un doute sur son impartialité, le fonctionnaire concerné doit se faire remplacer (article 7).

28. Par un arrêté (*Verordnung*) du 13 septembre 1966, le gouvernement du Tyrol a promulgué un règlement intérieur pour les autorités des transaction immobilières.

Aux termes de l'article 3 par. 1, celles-ci délibèrent et votent en l'absence des parties, le cas échéant à l'issue de débats. Leurs délibérations sont consignées dans un procès-verbal auquel ne s'étend pas le droit à la consultation du dossier (*Akteneinsicht*), garanti par l'article 17 de la loi générale de 1950 sur la procédure administrative (article 3 par. 3). Leurs résolutions (*Beschlüsse*) doivent être prises en note, mais restent sujettes à modification tant qu'elles demeurent non publiques (*nicht nach aussen in Erscheinung getreten*) (article 3 par. 4). Quant à leurs décisions (*Bescheide*), établies sur la base de ces résolutions (article 4 par. 1), elles les rendent par écrit mais en cas d'urgence, le président peut les prononcer oralement (article 4 par. 2).

Devant l'autorité régionale des transactions immobilières, le rapporteur, après avoir relaté et discuté les résultats de l'instruction (*Ermittlungsverfahren*), formule des conclusions (*Antrag*); ceux qui veulent en proposer d'autres (*Gegen- oder Abänderungsanträge*), doivent les motiver (article 9 par 2). Le président fixe l'ordre dans lequel a lieu le vote sur les conclusions (article 9 par. 3).

29. Les décisions d'une autorité régionale peuvent être attaquées devant la Cour constitutionnelle, mais non devant la Cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof*, articles 133 par. 4 et 144 de la Constitution fédérale).

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

30. Dans sa requête du 19 septembre 1979 à la Commission (n.º 8790/79), Mme Sramek alléguait que sa cause n'avait pas été entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi; elle se fondait sur l'article 6 par. 1 de la Convention.

31. La Commission a retenu la requête le 4 mars 1982. Dans son rapport du 8 décembre 1982 (article 31), elle aboutit par onze voix contre une à la conclusion qu'il y a eu violation de l'article 6 par. 1.

Le texte intégral de son avis et de l'opinion séparée dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt*.

CONCLUSIONS PRESENTEES PAR LE GOUVERNEMENT

32. A l'issue des audiences du 24 janvier 1984, le Gouvernement a invité la Cour à "dire que l'article 6 par. 1 de la Convention (...) n'a pas été violé en l'espèce et que par conséquent les faits de la cause ne révèlent aucun manquement de la République d'Autriche aux obligations qui lui incombent en vertu de la Convention".

* *Note du greffier*: Pour des raisons d'ordre technique, il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume n.º 84 de la série A des publications de la Cour).

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 6 PAR. 1

33. L'article 6 par. 1 de la Convention se lit ainsi:

“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice”.

Selon la requérante, l'Autorité régionale ne constituait par un “tribunal indépendant et impartial”; en outre, elle n'aurait pas entendu la cause “équitablement” et “publiquement”. Le Gouvernement combat cette thèse dans son ensemble; la Commission, elle, y souscrit quant au défaut d'indépendance et d'impartialité.

A. Sur l'applicabilité de l'article 6 par. 1.

34. Ayant acheté un terrain, Mme Sramek avait droit à l'approbation du contrat de vente si, comme elle l'affirmait, ce dernier remplissait les conditions prévues par la loi. Une décision négative en la matière devait avoir — et a eu — pour effet de frapper la transaction de nullité. Partant,

l'issue de la procédure litigieuse était "déterminante pour des droits et obligations de caractère privé" (arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971, série A n.º 13, p. 39, par. 94) ⁽³⁾, de sorte que l'article 6 par. 1 s'appliquait en l'espèce; le Gouvernement l'admet du reste.

35. Trois organes ont connu du cas de l'intéressée: l'autorité de district compétente pour Hopfgarten, puis l'Autorité régionale et enfin la Cour constitutionnelle.

La première n'entre pas ici en ligne de compte: elle avait donné son agrément au contrat et la requérante ne soulève à son sujet aucun grief.

Quant à la Cour constitutionnelle, il ne lui incombait pas de statuer sur le fond même de la contestation, mais seulement sur la compatibilité de la décision de l'Autorité régionale avec les lois constitutionnelles (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Buchholz du 6 mai 1981, série A n.º 42, p. 15, par. 48) ⁽⁴⁾.

Reste à savoir si l'Autorité régionale répondait au exigences de l'article 6 par. 1.

B. Sur l'observation de l'article 6 par. 1

1. "Tribunal (...) établi par la loi"

36. D'après le droit autrichien, l'Autorité régionale ne figure point parmi les juridictions de l'Etat défendeur. Aux fins de l'article 6 par. 1, elle s'analyse néanmoins en un "tribunal" au sens matériel du terme: il lui appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence (paragraphe

⁽³⁾ Publicado in Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 14, pag. 839 e sumariado, sob n.º 14, in Documentação e Direito Comparado, 4, pag. 274

⁽⁴⁾ Publicado in Annuaire, 24, pag. 431 e sumariado, sob n.º 44, in Documentação e Direito Comparado, 11, pag. 53.

71 du rapport de la Commission et, *mutatis mutandis*, arrêt Campbell et Fell du 28 juin 1984, série A n.º 80, p. 39, par. 76).

Il s'agit en outre d'un tribunal "établi par la loi", à savoir la loi de 1970/1973.

2. Tribunal "indépendant et impartial"

37. Encore faut-il que l'Autorité régionale présente l'indépendance et l'impartialité voulues par l'article 6 par. 1.

Selon Mme Sramek, il n'en est pas ainsi en raison, notamment, du mode de nomination des membres de l'Autorité et de la composition de celle-ci; de la situation du Contrôleur — représentant du gouvernement du *Land*, partie en cause — par rapport aux membres fonctionnaires; de la brièveté du mandat des membres (trois ans); de la triple circonstance que l'Autorité a son siège au Bureau dudit gouvernement, lequel en promulgue le règlement et en rémunère les membres.

Le Gouvernement compare l'Autorité régionale tyrolienne avec la Commission régionale des transactions immobilières de Haute-Autriche. L'indépendance de la première se révélerait encore plus étendue que celle — reconnue par la Cour dans son arrêt Ringeisen précité (série A n.º 13, p. 39, par. 95) — de la seconde. Elle ressortirait: de la composition de l'Autorité; de la durée du mandat de ses membres; de l'impossibilité de les révoquer, sauf pour des motifs fixés par la loi; des normes interdisant expressément de leur donner des instructions; de l'absence de "lien fonctionnel et organique" entre le Contrôleur et les membres fonctionnaires.

Pour la Commission, le présent litige soulève plus de problèmes de principe que l'affaire Ringeisen. Quelques-uns des éléments invoqués par le Gouvernement ne manqueraient pas de pertinence, mais ils n'assureraient pas pour autant une indépendance et une impartialité complètes des membres de l'Autorité régionale. Spécialement, la composition de cette dernière et la situation du Contrôleur à l'égard du rapporteur empêcheraient de la considérer comme suffisamment indépendante de l'exécutif et de la partie appelante.

38. Aux yeux de la Cour, la loi tyrolienne, modifiée à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle (paragraphe 25-26 ci-dessus), répond aux exigences de l'article 6 en ce qui concerne la durée du mandat des membres de l'Autorité régionale et la possibilité — limitée — de les révoquer. De son côté, la procédure applicable en vertu de la loi générale de 1950 sur la procédure administrative revêt un caractère contradictoire (paragraphe 27 ci-dessus). Si la nomination des membres — sauf le magistrat — incombe au gouvernement du *Land*, cela ne suffit pas non plus pour jeter un doute sur leur indépendance et leur impartialité: ils sont désignés pour siéger à titre individuel et la loi interdit aux pouvoirs publics de leur donner des instructions (paragraphe 26 ci-dessus).

39. Quant à la composition du "tribunal", l'Autorité régionale comprenait un cultivateur, maire élu au suffrage universel d'une commune du Tyrol, qui présidait, un conseiller à la cour d'appel d'Innsbruck, un autre cultivateur en tant qu'expert agricole, un avocat et trois fonctionnaires du Bureau du gouvernement du *Land*, dont le rapporteur (paragraphe 13 et 24 ci-dessus).

40. L'indépendance et l'impartialité du magistrat ne prêtent pas à discussion; il en va de même de celles de l'expert agricole. Quant à l'avocat, la requérante a souligné qu'il aurait pu à l'occasion recevoir des instructions du gouvernement du *Land* s'il s'était vu charger de le défendre en justice, mais même dans cette hypothèse — qui n'entre pas en ligne de compte car elle ne paraît pas s'être réalisée en l'espèce — son impartialité ne saurait pour ce seul motif être contestée.

La qualité de maire de la personne appelée à présider l'Autorité régionale, à raison de son expérience en matière de transactions immobilières, ne soulève pas non plus de problèmes. Certes, les communes d'Autriche exercent leurs attributions — propres ou déléguées — sous le contrôle du *Land* ou de la Fédération (articles 119 et 119 a) de la Constitution, paragraphe 77 *in fine* du rapport de la Commission), mais on ne saurait conclure pour autant à un état de dépendance de leurs maires dans les domaines qui, comme ici, trouvent en dehors desdites attributions.

41. Restent les trois fonctionnaires du Bureau du gouvernement du *Land* que l'Autorité régionale comprenait, et devait comprendre, aux termes de la loi de 1970/1973 (paragraphe 24 ci-dessus).

Pour apprécier leur situation, il y a lieu de rappeler que l'arrêt Ringeisen précité a jugé compatible avec la Convention la présence de fonctionnaires au sein de la Commission régionale de Haute-Autriche (série A n.º 13, pp. 39-40, par 95-97). De plus, dans ce type de procédure la loi empêche le gouvernement tyrolien d'adresser à ses fonctionnaires des instructions relatives à l'accomplissement de leurs tâches juridictionnelles.

Cependant, la présente cause se distingue de l'affaire Ringeisen en ce que le gouvernement du *Land*, représenté par le Contrôleur, avait acquis la qualité de partie en attaquant devant l'Autorité régionale la décision de première instance favorable à Mme Sramek, et que l'un des trois fonctionnaires concernés avait pour supérieur hiérarchique le Contrôleur (paragraphe 12 ci-dessus). Ledit fonctionnaire occupait un poste clé au sein de l'autorité; en tant que rapporteur, il avait à exposer en commenter les résultats de l'instruction puis à formuler des conclusions; son service — la division III b. 3 — assurait le secrétariat (paragraphe 13 *in fine*, 14 et 28 *in fine* ci-dessus).

Comme le relève de Gouvernement, le Contrôleur ne pouvait profiter de sa position hiérarchique pour donner au rapporteur des consignes à observer dans le traitement des affaires (paragraphe 26 ci-dessus), et rien n'indique qu'il en ait été ainsi en l'espèce.

42. Néanmoins, la Cour ne saurait se borner à apprécier les conséquences que la subordination du rapporteur au Contrôleur ont pu avoir en fait. Pour décider si un tribunal peut passer pour indépendant comme l'exige l'article 6, les apparences peuvent revêtir elles aussi de l'importance (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Campbell et Fell du 28 juin 1984, série A n.º 80, pp. 39-40, par. 78, et l'arrêt Piersack du 1^{er} octobre 1982, série A n.º 53, pp. 14-15, par. 30) ⁽⁵⁾.

Dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant — comme en l'espèce — dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Piersack précité, série A n.º 53, pp. 14-15, par. 30).

Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1.

(5) Publicado in Documentação e Direito Comparado, 11, pag. 75.

3. Procès équitable et public

43. La requérante prétend en outre que sa cause n'a pas été entendue équitablement et se plaint du caractère non public de la procédure.

La conclusion figurant au paragraphe précédent dispense la Cour de se prononcer sur ces griefs (paragraphe 83 du rapport de la Commission et, *mutatis mutandis*, arrêt Piersack précité, p. 16, par. 33).

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50

44. Aux termes de l'article 50 de la Convention,

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

45. La requérante réclame, pour dommage matériel, une indemnité qu'elle chiffre provisoirement à 1.000.000 schillings. Pour acheter aujourd'hui un terrain semblable, affirme-t-elle, elle devrait dépenser 1.200.000 schillings contre 120.000 à l'époque; eu égard aux intérêts que la seconde de ces sommes lui eût rapportés dans l'intervalle, elle aurait subi une perte d'un million de schillings. D'autre part, ajoute-t-elle, la construction de la résidence à laquelle elle songeait lui coûterait à l'heure actuelle 490.000 schillings de plus que jadis et l'impossibilité de la mener à bien lui aurait

causé un manque à gagner de 500.00 schillings au bas mot. Elle ne revendique pourtant pas ces deux derniers montants dans l'immédiat.

Mme Sramek demande de surcroît le remboursement de 100.000 schillings pour frais de procédure devant les institutions autrichiennes — notamment les autorités de transactions immobilières du Tyrol, le ministère des Affaires étrangères et la Cour constitutionnelle — puis devant les organes de Strasbourg; il s'agirait d'une évaluation inférieure à la réalité.

Le Gouvernement soutient en substance que la requérante n'a souffert aucun préjudice matériel; il ne se prononce pas sur les prétentions concernant les frais de procédure. La Commission, elle, ne prend pas du tout position.

46. La Cour considère que la question se trouve en état (article 53 par. 1, première phrase, du règlement).

Quant au dommage matériel, la seule base des demandes de Mme Sramek consiste dans l'idée que l'Autorité régionale eût approuvé le contrat de vente si elle avait constitué un "tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 par. 1. Or les éléments du dossier ne permettent pas de conclure que cette dernière eût, dans une composition différente, pris une décision favorable à l'intéressée et il n'appartient pas à la Cour de rechercher si selon de droit autrichien ladite Autorité aurait dû rendre une telle décision. Les allégations de la requérante relatives à un préjudice matériel ne peuvent donc être accueillies.

En revanche, la Cour fait droit aux prétentions, non contestées par le Gouvernement, qui ont trait aux frais de procédure: elle n'a aucun motif de douter qu'elles répondent aux critères se dégageant de sa jurisprudence en ce domaine (voir notamment, *mutatis mutandis*, l'arrêt Zimmermann et Steiner du 13 juillet 1983, série A n.º 66, pp. 14-15, par 36 et 38).

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, par treize voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 6 par. 1;

2. *Dit*, à l'unanimité, que l'Etat défendeur doit verser à la requérante cent mille (100.000) schillings pour frais et dépens;
3. *Rejette*, par quatorze voix contre une, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, de 22 octobre 1984.

Le Président

Gérard WIARDA

Le Greffier

Marc-André EISSEN

Se trouve joint au présent arrêt, conformément aux articles 51 par. 2 de la Convention et 52 par. 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion concordante de MM. Ganshof van der Meersch et Evrigenis;
- opinion dissidente de M. García de Enterría;
- opinion dissidente de Sir Vincent Evans et M. Gersing.

G. W.

M. -A.E.

OPINION CONCORDANTE DE MM. LES JUGES GANSHOF VAN DER MEERSCH ET EVRIGENIS

Nous avons voté avec la majorité de nos collègues pour la violation de l'article 6 par. 1 de la Convention et nous souscrivons aux motifs ayant trait à la situation du rapporteur de l'Autorité régionale (arrêt, par. 41 et 42). Nous estimons cependant, que la violation de cette disposition, pour ce qui est des exigences de l'indépendance et de l'impartialité de l'Autorité régionale en tant que tribunal, au sens de l'article 6 de la Convention, doit être cumulativement fondée sur la présence en son sein de trois fonctionnaires appartenant aux services gouvernementaux du *Land* compétents en matière immobilière, agricole et forestière. Ces services étant responsables pour la définition et la mise en oeuvre de la politique gouvernementale dans le domaine auquel ressortit le cas litigieux, il serait difficilement compatible avec les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaire de confier à des agents de ces mêmes services la tâche de trancher les litiges dans lesquels le Gouvernement est partie et sa politique mise en cause. Il serait, à notre sens, inconsideré d'exiger des personnes faisant partie d'un appareil responsable pour la mise sur pied d'une politique de s'ériger par la suite, dans des conditions de conflit de responsabilités publiques, en juges indépendants et impartiaux du recours d'un justiciable contestant le bien-fondé en droit de l'application de cette politique à son égard. Ces circonstances révèlent une absence institutionnelle d'indépendance et d'impartialité. La généralisation d'une telle solution à l'ensemble du domaine couvert par l'article 6 ne pourrait qu'avoir des conséquences particulièrement négatives pour les garanties dont est entouré, en vertu de la Convention, le procès tant civil que pénal.

Il ne faudrait pas, d'ailleurs, perdre de vue que la place réservée à ces trois fonctionnaires au sein de l'Autorité régionale se trouve renforcée par une série d'autres facteurs: l'un de ces fonctionnaires se voit assumer, en vertu de la loi, la tâche de rapporteur de l'Autorité régionale et le rapport qu'il est appelé à présenter ne doit pas être obligatoirement motivé (arrêt, par. 28); les votes de ces trois fonctionnaires auraient pu, le cas échéant, suffire pour la prise d'une décision (arrêt, par. 26); les règles de droit matériel applicables en l'espèce (arrêt, par. 11) sont des clauses très générales et à forte connotation politique laissant une grande latitude aux organes chargés de leur application. Ces aspects particuliers du régime juridique en question, ajoutés au facteur numérique, assurent une position prépondérante aux trois fonctionnaires membres de l'Autorité régionale.

Enfin, la forte présence de fonctionnaires appartenant aux services gouvernementaux dont la politique est mise en cause dans les litiges tels que celui du cas d'espèce, permet de distinguer clairement la présente affaire de l'affaire Ringeisen (arrêt du 16 juillet 1971, surtout par. 97) où la Cour n'a pas été placée devant une hypothèse identique ou même similaire.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE GARCIA DE ENTERRIA

Mon désaccord avec la majorité, que je regrette, porte sur la dernière conclusion de l'arrêt, qui rejette (sauf pour les frais et dépens) la demande d'indemnité présentée par la requérante en vertu de l'article 50 de la Convention.

La Cour n'a pas admis la thèse que Mme Sramek a développée à ce sujet. Je considère moi aussi comme sans fondement le raisonnement et l'évaluation du dommage adoptés par l'intéressée (dans le sens qu'un tribunal régulièrement constitué aurait certainement permis l'acquisition du terrain qu'elle prétendait acheter), mais je n'estime pas pour autant qu'il aurait été inopportun d'allouer une "satisfaction équitable".

Depuis de moment où l'Autorité régionale lui a refusé l'autorisation sollicitée jusqu'à celui où l'exécution du présent arrêt entraînera la constitution d'un "tribunal" conforme à la Convention, la requérante se sera vue privée d'un droit fondamental: le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement. L'exécution de l'arrêt devra donc lui restituer ce droit, mais la Cour ne peut préjuger de l'issue qu'aurait l'exercice de ce dernier. Le droit à un procès équitable tend précisément au déroulement régulier du procès, mais ne garantit naturellement aucun résultat concret quant au fond de l'affaire.

L'éventualité d'une issue favorable du procès ne peut évidemment pas fonder un droit à indemnité, mais on ne peut non plus jouer avec cette éventualité pour rejeter ledit droit. Le préjudice souffert par la requérante consiste en ce qu'elle a été privée du droit formel à un procès régulier pendant une longue période. La Cour a estimé que ce genre de dommage

pouvait donner lieu à une indemnisation dans certaines affaires relatives à la durée excessive de procédures civiles (voir notamment les arrêts König du 10 mars 1980, série A n.º 36, pp. 16-17, par. 19, ⁽⁶⁾ et Guincho du 10 juillet 1984, série A n.º 81, p. 18, par. 44). Or en l'espèce, il y a bien eu retard.

La Cour n'aurait pas excédé les bornes de sa compétence si elle avait octroyé à Mme Sramek une indemnité pour ce dommage réel et vérifiable, dès lors qu'elle n'aurait pas dépassé le montant réclamé. C'est ainsi, à mon avis, qu'il aurait fallu agir en l'espèce, en accordant à la requérante une somme forfaitaire, que j'estime superflu de chiffrer.

⁽⁶⁾ Publicado in Documentação e Direito Comparado, 2, pag. 373.

**OPINION DISSIDENTE
DE SIR VINCENT EVANS
ET DE M. GERSING, JUGES**

(traduction provisoire)

1. Nous regrettons de ne pouvoir partager l'opinion de la majorité de la Cour qui conclut à la violation de la Convention en l'espèce. Selon nous, la présente cause ne se distingue pas assez de l'affaire Ringeisen (série A n.º 13) pour qu'il nous semble justifié de parvenir à une décision différente sur le point de savoir si l'Autorité régionale des transactions immobilières constituait un tribunal indépendant et impartial comme l'exige l'article 6 par. 1.

2. Au paragraphe 41 de l'arrêt, la Cour relève d'abord que le Contrôleur des transactions immobilières représentait le gouvernement du *Land* qui avait acquis ainsi la qualité de partie à la procédure d'appel. Dans le régime de la Haute-Autriche (que la Cour a examiné dans l'arrêt Ringeisen), la chambre régionale d'agriculture jouit du droit d'interjeter appel (article 20 par. 3 de la loi de 1954 relative à l'approbation des transactions foncières agricoles et forestières, modifiée par une loi du 1^{er} juillet 1960). Le gouvernement autrichien a soutenu à l'audience — et le requérant ne l'a pas contredit — que la chambre est un organe créé en vertu du droit public et qu'on peut d'une certaine manière la considérer comme une partie de l'administration. En tout cas, on peut supposer qu'en Haute-Autriche comme au Tyrol des représentants de l'intérêt public ont un droit d'appel. Partant, la différence entre les deux régimes à cet égard semble essentiellement formelle.

Deuxième argument de la majorité: en tant que chef du groupe III du gouvernement provincial du Tyrol, le Contrôleur était le supérieur hiérarchique du rapporteur, affecté à la division III b3 qui assurait aussi le secré-

tariat de l'Autorité régionale. Cependant, l'article 13 par. 9 de la loi tyrolienne de 1970/1973 sur les transactions immobilières précise que dans l'accomplissement de leurs tâches, les membres de ladite Autorité ne peuvent recevoir de consignes; il correspond à l'article 20 par. 2 de la constitution autrichienne elle-même (paragraphe 26 de l'arrêt). En outre, rien n'indique que le Contrôleur des transactions, contrairement à ces dispositions législatives et constitutionnelles, ait abusé de sa situation pour influencer le rapporteur dans l'affaire de Mme Sramek. La majorité estime néanmoins que l'existence même d'une telle éventualité suffit à établir une violation de l'article 6 par. 1.

A nos yeux, les éléments suivants devraient aussi entrer en ligne de compte. Comme le Gouvernement l'a expliqué en réponse à une question de la Cour, le Contrôleur, même à titre de chef du groupe III, n'avait pas le pouvoir d'intervenir dans l'adoption d'une décision ressortissant à la compétence de la division à laquelle appartenait le rapporteur. En outre, ce dernier n'était que l'un des sept membres de l'Autorité régionale — ou l'un des cinq constituant le quorum. Deux autres membres étaient des fonctionnaires du gouvernement du *Land* et ils auraient pu, en théorie, former une majorité avec le rapporteur si la décision avait été prise par un quorum de cinq membres; ils n'avaient cependant pas de relation hiérarchique avec le Contrôleur et, comme le note la majorité, dans son arrêt Ringeisen la Cour a jugé compatible avec la Convention la présence de fonctionnaires au sein de l'Autorité.

