

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO COMPARADO

LISBOA

1997

BOLETIM DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

Director

Procurador-Geral da República

Proprietário

Ministério da Justiça

Editor

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Rua do Vale de Pereiro, 2

1250 LISBOA

Tel. 388 11 41 / 2 / 3 / 4 - Fax 387 13 60

Redacção

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Assinaturas e distribuição

Gabinete de Gestão Financeira

Rua do Vale de Pereiro, 2

1250 LISBOA

Tel. 388 11 41 / 2 / 3 / 4 - Fax 387 13 60

Condições de assinatura anual

Portugal e PALOP 6 500\$00

Estrangeiro 8 000\$00

Revisão gráfica

Carlos Lacerda

Execução gráfica

SOCTIP - Sociedade Tipográfica, S.A.

Urb. da Portela de Sacavém, lote 201

2685 SACAÉM

Depósito legal n.º 104109/96

ISSN 0870-7138

Tiragem

4200 exemplares

DIREITO COMUNITÁRIO

JOSÉ MARQUES VIDAL

Juiz Jubilado do Supremo Tribunal Administrativo

**OS TRATADOS COMUNITÁRIOS
E O ACORDO
E CONVENÇÃO DE SCHENGEN**

GÉNESE E CORRELAÇÃO

ÍNDICE

Nota introdutória	11
Génese e correlação	13
Portugal e o Acordo de Schengen e sua Convenção de Aplicação	19
Acordo e Convenção de Schengen – Aspectos jurídicos e institucionais	23
A entrada em vigor e a entrada em aplicação da Convenção – As condições prévias	29
A Convenção de Aplicação de Schengen	33
Título I – Análise e comentários	33
Título II – Supressão dos controlos nas fronteiras internas e circulação das pessoas	34
Capítulo I: Passagem das fronteiras internas	34
Capítulo II: Passagem das fronteiras externas	38
Capítulo III: Vistos	43
Secção I: Vistos para as estadas de curta duração	43
Título III – Polícia e segurança	71
Capítulo I: Cooperação policial	71
Capítulo II: Entajuda judiciária em matéria penal	91
Capítulo III: Aplicação do princípio <i>Ne bis in idem</i>	94
Capítulo IV: Extradução	95
Capítulo V: Transmissão da execução das sentenças penais	97
Capítulo VI: Estupefacientes	107
Capítulo VII: Armas de fogo e munições	111
Título IV – Sistema de Informação Schengen	117
Capítulo I: Criação do Sistema de Informação Schengen	117
Capítulo II: A exploração e utilização do Sistema de Informação Schengen	117
Capítulo III: Protecção dos dados pessoais e segurança no âmbito do Sistema de Informação Schengen	123
Capítulo IV: Repartição dos custos do Sistema de Informação Schengen	128
Título V – Transporte e circulação das mercadorias	130
Título VI – Protecção dos dados pessoais	133
Título VII – Comité Executivo	136

NOTA INTRODUTÓRIA

1. *A obra que se apresenta ao julgamento dos leitores é, na essência, fruto do meu trabalho nos serviços da estrutura logística do Acordo e Convenção de Schengen, sediada em Bruxelas, onde cerca de quatro anos assumi a colaboração portuguesa nos quadros de apoio funcional.*

Tem por objectivo poder comprazer aos estudiosos dos assuntos comunitários, interessados na análise e compreensão dos caminhos abertos para a consumação e evolução da União Europeia, bem como poder ser útil a autoridades policiais e judiciárias e a profissionais do foro que no nosso país lidam com a interpretação da legislação interna decorrente da assunção dos compromissos estabelecidos naqueles instrumentos jurídicos internacionais.

Sem deixar de focar a génese política que subjaz ao Acordo e Convenção de Schengen, necessária à compreensão do fenómeno europeu, deu-se prevalência a vários factores pragmáticos que respeitam à sua influência no dia-a-dia dos cidadãos.

Não é, de modo algum, uma obra densa e vasta, capaz de abarcar todos os complicados problemas suscitados pela aplicação daqueles Acordo e Convenção, em cujas estruturas continua o seu estudo, agora sob a presidência portuguesa, neste primeiro semestre de 1997.

Sentir-me-ia recompensado se, com esta obra despreziosa, puder ser útil a todos quantos tenham necessidade de lidar com a aplicação dos seus princípios em Portugal.

2. *Não posso deixar de agradecer à Procuradoria-Geral da República e ao Gabinete de Documentação e Direito Comparado a possibilidade que me deram da publicação desta obra.*

Como não posso deixar de referenciar o valioso contributo e incentivo recebido amicalmente dos Doutores Garcia Marques e Simas Santos, Procuradores-Gerais Adjuntos, e Carrola Gomes, Director-Adjunto do Gabinete da Comissão Europeia.

Sem esquecer — sob pena de ingratidão — a paciência e a proficiência do trabalho material de Fernando Penteado, funcionário do secretariado Schengen, e Maria Eduarda Rascão, funcionária do GDDC.

A todos, muito obrigado.

O Autor

GÉNESE E CORRELAÇÃO

1. Não é de hoje o sonho de uma Europa unificada, com os seus povos con-graçados na realização de objectivos comuns e solidários, de modo a constituir uma potência com capacidade de intervenção nos destinos do mundo.

O sonho vem de séculos, percorreu gerações várias e afirmou-se em eventos diversos e conduzidos por ideais nem sempre harmoniosos. Acontece que o desejo de transformar esse sonho em realidade se debateu, desde sempre, entre dois processos de execução contraditórios e profundamente antagónicos: a imposição da unidade pela força das armas, traduzida na submissão dos povos mais fracos face ao poderio do mais forte, ou a conjugação das vontades das nações europeias na realização de valores e interesses comuns subordinados ao ideal da solidariedade e do respeito mútuo.

Sabe-se como a validade de um objectivo, por mais legítimo que se aparente, pode ser inquinada pelo processo executório que pretenda realizá-lo. São pródigos os exemplos históricos que atestam o fracasso das tentativas hegemónicas de uma unificação europeia pela força militar. Não foi duradouro o sonho de Carlos Magno, como não foram os de Bonaparte, Kaiser Guilherme e Hitler.

As duas últimas guerras mundiais, que tiveram como principal teatro de operações o território da Europa, que ficou praticamente reduzido a escombros, criaram no velho continente uma forte espiral de rejeição das soluções militares como meio idóneo à obtenção da unificação dos povos respectivos.

Foi precisamente com o fim da hecatombe da segunda guerra mundial, da devastação das nações que mais a sofreram e dos inenarráveis sacrifícios que os seus povos suportaram, que se reforçou a ideia de uma Europa unida pelo espírito e comunhão de interesses diversificados e pelo respeito pela identidade dos povos que a integram.

As democracias europeias, apesar de vencedoras no campo das armas, defrontaram-se com economias fragilizadas, de mera sobrevivência, e a reconstrução exigia um esforço de solidariedade que não podia confinar-se ao interior das fronteiras de cada uma delas. Tanto mais que a Leste se perfilava o colosso soviético, ancorado na prática férrea da autocracia comunista, de poder acrescido pelo domínio dos países satélites, ameaça constante à liberdade da Europa ocidental.

A sobrevivência da democracia como sistema político e da respectiva identidade social e cultural pressupunha, por conseguinte, a procura de um caminho comum que preservasse os seus valores e harmonizasse os seus interesses. As gerações políticas do após guerra, formadas em grande parte por homens e mulheres que sofreram os tormentos morais e físicos do conflito, compreenderam com clarividência que o futuro

dos seus povos e nações se encontrava no reforço do ideário democrático e no relançamento das suas economias sob um prisma harmónico e solidário.

Abriu-se, assim, o caminho para a futura união europeia, não por força das armas, mas por força da convergência de vontades. A razão substituiu-se à imposição.

2. Unificar povos e nações que ao longo dos séculos se digladiaram, muitas das vezes a ferro e fogo, de interesses divergentes e até conflituantes, não é tarefa fácil. Demanda diálogo e paciência. Demora tempo. Construir uma nova Europa tem sido, acima de tudo, um acto de fé em que nunca se perde a esperança.

Em 18 de Abril de 1951 foi assinado em Paris o primeiro tratado respeitante às comunidades europeias: o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), em que foram signatários o Reino da Bélgica, a República Federal da Alemanha, a República Francesa, a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o reino da Holanda.

Estes mesmos países, em Roma e em 25 de Março de 1957, assinaram mais dois tratados relativos às comunidades: o Tratado da Comunidade Económica Europeia (CEE) e o Tratado da Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEA).

E se o primeiro e o último destes tratados versaram a cooperação daqueles países em aspectos essencialmente industriais, técnicos e económicos, já o Tratado da Comunidade Económica Europeia, para além destes interesses, construiu a ossatura política básica de uma estrutura orgânica da Europa como espaço unitário. Se dúvidas houvesse, neste aspecto, tinham forçosamente que ser afastadas com a celebração do Acto Único Europeu (AUE), assinado no Luxemburgo em 17 de Fevereiro de 1986 e em Haia em 28 do mesmo mês e ano, não só pelos países indicados como signatários do Tratado da Comunidade Económica Europeia, como pelos Estados que entretanto a este tinham aderido, o Reino Unido da Grã-Bretanha, o Reino da Dinamarca, a República da Irlanda do Norte, a República da Grécia, o Reino da Espanha e a República Portuguesa.

Operou o Acto Único Europeu a reformulação dos anteriores tratados comunitários, em que introduziu, ainda, um conjunto de normas sobre a cooperação europeia em matéria de relações políticas exteriores.

Mas é no artigo 8.º-A, que o Acto Único Europeu acrescentou ao Tratado da Comunidade Económica Europeia — vulgarmente designado por Tratado de Roma — que se encontra o mais significativo passo no caminho da unidade da Europa:

O mercado interno comporta um espaço sem fronteiras interiores em que a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais é assegurada segundo as disposições do presente Tratado.

Esta disposição, que transitou intacta para o artigo 7.º-A do Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992, pelos mesmos Estados, constitui a consecução de um processo evolutivo, já decorrente dos preâmbulos dos três tratados comunitários, reunidos entretanto numa só estrutura institucional depois do Tratado da fusão dos respectivos executivos, assinado em Bruxelas em 8 de Abril de 1965 e em 1 de Julho de 1967. Já então os apelos à salvaguarda da paz mundial face aos perigos que a ameaçavam e subsequente manutenção das relações pacíficas entre os povos, a uma Europa organizada e criativa capaz de desenvolver as suas capacidades económicas de forma solidária e apta a assegurar o progresso dos seus cidadãos e à me-

lhoria das suas condições de vida, a uma união mais estreita dos povos europeus no espírito da Carta das Nações Unidas como partilha do ideal democrático, são constantes nos preâmbulos daqueles Tratados.

A Europa como espaço sem fronteiras em que os cidadãos nela residentes circulam sem controlos burocráticos, policiais e aduaneiros é o culminar de uma Europa de economias harmónicas e solidárias, como se consagra no tratado de Maastricht.

Reconheça-se, contudo, que os Estados europeus empenhados no projecto deram, na sua execução, prioridade aos assuntos de natureza estritamente económica. O que não causa estranheza, pois a recuperação das economias era indispensável à estabilidade e progresso de países devastados pela guerra e carecidos de produtos essenciais ao desenvolvimento dos povos respectivos.

3. Essa prioridade económica, por um lado, e as dificuldades naturais de compatibilizar um projecto criador de um espaço sem fronteiras, a bulir com mentalidades arreigadas ao nacionalismo e tradicionalismo e susceptível de mexer com conceitos históricos de soberania dos Estados, por outro lado, começaram a ser motivo de preocupação no seio de alguns Estados membros da Comunidade, face aos obstáculos que semeavam o percurso tendente à unidade de concepções. Isto é, decorrido certo tempo a Comunidade viu-se na contingência de não conseguir um caminho consensual no que respeitava à consecução do objectivo da livre circulação de pessoas.

É neste contexto que surgem o Acordo e a Convenção de Schengen como instrumentos necessários ao desbloqueamento de uma situação que afectava negativamente a credibilidade da Comunidade Europeia.

Assinado na localidade fronteiriça de Schengen, no Luxemburgo, em 14 de Junho de 1985, por este país, a Bélgica e a Holanda, seus parceiros no Benelux, pela França e pela Alemanha Federal, o Acordo teve por finalidade a supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, através de um processo progressivo de aplicação de medidas a curto e longo prazo. A 19 de Junho de 1990, no mesmo local, foi assinada a Convenção de Aplicação daquele Acordo.

Não só o nacionalismo e o tradicionalismo condicionaram os avanços nesta matéria. Pois há que considerar que a passagem do pólo aglutinador da economia para o domínio puro da política, envolvendo questões de segurança interna e de definição de fronteiras, fez acrescer as dificuldades de ordem técnica e política que a dimensão e soluções económicas não comportavam.

Ora isto, independentemente de posicionamentos ideológicos, tem a ver com a disparidade das posições históricas dos Estados membros e a diversidade de situações concretas a enfrentar por cada um deles, nomeadamente as ligadas a concepções próprias da estrutura e organização estadual, e à existência de problemas internos referentes à sua própria unidade. Trata-se de dificuldades objectivas, como são as decorrentes da harmonização de procedimentos de Estados submetidos a uma estrutura e organização unitária com a de Estados federais.

Outros fenómenos postularam a necessidade da criação de uma nova organização interventiva que ultrapassasse a mera união económica. Foram circunstâncias colocadas a montante do mercado único, também estas encaradas numa visão ultrapassadora das fronteiras dos Estados individualmente considerados, uma vez verificada a insuficiência de soluções a nível interno. Referimo-nos, nomeadamente, às questões de demografia, das tecnologias da informação, da droga e da criminalidade internacional.

Assim, o Acordo e a Convenção de Schengen não são apenas consequência de uma vontade política dos Estados que os subscreveram, mas também resultado da consciência de uma necessidade que, em certa fase da construção europeia, não foi possível alargar a todos os Estados membros da União, postos pela primeira vez, e de forma incisiva, perante a magna questão da sua própria identidade.

Nesta perspectiva, Schengen, se é certo que parte da iniciativa de Estados em que, por efeitos da proximidade geográfica, da interdependência económica criada, da existência de problemas políticos graves e de uma partilha de tradições políticas essenciais apresentam uma maior facilidade na consecução das matérias em causa, não deixa de constituir o elemento motor que uma tendência da União Europeia preconiza e implica, sobretudo após o Tratado de Maastricht.

Acresce que Schengen constitui um precedente na discussão mais genérica sobre as velocidades várias a que o processo de integração europeia pode vir a ser sujeito, quando confrontado com dificuldades políticas objectivas ou na falta dos consensos sobre estádios mais avançados da caminhada da União.

É curioso assinalar no que a Portugal respeita, que foi a clara consciência destes problemas e o cuidado posto na protecção dos seus interesses fundamentais que levaram a que a contestação a Schengen assumisse apenas carácter marginal.

3.1. O acordo foi fundamentado na consciência de que a união mais estreita entre os povos dos Estados membros da Comunidade Europeia encontra a sua expressão mais acabada na livre travessia das fronteiras interiores pelos cidadãos nela residentes, bem como na livre circulação de bens e serviços; no cuidado de solidificar a solidariedade entre os respectivos povos, eliminando os obstáculos à livre circulação nas fronteiras comuns; e na ideia de que a livre circulação de pessoas facilita a circulação de mercadorias.

Subjacentes ao Acordo de Schengen estiveram as injunções ínsitas na Declaração do Conselho Europeu efectuado em Fontainebleau em 25 e 26 de Junho de 1984, referentes à supressão nas fronteiras interiores do bloco europeu das formalidades policiais e aduaneiras para a circulação de pessoas e mercadorias; as ilações resultantes do Acordo concluído entre a Alemanha Federal e a França a 13 de Julho de 1984, em Sarrebruck; as conclusões adoptadas em 31 de Maio pelos ministros dos transportes dos Estados Benelux e da República Federal Alemã, na reunião de Neustadt/Aisch; e o memorando dos Governos dos Estados Benelux, de 12 de Novembro de 1984, por estes remetido aos Governos da República Francesa e da República Federal Alemã.