Selon nous, l'affaire Piersack, mentionnée au paragraphe 42 de l'arrêt de la Cour, se présentait sous un jour tout différent. En l'occurrence, le président de la Cour d'assises devant laquelle s'était déroulée l'instance avait été chef de la section du parquet responsable des poursuites intentées contre M. Piersack; de plus, en tant que supérieur hiérarchique du substitut chargé du dossier il avait qualité pour intervenir dans lesdites poursuites (Série A n.º 53, pp. 15-16, par. 31). En l'espèce au contraire, le Contrôleur n'avait en droit aucune possibilité d'imposer ses vues au rapporteur.

3. Pour ces raisons, nous ne pouvons souscrire à la conclusion selon laquelle l'Autorité régionale n'offrait pas des garanties suffisantes d'indépendance.

4. Rien dans le compte rendu des audiences ni dans les autres faits présentés à la Cour n'indique que la requérante n'ait pas bénéficié d'un

procès équitable; quant à la publicité, nous approuvons le raisonnement de la Cour dans l'affaire Ringelsen: la réserve que l'Autriche a émise à cet égard en ratifiant la Convention couvre *a fortiori* l'instance devant l'Autorité régionale.

5. En conclusion, nous n'estimons pas qu'il y ait eu violation de l'article 6 par. 1 en l'espèce.

COMITÉ DE MINISTROS

O Comité de Ministros cumpre as atribuições que lhe confere o art.º 54.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem logo que recebidas informações esclarecedoras das medidas tomadas pelo Estado demandado para que as violações constatadas se não repitam e uma vez satisfeita a reparação atribuída pelo Tribunal ao requerente.

P.F.

RÉSOLUTION (77) 10

RELATIVE AUX ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME DU 8 JUIIN 1976 ET DU 23 NOVEMBRE 1976 DANS L'“AFFAIRE ENGEL ET AUTRES”

*(adoptée par le Comité des Ministres de 20 avril 1977,
lors de la 268.^e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres,

Vu l'article 54 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée “la convention”);

Vu les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme rendus les 8 juin 1976 et 23 novembre 1976 dans l'"affaire Engel et autres" et qui ont été transmis aux mêmes dates au Comité des Ministres; (1)

Rappelant que la Commission européenne des Droits de l'Homme avait été saisie en 1971, en vertu de l'article 25 de la convention, de cinq requêtes présentées par cinq ressortissants néerlandais contre le Royaume des Pays-Bas;

Rappelant que cette affaire a été portée le 8 octobre 1974 devant la Cour européenne des Droits de l'Homme par la Commission européenne des Droits de l'Homme et le 17 décembre 1974 par le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas, conformément à l'article 48 de la convention;

Considérant que la Cour dans son arrêt du 8 juin 1976:

1. Dit, à l'unanimité, que l'article 5 ne s'appliquait pas aux arrêts simples de deux requérants;

2. dit, par douze voix contre une, qu'il ne s'appliquait pas davantage aux arrêts aggravés d'un requérant, ni aux arrêts aggravés transitoires de deux autres requérants;

3. Dit, par onze voix contre deux, que l'affectation de deux requérants à une unité disciplinaire n'a pas violé l'article 5, paragraphe 1;

4. Dit, par neuf voix contre quatre, que les arrêts provisoires de rigueur d'un requérant ont violé l'article 5, paragraphe 1, pendant toute leur durée, car ils ne trouvaient de justification dans aucun des alinéas de ce texte;

(1) Publicado in Anuaire de la Covention Européenne des Droits de l'Homme, XIX, respectivamente, pag. 191 E 501 e sumariados nos 22.º e 25.º in Documentação e Direito Comparado, 7, pags. 248 e 249.

5. Dit, par dix voix contre trois, qu'ils ont violé, d'autre part, l'article 5, paragraphe 1, en tant qu'ils ont dépassé de délai de 24 heures prescrit par l'article 45 de la loi néerlandaise du 27 avril 1903 sur la discipline militaire;

6. Dit, à l'unanimité, que l'affectation de deux requérants à une unité disciplinaire et les arrêts provisoires d'un autre requérant n'ont pas violé les articles 5, paragraphe 1, et 14 combinés;

7. Dit, par douze voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5, paragraphe 4, quanto à l'affectation de deux requérants à une unité disciplinaire;

8. Dit, par onze voix contre deux, que l'article 6 ne s'appliquait pas à un requérant au titre des mots "accusation en matière pénale";

9. Dit, à l'unanimité, qu'il ne s'appliquait pas davantage à ce requérant au titre des mots "droits et obligations de caractère civil";

10. Dit, à l'unanimité, qu'il ne s'appliquait pas non plus à un autre requérant;

11. Dit, par onze voix contre deux, qu'il y a eu violation de l'article 6, paragraphe 1, dans le cas de trois requérants en tant que les débats de la Haute Cour militaire se sont déroulés à huis clos;

12. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6, paragraphe 2, dans le cas de deux requérants;

13. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6, paragraphe 3.b), dans le cas de trois requérants;

14. Dit, par neuf voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6, paragraphe 3.c), dans le cas de ces trois requérants;

15. Dit, par neuf voix contre quatre, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6, paragraphe 3.d), dans le cas d'un requérant;

16. Dit, par douze voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6, paragraphe 3.d), dans le cas de deux requérants;

17. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'articles 6 et 14 combinés dans le cas de trois requérants;

18. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le grief tiré par deux requérants de la violation alléguée des articles 6 et 18 combinés;

19. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10, considéré isolément ou combiné avec les articles 14, 17 ou 18, dans le cas de deux requérants;

20. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 11, dans le cas de deux requérants;

21. Dit, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 ne se pose pas pour un requérant, ni pour ceux des griefs de quatre autres requérants de la Cour a ainsi écartés;

22. Dit, par douze voix contre une, qu'elle n'est pas encore en état quant aux violations constatées dans le cas d'un requérant et dans celui de trois autres requérants;

Considérant que, dans son arrêt du 23 novembre 1976 relatif à l'article 50 de la Convention, la Cour a dit à l'unanimité que le Royaume des Pays-Bas doit verser à un requérant un montant de 100 florins néerlandais, et que le point 11 du dispositif de son arrêt du 8 juin 1976 constitue pour trois requérants une satisfaction équitable suffisant au sens de l'article 50;

Vu les "Règles relatives à l'application de l'article 54 de la convention";

Ayant invité le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas à l'informer des mesures prises à la suite de ces arrêts, eu égard à l'obligation de s'y conformer selon l'article 53 de la convention;

Considérant que, lors de l'examen de cette affaire par le Comité des Ministres, le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas a donné à celui-ci des informations résumées dans l'annexe à la présente résolution, sur certaines mesures prises à la suite de ces arrêts;

Ayant pris connaissance de ces informations et s'étant assuré que ce Gouvernement a accordé la satisfaction équitable prévue dans l'arrêt de la Cour du 23 novembre 1976,

Déclare qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 54 de la convention dans la présente affaire.

ANNEXE À LA RÉSOLUTION (77) 10

Informations fournies par le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas lors de l'examen de l'"affaire Engel et autres" par le Comité des Ministres

Par son arrêt du 8 juin 1976 dans l'"affaire Engel et autres", la Cour européenne des Droits de l'Homme a reconnu que, dans le cas d'un requérant, les arrêts provisoires de rigueur constituaient une violation de l'article 5, paragraphe 1, de la convention et que, dans les cas de trois autres requérants, il y a eu violation de l'article 6, paragraphe 1, de ladite convention, étant donné que la Haute Cour militaire avait entendu leur cause à huis clos.

Ces affaires ont été jugées aux Pays-Bas au cours des années 1970 et 1971. Depuis la modification législative intervenue le 1.^{er} novembre 1974, la législation néerlandaise relative à la discipline militaire ne prévoit plus, comme la Cour européenne l'a d'ailleurs constaté dans les paragraphes 13, 24, 63 et 64 de son arrêt, de peines qui, selon les critères indiqués par la Cour même, peuvent être considérées comme privation de liberté au sens de l'article 5 ni d'autres peines de nature telle que la procédure dans le cadre de laquelle elles peuvent être infligées puisse être considérée comme poursuites pénales selon l'interprétation de ce terme par la Cour. Les arrêts provisoires, les arrêts de rigueur et l'affectation à une unité disciplinaire ont été supprimés par cette modification de la loi.

Aux termes de la législation actuellement en vigueur, des violations des articles 5 et 6 de la convention, telles qu'elles ont été constatées par la Cour, sont par conséquent exclues. Partant, le Gouvernement néerlandais n'estime pas nécessaire de prendre d'autres mesures législatives.

Dans une lettre adressée à tous les ministres du Gouvernement, le ministre de la Justice attire l'attention de ses collègues sur la teneur de l'arrêt de la Cour, en les priant d'en tenir compte lors de l'élaboration de nouvelles réglementations en matière disciplinaire.

Conformément à l'arrêt de la Cour du 23 novembre 1976 concernant l'application de l'article 50 de la convention européenne dans l'affaire en question, un montant de 100 florins néerlandais a été versé à l'avocat du requérant intéressé.

**CONVENÇÃO INTERAMERICANA
DOS DIREITOS DO HOMEM**

(PACTO DE S.JOSÉ DA COSTA RICA)

TRIBUNAL INTERAMERICANO DOS DIREITOS DO HOMEM

CONSULTA OC-2/82

- I. O Tribunal interamericano dos direitos do Homem é competente para interpretar todas as disposições da Convenção Americana sobre Direitos do Homem, nomeadamente as referentes à sua entrada em vigor.
- II. A Comissão interamericana dos Direitos do Homem tem legitimidade para formular consultas ao Tribunal sobre a entrada em vigor da Convenção.
- III. O objecto e fim da Convenção Americana dos Direitos do Homem não é a troca recíproca de direitos e obrigações entre um número limitado de Estados, mas a *protecção de todos os homens* na América, independentemente da sua nacionalidade, protecção face ao Estado de que seja cidadão como face aos outros Estados contratantes.
- IV. A referência do art.º 75.º da Convenção Americana dos Direitos do Homem ao art.º 19.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é tão somente para a sua alínea c), visando permitir a adesão à Convenção com um sistema de reservas muito liberal.
- V. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem entra em vigor para o Estado que a ratifique ou a ela adira, *faça-o com ou sem reservas*, na data do depósito do instrumento de ratificação ou adesão.

DECISÃO

Estuvieron presentes:

Carlos Roberto Reina, *Presidente*
Pedro Nikken, *Vice presidente*
Huntley Eugene Munroe, *Juez*
Máximo Cisneros, *Juez*
Rodolfo E. Piza E., *Juez*
Thomas Buergenthal, *Juez*

Estuvieron además presentes:

Charles Moyer, Secretario, y
Manuel Ventura, Secretario Adjunto

LA CORTE,

integrada en la forma antes mencionada,

emite la siguiente opinión consultiva:

1. La Commission Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Commission"), mediante un cable fechado el 28 de junio de 1982 de 1982, solicitó la presente opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Mediante notas de fecha 2 de julio de 1982, en cumplimiento de lo resuelto por la Corte en relación con el artículo 52 de su Reglamento, el Secretario solicitó sus observaciones a todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, así como, a través del Secretario General de ésta, a todos los órganos a que se refiere el Capítulo X de la Carta de ésta, todos los órganos a que se refiere el Capítulo X de la Carta de la OEA.

3. El Presidente de la Corte fijó el 23 de agosto de 1982, como fecha límite para remitir observaciones escritas u otros documentos relevantes.

4. La comunicación del Secretario fue respondida por los siguientes Estados: Costa Rica, Estados Unidos de América, México y San Vicente y las Granadinas. Se recibieron también respuestas de los siguientes órganos de la OEA; el Consejo Permanente, el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaría General. La mayoría de dichas respuestas contienen observaciones concretas sobre la materia de la consulta.

5. Asimismo, las siguientes organizaciones obrecieron sus puntos de vista sobre la consulta como *amici curiae*: the International Human Rights Law Group and the Urban Morgan Institute for Human Roghts of the University of Cincinnati College of Law.

6. La Corte, reunida en su Sexto Período Ordinario de Sesiones, fijó una audiencia pública para el lunes 20 de setiembre de 1982, con el fin de escuchar las opiniones de los Estados Miembros y de los órganos de la OEA sobre la petición de opinión consultiva.

7. En la audiencia pública fueron hechas a la Corte manifestaciones orales por los siguientes representantes:

Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Don Marco Gerardo Monroy Cabra, Delegado y Presidente

Por Costa Rica: Don Manuel Freer Jiménez, Consejero y Procurador de la República

I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

8. La Comisión hizo la siguiente consulta a la Corte:

“¿desde qué momento se entiende que un Estado es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando ha ratificado o se ha adherido a dicha Convención con una o más reservas?; ¿desde la fecha del depósito del instrumento de ratificación o adhesión o al cumplirse el término previsto en el artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados?”

9. La Comisión señala que la petición suscita la interpretación de los artículos 74 y 75 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”). En aquella se deduce de la cuestión sometida a la Corte cae dentro de la esfera de la competencia de la Comisión, tal y como se usa esa frase en el artículo 64 de la Convención. En justificación de esta tesis, la Comisión indica la facultad que le ha sido otorgada por los artículos 33, 41 (f) y 44 a 51 de la Convención, además por los artículos 1, 19 y 20 del Estatuto de la Comisión. La Comisión subraya que, para el ejercicio de sus funciones, es preciso distinguir entre los Estados que son Partes de la Convención y aquellos que no lo son.

10. Los artículos 74 y 75 de la Convención disponen:

“Artículo 74

1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos.

2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión.
3. El Secretario General informará a todos los Estados Miembros de la Organización de la entrada em vigor de la Convención”.

“Artículo 75

Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969”.

II COMPETENCIA DE LA CORTE

11. Al considerar la solicitud de la Comisión, la Corte debe resolver ciertas cuestiones preliminares relacionadas con la misma. Una de éstas se refiere a la competencia de la Corte para conocer de esta petición, dado no sólo que el Secretario General de la OEA ha sido designado como depositario de esta Convención (ver artículos 74, 76, 78, 79 y 81), sino que también éste, de acuerdo con la práctica tradicional de la OEA, realiza consultas con los Estados Miembros cuando se suscitan disputas concernientes a la ratificación, entrada em vigor, reservas de los tratados, etc. (ver "Normas sobre Reservas a los Tratados Multilaterales Interamericanos", OEA, AG/Res. 102 (III-0-73); además, Monroy Cabra, M.G., "Derecho de los Tratados", Bogotá, Colombia, 1978, págs. 58-72; Ruda, J.M., "Reservations to Treaties", Recueil des Cours, 1973, Vol. 146, págs. 95 ss.; esp. 128).

12. La Corte no alberga duda alguna en cuanto a su competencia para emitir la opinión consultiva solicitada por la Comisión. El artículo 64 de la Convención es claro y explícito al facultar a la Corte a emitir opiniones consultivas "acerca de la interpretación de esta Convención", lo cual es precisamente lo que solicita la Comisión. Además, el artículo 2.2. del Estatuto de la Corte, aprobado por la Asamblea General de la OEA en su Noveno Período Ordinario de sesiones, en octubre de 1979, dispone que "su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención".

13. También cabe resaltar que al contrario de otros tratados de los cuales el Secretario General de la OEA es depositario, la Convención

establece un procedimiento formal judicial de supervisión diseñado para la resolución de las disputas que surjan de este instrumento y para su interpretación. A este respecto, los artículos 62, 63, 64, 67 y 68, así como el 33 b), fijan la competencia de la Corte al disponer que la tiene “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención”. De igual forma, el artículo primero del Estatuto de la Corte dispone que ésta es “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Es evidente que la Corte tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas relativas a su entrada en vigencia, y es el organismo más apropiado para hacerlo.

III

LEGITIMACION DE LA COMISION PARA SOLICITAR ESTA OPINION CONSULTIVA

14. Lo que sigue por determinar es si la Comisión está legitimada para solicitar de la Corte esta opinión consultiva en particular. La Corte señala, al respecto, que la Convención, al conferir el derecho de solicitar opiniones consultivas, distingue entre los Estados Miembros de la OEA y los órganos de ésta. De acuerdo con el artículo 64, todos los Estados Miembros de la OEA, hayan o no ratificado la Convención, tienen el derecho de solicitar una opinión consultiva “acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”. Asimismo, los órganos de la OEA disfrutan de ese mismo derecho, pero solamente en lo que les compete. Así que, mientras los Estados Miembros de la OEA tienen un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas, sus órganos sólo pueden hacerlo dentro de los límites de su competencia. El derecho de éstos últimos de pedir opiniones consultivas está restringido, consecuentemente, a asuntos en los que tales órganos tengan un legítimo interés institucional. Mientras cada órgano decide inicialmente si la petición cae dentro de su esfera de competencia, la pregunta, en última instancia, debe ser respondida por la Corte mediante referencia a la Carta de la OEA, así como a los instrumentos constitutivos y a la práctica legal del órgano correspondiente.

15. Con referencia a este caso en particular, la Corte señala, ante todo, que la Comisión es uno de los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la OEA (artículo 51 e)); además, que los poderes confe-

ridos a la Comisión como órgano de la misma, están determinados en el artículo 112 de la Carta, que dice:

“Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”;

y finalmente, que los artículos 33, 41 y 44 a 51 de la Convención, y 1, 19 y 20 del Estatuto de la Comisión, le confieren a esta amplios poderes. La competencia de la Comisión para ejercer esas facultades depende, en parte, de una previa determinación sobre si se relaciona con Estados que han ratificado o no la Convención. El artículo 112 de la Carta de la OEA, así como el 41 de la Convención y los 1, 18 y 20 de su Estatuto, facultan a la Comisión para “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” y “servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. La Comisión realiza estas funciones con relación a todos los Estados Miembros de la OEA sin distinguir entre aquellos que han o que no han ratificado la Convención; y tiene funciones más amplias y específicas con respecto a los Estados Partes de la Convención. (Véase Convención, artículos 3, 41 (f), y 44 a 51; Estatuto de la Comisión, artículo 19).

16. Es evidente, por lo tanto, que la Comisión tiene un legítimo interés institucional en una consulta como la que presentó, que trata sobre la entrada en vigencia de la Convención. Por consiguiente, la Corte estima que la opinión consultiva solicitada cae dentro de la esfera de competencia de la Comisión. Más aun, dados los amplios poderes que el artículo 112 de la Carta de la OEA le confiere a la Comisión, en relación con la promoción y observancia de los derechos humanos, la Corte observa que, al contrario de otros órganos de la OEA, la Comisión posee un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas dentro del marco del artículo 64.1 de la Convención.

ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONVENCION

17. Una vez resueltas las anteriores cuestiones preliminares, la Corte está ahora en posición de contestar la pregunta específica sometida a ella por la Comisión, que busca determinar cuándo se considera que la Convención entra en vigor con respecto a un Estado que la ratifica o se adhiere a ella con reservas.

18. Para responder a esta pregunta, la Corte hace notar que dos disposiciones de la Convención establecen un punto de partida para su examen. El primero es el artículo 74.2, el cual reza:

“La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión”.

El segundo es el artículo 75, que declara:

“Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969”.

19. El artículo 74.2 guarda silencio sobre si es aplicable exclusivamente a ratificaciones y adhesiones que no contengan reservas o si además se aplica a los que las contengan. Más aun, hasta qué punto puede el artículo 75 ayudar a resolver la pregunta presentada a la Corte, es algo que solamente es posible contestar después de un análisis de esa disposición, así como de otras pertinentes de la Convención, en su contexto, así como del objeto y fin de la misma (ver Convención de Viena, artículo 31) y, en su caso, por referencia a los trabajos preparatorios. (Convención de Viena, artículo 32). Además, dada la remisión hecha por el artículo 75 a la Convención de Viena, la Corte debe también examinar las disposiciones pertinentes de este instrumento.

20. La remisión hecha en el artículo 75 a la Convención de Viena suscita casi tantas preguntas como respuestas. Las normas de la misma referentes a reservas disponen la aplicación de diferentes reglas a diferentes categorías de tratados. Debe determinarse, por lo tanto, cómo deba ser considerada la Convención Americana para efecto de las disposiciones pertinentes de la de Viena, teniendo en mente el texto del artículo 75 y el propósito que está destinado a servir.

21. Las disposiciones de la Convención de Viena que se refieren a la cuestión presentada por la Comisión, son las siguientes:

“Artículo 19 Formulación de Reservas

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- (a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- (b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o

- (c) que, en los casos no previstos en los apartados *a)* y *b)*, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

“Artículo 20

Aceptación de las Reservas y Objeción a las Reservas

1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.

2. Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.

3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:

- (a) la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;
- (b) la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria;

- (c) un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que na reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior”.

22. Ante todo, respecto del artículo 19, la Corte considera que la referencia del artículo 75 de la Convención Americana a la de Viena, se hizo con el propósito de remitirse al inciso *c)* del artículo 19 de esta última. Es evidente que los incisos *a)* y *b)* del mismo no son aplicables, ya que la primera ni prohíbe reservas, ni tampoco especifica las que son permitidas. Se deduce de allí que el artículo 75 permite que los Estados ratifiquen o se adhieran a la Convención con cualquier reserva que ellos quieran hacer, siempre y cuando ésta no sea “incompatible con el objeto y fin” de la misma.

23. La anterior interpretación del artículo 75 está confirmada por los trabajos preparatorios de la Convención, los cuales demuestran que sus redactores deseaban adoptar un sistema flexible de reservas. Es bien conocido que la Convención fue adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual se celebró del 7 al 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica. (Las actas y documentos de esta conferencia están contenidas en “Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos”, OEA/Ser. K/XVI/1.2, Washington, D.C. 1973, (en adelante “Actas y Documentos”). La Conferencia de San José tuvo ante sí, como documento básico de trabajo, el Proyecto de la Convención preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (texto en español reproducido en “Actas y Documentos”, cit., p. 13; el texto en inglés puede encontrarse en “Inter-American

Yearbook of Human Rights, 1968”, ed. 1973, pág. 389). En el tema de las reservas, el artículo 67 de ese texto disponía:

“1. El Estado Parte podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, formular reserva si una norma constitucional vigente en su territorio estuviere en contradicción con alguna disposición de la Convención. La reserva debe ir acompañada del texto de la norma a que se refiere.

2. La disposición de que haya sido objeto de alguna reserva no se aplicará entre el Estado reservante y los demás Estados Partes. Para que la reserva surta este efecto, no será necesaria la aceptación de los demás Estados Partes”.

24. Cabe señalar que algunos gobiernos expresaron, en sus comentarios al Proyecto de Convención, que el artículo 67 resultaba ser muy restrictivo. La explicación más clara de este parecer puede encontrarse en la siguiente observación presentada por el Gobierno de la Argentina:

“Artículo 67, párrafo 1: El sistema de reservas, establecido en este artículo está basado exclusivamente en la existencia de normas contradictorias contenidas en la constitución del Estado reservante, y es inaceptable, ya que restringe la facultad soberana de los estados de efectuar reservas.