3.2. As medidas a realizar a curto prazo, segundo o Acordo de Schengen, visaram o aligeiramento dos controlos policiais e aduaneiros nas fronteiras comuns dos Estados partes. Traduziram-se essencialmente na redução dos controlos fronteiriços a uma simples vigilância visual do tráfego rodoviário, rodando os veículos no atravessamento das fronteiras a uma velocidade reduzida, bem como no estabelecimento de controlos mais rígidos por simples amostragem ou sondagem, mas efectuados sem perturbação da circulação.

Facilitou-se a prática destas medidas pela justaposição dos postos de controlo nacionais, evitando-se a duplicação de fiscalizações. No mesmo sentido renunciaram os Estados partes ao controlo sistemático do tráfego rodoviário de pesados, a fim de eliminar as longas filas de camiões nas fronteiras e os atrasos nos transportes de mercadorias.

3.3. Mais significativas foram as medidas preconizadas para a execução a longo prazo, das quais se realçam:

- A supressão dos controlos nas fronteiras comuns e a sua transferência para as fronteiras externas, no que respeita à livre circulação de pessoas;
- o início de negociações entre os Estados partes com vista à celebração de convénios de cooperação policial em matérias de prevenção e investigação criminal, à análise e resolução de eventuais dificuldades na aplicação de acordos de entreaajuda judiciária internacional e de extradição, bem como na pesquisa de meios que permitam a luta em comum contra a criminalidade, designadamente pelo estudo de uma eventual adaptação do direito de perseguição para os agentes da autoridade, tendo em conta os meios de comunicação existentes e a entreaajuda judiciária internacional;
- a harmonização de legislação e de regulamentações em matéria de estupefacientes, armas e explosivos e de declarações dos viajantes nos hotéis;
- a harmonização das políticas em matéria de vistos e condições de entrada nos territórios dos Estados partes, bem como dos regulamentos sobre o direito dos estrangeiros (não nacionais dos Estados membros da Comunidade Europeia);
- a transferência dos controlos da circulação de mercadorias das fronteiras comuns para o interior dos territórios nacionais ou para as fronteiras externas;
- a harmonização dos impostos indirectos (IVA e impostos sobre consumos específicos), bem como da isenção de taxas sobre o combustível *diesel*, de forma a beneficiar a camionagem de passageiros, em conjunto com a aproximação dos níveis de imposição deste carburante e do aumento das isenções relativamente ao conteúdo normal dos reservatórios dos camiões;
- a cooperação, mediante o desenvolvimento de facilidades adequadas, no desembaraço de mercadorias que atravessam as fronteiras comuns.

3.4. Tanto o Acordo como a Convenção de Schengen são instrumentos jurídicos internacionais de carácter tradicional ou clássico. Regem relações internacionais acordadas entre os países signatários e aderentes, por intermédio dos respectivos governos, em conformidade com as regras estabelecidas na Convenção sobre o direito dos tratados, celebrada em Viena a 23 de Maio de 1969.

Assumem, assim, uma estrutura jurídica diferente da que resulta dos Tratados das Comunidades e de Maastricht, que constituem instrumentos de direito público internacional criadores de uma organização internacional regional.

A principal decorrência da diferença assinalada, reside no facto de os tratados comunitários darem vida a organizações dotadas de personalidade jurídica, por si só susceptíveis de criarem direitos e obrigações em certas matérias, através de órgãos próprios, enquanto que o Acordo e a Convenção de Schengen postulam, como acordos intergovernamentais que são, o pronunciamento efectivo e consensual dos Estados partes para se vincularem e obrigarem.

O primado do direito comunitário sobre os direitos nacionais na regulamentação de determinadas matérias é incontestável no primeiro caso, como no segundo o é residir esse primado na aplicação dos direitos nacionais.

3.5. Como se referiu já, o Acordo de Schengen foi assinado em 14 de Junho de 1985 e a sua Convenção de Aplicação em 19 de Junho de 1990, entre os governos da Bélgica, Holanda e Luxemburgo (Benelux), da República Federal Alemã e da República Francesa.

Posteriormente ocorreu a adesão da República Italiana, em 27 de Novembro de 1990, do Reino de Espanha e da República Portuguesa, ambos em 25 de Junho de 1991, da República Helénica em 6 de Novembro de 1992, e da República da Áustria em 28 de Abril de 1995 mediante protocolos para o efeito celebrados.

PORTUGAL E O ACORDO DE SCHENGEN E SUA CONVENÇÃO DE APLICAÇÃO

1. A adesão por protocolo de Portugal ao Acordo de Schengen e por acordo à Convenção do mesmo nome foi aprovada pela Assembleia da República, que sancionou a Proposta de Resolução n.º 3/VI apresentada pelo Governo.

A aprovação foi precedida de exaustiva análise no relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, através de um parecer de conformidade elaborado pelos deputados Guilherme Silva (PSD) e José Magalhães (PS).

O pedido de Portugal para adesão ao Acordo de Schengen e sua Convenção de Aplicação foi formulado em Novembro de 1990. A assinatura dos instrumentos de adesão veio a ocorrer, como se disse, a 25 de Junho de 1991, em Bona.

De permeio o nosso governo comprometeu-se a ratificar duas importantes convenções do Conselho da Europa, indispensáveis à consecução dos objectivos estabelecidos naquele Acordo e Convenção:

- A Convenção de 28 de Janeiro de 1981 sobre a protecção das pessoas face ao tratamento automatizado de dados pessoais;
- A Convenção de 20 de Abril de 1959 sobre a entreaajuda judiciária em matéria penal e respectivo Protocolo Adicional.

Nos instrumentos de adesão Portugal assumiu declarações de compromisso sobre várias matérias, designadamente:

- a) Política de vistos;
- b) entreaajuda judiciária em matéria penal;
- c) modalidades de perseguição transfronteiriça;
- d) controlos fitossanitários;
- e) protecção de dados pessoais;
- f) modalidades de aplicação da Convenção de Brasília.

No que respeita à política de harmonização de vistos, Portugal comprometeu-se em prazo breve a:

- Suspender, com denúncia subsequente, o Acordo para a supressão de vistos celebrado com a Turquia em 27 de Novembro de 1963;
- denunciar o Acordo sobre abolição recíproca de vistos consulares em pasaportes, celebrado em 1 de Maio de 1972 com a Suazilândia;

- celebrar Acordo de supressão de vistos com a Hungria, com vista a este poder começar a vigorar três meses após a assinatura por Portugal do Protocolo de Adesão ao Acordo de Schengen;
- celebrar idênticos acordos com a República Federativa Checa e Eslovaca e com a Polónia, com vista a iniciarem a sua vigência seis meses após a assinatura por Portugal do Protocolo de Adesão ao Acordo de Schengen.

Nesta matéria da política de harmonização de vistos, Portugal salvaguardou a sua posição resultante do Acordo de supressão de vistos efectuado com o Brasil e assinado em Brasília em 9 de Agosto de 1960.

Por este acordo os cidadãos brasileiros podem manter-se em Portugal, sem necessidade de visto consular, por um período de seis meses.

Para efeitos do artigo 20.º da Convenção de Aplicação Schengen, Portugal assumiu o compromisso de readmitir no seu território os cidadãos brasileiros que, tendo entrado no território dos outros Estados partes pelas fronteiras portuguesas ao abrigo do Acordo de Supressão de Vistos de 9 de Agosto de 1960, ali permaneçam para além do período máximo de três meses, desde que não se tenha esgotado aquele período de seis meses, a contar da data da sua entrada no nosso país.

Neste sentido comprometeu-se ainda o nosso país a carimbar os documentos dos cidadãos brasileiros no momento da sua passagem nas fronteiras externas portuguesas, acto indispensável à determinação dos períodos de três e seis meses e sua fiscalização.

Note-se que em 15 de Abril de 1996 foi assinado em Brasília um novo Acordo entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil relativo à isenção de vistos para titulares de passaportes válidos em missão cultural, negócios, cobertura jornalística e turismo, que se ajusta ao compromisso assumido pelo nosso Estado no seio da Convenção de Schengen.

Este Acordo foi objectivado em Portugal através do Decreto-Lei n.º 24/96, de 7 de Setembro, cujos artigos 1.º e 2.º estabelecem que a validade da isenção do visto não poderá ultrapassar 90 dias.