Se sugiere pues, como más conveniente, una fórmula de más amplitud, similar a la contenida en el artículo 86 del Proyecto del Comité Interamericano de Jurisconsultos, que hace extensivo el derecho de reserva a los casos de contradicción con una norma constitucional o legal vigente en el territorio del Estado reservante. **Artículo 67, párrafo 2:** Se sugiere su eliminación, pues se aparta del sistema previsto por el proyecto de Convención sobre el Derecho de los Tratados de reciente elaboración en Viena (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, 22 de abril a 24 de mayo de 1968). En el proyectado artículo 67 se elimina “la aceptación” como elemento del sistema, proponiendo que la reserva opere entre el “Estado reservante y los demás Estados Partes” desde su misma formulación.

No parece conveniente innovar en esta difícil materia, cuando una conferencia de ámbito mundial ha elaborado un régimen distinto y, además, más ajustado a la práctica y jurisprudencia internacionales”. (“Actas y Documentos”, págs. 45 ss, esp. 48).

25. Otros gobiernos expresaron criterios parecidos en sus comentarios oficiales o en la Conferencia. Al igual que la Argentina, otros Estados también buscaron reformar el proyectado artículo 67 añadiendo la palabra “legal” después de “constitucional”. Este esfuerzo, que hubiera liberalizado de manera notable el derecho de hacer reservas, obtuvo la aprobación del grupo de trabajo de la Comisión II de la Conferencia de San José, pero fue derrotado a la postre en la propia Comisión II, por considerarse que podía ser conflictivo con el artículo 1.2 del Proyecto de Convención, ahora artículo 2 de la Convención. (“Actas y Documentos”, págs. 365-366, y 379).

El intento de la delegación de los Estados Unidos de sustituir la referencia a la Convención de Viena por las disposiciones en conflicto fracasó en el grupo de trabajo (“Actas y Documentos”, pág. 379), pero triunfó en la tercera sesión plenaria de la Conferencia, donde el presente texto del artículo 75 fue aprobado por moción del Uruguay. (“Actas y Documentos”, pág. 459). Es imposible leer los trabajos preparatorios de la Convención sin reconocer que el propósito primordial de la referencia a la Convención de Viena en el artículo 75, fue el de permitir a los Estados adherirse a la Convención con un sistema de reservas muy liberal.

26. Habiendo concluido que los Estados que ratifiquen o se adhieran a la Convención pueden hacerlo con cualesquiera reservas que no sean incompatibles con su objeto y fin, la Corte debe ahora determinar cuáles disposiciones del artículo 20 de la Convención de Viena se aplican a las reservas hechas a la Convención Americana. Esta investigación conducirá también a contestar la consulta de la Comisión. Esto es así, porque si, conforme a la Convención de Viena, se considera que las reservas a la Americana no requieren aceptación de los otros Estados Partes, entonces el artículo 74 de la última, para los efectos que interesan aquí, es el aplicable, de manera que un Estado que la ratifique o se adhiera a ella, con o

sin reservas, es tenido como Estado Parte desde el día del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión. (Convención de Viena, artículo 20.1). Por otra parte, si la aceptación de la reserva fuera necesaria de acuerdo con la Convención de Viena, un Estado reservante podría ser tenido como Parte solamente en la fecha en que por lo menos otro Estado Parte haya aceptado la reserva, expresa o tácitamente. (Convención de Viena, artículos 20.4. c) y 20.5).

27. En opinión de la Corte, únicamente el párrafo 1 o 4 del artículo 20 de la Convención de Viena pueden ser considerados pertinentes al aplicar los artículos 74 y 75 de la Convención. El párrafo 2 del artículo 20 es inaplicable, entre otras razones, porque el objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad. Además, la Convención no es el instrumento constitutivo de una organización internacional; por lo tanto, el artículo 20.3 es inaplicable.

28. Al considerar si la Convención contempla la aplicación del párrafo 1 o 4 del artículo 20 de la Convención de Viena, la Corte observa que los principios enunciados en el artículo 20.4 reflejan las necesidades de los tradicionales convenios multilaterales internacionales, que tienen por objeto un intercambio recíproco de derechos y obligaciones, para el beneficio mutuo de los Estados Partes. En este contexto, y dado el gran incremento de los Estados que forman la comunidad internacional hoy en día, el sistema establecido por el artículo 20.4 tiene gran sentido, porque, por una parte, permite a los Estados ratificar muchos tratados multilaterales con las reservas que estimen necesarias; por la otra, capacita a los otros Estados contratantes para aceptar o rechazar las reservas y resolver si desean entrar en una relación convencional con el Estado reservante, disponiendo que, tan pronto como otro Estado Parte haya aceptado la reserva, el tratado entra en vigencia con respecto al Estado reservante.

29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de

su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró:

“que las obligaciones asumidas por las Altas Partes de los Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”. (*Austria vs/Italy*, Application No. 7881/60, “European Yearbook of Human Rights, (1961)”, Vol. 4, págs. 116, 140).

La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además,

“que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho”. (Ibid, página 138).

30. Ideas similares acerca de la naturaleza de los tratados humanitarios modernos han sido sustentados por la Corte Internacional de Justicia en su *Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (May 28, 1951, I.C.J., Rep. p. 15); también están contenidas en la propia Convención de Viena, particularmente en el artículo 60.5. (Ver en general E. Schwelb, “The Law of Treaties and Human Rights”, 16 *Archiv des Völkerrechts*, (1973), p. 1, reproducido en “*Toward World Order and Human Dignity*”, (W. M. Reisman & B. Weston, eds. 1976, pág. 262).

31. Tales pareceres acerca del carácter especial de los tratados humanitarios y las consecuencias que de ellos se derivan, se aplican aun con mayor razón a la Convención Americana, cuyo Preámbulo, en sus dos primeros párrafos, establece:

“Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”;

32. Debe destacarse, además, que la Convención, al contrario de otros tratados internacionales sobre derechos humanos, inclusive la Convención Europea, confiere a los individuos el derecho de presentar na petición contra cualquier Estado tan pronto como éste haya ratificado la Convención (artículo 44). En contraste, para que un Estado pueda presentar una denuncia contra otro Estado cada uno de ellos debe haber aceptado la competencia de la Comisión para tramitar denuncias entre Estados (artículo 45). Esto indica la gran importancia que la Convención atribuye a las obligaciones de los Estados Partes frente a los individuos, las cuales pueden ser exigidas de una vez, sin la mediación de otro Estado.

33. Desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada par proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.

34. En este contexto sería manifiestamente irrazonable concluir que la referencia del artículo 75 a la Convención de Viena, obliga a la aplica-

ción del régimen legal establecido por el artículo 20.4 de la última, según el cual la entrada en vigor de una ratificación con reserva, depende de su aceptación por otro Estado. Un tratado que da tal importancia a la protección del individuo, que abre el derecho de petición individual desde el momento de la ratificación, difícilmente puede decirse que tienda a retrasar la entrada en vigencia del tratado hasta que por lo menos otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado reservante como Parte. Dado el marco institucional y normativo de la Convención, tal atraso no cumpliría ningún propósito útil.

35. Para los fines del presente análisis, la referencia del artículo 75 a la Convención de Viena sólo tiene sentido si se entiende como una autorización expresa destinada a permitir a los Estados a cualesquiera reservas que consideren apropiadas, siempre y cuando éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado. Como tales, se puede decir que ellas se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y, consecuentemente, no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte.

36. Al respecto, la Corte hace ver que dicho artículo 20.1, al hablar de “una reserva expresamente autorizada por el tratado”, no se está limitando por su propio texto, a reservas específicas. Un tratado puede expresamente autorizar una o más reservas específicas, o reservas en general. Esto último, que es lo que la Corte estima que ocurrirá en la Convención Americana, significa que las reservas, así expresamente autorizadas en general, no requieren un tratamiento diferente al de las específicas igualmente autorizadas. En este sentido, la Corte desea enfatizar que, al contrario del artículo 19 (b) de la Convención de Viena, que sí se refiere a “determinadas reservas”, el artículo 20.1 no contiene tal restricción y, por lo tanto, permite la interpretación del artículo 75 de la Convención Americana en la forma indicada en la presente opinión.

37. Habiendo concluido que las reservas expresamente autorizadas por el artículo 75, esto es, todas las compatibles con el objeto y fin de la Convención, no requieren aceptación de los Estados Partes, la Corte opina que los instrumentos de ratificación o adhesión que las contienen entran en vigor, de acuerdo con el artículo 74, desde el momento de su depósito.

38. Desde luego, los Estados Partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la Convención, y son libres de afirmar ese su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquélla; pero no tienen interés en retrasar la entrada en vigor de la misma ni, por ende, la protección que ésta ofrece a los individuos en relación con los Estados que la ratifiquen o se adhieran a ella con reservas.

39. Puesto que el presente caso se refiere solamente a cuestiones relacionadas con la entrada en vigor de la Convención, la Corte no considera necesario pronunciarse sobre otros problemas que podrían surgir en un futuro en relación con la interpretación y aplicación del artículo 75 de la Convención y que, a su vez, podrían requerir que la Corte examine las disposiciones de la Convención de Viena aplicables a reservas no consideradas en esta Opinión.

40. Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 74 y 75 de la Convención Americana, sobre Derechos Humanos, sobre la fecha efectiva de entrada en vigencia de ésta respecto de un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con una o más reservas,

LA CORTE ES DE OPINION,

Por unanimidad

que la Convención entra en vigencia para un Estado que la ratifique o se adhiera a ella con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en inglés, en la sede de la Corte en San José, Costa Rica, el día 24 de setiembre de 1982.

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

CONSELHO DA EUROPA

COMISSÃO DE RECURSOS DO CONSELHO DA EUROPA

Organismo democrático por excelência, o Conselho da Europa não podia deixar nas mãos dos seus órgãos administrativos ou do seu Secretário Geral as questões e diferendos com os seus funcionários.

Impunha-se a criação de um tribunal ou organismo independente para decidir definitivamente os diferendos havidos, daí a Comissão de Recursos.

Esta Comissão é composta por três membros não pertencentes ao quadro do pessoal do Conselho da Europa (art.º 1.º do Estatuto da Comissão de Recursos) e de três membros suplentes, todos nomeados por um período de três anos e reelegíveis, devendo ser cidadãos de Estados diferentes.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem designa de entre os seus Juízes o presidente e seu suplente; exerciam as funções em Julho de 1984, os Juízes W. J. Ganshof Van Der Meersch, belga, e G. Lagergren, sueco.

Os outros membros são designados pelo Comité de Ministros entre juristas ou outras pessoas de grande competência, possuidoras de uma grande experiência em matéria administrativa; entre os escolhidos para o triénio 1981/1984 encontra-se o Professor Raul Ventura.

O recurso só é possível depois do indeferimento total ou parcial da reclamação administrativa para o Secretário Geral do Conselho da Europa (artigos 59.º e 60.º do Estatuto dos Agentes do Conselho da Europa).

Têm legitimidade para interpor o recurso os agentes do Conselho, antigos agentes, sucessores de uns e outros, o Comité do Pessoal e qualquer candidato a concurso.

É admitida a intervenção no processo de um terceiro com interesse na decisão do recurso (art.º 10.º do Estatuto da Comissão).

O recurso, em princípio, não tem efeito suspensivo e os membros da Comissão exercem as funções com plena independência, não podendo receber quaisquer instruções (Estatuto da Comissão, art.º 3.º).

A Comissão, após ter fixado os factos, decide de direito. Nos litígios de carácter pecuniário tem competência de plena jurisdição; nos outros pode anular o acto administrativo em causa, podendo ainda condenar o Conselho a indemnizar o interessado dos danos consequência do acto administrativo.

À fase escrita do processo segue-se a fase oral; podem as partes renunciar a esta última fase do processo.

Os interessados podem pleitear por si ou através de mandatário; de igual faculdade goza o Secretário Geral do Conselho da Europa.

A audiência é, em princípio, pública (Regulamento da Comissão, art.º 15.º).

A sentença deve ser fundamentada (Regulamento, art.º 35.º) e lida publicamente, a menos que a Comissão decida outra coisa.

As sentenças da Comissão não são susceptíveis de recurso (Estatuto da Comissão, art.º 12) e devem ser cumpridas pelo Secretário Geral do Conselho da Europa no prazo de trinta dias (Estatuto dos Agentes, art.º 60.º); se a execução da sentença de anulação for susceptível de criar graves dificuldades de ordem interna ao Conselho da Europa, o Secretário Geral poderá representar nesse sentido fazer sentir tal necessidade à Comissão, que poderá então fixar uma indemnização compensatória.

Estão dadas as linhas esquemáticas do tribunal administrativo do Conselho da Europa, parecendo-me de interesse a publicação de algumas das suas decisões.

Pinheiro Farinha

COMISSÃO DE RECURSOS

ANA NADIA PAGANI CONTRA O SECRETÁRIO GERAL

- I. A autoridade hierárquica é a única responsável pela organização dos serviços que, com respeito pelos direitos resultantes do estatuto dos funcionários, poderá fixar e modificar.

- II. Pode o Superior Hierárquico, no interesse de assegurar um bom ambiente de trabalho, mudar, sem carácter disciplinar, o serviço a que o funcionário ficará adstrito.

P. F.

SENTENÇA:

La Commission de Recours, composée de:
M. Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Président*, de
M. Raul VENTURA, et
Sir Donald TEBBIT, *membres*

siégeant en chambre du Conseil à Strasbourg, le 19 avril 1982, assistés de
M. Michel DE SALVIA, *Secrétaire* et de
Mlle Margaret KILLERBY, *Secrétaire suppléant*,

a rendu, après en avoir délibéré, la présente sentence.

PROCÉDURE

1. La requérante a introduit son recours le 17 juillet 1981. Ce recours a été enregistré le même jour sous le numéro de dossier 76/1981.

2. Par lettre du 6 août 1981, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe a été invité à présenter ses observations sur le recours dans un délai échéant le 1^{er} octobre 1981. Celles-ci, en date du 1^{er} octobre 1981, ont été communiquées pour réponse à la requérante.

Le 30 octobre 1981, le représentant de la requérante a demandé une prorogation au 30 novembre 1981 du délai imparti par le Président. Le 23 novembre 1981, il a fait parvenir sa réplique.

3. Par lettre du 10 décembre 1981, les parties ont été informées de la date de l'audience, fixée au 29 janvier 1982. Il a également été communiqué aux parties qu'il leur était loisible de présenter de brèves observations écrites. Par note verbale du 8 janvier 1982, la Secrétaire Général a fait usage de cette faculté.

4. L'audience publique a eu lieu le 29 janvier 1982 au Conseil de l'Europe, en présence de la requérante, représentée par M. G. Napoletano, Professeur à l'Université de Sassari (Italie), et de Mme M.-O. Wiederkehr, Chef de la Division du Droit Public à la Direction des Affaires Juridiques, représentant le Secrétaire Général, assistée de M. K.-H. Marquardt, Chef de la Division du Personnel.

EN FAIT

Les faits exposés par les parties peuvent se résumer comme suit:

5. Mademoiselle Anna-Nadia PAGANI, née le 24 juillet 1948 à Milan, de nationalité italienne, est entrée au service du Conseil de

l'Europe le 13 septembre 1976 en qualité de sténo-dactylographe de grade B2, échelon 1, avec affectation à la Direction de l'Administration, Division des Services linguistiques, des documents et des conférences ("pool dactylographique anglais"). Les conditions d'engagement de la requérante précisait que celle-ci serait appelée occasionnellement à travailler en italien pour le Secrétaire Général adjoint et d'autres agents italiens.

6. Par Arrêté A.P. N.º 2417 en date du 15 décembre 1976, la requérante fut classée, à compter du 13 septembre 1976, à l'échelon 2 de son grade, en raison de ce que "des prestations particulières lui étaient demandées fréquemment — prestations requérant des qualifications linguistiques ne pouvant être normalement exigées pour son emploi".

7. A compter du 5 février 1979, la requérante fut détachée du "pool dactylographique anglais" et mise à la disposition de la Direction des Affaires Juridiques, Division IV, au titre de la vacance d'un emploi temporaire spécifique. Dans son nouvel emploi, qui était notifié comme étant à pourvoir par une sténo-dactylographe de langue anglaise ayant une bonne connaissance de la langue française, la requérante effectua occasionnellement divers travaux en italien, notamment à la demande de l'ancien Chef de la Division IV, de nationalité italienne.

8. Dans le courant de l'année 1980, des changements affectèrent la Division IV: le poste temporaire auquel était affectée la requérante fut transformé en poste permanent, un autre fonctionnaire, de nationalité grecque, fut nommé à la tête de ladite Division. Le nouveau supérieur hiérarchique de la requérante estimait que les nécessités du service l'obligeaient à affecter sur le poste occupé par celle-ci une personne dont la langue de travail est le français.

9. Le 8 mai 1981, à la demande du Directeur des Affaires Juridiques, la requérante se vit confier un texte urgent de quarante pages à dactylographier en italien.

Le 25 mai 1981, la requérante informa ce dernier qu'elle n'avait pu en dactylographier qu'une demie page, vu l'ampleur de ses tâches au sein de la Division IV.

Le Directeur des Affaires Juridiques, qui considérait cette attitude comme incorrecte, fit alors savoir à la requérante que son détachement ne serait pas prolongé plus longtemps et qu'il allait demander sa réintégration immédiate au "pool dactylographique anglais".

Tel fut l'objet de sa note du 25 mai 1981 adressée au chef de la Division du Personnel, dans laquelle il soulignait que l'incorrection dont avait fait preuve la requérante rendait sa présence dans la Direction impossible.

Le 27 mai 1981, sans plus se référer aux causes de son refus, invoquées par la requérante, le chef de la Division du Personnel informa celle-ci par note qu'il était mis fin à son détachement "en raison du fait que les nécessités du service obligent le Directeur des Affaires Juridiques à affecter sur le poste en cause un agent de langue maternelle française."

Le 4 juin 1981, la requérante demanda au Secrétaire Général d'annuler la décision de mettre fin au détachement ou de trouver une solution alternative. Le Secrétaire Général n'estima pas devoir donner suite à cette requête.

Par note du 15 juillet 1981, le Secrétaire Général exposa à la requérante les diverses possibilités existantes qui permettraient de trouver une solution appropriée à son cas. La requérante n'estima pas devoir les accueillir.

10. Le présent recours est dirigé contre la décision du 27 mai 1981 mettant fin au détachement de la requérante.

ARGUMENTATION DES PARTIES

- I. La requérante invoque quatre moyens à l'appui de sa demande en annulation de la décision du 27 mai 1981 qui met fin à son

détachement et la réintègre dans son service d'origine. Elle soutient que ladite décision

- a) revêt un caractère discriminatoire,
- b) est entachée d'un vice de forme,
- c) est dépourvue de base légale,
- d) est entachée de détournement de pouvoir.

Les arguments de la requérante peuvent se résumer comme suit:

a) Quant au caractère discriminatoire de la décision

11. Même au cas où il serait établi que la décision de changement d'affectation de la requérante ait été fondée sur la nécessité d'affecter sur le poste en question un agent de langue maternelle française, une telle exigence entraînerait une discrimination fondée sur la nationalité, exclusive de toute idée d'intérêt du service, et serait en contradiction de l'article 10, alinéa 2 du Statut des agents en vertu duquel "aucun emploi ne peut être réservé aux ressortissants d'un Etat membre déterminé".

En effet, cette mesure reviendrait à réserver le poste permanent en question aux seules personnes de langue maternelle française, donc aux ressortissants de certains Etats membres déterminés.

b) Quant au vice de forme

12. La requérante considère que la décision de mettre fin à son détachement est entachée d'un vice de forme dans la mesure où elle est motivée par sa prétendue incorrection et, partant, qu'elle repose sur une interprétation erronée de ses conditions d'emploi.

En effet, si, dans le cadre de sa précédente affectation au “pool dactylographique anglais”, ses conditions d’engagement précisait que la requérante serait appelée occasionnellement à travailler en italien pour divers fonctionnaires de nationalité italienne, cela ne résultait en aucune manière de l’emploi temporaire qu’elle occupait à la Direction des Affaires Juridiques. Au surplus, le Directeur des Affaires Juridiques n’étant pas de nationalité italienne, il ne faisait pas partie de la catégorie des agents habilités à exiger de la requérante ce genre de prestation. Dès lors, la requérante n’était pas tenue d’effectuer des travaux en italien, bien que, dans le passé, elle ait accepté de le faire à la demande de divers agents de la Direction des Affaires Juridiques. Son refus de dactylographier un texte en italien était donc légitime et ne saurait constituer une incorrection de sa part. Le refus de décharger la requérante d’une partie de son travail habituel l’aurait obligée d’effectuer la prestation demandée en dehors de son horaire normal de travail, ce à quoi elle n’était pas prête en l’occurrence.

c) Quant au défaut de base légale de la décision

13. La requérante estime que la décision litigieuse, qui ne prend pas en compte ses services passés et compromet sa carrière future, est dépourvue de base légale. En effet, elle a été prise exclusivement en raison de sa prétendue incorrection et ce, en violation des dispositions régissant le régime disciplinaire des agents, puisqu’aucune procédure disciplinaire n’a été ouverte à l’encontre de la requérante, le changement d’affectation ne faisant, au surplus, pas partie des sanctions disciplinaires susceptibles d’être infligées.

d) Quant au détournement de pouvoir

14. La requérante soutient que son transfert est constitutif d’un détournement de pouvoir, dans la mesure où celui-ci n’a pas été décidé

sur la base de considérations tenant aux nécessités du service, mais uniquement en raison de sa prétendue incorrection.

En effet, cette décision prise le 27 mai 1981 est intervenue immédiatement après la demande de transfert formulée le 25 mai 1981 par le Directeur des Affaires Juridiques, que celui-ci justifie en se référant essentiellement au fait “qu’une telle incorrection rend sa présence dans la Direction impossible”.

Par conséquent, la mesure litigieuse a été prise en violation de l’article 6, alinéa 3 du Statut des agents qui dispose que “le Secrétaire Général affecte, dans l’intérêt du service, chaque agent à un emploi de sa catégorie correspondant à son grade et compte tenu des dispositions du Règlement sur les nominations”.

La décision en question doit donc s’analyser comme une sanction disciplinaire déguisée. A cet égard, la requérante se réfère à un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes (arrêt du 5 mai 1966, aff. jointes 18 et 35/36, Max Gutmann c./Commission de la C.E.E.A. Rec. 1966, p. 150 ss.) qui déclare que la décision de mutation “... relève du pouvoir discrétionnaire de l’administration qui peut aménager ses services et disposer ses effectifs pour atteindre les buts qui lui sont assignés; qu’en revanche, une telle décision pourrait être entachée de détournement de pouvoir si elle apparaissait sur la base d’indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été prise pour atteindre des fins autres que celles excipées...”.

II. Les arguments du Secrétaire Général peuvent se résumer comme suit:

a) **Quanto à l’étendue du contrôle exercé par la Commission de Recours**

15. Le Secrétaire Général observe que la décision attaquée relève des pouvoirs qui lui sont conférés par l’article 6, alinéa 3 du Statut des agents.

Il s'ensuit qu'il s'agit d'une décision relevant de son pouvoir d'appréciation sur laquelle, en conséquence, la Commission n'est appelée à exercer qu'un contrôle "minimum" de légalité.

b) Quant au moyen tiré du caractère discriminatoire de la décision

1. Le Secrétaire Général observe aussi que la requérante, de nationalité italienne, avait été engagée pour travailler en anglais en raison de sa connaissance exceptionnelle de cette langue qui lui permettait d'effectuer un travail de nature analogue à celui qui aurait été fourni par une sténo-dactylographe de langue maternelle anglaise.

En revanche, la requérante n'était pas en mesure de fournir au nouveau chef de la Division IV la même assistance en français qu'une secrétaire de langue maternelle française ou ayant une parfaite maîtrise du français.