Relativamente à entreaajuda judiciária em matéria penal assumiu Portugal o compromisso, unicamente face aos Estados partes, de não recusar a extradição nos casos de penas ou medidas de segurança de carácter perpétuo, sob a condição de o Estado requerente assegurar ou promover, segundo a sua legislação e prática em matéria de execução das penas, medidas alternativas ou de substituição susceptíveis de beneficiar a pessoa objecto do pedido de extradição.

Em idênticos parâmetros se colocou Portugal no que respeita aos demais actos de entreaajuda judiciária em matéria penal.

Deste modo, a cooperação judiciária não será recusada se o Estado parte que a solicita, nos casos puníveis com pena perpétua, der garantias de aplicação concreta de sanções alternativas. Se essas garantias não forem fornecidas pelo Estado parte que solicita a cooperação, esta deve ser-lhe recusada.

Foi este o modo encontrado para ladear a reserva formulada por Portugal ao artigo 1.º da Convenção Europeia de Extradicação, de 13 de Dezembro de 1957, onde tinha recusado extraditar pessoas por infracções puníveis com pena ou medida de segurança de carácter perpétuo, segundo a legislação do Estado requerente.

Procurou-se, também, respeitar o n.º 1 do artigo 30.º da Constituição da República, que impede a existência no nosso país de penas ou medidas de segurança

privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida, em consonância com o n.º 3 do artigo 33.º, do mesmo diploma, que expressamente não admite a extradição por crimes a que corresponda pena de morte, segundo o direito do Estado requerente.

Na área da cooperação policial e relativamente às modalidades de perseguição em território do Estado parte contíguo, Portugal apresentou face à Espanha uma declaração a permitir aos agentes espanhóis a continuação da perseguição de criminosos em território português mediante a observância das condições seguintes:

- Não poderem os agentes espanhóis interpelar a pessoa perseguida;
- poder efectuar-se a perseguição só até cinquenta quilómetros além da fronteira comum ou durante um período de duas horas;
- darem os agentes espanhóis conhecimento às autoridades portuguesas do facto da perseguição, logo que possível;
- confinar-se a perseguição apenas aos casos enunciados na alínea *a*) do n.º 4 do artigo 41.º da Convenção de Aplicação.

Nos instrumentos de adesão da Espanha ao Acordo e Convenção Schengen este país, em total reciprocidade, produziu uma declaração concedendo aos agentes portugueses direitos rigorosamente iguais aos atribuídos por Portugal aos agentes espanhóis, em matéria de perseguição transfronteiriça.

Quanto aos controlos fitossanitários comprometeu-se Portugal a aplicar de imediato, após a assinatura do Acordo de Adesão, as simplificações fitossanitárias decorrentes do artigo 121.º da Convenção, com excepção dos produtos citrinos.

Sobre a protecção dos dados pessoais que são objecto de tratamento automatizado, Portugal deu conhecimento de ter sido publicada, no País, uma lei nesta matéria, a Lei n.º 10/91, de 29 de Abril de 1991. Comprometeu-se ainda o nosso governo nesta matéria a desenvolver as iniciativas necessárias ao aperfeiçoamento da legislação respectiva, afim de respeitar o conjunto das disposições da Convenção de Aplicação referentes à protecção dos dados pessoais.

Quanto às modalidades da aplicação do convénio luso-brasileiro para supressão de vistos, referiu-se anteriormente a posição portuguesa, no sentido de salvarguardar os direitos que aquele concede aos brasileiros.

Portugal assumiu, na altura da assinatura dos instrumentos jurídicos de adesão, outros compromissos.

Assim, comprometeu-se a associar-se a curto prazo ao Regime de Controlo da Exportação da Tecnologia e de Componentes de Mísseis, formulado em 16 de Abril de 1987.

Como fez, também, declarações de valor político e jurídico de acentuada ênfase.

Numa delas comprometeu-se o Governo português a aplicar a curto prazo as medidas previstas no título I do Acordo de Schengen, nas mesmas condições e modalidades em vigor entre os cinco países originariamente signatários e a Itália, que entretanto a ele aderira.

Noutra tomou nota Portugal do conteúdo do Protocolo de Adesão do Governo do Reino de Espanha àquele Acordo.

Esta segunda declaração revestiu-se de significativo valor jurídico, por dispensar ambos os países de uma ratificação mútua e posterior dos respectivos protoco-

los de adesão, na medida em que a Espanha incluiu idêntica declaração, relativa à tomada de conhecimento do conteúdo do protocolo de adesão de Portugal, nos instrumentos da sua própria adesão ao Acordo.

Com efeito, a adesão da Espanha e de Portugal ao Acordo Schengen e respectiva Convenção de Aplicação teve lugar, simultaneamente, em 25 de Junho de 1991.

Os documentos jurídicos de adesão, embora independentes, uns referentes à Espanha e outros a Portugal, foram celebrados considerando: de um lado, os Estados partes do Acordo e Convenção (originariamente Alemanha, França, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos e posteriormente a Itália, por adesão) e, por outro lado, os pretendentes Espanha e Portugal.

Isto significa que, naquele momento, só aqueles países, primeiramente citados, eram Partes Contratantes e, por força desse estatuto, poderiam beneficiar do exercício do direito consignado pelo artigo 140.º, n.º 2, da Convenção de Aplicação. Só esses Estados partes tinham, na altura, o direito de ratificarem, de *per si*, os Acordos de Adesão da Espanha e de Portugal.

Tanto Espanha como Portugal não possuíam esse direito, na altura, pela manifesta razão de que não detinham o Estatuto de Partes Contratantes.

Acresce que no momento da assinatura do respectivo Protocolo de Adesão ao Acordo de Schengen, Portugal proferiu uma Declaração segundo a qual toma conhecimento do conteúdo do Acordo de Adesão do Reino de Espanha ao referido Acordo de Schengen e das Declarações que lhe são anexas; e que, idêntica declaração foi emitida por Portugal, aquando da assinatura do seu Acordo de Adesão à Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, constando na respectiva Acta Final.

Por seu turno, também o Reino de Espanha, quer na assinatura do Protocolo de Adesão ao Acordo de Schengen, quer na assinatura do Acordo de Adesão à Convenção de Aplicação, proferiu idênticas Declarações no sentido de ter tomado conhecimento do conteúdo dos instrumentos jurídicos referentes à adesão da República Portuguesa.

A simultaneidade da adesão dos dois Estados, e o conhecimento recíproco dos termos em que cada um a fazia, aliada esta circunstância ao facto de ambos, no momento, ainda não deterem o estatuto de Estados partes, afasta-os do direito a ratificarem a adesão de um e outro, em conformidade com o disposto no artigo 140.º, n.º 2, da Convenção.

Por fim, Portugal assumiu o compromisso, em conjunto com os seis Estados partes no Acordo, de mutuamente se informarem, mesmo antes da entrada em vigor do Acordo de adesão, de todas as circunstâncias relevantes para as matérias abrangidas pela Convenção de Aplicação de 1990 e para a entrada em vigor do próprio Acordo de adesão. Bem como se concordou que o Acordo de adesão só entraria em vigor entre os cinco Estados signatários daquela Convenção e a República Portuguesa quando estivessem preenchidas nestes seis Estados as condições prévias indispensáveis à aplicação da referida Convenção e fossem efectivos os controlos nas fronteiras externas.

Consignou-se, ainda, que o Acordo de adesão só vigoraria, quanto à Itália, quando nesta estivessem preenchidas as mesmas condições.

ACORDO E CONVENÇÃO DE SCHENGEN

ASPECTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS

1. O Acordo e a Convenção Schengen constituem instrumentos jurídicos internacionais de tipo e carácter clássico. São documentos que regem relações internacionais acordadas pelos países signatários e aderentes entre os respectivos governos, em conformidade com as orientações providas da Convenção sobre o Direito dos Tratados, celebrada em Viena a 23 de Maio de 1969.

Assumem, assim, uma estrutura jurídica diferente da do Tratado de Roma ou do Tratado de Maastricht, que constituem documentos internacionais públicos, informadores de uma organização internacional regional, como já se referiu anteriormente.

2. Objectivos

2.1. O objectivo principal do Acordo e da Convenção Schengen é o de contribuir decisivamente para a livre circulação de pessoas, bens e serviços no interior do espaço comunitário, com o abatimento das fronteiras internas dos Países que o constituem.

Trata-se de um objectivo igualmente consagrado no Tratado de Roma, em especial no seu artigo 8.º-A, e no artigo 7.º-A do Tratado de Maastricht. Porém, a eliminação das fronteiras internas entre os Estados implica o reforço das fronteiras externas do espaço unificado, com vista a garantir a segurança interna desses mesmos Estados e dos cidadãos que neles vivem ou residem, sem esquecer o combate à imigração clandestina.

É este um segundo objectivo do Acordo e Convenção Schengen, consubstanciado na elaboração e implantação de um conjunto de medidas e estruturas indispensáveis à adequada realização de um espaço comum sem fronteiras internas, impeditivo do agravamento de riscos em matéria de segurança das populações e dos Estados.

Deve realçar-se, quanto ao firme propósito de cumprir o artigo 8.º-A do Tratado de Roma, a declaração dos Ministros Schengen operada em 15 de Dezembro de 1992, segundo a qual consideram:

Prevê o Tratado constitutivo da Comunidade Europeia, no seu artigo 8.º-A, o estabelecimento de um espaço sem fronteiras internas, onde se assegura a liberdade de circulação de pessoas, capitais, serviços e mercadorias.

Os Ministros e Secretários de Estado reafirmam a sua vontade de criar um espaço comum de livre circulação de pessoas sem controlo nas fronteiras internas, em conformidade com o artigo 8.º do Tratado de Roma.

Convictos de que a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen permite atingir este objectivo, os Ministros e Secretários de Estado reiteram a sua determinação em fazer tudo o que estiver ao seu alcance para que a breve trecho a mesma seja plenamente aplicada.

Os Ministros e Secretários de Estado lembram que a realização de um espaço aberto à livre circulação das pessoas implica a adopção de medidas compensatórias, tal como previstas pela Convenção de Aplicação, especialmente nas fronteiras externas e em matéria de cooperação entre os Estados membros.

Esta declaração veio depois a ser reconfirmada pelo Comité Executivo, por decisão de 14 de Dezembro de 1993, na sua segunda reunião em Paris.

2.2. A estrutura da Convenção Schengen, onde se desenvolvem aqueles objectivos, obedece aos seguintes trâmites:

- No artigo 1.º definem-se as expressões de maior interesse e relevância utilizadas no contexto da Convenção;
- o artigo 2.º estatui sobre a livre circulação das pessoas nas fronteiras internas;
- os artigos 3.º a 8.º abordam a matéria das fronteiras externas, seu controlo relativamente a estrangeiros e condições de entrada no espaço Schengen;
- os artigos 9.º a 17.º respeitam aos vistos para estadas de curta duração de estrangeiros, a fim de criar uma política comum quanto à circulação destes;
- o artigo 18.º preceitua sobre a emissão de vistos para estadas de longa duração;
- os artigos 19.º a 24.º estabelecem as condições de circulação dos estrangeiros;
- o artigo 25.º enuncia os princípios a que devem obedecer os títulos de residência e a lista de pessoas indicadas para efeitos de não admissão;
- os artigos 26.º e 27.º fixam as medidas de acompanhamento, necessárias ao incremento da política comum de vistos;
- os artigos 28.º a 38.º estabelecem a responsabilidade pelo tratamento de pedidos de asilo;
- os artigos 39.º a 47.º abordam a cooperação policial, relativamente à troca de informações, direitos de vigilância e perseguição transfronteiriças e oficiais de ligação;
- os artigos 48.º a 53.º tratam de entreaajuda judiciária em matéria penal;
- os artigos 54.º a 58.º acautelam a aplicação do princípio *ne bis in idem*;
- os artigos 59.º a 66.º cuidam da extradição;
- os artigos 67.º a 69.º abordam a transmissão da execução das sentenças penais;
- os artigos 70.º a 76.º estabelecem a cooperação na luta contra a difusão de estupefacientes;
- os artigos 77.º a 91.º regulam a aquisição, detenção, comércio e cedência de armas de fogo e munições;
- o artigo 92.º cria o sistema de informações Schengen;
- os artigos 93.º a 118.º estabelecem as normas de exploração e utilização do sistema de informações Schengen;
- o artigo 119.º prevê a repartição dos custos do mesmo sistema;

- os artigos 120.º a 125.º respeitam ao transporte e circulação de mercadorias;
- os artigos 126.º a 130.º estabelecem as normas referentes à protecção dos dados pessoais;
- os artigos 131.º a 133.º dizem respeito ao Comité Executivo, sua constituição e funcionamento;
- os artigos 134.º a 142.º inserem as disposições finais.

3. Aspectos jurídicos a realçar:

3.1. Oriunda da concepção clássica de tratado de direito internacional público, a Convenção Schengen obedece ao primado da aplicação dos direitos nacionais relativamente aos casos que dela emergem. Se nela se encontram frequentes apelos à homogeneidade do direito para idêntica ou semelhante apreciação dos casos *sub judice*, esse objectivo só se alcança mediante o acolhimento pelas legislações nacionais dos princípios jurídicos a observar.

São exemplos desse predomínio:

- As deliberações do Comité Executivo — a quem genericamente compete velar pela correcta aplicação da Convenção — só se revestem de poder executório integral na formulação de orientações substantivas depois de transpostas para as respectivas legislações internas dos diversos Estados Schengen, o que pressupõe sempre a apreciação dos órgãos legislativos ou administrativos nacionais competentes;
- no exercício do direito de vigilância e de perseguição transfronteiriças, os agentes policiais que executam as acções próprias, ficam obrigados ao cumprimento do direito em vigor no Estado onde aquelas se efectuam e obedecem às autoridades competentes deste;
- os dados relativos a pessoas e veículos serão inseridos no sistema de informações Schengen de acordo com o direito nacional do Estado que procede à inserção;
- qualquer pessoa pode aceder aos dados que lhe digam respeito, em conformidade com a lei do Estado perante quem invoca esse direito;
- é ainda o direito nacional que rege qualquer acção proposta por um cidadão com vista à rectificação, eliminação, informação ou indemnização por indicação que lhe diga respeito naquele sistema;
- o artigo 5.º da Convenção, cujos conceitos integram por remissão vários outros preceitos do diploma, reporta-se ao direito nacional de cada Estado parte relativamente aos documentos válidos para a passagem das fronteiras, à validade de certos vistos, às noções de «segurança pública», «segurança nacional», «razões humanitárias» e «interesses nacionais».

3.2. Consagra o artigo 134.º da Convenção a compatibilidade das normas desta com o direito comunitário. Em conformidade com este artigo as disposições da Convenção só serão aplicáveis, logo, exequíveis, se se conformarem com o direito verificado nos instrumentos comunitários.

Garante-se, por um lado, a concepção de Estado de Direito que preside aos Países Schengen e comunitários, com respeito pelas garantias e direitos fundamentais

dos cidadãos, e, por outro lado, a satisfação de objectivos idênticos através da aplicação dos direitos semelhantes e compatíveis com a matriz comunitária.

3.3. A consagração da obediência à concepção de Estado de Direito e de respeito pelos direitos humanos ressalta de vários passos da Convenção.

Por exemplo:

- Segundo o artigo 23.º, n.º 4 e 5, a expulsão de um estrangeiro em situação ilegal não prejudica a aplicação das disposições nacionais relativas ao direito de asilo, nem a aplicação da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados, alterado pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967;
- de igual modo, para as medidas de acompanhamento, o artigo 26.º manda salvaguardar os compromissos estabelecidos por aquela Convenção e Protocolo;
- também no artigo 28.º, no âmbito da matéria da responsabilidade pelo tratamento de pedidos de asilo, se reitera o primado da observância das obrigações resultantes daquela Convenção e Protocolo, bem como se assume o compromisso de cooperação com o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados;
- dispõe o artigo 48.º que as normas sobre cooperação judiciária em matéria penal visam completar a Convenção Europeia de Entajuda Judiciária em matéria penal, de 20 de Abril de 1959, bem como a parte correspondente do Tratado Benelux de Extradicação e de Entajuda Judiciária em matéria penal, de 27 de Junho de 1962, alterado pelo Protocolo de 11 de Maio de 1974;
- o respeito pelo princípio *ne bis in idem* constitui a obediência a um dos mais sagrados princípios do processo penal dos Estados de Direito;
- as normas sobre a extradicação, previstas a partir do artigo 59.º, visam igualmente completar a Convenção Europeia de Extradicação, de 13 de Setembro de 1957;
- do mesmo modo se assinala idêntico princípio, no artigo 67.º, relativo à transmissão da execução das sentenças penais, visando-se completar a Convenção do Conselho da Europa de 21 de Março de 1983, sobre a transferência de pessoas condenadas;
- na área da luta contra os estupefacientes o artigo 71.º remete para a conformidade com as convenções das Nações Unidas;
- o controlo do sistema de informações Schengen conformar-se-á com a Convenção do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, para a protecção das pessoas face ao tratamento automatizado dos dados pessoais, e com a Recomendação (87)15 de 17 de Setembro de 1987 do Comité de Ministros do mesmo Conselho, que tem por objectivo regulamentar a utilização dos dados pessoais no sector da polícia conforme dispõem os artigos 115.º, n.º 1, 117.º, n.º 1, e 126.º, n.º 1.