La nationalité de la requérante n'a pas joué de rôle dans la décision incriminée et aucune violation du Statut des agents ne peut donc être retenue.

c. Quant au moyen tiré de l'existence d'un vice de forme

17. Il est à observer qu'il appartient au Secrétaire Général d'apprécier si le comportement d'un agent est ou non constitutif d'un manquement à ses obligations professionnelles et donc d'une faute à caractère disciplinaire. Or, en l'espèce, le Secrétaire Général n'a pas considéré que le comportement de la requérante était constitutif d'un tel manquement.

En réponse à l'argumentation de la requérante fondée sur l'interprétation erronée de ses conditions d'emploi, le Secrétaire Général souligne que s'il résulte effectivement de la description des tâches correspondant à l'em-

ploi sur lequel la requérante a été détachée que les prestations qui pouvaient lui être demandées étaient celles d'une sténo-dactylographe anglaise ayant une bonne connaissance du français, il est établi tout aussi valablement que des prestations "particulières requérant des qualifications linguistiques ne pouvant être normalement exigées pour son emploi" pouvaient être exigées d'elle en vertu de l'Arrêté A.P. N.º 2417.

En outre, vu que la requérante n'a jamais été affectée à titre permanent hors de la Division des Services linguistiques, des documents et des conférences, la requérante a constamment bénéficié de l'échelon supplémentaire qui lui a été attribué par ledit arrêté.

De plus, en ce qui concerne l'argumentation tirée du dépassement de l'horaire normal de travail, il est à relever qu'un agent du Conseil de l'Europe peut être tenu de faire des heures supplémentaires dans les conditions prévues dans la note de service N.º 490 relative à l'horaire de travail.

La décision de mettre fin au détachement de la requérante n'est donc entachée d'aucun vice de forme.

d. Quant ao moyen tiré du défaut de base légale de la décision

18. Le Secrétaire Général rappelle (cf. paragraphe 17) qu'en l'espèce, il n'a pas considéré que le comportement de la requérante était constitutif d'un manquement qui, si tel était le cas, serait susceptible de faire l'objet d'une sanction disciplinaire. Dans ces conditions, rien ne pouvait justifier l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'égard de la requérante.

Par ailleurs, la requérante prétend qu'il y a sanction en ce que la décision porte gravement préjudice à sa carrière future. Cependant, son affectation n'avait qu'un caractère temporaire et le nouveau chef de la Division IV lui avait fait savoir oralement le 18 décembre 1980 que le poste sur lequel elle était détachée allait être notifié comme vacant pour des personnes dont la langue de travail est le français, mesure à laquelle il était disposé à surseoir jusqu'au mois de mai de l'année suivante afin de donner à la requérante la possibilité de trouver un autre emploi en dehors du "pool dactylographique", conformément à son souhait. La requérante pouvait donc légitimement s'attendre à réintégrer son service d'origine à partir du moment où les raisons qui ont motivé le détachement n'existaient plus.

De ce fait, ce retour ne peut être considéré comme portant préjudice au déroulement de sa carrière et il ne peut être valablement soutenu que la mesure prise constitue une sanction.

Par conséquent, l'argument tiré du défaut de base légale de la décision ne saurait être retenu.

e. Quant au moyen tiré du détournement de pouvoir

19. compte tenu de ce qui précède, le Secrétaire Général fait observer que la mesure litigieuse ne saurait être considérée comme revêtant un caractère disciplinaire.

Au Contraire, la décision en question a été motivée exclusivement par les nécessités du service. En effet, c'est précisément en raison du changement de personne à la tête de la Division IV de la Direction des Affaires Juridiques qu'il est devenu nécessaire de remplacer la secrétaire anglophone par une secrétaire francophone, la requérante n'ayant pas une parfaite maîtrise du français, même si elle en a une très bonne connaissance.

En outre, le comportement de la requérante ayant eu pour effet d'altérer ses relations de travail avec le Directeur des Affaires Juridiques, il est clair que l'intérêt du service exigeait une telle mesure en vue de maintenir une ambiance satisfaisante de travail au sein du service.

Le grief du détournement de pouvoir doit donc être écarté.

EN DROIT

20. La requérante a exercé son recours contre la décision par laquelle le Secrétaire Général a mis fin, le 27 mai 1981, à son détachement à la Division IV de la Direction des Affaires Juridiques, ce qui a eu pour conséquence sa réintégration dans son service d'origine, le "pool dactylographique anglais".

21. Elle fait valoir que cette décision a été prise non pas comme le soutient le Secrétaire Général dans l'intérêt du service, mais bien à la suite de l'incident qui l'avait opposée au Directeur du service d'affectation. Elle demande l'annulation de la décision litigieuse en invoquant quatre moyens.

La décision revêtirait un caractère discriminatoire.

Elle serait entachée d'un vice de forme dans la mesure où la requérante n'aurait pas failli à ses devoirs professionnels.

Elle manquerait de base légale en ce que le Secrétaire Général n'aurait pu, même au cas où la requérante aurait failli à ses devoirs, prendre une mesure de changement d'affectation au titre de sanction.

Enfin, il y aurait détournement de pouvoir en ce que ladite mesure aurait été prise en fait comme une mesure disciplinaire et donc en vue d'atteindre des buts autres que ceux invoqués.

22. Le Secrétaire Général soutient, en revanche, que la décision contestée relève des pouvoirs que lui sont conférés par l'article 6, alinéa 3 du Statut des agents, tel qu'il était en vigueur à l'époque des faits (article 11 du nouveau Statut des agents) qui dispose que: "Le Secrétaire Général affecte, dans l'intérêt du service, chaque agent à un emploi de sa catégorie correspondant à son grade et compte tenu des dispositions du règlement sur les nominations".

A cet égard, il soutient que la Commission n'est appelée à exercer qu'un contrôle minimum de légalité.

Quant au bien-fondé des allégations de la requérante, il fait valoir que la mesure dont elle a fait l'objet a bien été prise dans l'intérêt du service que ce fut là son motif réel. Il soutient qu'aucune discrimination n'existe en l'occurrence et que la requérante n'a apporté aucun élément à l'appui de son allégation suivant laquelle c'est au lieu et place d'une sanction que le retour à son service d'origine a été décidé.

Il conclut, dès lors, que la mesure contestée, qui cadre avec le pouvoir d'appréciation que le Statut ménage au Secrétaire Général, n'est ni "illé-gale", ni entachée de vice de forme, ni dépourvue de base légale, ni constitutive de détournement de pouvoir.

Sur l'étendue du pouvoir de contrôle de la Commission

23. Sans doute est-il de jurisprudence qu'il appartient à l'autorité administrative dans chaque organisation d'affecter au mieux de l'intérêt du service les agents placés sous son autorité et que le pouvoir dont est investi cette autorité est un poucoir de large appréciation dont la juridiction internationale ne peut contrôler l'exercice que dans des cas limités (v. notamment: T.A.O.I.T., jugements N.^{os} 132, Tarrab c./O.I.T. et 151, Silow c./F.A.O.). Ainsi, "l'autorité hiérarchique est seule responsable de l'organisation des services qu'elle doit pouvoir fixer et modifier en fonction des besoins du service" (C.J.C.E., affaire 61/70, G. Vistosi c./ Commission des Communautés européennes, 16 juin 1971, Rec. 1971, p. 535 s.).

24. Mais il n'en est ainsi que "sous la réserve cependant des droits que les agents tiennent de leur statut et dont ils peuvent réclamer le respect devant le juge" (Ibid.).

25. S'il est vrai qu'en cas de contestation, la juridiction internationale ne peut substituer son appréciation à celle de l'administration, elle a le devoir de vérifier si la décision contestée a été prise conformément aux dispositions règlementaires ainsi qu'aux principes généraux du droit, tels qu'ils s'imposent dans l'ordre juridique des organisations internationales (Com. de rec. Conseil de l'Europe, 8/1972, G. Artzet c./ Secrétaire Général, Rec. p. 79 s.).

26. Comme il a été à juste titre relevé par le Tribunal administratif de l'O.I.T.: "... le pouvoir de libre appréciation ne doit pas être confondu avec le pouvoir arbitraire; il doit notamment toujours s'exercer dans la légalité et c'est pourquoi il appartient au Tribunal, saisi d'un recours contre une décision prise en vertu du pouvoir de libre appréciation, de rechercher si cette décision émane d'un organe compétent, (si elle) est régulière en la forme, si la procédure a été correctement suivie et, en ce qui concerne la légalité interne, si l'appréciation à laquelle l'autorité administrative a procédé est fondée sur une erreur de droit, (sur) des faits inexacts ou si elle révèle que des éléments essentiels n'ont pas été pris en considération ou si des conclusions manifestement erronées ont été tirées des pièces du dossier ou enfin si un détournement de pouvoir est établi". (T.A.O.I.T., jugement N^o 191, Ballo c./ U.N.E.S.C.O.).

Telles sont les conditions dans lesquelles s'inscrit le contrôle exercé par la Commission.

Sur le bien fondé du recours

27. La Commission observe que la requérante a été détachée de son service d'origine pour être affectée à un poste temporaire spécifique à la Direction des Affaires Juridiques, poste devenu permanent par la suite.

Ce changement d'affectation ne s'inscrit pas dans un cadre institutionnel organique, aucune disposition du Statut ou des règlements en matière de personnel ne prévoyant le "détachement" et la "fin mise à un détachement". Le changement d'affectation "par détachement", mesure dont il est question en l'espèce, ne relève, ainsi qu'il ressort des renseignements fournis sur interpellation par la Commission à l'audience, que d'une pratique administrative en vigueur au Conseil de l'Europe. La Commission de recours interprète la mesure comme étant un changement d'affectation décidé par l'autorité administrative dans l'intérêt du service et auquel il peut être mis fin lorsque ces intérêts le justifient. Il a un caractère précaire.

28. La Commission est d'avis que dans les circonstances de l'espèce, la requérante pouvait raisonnablement croire, en introduisant son recours, que la mesure adoptée à son égard était de nature à lui faire grief.

29. Elle estime enfin que, dans le cadre du contrôle qu'il lui appartient d'exercer, la marge d'appréciation réservée à l'autorité administrative doit être considérée comme plus large que dans le cas d'un changement d'affectation définitif résultant d'une décision de mutation.

Sur le premier moyen

30. La requérante allègue une discrimination fondée sur la nationalité dans la mesure où son changement d'affectation aurait été la conséquence

du fait qu'elle n'est pas de langue maternelle française, et ce au mépris de l'article 10, alinéa 2, du Statut des agents, en vertu duquel "aucun emploi ne peut être réservé aux ressortissants d'un Etat membre déterminé".

31. La Commission observe que le principe de non-discrimination constitue un des principes généraux du droit qui s'impose à l'ordre juridique du Conseil de l'Europe (article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme).

32. Elle est d'avis, cependant, qu'il faut avoir égard à la spécificité de la fonction publique internationale de même qu'aux nécessités propres à l'organisation concernée. Ainsi, le fait que le Statut interdit de réserver un emploi aux ressortissants d'un Etat membre déterminé (article 12, alinéa 4) ne prive pas l'autorité administrative de tenir compte, dans l'affectation du personnel, de connaissances linguistiques spécifiques propres dans l'intérêt du service (cf. *mutatis mutandis*: C.J.C.E., aff. 22/75, B. Küster c/ Parlement Européen, 29, octobre 1975, Rec. 1975 II, p. 1267 s.),

33. Etendre le principe de l'interdiction de la discrimination serait de nature, dans une organisation internationale comme le Conseil de l'Europe, à entraver la bonne marche des services. Il y a place, dans un domaine de cette nature, pour des distinctions fondées sur le critère de la parfaite connaissance de la langue, la référence à ce critère dût-elle entraîner des conséquences sur l'affectation et le travail des agents, eu égard à leur nationalité. Toutefois, afin que pareille distinction ne donne pas naissance à une discrimination, il importe, d'une part, qu'elle repose sur une justification objective et raisonnable à apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure contestée (C.E.D.H., affaires linguistiques belges, par. 10) et, d'autre part, qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les buts visés (Ibid.; v. aussi: affaire Marckx, par. 33).

La Commission estime que le fait pour le chef de la Division IV de demander l'affectation à son service d'une secrétaire de langue maternelle française n'a pas constitué une discrimination, compte tenu des circonstances propres à l'espèce.

Sur le deuxième moyen

34. La requérante soutient aussi que la mesure contestée est entachée d'un vice de forme.

35. A l'origine de la décision de mettre fin au détachement de la requérante se trouve le comportement que l'administration attribue à cette dernière et qui consiste à avoir refusé de dactylographier un texte urgent en italien dans les conditions rappelées ci-dessus (cf. partie "en fait", paragraphe 9).

36. Dans les circonstances que la Commission retient comme acquises, il lui appartient de déterminer quels sont les devoirs professionnels qui incombaient à la requérante dans les circonstances de fait de l'espèce.

Pour l'appréciation de ces devoirs, la Commission estime devoir retenir trois considérations.

37. D'une part, il ressort des conditions d'engagement de la requérante, et en particulier de la lettre qui lui fut adressée le 2 juillet 1976, que des travaux en italien pouvaient lui être confiés. Si ces travaux étaient indiqués comme pouvant lui être éventuellement remis par certains fonctionnaires déterminés, la Commission estime qu'il ne s'agissait pas là d'une restriction de portée générale, mais d'une éventualité prévue en raison des nécessités d'ordre linguistique du Conseil de l'Europe concernant son personnel de dactylographie.

38. Ainsi, il a été établi qu'un travail dactylographique a été confié à la requérante le 8 mai 1981. Selon les renseignements fournis à la Commission, ce travail aurait dû être achevé le 15 mai, ou, à tout le moins, dans un délai très rapproché, s'agissant d'un document urgent destiné au Comité des Ministres.

39. On observe d'autre part que, de façon générale, le travail destiné à un membre du personnel du Conseil de l'Europe, dans le cadre d'un service déterminé, est demandé à l'intervention du chef de service, au nom de l'Organisation.

40. La Commission considère qu'un membre du personnel du Conseil de l'Europe doit se tenir prêt, dans des circonstances exceptionnelles, que le chef du service apprécie, à fournir des prestations qui peuvent excéder l'horaire de travail habituel.

Elle estime ne pas devoir examiner dans quelle mesure cette situation s'est produite en l'espèce, les parties s'accordant à reconnaître qu'il n'y a pas eu manquement à cette obligation.

41. Dans ces conditions, la décision litigieuse ne révèle aucun vice de forme.

Sur le troisième moyen

42. En ce qui concerne le défaut de base légale, la requérante soutient que, même s'il y avait eu manquement — ce qu'elle conteste au demeurant —, le Secrétaire Général aurait dû décider l'ouverture d'une procédure disciplinaire.

La Commission considère que le Secrétaire Général dispose en pareille matière, d'un pouvoir discrétionnaire. L'article 1^{er} de l'annexe III du Statut des agents (en vigueur à l'époque des faits; article 54 de l'actuel Statut) prévoit en effet que: "*tout manquement... peut donner lieu à l'ouverture d'une procédure disciplinaire...*".

On observe aussi que l'article 2, deuxième phrase de ladite annexe (article 56 paragraphe 1^{er} de l'actuel Statut) dispose, en ce qui concerne la procédure disciplinaire, que: "*cette procédure est engagée à l'initiative du Secrétaire Général...*". Or, en l'espèce, il n'y a pas eu de procédure disciplinaire.

43. Dans ces conditions, compte tenu du caractère que revêt détachement de la requérante à la Direction des Affaires Juridiques, la Commission estime que la fin de ce détachement ne saurait être considérée, prise en elle-même, comme une sanction et ne saurait non plus être de nature à faire grief à la requérante.

Sur le quatrième moyen

44. La requérante soutient enfin que la mesure contestée s'analyse en un détournement de pouvoir.

45. A cet égard, la Commission estime qu'il peut être mis fin à un détachement dans l'intérêt du service en l'absence de toute procédure disciplinaire ouverte par le Secrétaire Général et que celui-ci ait ou non constaté un manquement de nature à le déterminer à ouvrir une telle procédure.

46. Il incombe, d'autre part, à l'autorité administrative de veiller au maintien d'un ambiance satisfaisant de travail au sein des services, ainsi que de prendre toutes mesures de nature à y rétablir la sérénité (cf.: C.J.C.E. aff. 124/78, H. List c./Commission des Communautés européennes, 12 juillet 1979, Rec. 1979, p. 2499 s.).

L'intérêt d'assurer une parfaite entente parmi les fonctionnaires est un motif qui, en raison de la difficulté d'en cerner les causes et les effets, est exclusif de tout caractère disciplinaire, et se range au nombre des motifs qui peuvent appeler et justifier une nouvelle affectation (cf. T.A.O.I.T., jugement N° 132, Tarrab c./O.I.T.).

47. Il s'ensuit que le simple fait qu'une procédure disciplinaire n'a pas été ouverte, ne saurait exclure l'éventualité que le Secrétaire Général puisse prendre, dans l'intérêt du service, une mesure qui dans son esprit s'imposait.

48. Des explications fournies par les parties ne résulte aucun élément d'où la Commission puisse conclure que la mesure contestée n'aurait pas été prise en vue de satisfaire aux intérêts exclusifs du service.

49. D'autre part, des considérations ci-dessus développées, il ressort que la mesure contre laquelle le recours est exercé ne revêt pas non plus le caractère d'une mesure disciplinaire dissimulée.

50. Aucun détournement de pouvoir n'est, partant, établi en l'espèce.

Par ces motifs,

la Commission de Recours:

Déclare le recours non fondé;

Qu'il doit, dès lors, être rejeté;

Décide que chaque partie supportera les frais exposés par elle.

Prononcé à Strasbourg en audience publique, le 21 avril 1982, le texte français de la sentence faisant foi.

Le Secrétaire
de la Commission de Recours

Le Président
de la Commission de Recours

M. DE SALVIA

W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH

ESTUDOS

Ricardo Monaco

ASPECTOS DO DIREITO ITALIANO

ASPECTOS DO DIREITO ITALIANO (1)

pelo
Professor Ricardo Monaco (2)

..... Omissis

Mon bref discours d'ouverture n'a pas et évidemment ne peut pas avoir la prétention de vous fournir une introduction qui puisse présenter la situation existant actuellement en Italie dans les domaines juridiques sur lesquels se penche notre Commission.

Comme vous le savez bien, nos Statuts indiquent comme objet de l'activité de la Commission les matières relatives à la condition des personnes, à la famille et à la nationalité. Il s'agit de trois domaines très larges et très importants, qui, à cause de l'évolution récente de la vie sociale et politique, dans presque tous les Etats, ont profondément intéressé les milieux juridiques et politiques au cours de ces dernières années. C'est pour cela que le législateur italien a pris l'initiative de présenter au Parlement un certain nombre de projets de loi.

(1) "Documentação e Direito Comparado" honra-se com a publicação do discurso de abertura proferido pelo Professor Ricardo Monaco quando da assembleia geral da Comissão Internacional de Estado Civil (C.I.E.C.) realizada em Roma em Setembro de 1984.

Agradece-se ao Professor Ricardo Monaco o ter autorizado, por intermédio do presidente da Secção Portuguesa, Conselheiro Pinheiro Farinha, a publicação.

(2) O Professor Ricardo Monaco é eminente professor de direito na Universidade de Roma, tendo-se dedicado ao direito internacional e ao direito civil. A sua valiosa acção no UNIDROIT é conhecida e tida em grande valor por todos os que se dedicam ao direito comparado. É actual presidente da Secção italiana da C.I.E.C. e foi presidente da Comissão Internacional de Estado Civil de 1973 a 1975; ao terminar o seu mandato foi eleito presidente honorário da C.I.E.C.

Il ne s'agit pas, en général, d'actes qui ont pour but de poser les fondements d'une législation complète et organique: il faut considérer, encore une fois, que l'évolution des moeurs et les changements au sein de la moralité publique et privée ont mis le législateur dans la situation de suivre, et non pas d'anticiper, par des règles nouvelles, ces développements parfois trop rapides.

Il faut quand même reconnaître que, dans ce panorama très complexe, une grande loi organique est apparue, à savoir la loi portant réforme du droit de la famille, qui a été publiée le 19 mai 1975.

Il n'y a pas lieu ici de prendre en considération les nouveautés les plus marquantes introduites par cette loi récente dans le système adopté par le Code civil italien de 1942, surtout à l'égard de certains domaines qui se rattachent à la conception internationale de la famille et de son droit. En effet, cela sortirait du cadre des intérêts spécifiques d'une Commission internationale de l'état civil comme la nôtre.

Mais, en règle générale, il faut admettre que le législateur italien, avec beaucoup de prudence, a souvent été réceptif à certains concepts juridiques qui ont été accueillis dans les législations étrangères les plus avancées ou qui le serait bientôt. L'on se rappelle, par exemple, les réactions manifestées de prime abord notamment par la doctrine: un auteur, à l'égard de nouvelles conceptions du mariage, a poussé un cri d'alarme en donnant à son article le titre suivant: Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal, tandis que le regretté Professeur René Rodière nous a fourni un excellent exposé, étayé d'observations très brillantes, lorsqu'il a traité du ménage de fait devant la loi française.

En tout état de cause l'on peut constater au sein de la doctrine italienne une distinction fondamentale: d'un côté on reconnaît que les unions libres ou les situations de fait semblables entre homme et femme ne peuvent pas être dépourvues de conséquences juridiques; mais en revanche l'on refuse toute construction juridique de la famille de fait qui puisse la rendre semblable à la famille légitime, qui seule est reconnue par la Constitution italienne.

Après ces brefs propos liminaires qui montrent combien le domaine de la famille peut présenter de nouveaux problèmes d'un point de vue comparatif et, plus généralement, international, permettez-moi, Mesdames et Messieurs, de me pencher, toujours en ce qui concerne la législation italienne, sur des problèmes spécifiques. Un premier problème

concerne la nécessité de moderniser et de rapprocher les normes italiennes en matière de nationalité de celles en vigueur dans la plupart des Etats européens.

Depuis longtemps en Italie la doctrine et la jurisprudence estimaient que la loi sur la nationalité du 13 juin 1912 n. 555 avait vieilli et qu'il fallait la substituer par une nouvelle loi, ayant un contenu plus large et une structure systématique. De sorte que tant sur le plan gouvernemental que sur le plan parlementaire les initiatives se sont multipliées au cours de ces dernières années: elles ont abouti à la rédaction de textes de grande qualité mais, malheureusement, une loi organique a rencontré sur son chemin beaucoup de difficultés.

Il a fallu attendre que la Cour constitutionnelle, étant saisie par certains tribunaux d'une série de questions de légitimité constitutionnelle, se prononce sur la compatibilité de la loi en question avec la Constitution.

Ce qui a amené la Cour à déclarer par son arrêt du 9.II.1983 n. 30 que:

1. L'art. 1, n. 1 de la loi sur la nationalité, dans la mesure où il ne prévoit pas que le fils d'une mère italienne possède, par le seul fait de sa naissance, la nationalité italienne, est contraire aux articles 3 n. 1 et 29 n. 2 de la Constitution;

2. L'art. 1 n. 2 de la même loi, dans la mesure où il fait dépendre pour le fils, l'acquisition de la nationalité de sa mère à des conditions très particulières, est contraire à la Constitution.

3. L'art. 2 de ladite loi, qui prévoit, à l'égard du fils ayant acquis la nationalité italienne en vertu de la reconnaissance par sa mère, la perte de cette nationalité à la suite de la reconnaissance par le père étranger, est contraire à l'art. 3 de la Constitution.

C'est précisément sous l'influence de ces décisions de la Cour que le législateur italien a adopté la loi du 21 avril 1983 n. 123: par ce texte on a voulu adapter la législation antérieure en matière de nationalité aux principes qui imposent l'égalité entre parents, tant dans leurs relations réciproques qu'à l'égard des enfants. En effet à plusieurs reprises l'on avait reproché à la loi sur la nationalité de violer ces principes.

Je voudrais rappeler les règles principales introduites par la loi de 1983:

- a) Le mari étranger d'une femme ayant la nationalité italienne peut acquérir la nationalité italienne, en vertu d'un arrêt du Président de la République, et à condition que soient satisfaites certaines conditions;
- b) La femme étrangère qui épouse un italien n'acquiert plus nécessairement la nationalité italienne;
- c) L'acte qui confère la nationalité italienne obéit aux mêmes exigences formelles que l'ancien arrêt de naturalisation, mais dans sa substance il a un caractère différent. En effet tandis que la naturalisation visée à l'art. 4 de l'ancienne loi est un acte tout-à-fait discrétionnaire, la nouvelle loi considère l'acquisition de la nationalité italienne comme un véritable droit de la personne;
- d) D'après le principe d'égalité entre nationaux hommes et femmes et entre époux le père comme la mère transmettent leur nationalité à leurs enfants.

En effet l'art. 5 de la nouvelle loi dispose "Est considéré de nationalité italienne l'enfant même adoptif, de père italien ou de mère italienne. En cas de double nationalité, l'enfant devra opter pour une seule nationalité dans le délai d'un an, à partir de la date de sa majorité .

A cet égard il faut toutefois remarquer que cette règle trouvera une application difficile, étant donné qu'il n'existe pas de registre international unifié des nationalités et que les Etats procèdent très rarement à l'échange d'informations en cette matière. Par conséquent il se peut fort que dans l'avenir le nombre de personnes ayant une double nationalité augmente considérablement.

Je ne m'étendrai pas davantage sur la question de la nationalité: on peut brièvement constater que la législation italienne a tenu compte des changements dont ont fait état la plupart des législations étrangères.

Le deuxième problème auquel je voudrais faire allusion concerne l'adoption internationale.

Mon Pays, en tant que membre du Conseil de l'Europe, a ratifié la Convention européenne en matière d'adoption des mineurs. Cet acte, ouvert à la signature le 24 avril 1967, est entré en vigueur en 1968. Il s'agit d'une convention qui n'a pas un caractère analytique, et qui se limite à poser des principes, qui peuvent trouver leur développement dans les législations nationales.

Le législateur italien a saisi cette occasion pour adapter la matière de l'adoption non seulement aux principes de Strasbourg, mais aussi à la nouvelle loi italienne sur le droit de la famille.

Il faut encore ajouter que cette occasion était opportune pour enrayer un phénomène qui en Italie devenait de plus en plus grave: celui du marché des enfants à travers des adoptions internationales.

Voilà pourquoi une partie importante de la loi du 4 mai 1983 n. 184 est consacrée à l'adoption internationale (art. 29 à 39). Ces articles tendent à assurer une égalité effective de traitement aux mineurs étrangers et aux mineurs italiens en leur accordant de garanties équivalentes, et en outre à éliminer les inconvénients découlant de l'exequatur, qui était donné auparavant automatiquement aux actes d'adoption étrangers.

Je voudrais rappeler les principales dispositions de la loi en question: selon l'art 30 les parents qui veulent adopter un mineur étranger doivent demander au tribunal des mineurs une déclaration qui constate leur aptitude pour l'adoption. En outre ils doivent posséder toutes les qualités requises par la loi italienne.

Afin que le mineur étranger, âgé de moins de quatorze ans, puisse être admis en Italie pour y être adopté, il faut qu'il existe un acte d'adoption ou de garde préalable émis par une autorité étrangère; cet acte doit être soumis au consul compétent, afin que celui-ci atteste sa conformité à la loi locale.

Enfin, l'acte préalable devra obtenir l'exequatur par le tribunal des mineurs compétent. Celui-ci sera appelé à faire une série de constatations: la procédure se conclura par l'émission d'un décret dûment motivé, essentiellement sur deux points: c'est-à-dire que l'acte étranger doit être conforme non seulement à la législation de l'Etat où il a été émis, mais aussi aux principes fondamentaux du droit italien de la famille.

L'enfant étranger âgé de moins de quatorze ans pourra également être admis en Italie en vertu d'une autorisation donnée par le Ministre des Affaires Etrangères sur avis conforme du Ministre de l'Intérieur. Cela est

apparu nécessaire au législateur italien, parce que, d'après certains systèmes juridiques étrangers, il n'y a pas lieu à l'émission d'acte préalable à l'adoption.

En ce qui concerne une deuxième catégorie de mineurs, c'est-à-dire ceux qui sont âgés de plus de quatorze ans, les garanties requises sont moins sévères. En effet les mineurs dont l'âge dépasse 14 ans peuvent entrer en Italie sans avoir à répondre aux prescriptions que nous venons d'indiquer. En tout état de cause les futurs parents devront satisfaire aux conditions requises par la loi italienne, tandis que, en ce qui concerne le mineur, il suffit qu'il possède les qualités exigées par sa propre loi nationale.

Il existe enfin une troisième catégorie de mineurs: ce sont ceux qui se trouvent en état d'abandon dans le territoire de l'Etat. A ces mineurs doit être appliquée la loi italienne relative à l'adoption, à la garde et aux mesures d'urgence qui se révèlent nécessaires pour assurer leur protection. Je crois qu'il s'agit là de règles que l'on peut bien qualifier comme réalisant une hypothèse de normes d'application nécessaire.

J'ai ainsi attiré votre attention sur deux sujets qui, dans le cadre de la législation italienne, ont finalement trouvé leur réglementation. Mais il faut bien reconnaître que tout cela s'inscrit dans une action législative de grande envergure: elle a été entreprise depuis longtemps et elle a rencontré des difficultés sérieuses, qui ne touchent pas à la substance des problèmes, mais qui résultent plutôt de certains flottements de la politique législative. Je crois que presque dans tous les Etats européens on rencontre les mêmes incertitudes et les mêmes difficultés.

Je m'approche de la fin de mon intervention, ce qui fait que je me bornerai à vous donner seulement des exemples synthétiques concernant certains aspects de la grande action législative qui est en train de se développer dans mon Pays.

Il y a deux codes, dont la révision s'est révélée depuis longtemps nécessaire: le code de procédure pénale et le code de procédure civile. Au cours des travaux préparatoires de la réforme on a reconnu que la justice des mineurs, tant du point de vue pénal que civil, devrait trouver sa place au sein des nouveaux codes. En effet les progrès qui ont marqué les dernières décennies en matière de protection et de garantie des mineurs demandent des règles spécifiques et, par conséquent, une adaptation adéquate des anciens textes.

Toujours au sujet des mineurs, l'on a reconnu l'urgence de préparer une loi organique concernant l'ensemble des droits des mineurs. A ce propos la doctrine a consacré plusieurs études aus différents aspects que la personnalité du mineur peut présenter. D'ailleurs déjà la loi n. 431 de 1967 sur l'adoption spéciale avait posé un principe qui a été ensuite développé par la jurisprudence. Celle-ci a remarqué que le *noyau familial*, fondé, en tant que tel, sur le lien de sang, mérite d'être garanti par l'ordre juridique seulement dans la mesure où il est à même d'assurer la fonction fondamentale de promouvoir le développement de la personnalité de l'enfant. En d'autres termes il faudrait admettre qu'il n'existe plus de droits absolus des parents à l'égard de leurs enfants, à partir du moment où les intérêts des enfants sont mis en cause.

Cela étant, l'Etat doit intervenir en organisant des systèmes publics de protection de l'enfant.

Il faut encore rappeler une situation normative particulière dont les fondements ont été posés et qui deviendra effective à la suite de la ratification et de l'entrée en vigueur du Traité entre le Saint-Siège et l'Italie portant révision du Concordat du 11 février 1929. En effet le nouvel accord entraînera, entre autres, des modifications importantes du régime actuel du mariage.

Enfin il y a un sujet qui intéresse, en général, tout le monde du droit: c'est l'introduction de l'informatique comme soutien technique de plusieurs secteurs juridiques, y compris ceux qui font l'objet de l'activité de la Commission internationale de l'Etat civil: dans cette matière il existe déjà des règles particulières.

Voilà donc un domaine nouveau, auquel le Gouvernement italien a consacré beaucoup de soins et d'argent à travers l'exécution de lois spéciales afin que notre Pays, en utilisant la technologie la plus avancée appliquée aux matières juridiques, surtout à la législation et à la jurisprudence, puisse être à la hauteur des Etats les plus évolués.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

MARIA ÂNGELA BENTO SOARES RUI MANUEL MOURA RAMOS

Assistentes da Faculdade de Direito de Coimbra
e da Universidade Católica Portuguesa

CLÁUSULAS PENAIS EM CONTRATOS INTERNACIONAIS

Análise das Regras Uniformes da CNUDCI de 1983
(relativas às cláusulas contratuais estipulando o pagamento de uma quantia
em caso de incumprimento)
e das disposições pertinentes do direito português (*)

COIMBRA
1984

(*) O texto que a seguir se publica reproduz, com algumas alterações de pormenor, o *parecer* elaborado pelos autores, a pedido do Ministério da Justiça, com base no qual foram elaboradas as respostas do Governo português ao questionário enviado pela CNUDCI referente a esta matéria.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO (n.ºs 1 a 4)	275
PRIMEIRA PARTE — Objecto e Campo de Aplicação	
(n.ºs 5 a 9)	281
A) Objecto (n.º 5)	281
B) Campo de Aplicação Espacial (n.ºs 6 a 8)	284
C) Campo de Aplicação Material (n.º 9)	288
SEGUNDA PARTE — Disposições Substantivos Referentes	
às Cláusulas Penais (n.ºs 10 a 17)	291
A) Cláusula Penal e Responsabilidade do Devedor pelo	
Incumprimento (n.º 11)	291
B) Funcionamento da Cláusula Penal nas Várias	
Hipóteses de Incumprimento (n.ºs 12 a 14)	293
C) Possibilidade de o Credor Obter Indemnização	
pelo Dano Excedente (n.º 15)	296
D) Redução do Montante da Cláusula Penal (n.º 16)	299
E) Força Obrigatória das Regras Uniformes (n.º 17)	304
RÉSUMÉ	307
SUMMARY	309
ZUSAMMENFASSUNG	
ANEXO — REGRAS UNIFORMES RELATIVAS ÀS	
CLÁUSULAS CONTRATUAIS ESTI-	
PULANDO O PAGAMENTO DE UMA	
QUANTIA ACORDADA EM CASO DE	
INCUMPRIMENTO	313

INTRODUÇÃO

1. Na sua XVI sessão (realizada em Viena de 24 de Maio a 3 de Junho de 1983), a CNUDCI aprovou o texto final das Regras Uniformes relativas às cláusulas contratuais estipulando o pagamento de uma quantia em caso de incumprimento ⁽¹⁾.

A diversidade de regulamentação patente nas várias legislações nacionais sobre a matéria das cláusulas penais, aliada à frequência da inserção destas cláusulas em contratos internacionais, levaram a que a CNUDCI tivesse introduzido no seu programa de trabalho este *item* ⁽²⁾. De resto, não foi ela a primeira instituição internacional a preocupar-se com tal questão. Recentemente, duas outras organizações, a Benelux Economic

⁽¹⁾ O texto das Regras Uniformes vem publicado, acompanhado da tradução portuguesa, em Anexo a este trabalho.

A epígrafe a que são subordinadas estas Regras apresenta-se algo estranha para quem se situe nos quadros da terminologia jurídica portuguesa. Com efeito, a matéria sobre que incidem aquelas Regras Uniformes é designada entre nós pela expressão *cláusulas penais*: expressão, de resto, que, a par doutra — perdas e danos meramente indemnizatórios — era utilizada nos trabalhos preparatórios (*liquidated damages and penalty clauses* e *dommages-intérêts libératoires et clauses pénales*). Porém, e porque nos sistemas de *civil law*, a expressão *clauses pénales* abrange já as duas categorias de cláusulas, tal como as autonomiza a *common law*, entendeu-se preferível afastar a referência às categorias tradicionais para reter na epígrafe apenas o objecto das regras.

No presente estudo, todavia, utilizaremos a expressão *cláusulas penais* para designar a matéria sobre que incidem as Regras Uniformes.

⁽²⁾ Foi na sua XII sessão que a CNUDCI solicitou a um dos seus Grupos de trabalho — o Grupo de trabalho sobre as práticas comerciais internacionais — que considerasse a

Union e o Conselho da Europa levaram a efeito estudos sobre as cláusulas penais que conduziram, respectivamente, à elaboração de uma Convenção ⁽³⁾ e de uma Resolução ⁽⁴⁾.

A importância da iniciativa da CNUDCI fica assim a dever-se não tanto à sua novidade como à universalidade do âmbito espacial que o carácter desta organização lhe imprime, em contraponto com a vocação tão só regional das instituições atrás referidas.

2. Diferentemente do que aconteceu com a regulamentação do contrato de compra e venda internacional ⁽⁵⁾, e daquilo que possivelmente virá

possibilidade de formular regras uniformes sobre cláusulas penais (*liquidated damages e penalty clauses*) que fossem aplicáveis a uma vasta gama de contratos comerciais internacionais.

Este Grupo de trabalho elaborou, de facto, um projecto sobre a matéria, o qual viria a ser submetido à apreciação da Comissão na sua XIV sessão. Nessa oportunidade, e em vista da futura aprovação do projecto de Regras Uniformes, a Comissão solicitou ao seu Secretário-Geral: 1) que incluísse no projecto as normas adjectivas necessárias para a hipótese de aquelas Regras Uniformes virem a ser aprovadas sob a forma de Convenção ou Lei-modelo; 2) a elaboração de um Comentário a estas Regras; 3) a preparação de um questionário dirigido aos Governos e às organizações internacionais, inquirindo a opinião de uns e outros quer sobre as Regras Uniformes propriamente ditas, quer sobre a forma que deveria revestir o instrumento de que futuramente viessem a constar.

Discutidas embora na XV sessão as Regras Uniformes e a forma jurídica do instrumento que as deveria conter, só na XVI sessão da CNUDCI viriam as primeiras a ser adoptadas por este organismo, tendo sido remetida para a Assembleia Geral da O.N.U. (6.ª Comissão) a decisão final sobre o segundo problema referido — decisão essa de que daremos conta no número 2 do texto.

(3) Convenção do Benelux relativa às cláusulas penais de 26 de Novembro de 1973.

(4) Resolução (78) 3 relativa às cláusulas penais em direito civil, de 20 de Janeiro de 1978, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa (cfr. o respectivo texto in BMJ n.º 279, Outubro de 1978, pp. 291 e ss.).

(5) Que, como é sabido, se encontra na Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (Viena-1980) e da Convenção das

a suceder em matéria de arbitragem ⁽⁶⁾, as regras uniformes adoptadas pela CNUDCI em matéria de cláusulas penais nem constam de uma Convenção nem são objecto de uma Lei-modelo. Formalmente essas regras são produto de uma deliberação adoptada pela CNUDCI, sendo a sua utilização recomendada aos Estados membros da O.N.U., através de uma Resolução da Assembleia Geral deste organismo ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

A questão de saber qual a forma jurídica que as presentes Regras Uniformes deveriam revestir foi mesmo um dos pontos cuja discussão mais acesa se apresentou durante o processo de gestação deste normativo.

O Secretariado da CNUDCI começou por apresentar a este propósito, no questionário ⁽⁹⁾ dirigido aos Estados e às organizações internacionais, três opções, a saber: a Convenção internacional, a Lei-modelo e as Condições gerais. Cada uma delas importando vantagens e inconvenientes, as respostas dos vários Governos e organizações partilharam-se entre aquelas três possibilidades, inclinando-se para aquela que, visto o caso concreto, apresentava maior mérito.

Pelo que se refere ao Governo português, a posição manifestada a este respeito favorecia a opção pela Lei-modelo, fundamentalmente por se lhe afigurar que na espécie em apreciação seria este o instrumento mais adequado.

Nações Unidas sobre a prescrição em matéria de compra e venda internacional de mercadorias (Nova York-1974). Para a análise do primeiro dos textos citados, confira MARIA ÂNGELA BENTO SOARES e RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Do contrato de compra e venda internacional. Análise da Convenção de Viena de 1980 e das disposições pertinentes do direito português*, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 6, 1981, p. 73 e ss..

⁽⁶⁾ Tudo se parece encaminhar, com efeito, para que o projecto de regulamentação da arbitragem internacional aprovado pela CNUDCI venha a revestir a forma de Lei-modelo. É essa, na verdade, a forma que o projecto da CNUDCI apresenta — confira o documento A/CN.9/WG.2/7/CRP.1, da CNUDCI.

⁽⁷⁾ Resolução n.º 38/135, de 19 de Dezembro de 1983.

⁽⁸⁾ De modo análogo ao que sucedeu, por exemplo, com a Regras da CNUDCI sobre Conciliação de 1980.

⁽⁹⁾ Confira *supra*, nota 2.

Este sentimento ressaltava da análise que o Governo português fazia dos três instrumentos que eram oferecidos à sua consideração.

Começava-se, desde logo, pela Convenção internacional. Sendo ela a forma solene por excelência de assumpção, pelos Estados, de compromissos internacionais, apresenta-se como resultado do empenho dos mesmos Estados na criação de uma regulamentação internacional aplicável a um determinado conjunto de relações jurídicas, assim surgindo como um *corpus iuris* internacional que emana da sua vontade. E porque tal é a sua fonte, é suposto que as normas assim criadas venham a merecer uma significativa aceitação, já que os Estados intervenientes na sua elaboração para ela terão contribuído activamente, participando nos trabalhos da conferência internacional que lhe deu origem. É assim de esperar que venham a aderir a uma dada Convenção ao menos os Estados que se pronunciaram favoravelmente ao texto convencional (no mínimo, a maioria dos participantes na conferência) o que permite concluir que quanto mais aberto e geral for o seu processo de formação, maiores serão as probabilidades da sua vigência e alcance enquanto regulamentação internacional. O que é reforçado pela circunstância de a vinculação dos Estados apenas poder encontrar o seu termo, para além dos mecanismos gerais do Direito Internacional (a que se encontram obrigados), pelos processos que por eles forem previstos no texto da Convenção.

Por tudo isto, a Convenção internacional apresenta-se assim como a forma adequada para os instrumentos internacionais que contenham a regulamentação detalhada e coerente de um instituto com relevo nas relações internacionais. Com efeito, por maior que seja o apuro técnico de um texto elaborado numa comissão de peritos, sempre ele beneficiará da discussão alargada que a conferência de plenipotenciários não deixa de proporcionar. Exemplo frisante do que acaba de ser dito podêmo-lo encontrar na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias cuja versão final muito fica a dever às achesgas que à conferência respectiva trouxeram os representantes dos vários Estados.

Não pareceu, contudo, ao Governo português, ser este o caso da matéria em apreço. Ao invés do exemplo referido, trata-se agora apenas da regulamentação de um ponto concreto e muito restrito que, mau grado a sua grande importância nos contratos internacionais, sempre deverá ser olhado como um aspecto muito peculiar da sua disciplina. Em face disto,

inclinou-se, pois, o nosso Governo para a segunda alternativa avançada pelo Secretariado da CNUDCI: a elaboração de uma Lei-Modelo.

São nítidas as diferenças entre este instrumento e a Convenção internacional. Ao contrário desta, aquela não é uma fonte de Direito Internacional, não cria quaisquer normas jurídicas, mas constitui apenas, como a própria designação indica, um modelo proposto aos Estados para a conformação do respectivo direito. Por outro lado, não participando os Estados enquanto tais na feitura de tal modelo (ao contrário do que vimos suceder no caso de uma convenção internacional) ele já não nos surge como emanação de vontades estaduais, mas antes como o produto de algo que lhes é exterior — neste caso, a CNUDCI, um órgão de uma organização internacional. Sendo assim, a uniformidade de aplicação de um determinado conjunto de normas aparece aqui menos garantida, pois os Estados, ao incorporarem-no no respectivo sistema jurídico, podem introduzir-lhe as modificações que entenderem, do mesmo modo podendo, tal como acontece em relação às restantes normas de direito interno, proceder à sua revisão.

Porém, tais inconvenientes não se afiguraram de molde a invalidar o juízo formulado quanto à preferência pela Lei-Modelo como suporte formal dos preceitos relativos às cláusulas penais. Trata-se aqui, com efeito, de pontos eminentemente técnicos em relação aos quais o confronto dos vários sistemas de regulamentação existentes já fora assegurado no seio da CNUDCI (onde aqueles estão equilibradamente representados), pelo que se não anteviu como provável que uma discussão em conferência trouxesse benefícios susceptíveis de justificar a sua convocação. Por outro lado, entendeu-se também que não deviam ser sobrevalorizados os inconvenientes que, para a uniformização de um determinado sector do jurídico, decorreriam da adopção de uma Lei-Modelo, em confronto com a aprovação de uma Convenção internacional. Com efeito, também aqui o desígnio uniformizador pode ver-se ameaçado com a possibilidade de formulação de reservas por parte dos Estados que venham a aderir à Convenção. No fundo, a generalização da regulamentação em causa é função não da forma que ela revestir mas da sua efectiva adequação aos interesses dos Estados a que se dirige; se conforme com estes últimos, virá ela a ser adoptada, não importando que se lhes apresente sob a forma de Convenção internacional ou Lei-modelo.

Finalmente havia que referir a terceira opção que o Secretariado da CNUDCI pôs em pé de igualdade com as anteriores: a elaboração de Con-

dições gerais cuja inserção nos contratos internacionais a CNUDCI recomendaria ⁽¹⁰⁾. Foi desde logo posto em evidência que esta opção se situa num plano totalmente diferente das duas anteriores. De facto, nestes casos visa-se a elaboração de normas jurídicas (num caso, de normas de direito internacional, noutro, de normas de direito interno, inspiradas num modelo internacional). Pelo contrário, optando-se por Condições gerais, estar-se-á face a regras propostas à autonomia privada dos contraentes e que, mesmo que assumidas por estes, possuiriam a mesma natureza que as demais estipulações contratuais, isto é, cederiam sempre perante as normas imperativas do ordenamento jurídico aplicável ao contrato. Donde decorre que o propósito uniformizador não é adequadamente servido por tal via; esta última, aparece, pois, configurada como sucedâneo, só sendo de adoptar quando de todo em todo não se consiga atingir o objectivo que acima se tinha definido como mais satisfatório: a elaboração de uma Lei-Modelo.

Por tudo isto, foi a Lei-Modelo que mereceu a preferência do Governo português para se regulamentar a matéria das cláusulas penais nos contratos internacionais, pois as vantagens que se entendeu decorrerem desta solução sobrelevariam suficientemente os inconvenientes que porventura ela poderia acarretar.

3. Se bem que a maioria dos Governos se tivesse pronunciado a favor da adopção de uma Lei-Modelo, a verdade é que não foi possível encontrar na Comissão um consenso sobre esta ou qualquer outra forma. De tal modo que este aspecto da questão foi remetido à apreciação da Assembleia-Geral da O.N.U. (6.^a Comissão). A mesma situação de indecisão persistiu no seio desse organismo, o qual, como já assinalámos ⁽¹¹⁾, se limitou a recomendar aos Estados membros a utilização das Regras Uniformes aprovadas pela CNUDCI.