3.4. Importante no ajustamento da Convenção de Aplicação Schengen ao direito comunitário é o seu artigo 142.º, que prevê que as convenções celebradas entre Estados membros da Comunidade Europeia, tendo em vista a realização de um espaço

sem fronteiras internas, conduzam à alteração ou substituição de normas da Convenção de Aplicação, mediante acordo dos países que a subscreveram, devidamente ratificado, aprovado ou aceite.

De qualquer forma as disposições que forem contrárias às estabelecidas pelos Estados membros da Comunidade serão sempre adaptadas.

Donde decorre que, em princípio, o direito estabelecido pela Convenção de Schengen é um direito transitório e destinado a ser inserido, mais tarde, nos documentos jurídicos comunitários.

A sujeição das suas normas ao direito comunitário resulta do facto deste ser condicionante da sua aplicação, por força daquele artigo 142.º da Convenção; situação que terá, consequentemente, manifesta influência na sua interpretação e evolução.

Esta realidade impõe um reparo esclarecedor. Pois afirmou-se ser, quer o Acordo quer a Convenção de Schengen, a expressão do direito internacional clássico e nos parâmetros deste encontrar o seu regime. E assim é, com efeito, parcialmente. Convenha-se, porém, que no aspecto substantivo o artigo 142.º da Convenção consubstancia um verdadeiro princípio de sujeição ao direito comunitário, que limita a liberdade de decisão intergovernamental que o direito internacional clássico consagra.

A ENTRADA EM VIGOR E A ENTRADA EM APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO

AS CONDIÇÕES PRÉVIAS

1. A entrada em vigor e o começo da execução concreta dos normativos da Convenção Schengen não coincidem temporalmente. Isto é, há um desfasamento entre a entrada em vigor e a entrada em aplicação daquele instrumento jurídico intergovernamental, que se filia nas dificuldades surgidas na aplicação concreta das suas orientações em aspectos jurídicos, políticos e materiais e na natural morosidade das soluções perfilhadas, sendo certo que a implantação destas obrigou os Estados partes a esforços financeiros relevantes.

Para ilustrar esta asserção bastará ponderar o custo das obras efectuadas nos Aeroportos dos Estados partes para adaptarem as suas estruturas à separação dos fluxos de passageiros dos voos internos (intra Schengen) e externos (dos e para os países terceiros); a eliminação material das barreiras fronteiriças; a preparação e formação dos corpos policiais e aduaneiros para o manuseamento de novas normas e práticas processuais; e, finalmente, a implantação e a operacionalidade do sistema informático de informações a nível central e nacional.

Dispõe o artigo 139.º, n.º 2, da Convenção que esta entrará em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao do depósito do último instrumento de ratificação, aprovação ou aceitação.

Mas logo distingue que as disposições relativas à criação, às actividades e à competência do Comité Executivo são aplicáveis a partir da entrada em vigor da Convenção, isto é, o primeiro dia do segundo mês seguinte ao depósito do último instrumento ratificado, aprovado ou aceite, enquanto que as demais disposições são aplicáveis a partir do primeiro dia do terceiro mês seguinte ao da entrada em vigor da mesma Convenção.

Os Estados partes deram-se conta, no momento da assinatura da Convenção, das dificuldades criadas por este artigo 139.º, n.º 2, ao fazer coincidir a entrada em vigor com o início da execução do sistema decorrente da estrutura normativa. Com efeito, a orientação resultante da literalidade da norma não se compaginava, em muitos sectores, com a morosidade dos trabalhos indispensáveis à erecção prática do sistema e suas estruturas.

Daf que, na Acta Final, tenham inserido uma declaração sobre o artigo 139.º, estabelecendo:

A Convenção só entrará em vigor quando estiverem preenchidas as condições prévias à aplicação da Convenção nos Estados signatários e quando forem efectivos os controlos nas fronteiras externas.

Declaração que foi posteriormente ripristinada em todos os Acordos de Adesão subscritos pela Itália, Espanha, Portugal e Grécia.

Acontece, assim, que por força desta declaração a entrada em vigor da Convenção passou a estar condicionada pela preexistência das condições indispensáveis à sua real e efectiva aplicação.

Esta declaração comum — inserida, como se disse, na Acta Final da Convenção de Schengen e subscrita pelos países que a assinaram — integra o próprio instrumento convencional e tem o mesmo valor jurídico das normas nele acolhidas. É o que resulta dos artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena de 23 de Maio sobre o direito dos tratados que, para efeito de interpretação dos mesmos, considera incluídos no respectivo contexto o texto, preâmbulo e anexos, bem como todos os acordos ou instrumentos fixados entre as partes ou propostas por cada uma delas e aceite pelas outras no momento da conclusão do tratado e desde que se relacionem com este.

Acresce que na interpretação dos tratados releva, ainda, as circunstâncias que presidem à sua conclusão, não devendo aquela actividade hermenêutica conduzir a resultados manifestamente absurdos ou irrazoáveis.

Compreende-se que a entrada em vigor da Convenção de Schengen, em plenitude, sem estarem criadas as condições e estruturas necessárias à realização dos seus objectivos, seria um absurdo de tomo, por poder afectar a segurança dos Estados partes e pôr em risco a efectiva circulação de pessoas no espaço territorial comum que lhe diz respeito.

As condições prévias indispensáveis à eliminação das fronteiras internas e criação de um espaço comum de livre circulação de pessoas, foram fixadas em Junho de 1992, na reunião de Ministros efectuada sob a presidência do Luxemburgo, e elencadas da forma seguinte:

- O reforço dos controlos nas fronteiras externas, como medida compensatória da sua eliminação nas fronteiras internas, e a elaboração de um Manual Comum contendo um conjunto de instruções técnicas e jurídicas destinado às autoridades nacionais encarregadas da execução desses controlos;
- a criação de um visto uniforme para todos os Estados partes e a elaboração de uma Instrução Consular Comum com a finalidade de homogeneizar os procedimentos consulares daqueles Estados;
- a elaboração de regras destinadas à harmonização do tratamento dos pedidos de visto;
- a realização e implantação do Sistema de Informações Schengen (SIS), apoio informático indispensável à execução dos objectivos estruturais;
- adopção das condições necessárias ao cumprimento das disposições da Convenção referentes ao combate ao tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas;
- a implantação de medidas legais, a nível nacional, em matéria de protecção de dados pessoais, a fim de garantir os direitos do cidadão;
- o estabelecimento de um regime de circulação de pessoas e de bagagens de mão, de forma a permitir a separação dos fluxos de passageiros entre os voos intra Schengen e extra Schengen.

No cumprimento das condições fixadas nesta declaração os Estados partes signatários originais e aderentes desenvolveram as actividades exigidas, de modo a adaptarem à realização dos objectivos em causa as respectivas estruturas legais e materiais.

Dos Estados partes aderentes, só Portugal e Espanha conseguiram estruturar as exigências fixadas, isto é, satisfazer as condições prévias indispensáveis à entrada em vigor e em aplicação da Convenção.

Deste modo, a Convenção de Schengen entrou em vigor em 1 de Setembro de 1993 para os Estados fundadores (Bélgica, Holanda, Luxemburgo, França e Alemanha) e em 1 de Março de 1994 relativamente a Portugal e à Espanha, cujos últimos instrumentos de ratificação tinham sido depositados em 13 de Janeiro anterior.

Finalmente para estes sete Estados partes, fixou-se a data de 26 de Março de 1995 para a entrada em aplicação da Convenção de Schengen, mediante decisão do Comité de Ministros tomada em Bona, sob a presidência alemã, em 22 de Dezembro de 1994.

2. Com fundamento nesta declaração do Comité Executivo, a partir de 26 de Março de 1995 e de forma irreversível, entrou em execução ou aplicação a Convenção de Schengen e suas disposições regulamentares, entretanto produzidas e aprovadas por aquele Comité, relativamente aos sete Estados partes que reuniam as condições indispensáveis à vigência do sistema. Isto, depois de ter vigorado, entre 22 de Dezembro de 1994 e 26 de Março de 1995, um período preparatório de adaptação funcional das estruturas do sistema às realidades práticas e materiais do teatro operacional, que decorreu de forma satisfatória.

Durante três meses, de 26 de Março a 26 de Junho de 1995, ocorreu a fase inicial da aplicação da Convenção, onde se confirmaram as expectativas do seu bom funcionamento e progressiva melhoria do sistema. No entanto a França, por razões de segurança interna baseadas nas actividades terroristas que assolavam o seu território, manteve os controlos nas suas fronteiras internas até Dezembro de 1995, com fundamento na faculdade do n.º 2 do artigo 2.º da Convenção.

2.1. A Autoridade de Controlo Comum prevista no artigo 115.º da Convenção, que até 26 de Março de 1995, funcionara provisoriamente, instalou-se de modo definitivo e considerou que os sete Estados partes referidos tinham cumprido os requisitos exigidos em matéria de protecção de dados pessoais informatizados, o que os habilitava para a utilização do sistema de informações Schengen.

3. A partir da data de 26 de Março de 1995, todas as disposições da Convenção foram aplicadas nas relações entre as referidas Partes Contratantes Schengen, com respeito pelas decisões do Comité Executivo, no que se refere designadamente:

- À supressão dos controlos de pessoas nas fronteiras internas, designadamente a eliminação dos obstáculos e restrições à circulação nos pontos de passagem rodoviários situados nas fronteiras internas;
- à introdução e aplicação do regime Schengen nos aeroportos e aeródromos;
- à realização dos controlos nas fronteiras externas e às medidas destinadas a prosseguir a melhoria da segurança das fronteiras externas;

- à política comum em matéria de vistos;
- à luta contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas;
- à responsabilidade em matéria de asilo;
- à entreaajuda judiciária internacional.

Relativamente aos restantes Estados aderentes à Convenção — Itália e Grécia — será posteriormente adoptada uma decisão, logo que nos mesmos estiverem preenchidas as condições prévias à entrada em aplicação da Convenção.

A CONVENÇÃO DE APLICAÇÃO DE SCHENGEN

TÍTULO I

Análise e comentários

Artigo 1.º

Para efeitos da presente Convenção, entende-se:

Fronteiras internas: As fronteiras comuns terrestres das Partes Contratantes, bem como os seus aeroportos, no que diz respeito aos voos internos, e o seus portos marítimos, no que diz respeito às ligações regulares de navios que efectuam operações de transbordo, exclusivamente provenientes ou destinados a outros portos nos territórios das Partes Contratantes, sem escala em portos fora destes territórios;

Fronteiras externas: As fronteiras terrestres e marítimas, bem como os aeroportos e portos marítimos das Partes Contratantes, desde que não sejam fronteiras internas;

Voo interno: Qualquer voo exclusivamente proveniente ou destinado aos territórios das Partes Contratantes sem aterragem no território de um Estado terceiro;

Estado terceiro: Qualquer Estado que não seja Parte Contratante;

Estrangeiro: Qualquer pessoa que não seja nacional dos Estados membros das Comunidades Europeias;

Estrangeiro indicado para efeitos de não admissão: Qualquer estrangeiro indicado para efeitos de não admissão no Sistema de Informação Schengen nos termos do disposto no artigo 96.º;

Ponto de passagem fronteiriço: Qualquer ponto de passagem autorizado pelas autoridades competentes para a passagem das fronteiras que, independentemente de qualquer outro motivo, se baseia na única intenção de passar a fronteira;

Controlo fronteiriço: O controlo nas fronteiras que, independentemente de qualquer outro motivo, se baseia na intenção de passar a fronteira;

Transportador: Qualquer pessoa singular ou colectiva que assegura, a título profissional, o transporte de pessoas por via aérea, marítima ou terrestre;

Título de residência: As autorizações, qualquer que seja a sua natureza, emitidas por uma Parte Contratante que concedem o direito de residência no seu território. Esta definição não abrange a admissão temporária para efeitos de permanência no território de uma Parte Contratante, tendo em vista o tratamento de um pedido de asilo ou de um pedido de título de residência;

Pedido de asilo: Qualquer pedido apresentado por escrito, oralmente ou de qualquer outro modo, por um estrangeiro na fronteira externa ou no território de uma Parte Contratante, com vista a obter o reconhecimento da sua qualidade de refugiado,

ao abrigo da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967, bem como a beneficiar nesta qualidade de um direito de residência;

Requerente de asilo: Qualquer estrangeiro que tenha apresentado um pedido de asilo na acepção da presente Convenção e em relação ao qual não tenha ainda sido tomada uma decisão definitiva;

Tratamento de pedido de asilo: O conjunto dos processos de análise, e decisão e de medidas tomadas em aplicação de decisões definitivas relativas a um pedido de asilo, com exclusão da determinação da Parte Contratante responsável pelo tratamento do pedido de asilo por força das disposições da presente Convenção.

TÍTULO II

Supressão dos controlos nas fronteiras internas e circulação das pessoas

CAPÍTULO I

Passagem das fronteiras internas

Artigo 2.º

1. As fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer local sem que o controlo das pessoas seja efectuado.

2. Todavia, por razões de ordem pública ou de segurança nacional, uma Parte Contratante pode, após consulta das outras Partes Contratantes, decidir que, durante um período limitado, serão efectuados nas fronteiras internas controlos fronteiriços nacionais adaptados à situação. Se razões de ordem pública ou de segurança nacional exigirem uma acção imediata, a Parte Contratante em causa tomará as medidas necessárias e informará desse facto, o mais rapidamente possível, as outras Partes Contratantes.

3. A supressão do controlo das pessoas nas fronteiras internas não prejudica o disposto no artigo 22.º, nem o exercício das competências em matéria de polícia pelas autoridades competentes, por força da legislação de cada Parte Contratante no conjunto do seu território, nem as obrigações de detenção, posse e apresentação de títulos e documentos previstas pela sua legislação.

4. Os controlos das mercadorias serão efectuados em conformidade com as disposições pertinentes da presente Convenção.

1. Supressão dos controlos nas fronteiras internas e circulação de pessoas

1.1. Consagra este artigo a prática do objectivo principal da Convenção, que é o de realizar a livre circulação de pessoas, bens e serviços, nos termos previstos no Tratado de Roma, artigo 8.º-A, na versão dada pelo Acto Único, e no Tratado de

Maastricht, artigo 7.º-A, apenas possível pela eliminação dos controlos nas fronteiras internas.

A definição de fronteiras internas, é a que consta do primeiro item do artigo 1.º da Convenção, devendo reter-se que aquele conceito abrange as fronteiras terrestres, aéreas e marítimas.

Assim, é viagem interna, quer terrestre, aérea ou marítima, a que se processa entre dois ou mais pontos situados no interior do espaço Schengen, sem passar ou tocar em país terceiro, isto é, não integrante daquele espaço.

1.2. Na reunião do Comité Executivo efectuada em Bona, em 26 de Abril de 1994, foi tomada a decisão que aprovou um conjunto de medidas de adaptação tendentes a suprimir os obstáculos à circulação nos postos de passagem rodoviários situados nas fronteiras internas, medidas essas da competência nacional dos Estados partes.

A decisão abrange um verdadeiro programa para a eliminação prática e progressiva das restrições ao trânsito nas fronteiras internas comuns, de forma a estas se apresentarem como vias abertas e desimpedidas em 26 de Março de 1995.