4. De acordo com a estrutura do texto que contém as Regras Uniformes, analisaremos, numa primeira parte, o seu campo de aplicação, para apreciar, depois, as disposições substantivas.

⁽¹⁰⁾ Mostrando-se favorável a um incremento da utilização deste método no processo de unificação jurídica internacional, cfr. CLIVE M. SCHMITTHOFF, *The unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions*, I.C.L.Q., v. 17 (1968), pp. 551 e ss..

⁽¹¹⁾ Vide, *supra*, n.º 2.

PRIMEIRA PARTE

OBJECTO E CAMPO DE APLICAÇÃO

A. Objecto

5. O artigo 1 das Regras Uniformes define o objecto da presente regulamentação. É ele constituído na circunstância por determinadas cláusulas contratuais cujas notas definidoras se enunciam.

Primeiramente, requer-se que tais cláusulas se encontrem inseridas em contratos internacionais ⁽¹²⁾. De seguida, exige-se que tenha havido um acordo ⁽¹³⁾ das partes segundo o qual, no caso de inexecução das obrigações contratuais assumidas, a parte inadimplente fica obrigada a entregar à outra uma determinada quantia em dinheiro. Com a fórmula encontrada pretendeu-se abarcar todas as cláusulas contratuais com o conteúdo apontado, independentemente da consideração das finalidades que com elas se

⁽¹²⁾ Sobre o que deve entender-se por contrato internacional para este efeito, vejam-se os artigos 2 e 3 das Regras Uniformes.

⁽¹³⁾ Saber qual a forma que o acordo deveria revestir foi ponto discutido ao longo dos trabalhos preparatórios. Deles resulta que não houve unanimidade quanto à exigência ou não exigência da sua redução a escrito. Assim sendo, deverá entender-se que é este um ponto cuja regulamentação virá a depender da ordem jurídica (aí incluído o seu DIP) do Estado que venha a adoptar as presentes Regras Uniformes.

Entre nós, regem, na matéria, e no que toca ao direito de conflitos, os artigos 41.º e 42.º do Código Civil; e quanto ao direito material, deve ter-se em conta, a este propósito, o artigo 810.º, n.º 2, de acordo com o qual a cláusula penal deve obedecer à forma prescrita para a obrigação principal. Esta solução decorre do carácter acessório de que a cláusula penal se reveste na nossa lei, em relação à obrigação principal.

visou atingir. Assim, aqui se incluem quer as cláusulas de índole puramente indemnizatória (as *liquidated damages* do direito anglo-saxónico, os *dommages-intérêts libératoires* na terminologia francesa e as *Schaden-pauschale* da doutrina e jurisprudência alemãs) — que se limitam a pré-determinar o montante da indemnização a versar pela parte inadimplente — quer as que revestem natureza tão-só cominatória ou repressiva (como, por exemplo, as *penalty clauses* do direito inglês) — que se apresentam como verdadeiras penas privadas, com a ameaça das quais se pretende forçar o cumprimento das obrigações contratuais consideradas — quer, finalmente, aquelas que combinam as duas finalidades já apontadas. Ultrapassam-se assim as dificuldades suscitadas pela sujeição destes diferentes tipos de cláusulas a regimes diversos em alguns direitos ⁽¹⁴⁾.

Deste modo, a expressão cláusulas penais que utilizamos ⁽¹⁵⁾ no presente estudo, pretende referir-se a todas as cláusulas que apresentem os caracteres definidos neste artigo 1, qualquer que seja a sua finalidade. De resto, este é também o sentido com que o nosso legislador utiliza o termo *cláusulas penais* nos artigos 810.º e seguintes do Código Civil.

Pelo que se refere ao momento da estipulação das cláusulas em análise, não encontramos neste preceito qualquer limitação — admitindo-se assim que, como toda e qualquer cláusula, também a cláusula penal possa ser incluída no contrato num momento ulterior ou constar até de um novo instrumento negocial ⁽¹⁶⁾. Tal é a conclusão a tirar, por igual, em face da nossa lei, pois que o artigo 810.º do Código Civil se não refere ao ponto.

⁽¹⁴⁾ Impressivo a este respeito é o diferente tratamento dado às cláusulas que revistam carácter puramente cominatório nos países de *common law*, por contraposição aos de *civil law*. Nos primeiros, as *penalty clauses* são consideradas pura e simplesmente nulas (sendo calculada a indemnização eventualmente devida pelo contraente faltoso com base nos danos efectivamente sofridos) enquanto que nos últimos as cláusulas de intenção meramente cominatória são válidas, podendo no entanto verificar-se, em certos casos, a redução, por intervenção judicial, do montante convencionado nas hipóteses em que for considerado desproporcionado (a este propósito, cfr. *infra*, n.º 16).

⁽¹⁵⁾ Ver *supra*, nota 1. Sobre as finalidades possíveis da cláusula penal, *vide*, entre outros, A. FERRER CORREIA e RUI DE ALARCÃO, *Acerca da taxa-limite da cláusula penal fixada pelo Dec. 21.730*, in RDES, ano IX (1956), p. 176 e ss..

⁽¹⁶⁾ De acordo com o Prof. VAZ SERRA, que se abona em ENNECCERUS-LEHMANN, pode mesmo tratar-se aqui de um negócio unilateral como por exemplo um testamento (*Pena Convencional*, BMJ n.º 67 (Junho de 1957), p. 186).

Importa, por outro lado, salientar que, para efeitos do disposto na norma do artigo 1, a inexecução tida em vista pelas partes ao convencionarem a cláusula penal é não só a inexecução total ou parcial da obrigação como ainda o cumprimento moroso ou imperfeito. O mesmo se deve entender entre nós. Até há pouco a lei silenciava quanto à especificação das hipóteses para as quais poderia ser prevista uma cláusula penal, mas na doutrina (17) entendia-se que tais cláusulas tinham cabimento em todas as modalidades de inexecução acabadas de apontar. Recentemente, com uma das alterações que o artigo 811.º do Código Civil sofreu (18), alude-se nesta norma a outras formas de não cumprimento das obrigações que não a inexecução total. A amplitude verificada na definição do objecto desta regulamentação não exclui, porém, a diversidade de certos pontos do regime aplicável às diferentes modalidades em causa, como veremos mais adiante.

Interessa referir ainda que as Regras da CNUDCI apenas abarcam os casos em que a parte faltosa (19) deva prestar uma quantia em dinheiro. A solução limita-se a consagrar a prática corrente no comércio internacional e abrange não só os casos em que o montante a prestar se encontra fixado, mas também aqueles em que, não o estando, ele é determinável com base em critérios estabelecidos. Tal exigência não aparece formulada na

(17) Cfr. VAZ SERRA, *loc. cit.*, pp. 204 e ss.; PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, v. II, 2.ª edição, Coimbra, 1981, Coimbra Editora, nota ao artigo 811.º, na sua redacção original. PINTO MONTEIRO, in MOTA PINTO, *Direito Civil* (Lições ao Curso Complementar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano de 1979-80), Coimbra, 1980, p. 204.

(18) Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho. Sobre a interpretação das novas disposições legais veja-se o que diremos *infra*, na análise ao artigo 6 das Regras Uniformes.

(19) Ficou agora claro que as presentes Regras apenas cobrem os casos em que a quantia acordada deva ser directamente exigida ao devedor. Vale isto por dizer que, e ao contrário do que sucedia no projecto respectivo, ficam agora excluídos os casos correntes na prática do comércio internacional em que a quantia devida pela parte faltosa em caso de incumprimento da obrigação principal é posta à disposição do credor através de uma instituição bancária, onde fora aberto para esse efeito um crédito a seu favor pelo devedor.

nossa lei, daí resultando que, à face desta, o objecto da prestação da parte inadimplente pode ser diverso de uma quantia em dinheiro (19ª).

B. Campo de Aplicação Espacial

6. Os artigos 2 e 3 das Regras Uniformes destinam-se à delimitação do campo espacial dessas Regras. Ou seja, com eles se procura definir o que deve entender-se, para esse efeito, por contratos internacionais.

Nos termos da alínea a) do artigo 2, um contrato é internacional quando as partes tiverem o seu estabelecimento, no momento da conclusão desse contrato, em Estados diferentes. Ficam assim de fora desde logo os contratos puramente internos, ou seja, aqueles em que os elementos da relação contratual se encontram todos no interior do mesmo sistema jurídico estadual (20). Entende-se, com efeito, não só que os contratos internacionais se revestem de particularidades específicas, carecendo por isso de regulamentação particular, como também que é em relação a eles que importa sobremaneira obviar às disparidades verificadas nas ordens jurídicas nacionais a propósito da disciplina das chamadas cláusulas penais (21). Mas a regulamentação assim criada também não se destina a todos os

(19ª) Neste sentido, VAZ SERRA, (*loc. cit.*, p. 188) e PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, *op. cit.*, nota 2 ao artigo 810.º.

(20) Mantém-se assim a orientação seguida pela CNUDCI que desde o seu início se tem dedicado apenas à regulamentação das relações internacionais. Outra foi a orientação que conduziu, por exemplo, à elaboração das leis uniformes sobre a letra e a livrança, bem como à do cheque, contidas nas Convenções de Genève de 1930 e 1931, respectivamente. Como é sabido, estas leis uniformes, uma vez incorporadas nos respectivos direitos nacionais (como se passa quanto ao nosso), aplicam-se a todos os títulos de crédito daquelas categorias, independentemente do seu carácter interno ou internacional.

(21) Para um apanhado geral destas disparidades, veja-se JEAN THILMANY, *Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé*, R.I.D.C., v. 32 (1980), p. 17 e ss..

contratos que apresentem elementos de extraneidade e que, não sendo assim puramente internos, se configurem, neste sentido, como internacionais. Com efeito, e como começámos por assinalar, o pressuposto da internacionalidade do contrato, relevante para efeitos de aplicação das Regras Uniformes é o da localização, no momento da conclusão do contrato, do estabelecimento das partes em diferentes Estados ⁽²²⁾.

O critério encontrado para a definição do carácter internacional parece na verdade acertado pois que, ao pôr-se a tónica na localização do estabelecimento das duas partes contratantes em Estados diferentes, se está afinal a valorizar o elemento porventura mais relevante da actividade das mesmas.

7. Ainda dentro do campo espacial de aplicação das Regras da CNUDCI que analisamos importa ter presentes as especificações constantes das demais alíneas do seu artigo 2. A primeira vem precisar que a localização em países diferentes do estabelecimento das partes apenas pode ser tida como pressuposto de aplicação das Regras Uniformes quando este facto resulte de forma inequívoca, ou do próprio contrato, ou das negociações havidas entre as partes, ou de informações fornecidas por estas em qualquer momento anterior ou contemporâneo da celebração do contrato. O relevo aqui reconhecido à aparência contratual justifica-se na medida em que, não se tornando manifesto para as partes, até ao momento da celebração do contrato, o carácter internacional deste, nos termos do critério referido, elas tê-lo-ão como um contrato meramente interno, não se justificando aqui, pois, a aplicação do regime das Regras Uniformes, pensado, como já dissemos, para contratos havidos como internacionais. Doutro modo — isto é, vir permitir que a localização em Estados diferentes dos estabelecimentos das partes, tornada evidente tão-só depois da sua celebração, seja considerada como factor de aplicação das regras ora criadas —

(22) Pode considerar-se ser este o critério tradicionalmente adoptado pelos textos elaborados por iniciativa da CNUDCI, para a definição dos contratos internacionais a que pretendem aplicar-se. Cfr., por exemplo, os artigos 2, alínea *a*) e 3, parágrafo 1, da Convenção de Nova York de 1974 sobre a prescrição em matéria de compra e venda internacional de mercadorias e o artigo 1, parágrafo 1, alínea *a*), da Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

frustrar-se-iam as expectativas das partes que não terão contado possivelmente com uma tal eventualidade e as suas consequências ⁽²³⁾.

A alínea *c*) do artigo 2 vem salientar que são irrelevantes, para determinar o campo de aplicação das Regras Uniformes, quer a nacionalidade das partes, quer o carácter civil ou comercial das partes no contrato ⁽²⁴⁾. A definição do campo de aplicação espacial das Regras Uniformes completa-se assim com uma afirmação que pretende afastar quer o relevo dos elementos subjectivos (nacionalidade das partes e respectiva qualidade civil ou comercial) quer a importância nesta sede daquilo a que poderíamos chamar a índole do contrato (a sua natureza civil ou comercial). Quanto à nacionalidade das partes, dada a sua escassa importância no domínio da regulamentação das relações contratuais internacionais ⁽²⁵⁾, seria difícil justificar solução diferente. No que toca ao carácter civil ou comercial da transacção ou dos seus intervenientes haverá que ter presente que tal distinção é desconhecida de vários sistemas jurídicos nacionais ⁽²⁶⁾, o que claramente desaconselhava, tendo em vista as finalidades uniformizadoras das presentes regras, que ele fosse tomado aqui em consideração.

8. Sendo certo que muitas vezes os sujeitos envolvidos nas relações privadas internacionais possuem mais do que um estabelecimento, as Regras Uniformes vêm, na alínea *a*) do seu artigo 3, prevenir as dúvidas que, para efeitos de averiguação do carácter internacional da relação, pudessem surgir nesses casos. Assim, dispõe-se neste preceito que releva aqui o estabele-

⁽²³⁾ Considerações semelhantes pesaram no sentido da inclusão da mesma regra na Convenção de Nova York de 1974 sobre a prescrição em matéria de compra e venda internacional de mercadorias (artigo 2, alínea *b*) e na Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (artigo 1, parágrafo 2)).

⁽²⁴⁾ A mesma regra se encontra por igual nos instrumentos convencionais referidos na nota anterior. Cfr., respectivamente, os artigos 2, alínea *e*) e 1, parágrafo 3.

⁽²⁵⁾ Assim, por exemplo, note-se que esse critério não é igualmente retido pela nossa lei a este propósito — vejam-se os artigos 41.º e 42.º do Código Civil.

⁽²⁶⁾ Não assim, como se sabe, entre nós. Veja-se, por exemplo, o artigo 2.º do Código Comercial.

cimento que se encontrar em relação mais estreita com o contrato e a sua execução, atendendo-se nesta determinação a todas as circunstâncias conhecidas das partes ou por elas tidas em atenção num qualquer momento anterior ou contemporâneo da celebração do contrato ⁽²⁷⁾. A solução encontrada parece-nos adequada quer porque aparece reclamada pelo simples bom senso quer porque faz apelo à conexão que em casos análogos recolhe a preferência do legislador convencional internacional (e também, em certos casos, do legislador interno ⁽²⁸⁾): a do estabelecimento que tenha com a relação a *most closest relationship*. Finalmente tem o legislador o cuidado de precisar ⁽²⁹⁾ que para a determinação de qual o estabelecimento mais intimamente ligado com a transacção apenas devem relevar as circunstâncias que as partes conhecessem ou tivessem em vista até ao momento da celebração do contrato — o que se justifica pela necessidade de proteger as expectativas das partes e é reclamado pela segurança jurídica, valor cuja importância nas relações internacionais se torna ocioso encarecer.

Por outro lado, e prevenindo igualmente dúvidas nesta matéria, a alínea 2 do artigo 3, contemplando o caso em que alguma das partes não possua estabelecimento, prescreve que deve ser então tomada em consideração a sua residência habitual ⁽³⁰⁾. Pensou-se aqui, cremos que acertadamente, que nestes casos seria esta a sede da vida negocial do contraente em causa.

⁽²⁷⁾ A mesma solução se pode encontrar já nas duas Convenções elaboradas por iniciativa da CNUDCI a que nos temos vindo a referir. Cfr. o artigo 2, alínea *c*), da Convenção de Nova York de 1974 sobre a prescrição e o artigo 10, alínea *a*), da Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda.

⁽²⁸⁾ Entre nós, veja-se o disposto nos artigos 52.º, n.º 2 e 60.º, n.º 2 do Código Civil, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Lei n.º 469/77, de 25 de Novembro.

⁽²⁹⁾ Em concordância, aliás, com o que a outro propósito faz no artigo 2, alínea 2.

⁽³⁰⁾ No mesmo sentido, cfr. o artigo 2, alínea *d*), da Convenção de Nova York de 1974 sobre a prescrição e o artigo 10, alínea *b*) da Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda.

Note-se contudo que as dúvidas acerca desta matéria não são totalmente afastadas pois que fica em aberto o problema de saber o que, para efeitos de aplicação das presentes regras, se entende por estabelecimento ⁽³¹⁾.

C. Campo de Aplicação Material

9. Restringindo o campo de aplicação material da disciplina que prescreve para reger as cláusulas penais, o artigo 4 das Regras Uniformes vem excluir desta regulamentação as cláusulas que forem inseridas em contratos que tenham por objecto bens ou serviços destinados a um uso pessoal, familiar ou doméstico de uma das partes, a não ser que, até à celebração do contrato, a outra parte não soubesse nem devesse saber que ele fora concluído com uma tal finalidade ⁽³²⁾.

Esta solução como que explicita a intenção com que foram elaboradas as presentes Regras Uniformes: a de apenas se aplicarem às cláusulas penais inseridas em contratos internacionais que se possam dizer verdadeiramente integrados na actividade mercantil dos sujeitos respectivos. Só relativamente a estes, de facto, se justifica a previsão de uma regulamentação especial e uniforme das cláusulas penais, como só nestes se reveste da acuidade que acima referimos o valor da segurança jurídica. Os contratos excluídos pela presente disposição e que tenham um carácter internacional representarão de resto uma parte ínfima das transacções comerciais inter-

⁽³¹⁾ O mesmo silêncio caracteriza as Convenções referidas na nota anterior, muito embora, ao menos no processo de elaboração da última, se tenha tentado, sem êxito, encontrar uma directriz nesta sede.

⁽³²⁾ A mesma exclusão, a par de outras, é feita na alínea *a*) do artigo 4 da Convenção de Nova York de 1974 sobre a prescrição e na alínea *a*) do artigo 2 da Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda.

nacionais — e daí que nem sequer se poderá dizer que com esta exclusão se restrinja grandemente o campo de aplicação do presente normativo. Ademais, importa ter presente que neste tipo de contratos a matéria das cláusulas penais se encontra regulada de um modo específico em muitas legislações nacionais, as mais das vezes em ordem a proteger o contraente mais fraco, ou seja, o consumidor ⁽³³⁾. Trata-se aqui de uma zona particularmente sensível às concepções de cada legislador e até aos seus objectivos concretos de política legislativa; assim sendo, revelar-se-ia muito improvável materializar em preceitos uniformes uma qualquer espécie de conciliação das diversas perspectivas escolhidas pelas várias ordens jurídicas.

Contudo, tenha-se presente que as razões acabadas de apontar só cobram relevo na forma descrita (actuando assim plenamente e sem entraves) quando for cognoscível para ambos os contraentes, até ao momento da celebração do contrato, o facto de que se encontram perante as situações que se pretende sejam excluídas do campo de actuação das regras ora prescritas ⁽³⁴⁾. Se tal não for o caso deve dar-se relevância à convicção das partes que se julgam envolvidas em transacções verdadeiramente internacionais, como tais sujeitas à disciplina do normativo ora criado.

⁽³³⁾ Sobre a problemática da protecção do consumidor, cfr., por todos, a obra de EIKE von HIPPEL, *Verbraucherschutz*, 2.ª edição, Tübingen, 1979, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

⁽³⁴⁾ Trata-se aqui de mais uma manifestação da aparência contratual. Já tivemos ocasião de fazer referência a outras incidências desta ideia *supra*, nos n.ºs 7 e 8.

SEGUNDA PARTE

DISPOSIÇÕES SUBSTANTIVAS REFERENTES ÀS CLÁUSULAS PENAIS

10. Definido o objecto das presentes Regras Uniformes e delimitado o seu campo de aplicação espacial e material faz-se mister analisar agora as várias normas substantivas sobre as cláusulas penais e que se concentram nos cinco últimos artigos do texto em apreço. É o que faremos em seguida.

A. Cláusula Penal e Responsabilidade do Devedor pelo Incumprimento

11. A primeira norma que importa agora considerar consta do artigo 5 e liga a exigibilidade da quantia em dinheiro acordada (do objecto da cláusula penal, portanto) à verificação da responsabilidade do devedor pelo incumprimento da obrigação contratual em relação à qual se estabeleceu a cláusula penal. Ao frisar esta nota, o legislador ⁽³⁵⁾ afasta-se da concepção da cláusula penal como uma cláusula de garantia, pois ela apenas funcionará quando se puder imputar ao devedor o incumprimento verificado. O seu alvo não é, pois, a protecção em toda a linha do interesse

(35) Na linha, aliás, do artigo 4 da resolução do Conselho da Europa citada na nota 4.

do credor; apenas se cura da tutela deste interesse nas situações em que ele esteja ameaçado por culpa do devedor inadimplente ⁽³⁶⁾.

A exigibilidade do objecto da cláusula penal, nestes termos, levanta o problema de saber se o devedor agiu com culpa, o que, em relações internacionais, acarreta necessariamente, na ausência de regras uniformes aplicáveis ⁽³⁷⁾, a questão da dilucidação de qual, de entre os vários ordenamentos nacionais em confronto, será competente para indicar os critérios de averiguação de existência da culpa. A resposta virá da *lex contractus*, a ser designada pelos mecanismos do direito internacional privado ⁽³⁸⁾.

No nosso direito, a conclusão a que acabámos por chegar, muito embora se não encontre expressamente referida em texto legal, parece-nos ser por igual aceite pela doutrina ⁽³⁹⁾. E cremos que dificilmente se poderia

⁽³⁶⁾ Porém, se esta parece ser a concepção perfilhada nas Regras Uniformes quanto à natureza da cláusula penal, tal não obsta a que nelas se aceite que os contraentes lhe confirmam outro carácter: e assim é que expressamente se admitem as convenções das partes que traduzam este último entendimento (confira o artigo 9 das Regras Uniformes e *infra*, n.º 17). No entanto, advirta-se que, como se refere no Comentário ao Projecto das Regras elaborado pelo Secretário da CNUDCI (cfr. o documento A/CN.9/218 da CNUDCI, de 11.11.81, p. 15) as cláusulas penais, mesmo quando assim modeladas, não cobrarão efeitos quando o próprio contrato de que elas fazem parte for nulo. A nulidade do contrato faz cair por completo a base negocial que sustentava a obrigação do devedor, com tudo o que dela derivava, aí incluída a cláusula penal. Isto ainda mesmo quando a cláusula penal, como se aludiu *supra* (nota 16), conste de documento separado do contrato de que decorre a obrigação a que ela se refere; essa cláusula, do ponto de vista substancial, integra-se em tal contrato e daí que ganhem igualmente relevo nesta hipótese as considerações produzidas em texto.

⁽³⁷⁾ Regras que existirão nos casos em que se verifiquem os pressupostos de aplicação de quaisquer instrumentos internacionais pertinentes, como por exemplo a Convenção de Viena de 1980. Se for este o caso, haverá que ter presente desde logo o regime da exoneração da responsabilidade do devedor constante dos artigos 79 e 80.

⁽³⁸⁾ Entre nós, os critérios respectivos estão contidos nos artigos 41.º e 42.º do Código Civil.

⁽³⁹⁾ Cfr. VAZ SERRA (n. 16), p. 240, PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA (n. 17), nota 3 do artigo 810.º, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 3.ª edição, Coimbra, 1980, Coimbra Editora, p. 402, PINTO MONTEIRO (n. 17), p. 205 e SIMÕES PATRÍCIO, *As novas taxas de juro do código Civil*, BMJ, n.º 305 (Abril de 1981), p. 62.

chegar a outra conclusão em face do carácter manifestamente acessório que a cláusula penal apresenta na formulação do artigo 810.º, n.º 2 do Código Civil. Dizendo-se aí, com efeito, que para a cláusula penal são exigidas as mesmas formalidades que para a obrigação principal e que a nulidade desta acarreta a nulidade da primeira, é clara a intenção do legislador em fazer depender o destino da cláusula penal da sorte da obrigação a que ela surge originariamente ligada. Ora, como no nosso direito a exigibilidade da obrigação principal supõe a culpa do devedor no incumprimento (cfr. artigo 798.º do Código Civil), não pode deixar de concluir-se que, à semelhança do que se dispõe no artigo 5 das Regras Uniformes, também, entre nós, o devedor ficará exonerado da obrigação de pagar a soma devida a título de cláusula penal quando não for responsável pela inexecução da obrigação principal.

B. Funcionamento da Cláusula Penal nas Várias Hipóteses de Incumprimento

12. O artigo 6 das Regras Uniformes visa prover a um dos pontos essenciais da disciplina do funcionamento das cláusulas penais: é ele o da articulação da sua actuação com o jogo dos demais poderes conferidos ao credor nas hipóteses de incumprimento. Esta actuação, atentos os próprios fins da cláusula penal, reveste necessariamente aspectos diferentes consoante a modalidade de inexecução verificada. Dado que, nestes termos, as presentes Regras Uniformes tratam diversamente os vários perfis do problema em apreço, analisá-los-emos cada um de per si.

13. Começemos pela hipótese de atraso no cumprimento — mora —, prevista no parágrafo 1 do artigo 6. Nos termos deste preceito, o credor pode exigir não só o cumprimento da obrigação principal como ainda a soma acordada a título de cláusula penal.

Numa tal situação, e visto que o pagamento da soma só pode ter sido querido para a mora, não se vê razão para obstar à cumulação dos dois

poderes, já que a cláusula penal não aparece, manifestamente, como um substituto da execução mas antes como algo que pretende vir acrescer a esta: é, antes, obviamente encarada como uma reparação pela mora. O direito do credor à execução permanecendo intocado, a intenção que presidiu à estipulação da cláusula penal não pode ter sido outra que não seja a de compensar o credor pelo atraso na execução.

Ainda aqui encontramos consonância entre esta regra e a da nossa lei (artigo 811.º, n.º 1⁽⁴⁰⁾), o que dispensa que nos detenhamos mais sobre o ponto.

14. Para as outras hipóteses de incumprimento para além da mora (incumprimento definitivo e cumprimento defeituoso⁽⁴¹⁾), prescreve o parágrafo 2 do artigo 6 das Regras Uniformes que o credor pode exigir apenas uma de duas coisas: ou o cumprimento ou a soma acordada. Contudo, só poderá ter lugar a cumulação se a soma acordada não puder razoavelmente ser considerada como compensação do incumprimento.

Ao determinar-se em tais casos a exclusão mútua da possibilidade de o credor obter execução forçada e da possibilidade de reclamar do devedor a prestação do objecto da cláusula penal, parte-se do princípio de que, na generalidade, ao configurarem uma cláusula penal em tais hipóteses, as partes terão querido estabelecer com ela um substituto da execução. Assim sendo, não faria qualquer sentido permitir-se a cumulação dos dois meios colocados à disposição do credor: ele apenas poderá utilizar um deles, consoante a avaliação que faça dos seus interesses. Porm, se é este,

(40) A actual redacção do n.º 1 do artigo 811.º do Código Civil resulta do Dec.-Lei n.º 262/83 de 16 de Junho. O respectivo preceito, porém, foi introduzido no Código Civil com o Dec.-Lei n.º 200-C/80, que reproduzia o artigo 2.º da Resolução do Conselho da Europa citado *supra* na nota 4. Note-se contudo que a regra aparecia já expressamente consagrada no n.º 1 do artigo 3.º do Anteprojecto VAZ SERRA, com a diferença de que este autor, como veremos de resto que acontece com as Regras Uniformes (*vide, infra*, n.º 17), lhe imprimia carácter supletivo. Cfr. o estudo citado na nota 16, a página 241.

(41) Incluem-se aqui todos os casos em que foi prestado algo que se apresenta em relação à prestação convencionada como um *minus*, um *aliud* ou uma coisa defeituosa. Apenas se autonomiza desta categoria o caso de cumprimento moroso contemplado, como já vimos, no parágrafo 1 do artigo 6. Para uma aplicação desta categoria ao contrato de compra e venda internacional, vejam-se MARIA ÂNGELA BENTO SOARES e RUI MANUEL MOURA RAMOS, (nota 5), p. 149.

como se reconhece na doutrina ⁽⁴²⁾, o fundamento da solução enunciada, não se pode negar sem mais ao credor a possibilidade de cumular a exigência da prestação do devedor inadimplente com a da soma acordada a título de cláusula penal quando se mostrar que outra e diversa foi a finalidade com que esta foi estabelecida. Neste sentido, a regra convencional sofre, na parte final do parágrafo 2 do artigo 6, uma restrição com o exacto alcance das considerações que acabámos de formular.

Entre nós, a regra, para as hipóteses que consideramos ⁽⁴³⁾, está, consagrada na nossa lei, no n.º 1 do já citado artigo 811.º do Código Civil, parecendo-nos por igual justificada a sua inserção pelas considerações aduzidas acima. Note-se porém que ela não nos aparece temperada, como vimos acontecer nas Regras Uniformes, pela possibilidade de cumulação em certos casos da exigência da prestação do devedor inadimplente com o objecto da cláusula penal. Posição esta que, salvo melhor opinião, não parece demasiado rígida, pois que, se, como dissémos, a *ratio* da regra da não cumulação reside afinal na vontade que o legislador supõe tenha sido

⁽⁴²⁾ Cfr., por exemplo, VAZ SERRA (n. 16), pp. 204 e ss..

⁽⁴³⁾ Isto é, o incumprimento definitivo e o cumprimento defeituoso. Na verdade, a redacção dada ao n.º 1 do artigo 811.º do Código Civil pelo Dec.-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, veio tornar claro que ao regime da não cumulação do funcionamento da cláusula penal com a exigência da obrigação principal apenas fica subtraída a hipótese de mora (“atraso da prestação”); ponto este que era duvidoso, à face da redacção anterior do mesmo preceito que exceptuava de tal regra o que chamava de situações de *não cumprimento pontual* da obrigação. Tudo ia então de saber que situações eram estas; teria querido o legislador, utilizando o termo *pontual* no seu sentido vulgar, referir-se ao retardamento no cumprimento? Ou pretenderia abranger também o cumprimento imperfeito (neste sentido é, de resto, tal termo utilizado no artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil?) (A dúvida aparece já formulada por ANTUNES VARELA (nota 17), anotação 4 ao artigo 811.º na sua redacção actual). Não sendo esclarecedores em qualquer dos sentidos, nem a letra da lei nem os trabalhos preparatórios (aí incluímos a Resolução (78) 3 do Conselho da Europa e a respectiva exposição de motivos, bem como os comentários sobre ela tecidos por SIMÕES PATRÍCIO (nota 39), p. 61 e ss.), entendíamos já então (no parecer referido no início deste trabalho) que o regime da cláusula penal previsto para o incumprimento definitivo se devia estender ao cumprimento defeituoso. Isto porque esta hipótese se aproxima mais na sua configuração da do incumprimento definitivo do que da da mora: na verdade, só neste último caso se pode afirmar que a cumulação tende a ser a regra, pois só nesse caso se pode dizer que a soma acordada pretende abarcar um prejuízo que não é nunca coberto pelo incumprimento da obrigação principal.

a das partes (sem que aqui intervenham considerações de outra ordem), não se vê justificação para não prever a alteração da regra quando se averiguar que outra foi a vontade das partes.

E a indiferença que o nosso legislador demonstra aqui pela real vontade dos contraentes (ao não retirar dela consequências em matéria de regulamentação convencional) vem a agudizar-se quando se confere carácter imperativo à regra legal, impedindo a sua modificação pelas partes — ponto este que, como melhor veremos, demarca o sistema convencional da lei ⁽⁴⁴⁾.

O que se traduz, afinal, na tomada de posição do nosso legislador a favor de uma construção da cláusula penal que a limita à função de cláusula meramente reparatória (*liquidated damages*, na expressão inglesa, *dommages-intérêts libératoires*, na terminologia francesa), postergando em absoluto o seu possível escopo sancionatório ⁽⁴⁵⁾.

C. Possibilidade de o Credor Obter Indemnização pelo Dano Excedente

15. Uma das principais vantagens ligadas ao estabelecimento da cláusula penal é, como se sabe, a pré-determinação do montante a ser versado em caso de incumprimento de uma determinada obrigação. Tal predeterminação serve por igual os interesses do credor e do devedor. O primeiro vê assim fixado o montante da indemnização a receber pela inexecução, sendo-lhe então poupados a álea e os encargos próprios de uma indagação posterior sobre o ponto. Pelo que ao devedor se refere, sempre este estará

⁽⁴⁴⁾ Ver *infra*, n.º 17.

⁽⁴⁵⁾ Criticando também a solução legal entre nós perfilhada, confira PINTO MONTEIRO, *Inflação e Direito Civil*, Coimbra (Separata do Boletim de homenagem ao Professor Ferrer Correia), 1984, p. 40.

seguro quanto aos limites da sua responsabilidade, no caso de não vir a cumprir as suas obrigações. Nesta medida se compreende a primeira regra contida no artigo 7, que afasta o direito do credor a pretender qualquer indemnização — a calcular pelos critérios gerais — pelos danos que as partes tiveram em vista ao estipular a cláusula penal, quando ele venha exigir o montante desta.

Deste ponto de vista, tudo aponta para que os direitos do credor devam ficar circunscritos ao montante acordado a título de cláusula penal. Simplesmente, bem pode acontecer que, em face das circunstâncias, os danos efectivamente sofridos pelo credor com o inadimplemento do devedor sejam claramente superiores ao valor fixado na cláusula penal. Ora, se considerarmos que em tais casos o credor está inibido de se ressarcir dos danos para além do montante da cláusula penal, estaremos a, em nome da segurança jurídica, preterir considerações que relevam do plano da justiça. Daí que certas legislações ⁽⁴⁶⁾ admitam que, quando aquela desproporção seja significativa, o juiz possa intervir no sentido de conceder ao lesado uma indemnização que cubra o dano excedente.

Nesta orientação se filiam as Regras Uniformes, que, no artigo 7, reconhecem ao lesado a possibilidade de requerer uma tal indemnização. Importa agora precisar em que condições está aí reconhecido esse direito. De acordo com este preceito, em princípio, a exigência da soma acordada afasta a possibilidade de o credor pretender qualquer indemnização que vise compensar o prejuízo a cuja cobertura a cláusula penal vai destinada. Contudo, se o valor dos prejuízos sofridos tiver ultrapassado substancialmente a soma acordada, já assistirá ao credor o direito a reclamar uma indemnização tendente a cobrir esse prejuízo excedente.

Os termos em que nos aparece consignada a possibilidade de o credor ver ressarcidos todos os danos causados pelo incumprimento da obrigação do devedor, mau grado ter acordado uma cláusula penal, afiguram-se-nos razoáveis, porque, limitando-a aos casos de desproporção significativa, não descaracterizam a cláusula penal, apenas sacrificando os valores tutelados pela previsão desta quando outros que se apresentam como de nível superior o exijam.

No nosso direito, a obtenção de uma indemnização pelos danos sofridos pelo incumprimento de uma obrigação nos casos em que for acordada

(46) Tal é o caso da alemã, que assim dispõe no parágrafo 340, alínea 2 do BGB.

uma cláusula penal só é possível quando as partes nisso convieram expressamente (artigo 811.º, n.º 2 do Código Civil). A nossa lei deixou assim ao cuidado das partes a tutela dos interesses do credor que neste caso podem estar em jogo, deste modo preferindo os valores de certeza e segurança ⁽⁴⁷⁾ que são servidos pela limitação da indemnização ao valor da cláusula penal ⁽⁴⁸⁾.

Não desconhecemos os inconvenientes que a adopção do regime previsto a este propósito na Regras Uniformes acarreta. Só que entendemos que estes inconvenientes estão por igual presentes quando se admite a redução do montante da cláusula penal se os danos verificados forem nitidamente inferiores ao seu valor — e, como veremos ⁽⁴⁹⁾, esta solução é acolhida tanto nas Regras Uniformes como no nosso direito ⁽⁵⁰⁾. Tratar

⁽⁴⁷⁾ Foi por estas razões que foi rejeitada a proposta de VAZ SERRA, incluída no n.º 2 do artigo 3.º do seu articulado, que ia no sentido de permitir expressamente a reparação do dano excedente ((n. 16), p. 241).

Na reforma legislativa operada em 1980 não se tocou nesta questão. O que bem se compreenderia, se tal se tivesse ficado a dever a uma reflexão aturada sobre o ponto donde se concluisse ser a vigente a boa doutrina. Tal parece, porém, não ter sido o caso, a avaliar pela exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 200-C/80, onde se refere expressamente que só não se analisaram (porventura para as atender) as sugestões da doutrina portuguesa no sentido de consagrar a possibilidade de, independentemente de convenção das partes, indemnizar o dano excedente, "... porque se atendeu à orientação do Conselho da Europa"! Tendo presente que não nos encontramos mais do que face a uma mera recomendação deste órgão europeu, cremos que a matéria bem poderia ter merecido melhor reflexão. Em idêntico sentido, veja-se PINTO MONTEIRO, *op. e loc. cit.* na nota 45.

⁽⁴⁸⁾ Limitação que se torna mais dificilmente aceitável em períodos — como o actual — de elevada depreciação monetária. Note-se, contudo, que o nosso legislador se mostrou sensível a esta problemática, mas tão só no domínio da responsabilidade extra-contratual, ao admitir a indemnização suplementar pelo dano superior sofrido pelo credor (cfr. o n.º 3 do artigo 806.º do Código Civil, introduzido pela já citado Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho).

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *infra*, o n.º 16.

⁽⁵⁰⁾ No mesmo sentido PINTO MONTEIRO, (n. 17), p. 227 e ss.; GALVÃO TELLES, (n. 39), p. 405 e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 3.ª edição, Coimbra, 1979, Livraria Almedina, p. 548.

diversamente as duas soluções é, parece-nos, privilegiar a situação do devedor, sem que para isso se alcance justificação bastante ⁽⁵¹⁾.

D. Redução do Montante da Cláusula Penal

16. Os mesmos princípios que aparecem a justificar a possibilidade de o credor ver aumentada em relação ao montante inicialmente acordado a título de cláusula penal a sua base indemnizatória vêm de igual modo fornecer o fundamento a que, agora em benefício do devedor, aquele montante possa ser reduzido por intervenção de uma autoridade arbitral ou judicial.

Note-se, desde logo, que o princípio geral nesta matéria, expressamente formulado na primeira parte do artigo 8 das Regras Uniformes é o da impossibilidade de redução da soma estipulada. Este princípio aparece justificado pela necessidade de garantir, no maior grau possível, a certeza jurídica — valor que se considerou aqui de fundamental importância, o que tanto mais se compreende quanto é certo encontrarmos-nos no domínio das relações internacionais.

No entanto, a solução acabada de apontar, em que, como dissemos, cobram particular relevo imperativos de certeza jurídica, viria a pôr em causa, em certas circunstâncias, os valores de justiça. Valores estes que vimos justificarem as soluções propostas no caso de elevação da indemnização, mau grado a existência da cláusula penal, ao valor do dano verificado na hipótese de incumprimento de uma obrigação. Tal será o caso sempre que se verifique uma flagrante desproporção entre os danos efectivamente sofridos pelo credor e a quantia prevista como objecto da cláusula.

⁽⁵¹⁾ Foi com base nestas considerações que apoiámos, no parecer a que aludimos no início deste trabalho, a posição neste particular proposta no projecto da CNUDCI e que transitou inalterada para o texto das Regras Uniformes.

sula penal ⁽⁵²⁾. Verificado tal circunstancialismo, ele poderia conduzir a um injustificado enriquecimento do credor derivado da prestação, por parte do devedor inadimplente, de uma quantia manifestamente excessiva face aos prejuízos advindos da inexecução. Tendo precisamente em vista tais situações, as Regras Uniformes, no artigo 8, vêm possibilitar a redução do montante da cláusula penal. Não se definem aqui os critérios atendíveis para a existência de uma substancial desproporção ⁽⁵³⁾, deixando-se ao prudente arbítrio do julgador a análise de cada situação em concreto e a retenção dos índices tidos por relevantes; o mesmo se diga para a ausência de limites assinalados à medida da redução ⁽⁵⁴⁾.

No nosso direito também se admite a redução da cláusula penal (artigo 812.º do Código Civil) ⁽⁵⁵⁾. Não é no entanto o mesmo o condicio-

⁽⁵²⁾ No projecto da CNUDCI, artigo 6, parágrafo 2 (documento A/CN.9/235 de 31.3.83 da Assembleia Geral da O.N.U.) não bastava contudo a verificação de uma grave desproporção entre o montante dos danos sofridos pelo credor e a quantia prevista a título de cláusula penal para que o árbitro ou o juiz ficasse habilitado a reduzir esta última. Com efeito, e de acordo com a parte final daquele parágrafo, ainda que se estivesse em presença de uma tal desproporção, não poderia reduzir-se a cláusula quando esta apresentasse um carácter puramente indemnizatório. Poderia assim dizer-se que o projecto entendia que sempre que a vontade das partes fosse no sentido de estabelecer o montante da indemnização em caso de incumprimento de uma determinada obrigação do devedor, sem com ela se ter em vista a penalização deste por tal facto, deveria essa vontade ser respeitada em toda a linha (excluindo-se pois a possibilidade de redução). A supressão desta exigência ficou a dever-se ao facto de se ter considerado que ela, ao limitar a actuação do juiz neste campo, restringia em excesso a possibilidade de redução da cláusula penal, com a consequente menor tutela da posição do devedor.

⁽⁵³⁾ Sempre se poderá dizer que, não se apontando outros índices, se está a querer realçar como ponto dominante a nota objectiva constituída pela desproporção entre os danos efectivamente sofridos e a soma acordada a título de cláusula penal. O que permite a conclusão de que a via por que enveredou a CNUDCI acaba afinal por não dar ao julgamento uma margem de apreciação tão ampla como a que lhe é conferida por outros instrumentos, como será o caso da nossa lei e da resolução do Conselho da Europa, que adiante referiremos.

⁽⁵⁴⁾ O que de resto não nos parece desacertado, como se verá quando comentarmos as soluções, diferentes a este propósito, contidas quer no nosso direito quer na resolução do Conselho da Europa.

⁽⁵⁵⁾ Já em face do direito anterior se defendia idêntica solução. Veja-se VAZ SERRA, RLJ, v. 96 (1963-1964), p. 330.

nalismo a que tal redução está subordinada. Com efeito, naquele preceito a tónica da situação de facto cuja verificação justifica a redução é posta, não, como nas Regras Uniformes, na flagrante desproporção entre os danos verificados e o montante da cláusula penal mas no carácter *manifestamente excessivo* desta. Preferiu-se assim, a um critério objectivo, uma formulação que permite fazer apelo a ingredientes subjectivos ⁽⁵⁶⁾. A presença destes ingredientes, de resto, é bem nítida quando o legislador subordina todo o funcionamento do mecanismo da redução a considerações de equidade, assim exigindo, para além da estrita atenção à relação entre o valor dos danos causados pela inexecução e o montante da cláusula penal, a apreciação geral da situação patrimonial das partes; e será ainda a relevância da equidade neste domínio que justifica a redução da cláusula penal quando ela se tenha tornado manifestamente excessiva por causa superveniente ⁽⁵⁷⁾. Sendo certo que nos encontramos no domínio dos contratos internacionais, a preferência revelada pelas Regras Uniformes não pode dizer-se injustificada, pois que garante melhor as expectativas das partes.

Uma outra divergência — e esta bem mais grave — encontramos entre o regime do nosso direito e o das Regras Uniformes, a este propósito. É que, e a partir do Dec. Lei n.º 262/83 de 16 de Junho ⁽⁵⁸⁾, foi

⁽⁵⁶⁾ A mesma é a fórmula preconizada pelo artigo 7.º da Resolução (78) 3 do Conselho da Europa. Na exposição de motivos referente a esta última disposição ((n. 4), p. 304) vêm indicados alguns índices que podem ser tidos em consideração para determinar o carácter manifestamente excessivo da cláusula, sendo nítida a tónica subjectiva que por eles perpassa. Face ao nosso direito, e sobre este ponto, vejam-se as considerações tecidas por VAZ SERRA, RLJ, v. 102.º (1969-1970), p. 236.

⁽⁵⁷⁾ Tal é o entendimento perfilhado por VAZ SERRA tanto nos trabalhos preparatórios que deram origem a este preceito ((n. 16), p. 24 nota 96 e p. 242), como em face já do direito constituído ((n. 56), p. 235). Com efeito, para este Autor, o carácter excessivo convenientemente revelado do valor da cláusula penal releva de modo autónomo em relação ao quadro traçado no artigo 437.º e seguintes do Código Civil (resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias). Já PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA parecem reconduzir a solução do artigo 812.º a este propósito ao princípio geral consagrado naqueles artigos ((n. 17), anotação 1 ao texto primitivo do artigo 812.º).

⁽⁵⁸⁾ Estranhamente, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, que introduziu este preceito, refere, no n.º 4, que “as alterações respeitantes ao funcionamento da cláusula penal são de mera forma (!) e introduzem-se agora unicamente porque a revisão dos restantes pontos forneceu tal ensejo”!

acrescentado um n.º 3 ao artigo 811.º do Código Civil, nos termos do qual o credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal (59). Este preceito constitui não só um limite à liberdade contratual das partes mas também um limite à liberdade de apreciação do julgador na integração do critério de que o artigo 812.º, n.º 1, do Código Civil faz depender a redução: é que nos termos do referido n.º 3 do artigo 811.º, haverá automaticamente uma redução do montante da cláusula penal sempre que este ultrapasse o valor dos danos efectivamente sofridos pelo credor — valor que surge, assim, como limite máximo da cláusula penal (60).

(59) Também isto demonstra o já referido alinhamento do nosso legislador pelas teses que defendem o carácter meramente indemnizatório da cláusula penal, com o consequente afastamento da sua função cominatória (cfr. *supra*, n.º 14, *in fine*).

(60) Note-se que o nosso direito conhecia, ao invés, na redacção do artigo 812.º anterior à actual (e que resultara do Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho), um limite mínimo à medida da redução da cláusula penal: era ele o do montante dos danos verificados (deste modo acatando a recomendação contida no artigo 7 da Resolução (78) 3 do Conselho da Europa; o texto anterior era omissivo a este respeito). Esta inovação merecera reparos na nossa doutrina por se ter considerado que ela era inútil ou não era desejável, ao menos nos termos imperativos em que fora introduzida (nos casos de mora e cumprimento defeituoso — e porque de todo o modo sempre haveria cumprimento — circunstâncias poderia haver que justificassem o abaixamento do montante da cláusula penal para além dos danos efectivamente sofridos pelo credor). E nem sequer a atendibilidade das circunstâncias que rodeiam a espécie em concreto constituiria caso isolado no nosso sistema jurídico, no que à redução da indemnização concerne: lembre-se aqui o preceituado no artigo 494.º do Código Civil em sede de responsabilidade extracontratual. Tais reparos afiguravam-se-nos inteiramente pertinentes, pelo que também nós não considerávamos bem inspirada esta tomada de posição do nosso legislador. Cfr. ANTUNES VARELA (n. 17), anotações 1 e 2 ao artigo 812.º; cfr. ainda SIMÕES PATRÍCIO, (n. 39), pp. 63 e ss.. O primeiro Autor referido admitia a possibilidade de a norma do artigo 812.º, n.º 1, se referir apenas às hipóteses de não cumprimento definitivo. Não nos parecia, contudo, de seguir por esta via interpretativa, atenta a fonte do preceito e a respectiva exposição de motivos donde se torna claro, parece-nos, que se pretendeu aludir a toda e qualquer forma de incumprimento. Óbice a esta interpretação poderia constituir apenas a autonomização da hipótese de cumprimento parcial (quanto a nós uma forma de cumprimento defeituoso) no n.º 2 do artigo 812.º. cremos, no entanto, que se não deve tirar argumento deste facto, pois que a subsistência deste preceito (que já vinha da redacção inicial do Código Civil) se ficou a dever a uma deficiente inserção, na nossa lei, do texto do artigo 7 da Resolução (78) 3 do Conselho da Europa. Neste preceito aludia-se, a título exemplificativo e por razões próprias ao carácter uniformizador do texto, ao cumprimento parcial. Ao transpôr-se tal disposição para a nossa lei (por certo porque a hipótese de cumprimento parcial já constava do artigo 812.º, n.º 2!) não se lhe fez referência.

Fica assim de todo afastada a função da cláusula penal enquanto instrumento de pressão sobre o devedor no sentido de o obrigar a cumprir. O desfavorecimento da posição do credor aqui patente não nos aparece justificado (61).

Tanto a nossa lei como as Regras Uniformes deixam em aberto quer o problema de saber quem pode (ou deve) accionar o mecanismo da redução quer a questão do ónus da prova dos pressupostos do seu desencadeamento. No que concerne às Regras Uniformes, a omissão significa que é deixada aos direitos nacionais a resolução de tais questões. No que em particular se refere ao nosso direito, se, quanto à repartição do ónus da prova, se não vêm razões para afastar as regras gerais do processo, já quanto à legitimidade para desencadear a redução as opiniões se dividem entre os que exigem que seja o devedor a pedi-la (62) e os que consideram tratar-se aqui de um ponto duvidoso, no sentido de talvez se dever admitir o conhecimento *ex officio* pelo tribunal, em certas circunstâncias, do carácter manifestamente excessivo da cláusula penal e a sua consequente redução (63).

Um caso particular de redução da cláusula penal encontramos ainda no nosso direito: é ele o do artigo 1146.º, n.º 3, onde se impõe uma redução automática e *ipso iure* da chamada cláusula penal usurária ao limite máximo previsto expressamente no n.º 2 (64) deste artigo para as cláusulas penais nos contratos de mútuo. Por outro lado, a conformação desta norma acentua o carácter de ordem pública da redução, não tendo por

(61) O que se torna de resto estranho quando, pelo mesmo diploma, o legislador introduz no Código Civil outros instrumentos (a sanção pecuniária compulsória ou *astreinte* prevista no artigo 829.º-A) destinados a coagir o devedor ao cumprimento. Neste sentido, PINTO MONTEIRO, (n. 45), p. 38.

(62) Assim PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA (n. 17), anotação 4 à redacção original do artigo 812.º, e GALVÃO TELLES, (n. 39), p. 404.

(63) Neste sentido, VAZ SERRA (n. 16), pp. 233 e ss..

(64) Saliente-se que este preceito foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho, para o pôr de acordo com a nova disciplina à cerca da fixação da taxa de juro legal. Sobre as alterações neste domínio, cfr. o já citado estudo de SIMÕES PATRÍCIO, (n. 39).

outro lado esta sido subordinada ao regime geral do artigo 812.º, n.º 1, por se ter entendido que o condicionalismo aí presente não se adequava à hipótese considerada ⁽⁶⁵⁾.

E. Força Obrigatória das Regras Uniformes

17. Como nota saliente da disciplina consagrada nas Regras Uniformes pode apontar-se a do carácter supletivo das respectivas normas, expressamente afirmado pelo artigo 9: este preceito permite, com efeito, que as partes possam introduzir derrogações a todas as disposições anteriores, com a única ressalva do artigo 8.

Bem se compreende este normativo, visto que se trata aqui de matéria contratual em que o princípio da autonomia da vontade merece a mais ampla consagração.

A excepção que a este princípio é feita neste domínio e que diz respeito à disciplina da redução do montante da cláusula penal parece por igual justificar-se, atenta a necessidade de tutelar o devedor nas precisas situações indicadas pelo artigo 8: ou seja, quando exista uma grave desproporção entre aquele montante e o valor dos prejuízos sofridos pelo credor. A necessidade da redução, em tais casos, afigurou-se aqui como sendo de vero interesse e ordem pública, o que implicava subtrair esta disciplina à disponibilidade dos contraentes.

No nosso direito, diferentemente, não nos surge consagrado nesta sede, o princípio da liberdade contratual com a mesma amplitude. Antes pelo contrário, o que é regra na nossa lei é, como vamos ver, a imperatividade das soluções legais a este propósito.

É assim que apenas encontramos coincidência expressa entre o regime da nossa lei e o das Regras Uniformes no que toca à matéria da

⁽⁶⁵⁾ Assim, ANTUNES VARELA (n. 17), anotação 6 à redacção original do artigo 1146.º.

redução do montante da cláusula penal, em ambos considerada de interesse e ordem pública e, portanto, subtraída à autonomia das partes.

Consideremos agora as situações em que, no domínio das Regras Uniformes, o princípio da autonomia da vontade é admitido.

No que se refere à possibilidade de o credor se ressarcir dos danos não cobertos pela soma acordada a título de cláusula penal, o alcance do princípio da autonomia da vontade é diferente no nosso direito e nas Regras Uniformes. Nesta últimas, como vimos, o legislador contempla expressamente a possibilidade de o credor se ressarcir daqueles danos; as partes, ao abrigo da liberdade contratual, poderão ou afastar essa possibilidade — nada mais restando então ao credor que a obtenção do montante previsto a título de cláusula penal, por irrisório que seja face ao valor dos danos sofridos — ou conformá-la diferentemente, alterando as suas condições de actuação. Já no nosso direito, onde o dispositivo legal não admite tal possibilidade, só pela manifestação da vontade das partes (artigo 811.º, n.º 2, do Código Civil) será possível a indemnização pelo excedente.

É em matéria de funcionamento da cláusula penal, porém, que são mais salientes as diferenças entre o regime da nossa lei e o das Regras Uniformes. Na verdade, enquanto aqui as partes podem, sem quaisquer limitações, convencionar um regime diferente do estipulado no artigo 6, já entre nós essa liberdade não existe; é expresso neste sentido o disposto no artigo 811.º, n.º 1, do Código Civil que fere de nulidade qualquer cláusula contratual que disponha diversamente do preceituado nessa norma ⁽⁶⁶⁾.

Parece-nos demasiado rigorosa esta orientação do nosso legislador, pois também não descortinamos, com ANTUNES VARELA ⁽⁶⁷⁾, os fun-

(66) O carácter imperativo que reveste hoje o n.º 1 do artigo 811.º foi-lhe conferido pelo Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho, e corresponde às características que revestem as correspondentes regras do normativo preconizado pelo Conselho da Europa (artigo 2.º da Resolução (8) 3 deste órgão).

(67) (n. 17), anotação 4 ao artigo 811.º. Este autor admite porém a possibilidade de se entender que o carácter imperativo que se pretendeu imprimir ao preceito do n.º 1 do artigo 811.º apenas colhe quanto à regra que este contém (no que respeita às hipóteses de incumprimento definitivo) mas já não quanto à ressalva (os casos de não cumprimento pontual, na redacção de 1980, hoje apelidados de atraso na prestação). Saliente-se porém que, a nosso ver, e nos casos de cumprimento puramente moroso, nos parece que o carácter imperativo da norma sempre apresentará menos inconvenientes que nos demais.

damentos que levam a excluir de todo, numa sede como esta pertinente ao domínio contratual, o poder modelador da vontade das partes.

Para finalizar, atente-se no facto de o artigo 9 das Regras Uniformes atribuir também carácter supletivo à norma do artigo 5, segundo a qual a exigência da cláusula penal pressupõe a responsabilidade do devedor no incumprimento da obrigação principal. Entre nós, devendo, como vimos (68), considerar-se também como regra legal a conexão entre a exigibilidade da cláusula penal e a responsabilidade pelo incumprimento, nada encontramos, em sede de regulamentação da cláusula penal, que nos elucidie sobre o carácter imperativo ou supletivo desta conexão (69). Porém, e mau grado a tendência revelada pelo legislador para conferir carácter imperativo ao regime instituído nesta matéria, parece-nos que não existem razões suficientes para limitar neste ponto a autonomia da vontade que é de preceito em matéria contratual.

(68) *Supra*, n.º 11.

(69) Porém, o legislador confere imperatividade à regra segundo a qual a cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal e é nula se for nula esta obrigação (artigo 810.º, n.º 2 do Código Civil). Conclusão que se reforça com a leitura do articulado de VAZ SERRA ((n. 16), p. 240) que neste passo nos parece ter claramente inspirado a lei actual.

Clauses Contractuelles Stipulant le Paiement d'une Somme en Cas de Défaut d'exécution

(Résumé)

Ce travail est consacré à l'analyse des Règles Uniformes de la CNUDCI sur les clauses pénales, adoptées en 1983, et des dispositions correspondantes du droit portugais.

Dans la première partie du texte on considère les normes qui délimitent le champ d'application soit matériel soit spatial des Règles Uniformes. Ces normes s'inspirent aux critères qui ont été adoptés par la CNUDCI dans les instruments conventionnels dont l'élaboration a été promue par cette Organisation.

Dans la deuxième partie du travail sont analysées en détail les plusieurs dispositions de fond dont les solutions sont comparées avec celles qui sont retenues par le droit portugais. On considère ainsi: la règle qui lie la possibilité d'exiger la somme convenue à la responsabilité du débiteur du fait le l'inexécution de l'obligation principale; le principe d'après lequel est admis, dans les cas de retard dans l'exécution, et est écarté, en général, dans les autres hypothèses d'inexécution, le cumul de l'exigence de la somme accordée à titre de clause pénale avec l'exécution de l'obligation principale; l'admissibilité des dommages-intérêts à concurrence du préjudice non couvert par la somme convenue; et la possibilité de réduction de la somme convenue. Pour finir, référence est faite au caractère facultatif de cette réglementation, sauf en ce qui concerne la matière de la réduction de la somme convenue.

Contract Clauses for Payment of a Sum upon Failure of Performance

(Summary)

The present work analyses the 1983 UNCITRAL Uniform Rules on liquidated damages and penalty clauses and the correspondent provisions of Portuguese Law.

At first, reference is made to the norms that limit the material and spacial scope of application of the Uniform Rules. Concerning those norms, application is made of the criterions adopted on conventional instruments promoted by UNCITRAL.

The second part of the work deals in detail with the different substantive provisions, which are compared with those consecrated by Portuguese Law. One after the other are considered: the rule that makes the exigibility of the agreed sum dependent on the liability of the obligor for the failure of performance; the admissibility, in cases of delay in performance, and non-admissibility, in general, in the other cases of failure of performance, of both the performance of the obligation and the agreed sum; the admissibility of damages to the extent of the loss not covered by the agreed sum; and the possibility of reduction of the agreed sum. At last it is considered the suppletive nature of these Rules, except on the matter of reduction of the agreed sum.

Vertragliche Strafversprechen zur Zahlung einer Geldsumme für den Fall der Nichterfüllung

(Zusammenfassung)

Die vorstehende Arbeit analysiert die 1983 angenommenen Einheitlichen Regeln der UNCITRAL über Vertragsstrafen und die entsprechenden Bestimmungen des portugiesischen Rechts.

Im ersten Teil werden die Vorschriften untersucht, die den räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Einheitlichen Regeln begrenzen, welche auf die Kriterien zurückgehen, die die UNCITRAL bei der Ausarbeitung der von ihr geforderten Übereinkommen angewendet hat.

Der zweite Teil der Arbeit geht im einzelnen auf die verschiedenen sachlichen Regeln ein, indem er sie mit den entsprechenden Lösungen des portugiesischen Rechts vergleicht. Demzufolge werden nacheinander behandelt: die Regel des Zusammenhangs zwischen der Verwirkung der Vertragsstrafe und der vom Schuldner zu vertretenden Nichterfüllung der Hauptschuld; der Grundsatz, der im Fall des Verzugs das Verlangen der Vertragsstrafe neben der Erfüllung der Hauptschuld zulässt, und in den anderen Fällen im allgemeinen ausschliesst; die Zulässigkeit des Ersatzes für über die versprochene Geldsumme hinausgehende Schäden; die Möglichkeit der Herabsetzung der Strafe. Abschliessend wird noch auf die-mit Ausnahme der Bestimmung über die Herabsetzung der Vertragsstrafe-dispositive Natur der Regelung hingewiesen.

ANEXO

**REGRAS UNIFORMES
RELATIVAS ÀS CLÁUSULAS CONTRATUAIS
ESTIPULANDO O PAGAMENTO
DE UMA QUANTIA ACORDADA
EM CASO DE INCUMPRIMENTO**

ANNEXE

**RÈGLES UNIFORMES RELATIVES
AUX CLAUSES CONTRACTUELLES
STIPULANT QU'UNE SOMME
CONVENUE EST DUE EN CAS DE
DEFAULT D'EXECUTION**

ANNEX

**UNIFORM RULES ON CONTRACT
CLAUSES FOR AN AGREED
SUM DUE UPON FAILURE
OF PERFORMANCE**

PREMIÈRE PARTIE:
CHAMP D'APPLICATION

Article premier

Les présentes Règles s'appliquent aux contrats internationaux dans lesquels les parties ont convenu qu'en cas de défaut d'exécution par une partie (le débiteur), l'autre partie (le créancier) peut prétendre à une somme convenue à la charge du débiteur, que ce soit à titre de pénalité ou de dédommagement.

Article 2

Aux fins des présentes Règles:

a) Un contrat est considéré comme international si, au moment de la conclusion de ce contrat, les parties avaient leur établissement dans des Etats différents;

b) Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des Etats différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieurs entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat;

c) Ni la nationalité des parties, ni les caractères civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application des présentes Règles.

PART ONE:
SCOPE OF APPLICATION

Article 1

These Rules apply to international contracts in which the parties have agreed that, upon a failure of performance by one party (the obligor), the other party (the obligee) is entitled to an agreed sum from the obligor, whether as a penalty or as compensation.

Article 2

For the purposes of these Rules:

a) A contract shall be considered international if, at the time of the conclusion of the contract, the parties have their places of business in different States;

b) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract;

c) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of these Rules.

PRIMEIRA PARTE:

CAMPO DE APLICAÇÃO

Artigo 1

As presentes Regras aplicam-se a contratos internacionais nos quais as partes tenham acordado que, em caso de inexecução por uma das partes (o devedor), a outra parte (o credor) fica com o direito de exigir do devedor uma quantia acordada, seja a título de penalidade seja a título indemnizatório.

Artigo 2

Para os fins das presentes Regras:

a) Um contrato considera-se internacional se, no momento da conclusão desse contrato, as partes tiverem o seu estabelecimento em Estados diferentes;

b) Não é tomado em conta o facto de as partes terem o seu estabelecimento em Estados diferentes, quando este facto não resulte nem do contrato, nem de transacções anteriores entre as partes, nem de informações dadas por elas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato, ou na altura da conclusão deste;

c) Não são tomados em consideração para a aplicação das presentes Regras nem a nacionalidade das partes nem o carácter civil ou comercial das partes ou do contrato.

Article 3

Aux fins des présentes Règles:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Article 4

Les présentes Règles ne régissent pas les contrats de fourniture de marchandises, autres biens ou services acquis par une partie pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que l'autre partie, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su ou n'ait pas été censée savoir que le contrat était conclu à une telle fin.

Article 3

For the purposes of these Rules:

a) If a party has more than one place of business, his place of business is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;

b) If a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

Article 4

These Rules do not apply to contracts concerning goods, other property or services which are to be supplied for the personal, family or household purposes of a party, unless the other party, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the contract was concluded for such purposes.

Artigo 3

Para os fins das presentes Regras:

a) Se uma parte tiver mais de um estabelecimento, o estabelecimento a tomar em consideração é aquele que tiver a relação mais estreita com o contrato e respectiva execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas das partes ou por elas consideradas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou na altura da conclusão deste;

b) Se uma parte não tiver estabelecimento, releva para este efeito a sua residência habitual.

Artigo 4

As presentes Regras não regulam os contratos de fornecimento de mercadoria, outros bens ou serviços adquiridos por uma parte para uso pessoal, familiar ou doméstico, a menos que a outra parte, em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou na altura da conclusão deste, não soubesse nem devesse saber que o contrato fora concluído com esse fim.

DEUXIÈME PARTIE:

DISPOSITIONS DE FONDS

Article 5

Le créancier ne peut prétendre à la somme convenue lorsque le débiteur n'est pas responsable du défaut d'exécution.

Article 6

1) Lorsque le contrat stipule que le créancier peut prétendre à la somme convenue en cas de défaut d'exécution autre que le retard, le créancier peut prétendre à la fois à l'exécution de l'obligation et à la somme convenue.

2) Lorsque le contrat stipule que le créancier peut prétendre à la somme convenue en cas de défaut d'exécution autre que le retard, le créancier peut prétendre soit à la exécution, soit à la somme convenue. Cependant, si la somme convenue ne peut pas être raisonnablement considérée comme constituant un dédommagement pour le défaut d'exécution, le créancier peut prétendre à la fois à l'exécution de l'obligation et à la somme convenue.

Article 7

Lorsque le créancier peut prétendre à la somme convenue, il ne peut pas réclamer des dommages-intérêts à concurrence du préjudice couvert par la somme convenue. Toutefois, il peut réclamer des dommages-intérêts à concurrence du préjudice non couvert par la somme convenue si le préjudice subi dépasse sensiblement la somme convenue.

PART TWO:

SUBSTANTIVE PROVISIONS

Article 5

The obligee is not entitled to the agreed sum if the obligor is not liable for the failure of performance.

Article 6

1) If the contract provides that the obligee is entitled to the agreed sum upon delay in performance, he is entitled to both performance of the obligation and the agreed sum.

2) If the contract provides that obligee is entitled to the agreed sum upon a failure of performance other than delay, he is entitled either to performance or to the agreed sum. If, however, the agreed sum cannot reasonably be regarded as compensation for that failure of performance, the obligee is entitled to both performance of the obligation and the agreed sum.

Article 7

If the obligee is entitled to the agreed sum, he may not claim damages to the extent of the loss covered by the agreed sum. Nevertheless, he may claim damages to the extent of the loss not covered by the agreed sum if the loss substantially exceeds the agreed sum.

SEGUNDA PARTE: DISPOSIÇÕES SUBSTANTIVAS

Artigo 5

O credor não pode exigir a quantia acordada quando o devedor não for responsável pelo incumprimento.

Artigo 6

1) Se no contrato se estipular que o credor pode exigir a soma acordada em caso de mora, o credor pode exigir o cumprimento da obrigação e a soma acordada.

2) Se no contrato se estipular que o credor pode exigir a soma acordada nos outros casos de incumprimento que não a mora, o credor pode exigir ou o cumprimento ou a soma acordada. Contudo, se a soma acordada não puder razoavelmente ser considerada como compensação do incumprimento, o credor pode exigir o cumprimento da obrigação e a soma acordada.

Artigo 7

Se o credor puder exigir a soma acordada, não pode reclamar indemnização por perdas e danos na medida do prejuízo coberto pela soma acordada. Contudo, ele pode reclamar indemnização por perdas e danos na medida do prejuízo não coberto pela soma acordada se o prejuízo sofrido ultrapassar substancialmente a soma acordada.

Article 8

La somme convenue ne peut être réduite par un tribunal ou par un tribunal arbitral à moins qu'elle ne soit sensiblement disproportionnée par rapport au préjudice subi par le créancier.

Article 9

Les parties peuvent déroger aux articles 5, 6 et 7 des présentes Règles ou en modifier les effets.

Article 8

The agreed sum shall not be reduced by a court or arbitral tribunal unless the agreed sum is substantially disproportionate in relation to the loss that has been suffered by the obligee.

Article 9

The parties may derogate from or vary the effect of articles 5, 6 and 7 of these Rules.

Artigo 8

A soma acordada não pode ser reduzida por um tribunal ou por um tribunal arbitral a menos que ela seja substancialmente desproporcionada em relação ao prejuízo sofrido pelo credor.

Artigo 9

As partes podem dispôr em contrário ou modificar os efeitos do preceituado nos artigos 5, 6 e 7 das presentes Regras.

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

Política social da Comunidade Europeia, harmonização das legislações nacionais e protecção dos interesses dos trabalhadores: O caso da insolvência do empregador

Augusto Rogério Leitão

7

SEMINÁRIO SOBRE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA CIVIL, DE MENORES E ADMINISTRATIVA

— Conventions du Conseil de l'Europe:

Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger et son protocole additionnel

73

Convention en matière de garde des enfants

105

Convention en matière d'adoption des enfants

105

Margaret Killerby

— Conventions du Conseil de l'Europe relatives à la transmission des demandes d'assistance judiciaire et à l'entraide en matière administrative

José Bretal

115

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

— Aplicação da Convenção europeia dos Direitos do Homem

Sumários das decisões do Tribunal europeu dos Direitos do Homem (n.ºs 61 a 65)

Albert e Le Compte contra a Bélgica	153
Dudgeon contra o Reino Unido	157
Campbell e Cosans contra o Reino Unido	159
Silver e outros contra o reino Unido	161
Minelli contra a Suíça	163
Sumário e texto da decisão da Comissão europeia dos Direitos do Homem na queixa de Friedrich Zimmermann contra a Austria	165
Sumário e texto da decisão do Tribunal europeu dos Direitos do Homem no caso Sramek contra a Austria	173
Sumário e texto da Resolução do comité de Ministros relativa às decisões do Tribunal europeu dos Direitos do Homem no caso Engel e outros contra a Holanda. Résolution (77) 10	205

— Convenção interamericana dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão do Tribunal interamericano dos Direitos do Homem na consulta OC-2/82	215
---	-----

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

— Conselho da Europa

Comissão de recursos do Conselho da Europa Pinheiro Farinha	237
--	-----

Sumário e texto da sentença da Comissão de Recursos na queixa de Ana Nadia Pagani contra o Secretário Geral	239
---	-----

ESTUDOS

Aspectos do Direito italiano Ricardo Monaco	259
--	-----

Clausulas penais em contratos internacionais (Análise das Regras Uniformes da CNUDCI de 1983 relativas às cláusulas contratuais estipulando o pagamento de uma quantia em caso de incumprimento e das disposições pertinentes do direito português) Maria Ângela Coelho Bento Soares e e Rui Manuel Gens de Moura Ramos	271
---	-----

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
LISBOA