1.3. A supressão dos controlos e das formalidades aplicáveis às bagagens de mão e às bagagens de porão das pessoas que efectuam um voo intracomunitário, bem como às bagagens das pessoas que efectuam uma travessia marítima intracomunitária, foi efectuada pelo Regulamento (CEE) n.º 3925/91, do Conselho da União Europeia, em 19 de Dezembro de 1991.

2. Os controlos fronteiriços substitutivos

2.1. O n.º 2 do artigo 2.º da Convenção prevê a obrigação de um Estado parte consultar os demais Estados partes sempre que, por razões de ordem pública ou de segurança nacional, pretenda efectuar, por um período limitado, controlos fronteiriços nas suas fronteiras internas.

Seria o caso, por exemplo, do aparecimento de uma surto de terrorismo exacerbado, que aconselhasse o fecho da fronteira nacional. A mesma obrigação de consulta existirá para o caso de, pelos mesmos motivos, se passar a proceder de forma sistemática à execução de controlos substitutivos no interior das fronteiras nacionais. Atente-se que os controlos substitutivos são permitidos, desde que não revistam um aspecto sistemático.

Na consecução do objectivo da supressão dos controlos nas fronteiras internas, Portugal assinou com a Espanha um Acordo bilateral, em 17 de Janeiro de 1994, de forma a permitir a livre circulação na fronteira terrestre comum.

O Acordo está vertido no Decreto-Lei n.º 49/94, de 18 de Dezembro, e determina que os controlos das pessoas na fronteira sejam substituídos por controlos móveis efectuados de ambos os lados da linha fronteira, dentro de uma zona de 50 quilómetros para cada lado.

São competentes na parte portuguesa para a realização das operações de controlo a Guarda Nacional Republicana e o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras. Mais abrangente é a competência atribuída às autoridades espanholas, que abarca todas as autoridades ligadas à Segurança do Estado. Retenha-se, contudo, que o Acordo firmado não afecta as operações desencadeadas nas áreas fronteiriças pelas restantes autoridades policiais portuguesas, agindo estas no âmbito das suas atribuições legais.

Note-se, ainda, que a supressão dos controlos implica não só a liberdade de passagem nos antigos postos fronteiriços como também em qualquer outro ponto da fronteira comum.

Tenha-se presente, também, que os controlos pessoais desaparecem nos portos e aeroportos relativamente aos voos ou transbordos efectuados no interior do espaço Schengen, desde que os aviões e navios não toquem em território de um Estado terceiro.

2.2. O n.º 2 do artigo 2.º da Convenção de Schengen reveste carácter nitidamente excepcional na medida em que, durante um período limitado, permite a um Estado parte reestabelecer os controlos e fiscalizações nas suas fronteiras internas.

A adopção desta medida tem por fundamento a existência de razões de ordem pública ou de segurança nacional que a justificam.

Definir os conceitos de ordem pública e de segurança nacional é uma necessidade que se impõe.

Embora se parta nessa definição de uma concepção nacional do Estado que invoca essas razões, ela não deve ser estranha ou indiferente aos demais Estados partes. Será útil, por conseguinte, que a nível global dos parceiros Schengen, se delimitem aqueles conceitos de forma a integrar critérios uniformes que possam ser aceites harmonicamente por todos os Estados partes.

Assim, as razões invocáveis devem basear-se em indícios concretos de ameaça à ordem pública ou segurança do Estado, perspectivadores do desenvolvimento de acções criminosas, como sejam, por exemplo, surtos de terrorismo, actuação perigosa de organizações criminosas internacionais ou fluxo anormal de imigração clandestina organizada.

Por outro lado, importa respeitar o princípio da proporcionalidade entre a gravidade dos factos que postulam a reestabelecimento dos controlos nas fronteiras internas e a concretude das medidas a adoptar restritivas da livre circulação.

Com efeito, a situação de perigo a detectar pode pressupor o fecho total ou parcial das fronteiras internas.

Daí que a consulta a fazer pelo Estado parte aos seus parceiros deva ser fundamentada e esclarecedora quanto às razões a invocar e medidas concretas a perfilar. Não estabelece a Convenção um procedimento especial para o desencadeamento do processo de comunicação e consulta, o que supõe que pode revestir a forma verbal ou escrita.

2.3. Importa aqui assinalar que o conceito de ordem pública foi já debatido no seio da União Europeia, face ao artigo 48.º do Tratado de Roma, e objecto de decisões proferidas pelo Tribunal da Justiça sediado no Luxemburgo.

A Directiva 64/221 englobou a definição comunitária de ordem pública, segurança pública e saúde pública, de forma a obter um espectro consensual sobre estas matérias que elidisse soluções contraditórias a nível interno dos Estados membros da União.

Compreende-se que seja extremamente difícil nesta matéria deixar de dar prevalência ao conceito de ordem pública e de segurança pública dimanado das autoridades internas dos Estados membros. Daí que a Directiva n.º 64/221 se tenha

confinado a impor certos limites ao poder de apreciação daquelas autoridades, designadamente:

- A ordem, a segurança e a saúde públicas não podem ser invocadas para a realização de fins económicos;
- as medidas de ordem e segurança públicas devem ser baseadas no comportamento pessoal do indivíduo contra o qual são tomadas;
- a simples existência de condenações penais não pode, automaticamente, motivar aquelas medidas;
- a perda de validade do documento de identidade que permitiu a entrada no país de acolhimento e a passagem do título de permanência não pode justificar o afastamento do território.

(Para ver mais desenvolvimentos desta matéria aconselha-se a leitura de *Direito Europeu*, vol. II, pág. 93 e seguintes, de Etienne Cerexhe).

No acordo formalizado em 17 Janeiro de 1994 Portugal e Espanha estabeleceram as regras indispensáveis à coordenação das acções móveis de fiscalização nas fronteiras internas, de forma a permitir uma cooperação eficaz em termos operacionais dos respectivos serviços policiais.

Fixaram-se, a nível local ou regional, os postos policiais de coordenação, que devem ficar em comunicação permanente mediante linha telefónica e fax.

A correspondência é feita entre as seguintes autoridades dos dois países:

Portugal	Espanha
Valença (Porto)	Tuy — Salvatierra de Miño (Pontevedra)
Chaves (Porto)	Verin — Celanova (Orense)
Bragança (Porto)	Puebla de Sanabria — Alcañices — Bermillo de Sayago (Zamora)
Vilar Formoso (Coimbra)	Ciudad Rodrigo — Fuentes de Oñoro (Salamanca)
Castelo Branco (Coimbra)	Valência de Alcântara — Coria (Cáceres)
Elvas (Évora)	Caya — Jerez de los Caballeros (Badajoz)
Serpa (Évora)	Rosal de la Frontera — Aracena (Huelva)
Vila Real de Santo António (Olhão)	Ayamonte (Huelva)

CAPÍTULO II

Passagem das fronteiras externas

Artigo 3.º

1. As fronteiras externas só podem em princípio ser transpostas nos pontos de passagem fronteiriços e durante as horas de abertura fixadas. Serão adoptadas pelo Comité Executivo disposições mais pormenorizadas, bem como as excepções e as modalidades do pequeno tráfego fronteiriço, e ainda as regras aplicáveis a categorias específicas de tráfego marítimo, tais como a navegação de recreio ou a pesca costeira.

2. As Partes Contratantes comprometem-se a prever sanções contra a passagem não autorizada das fronteiras externas fora dos pontos de passagem fronteiriços e das horas de abertura fixadas.

Artigo 4.º

1. As Partes Contratantes garantem que, a partir de 1993, os passageiros de um voo proveniente de Estados terceiros, que embarquem em voos internos, serão previamente submetidos, à entrada, a um controlo de pessoas, bem como a um controlo das bagagens de mão no aeroporto de chegada do voo externo. Os passageiros de um voo interno que embarquem num voo com destino a Estados terceiros serão previamente submetidos, à saída, a um controlo de pessoas e a um controlo das bagagens de mão no aeroporto de partida do voo externo.

2. As Partes Contratantes tomarão as medidas necessárias para que os controlos possam efectuar-se em conformidade com o disposto no n.º 1.

3. O disposto nos n.ºs 1 e 2 não prejudica o controlo das bagagens registadas; este controlo será efectuado respectivamente no aeroporto de destino final ou no aeroporto de partida inicial.

4. Até à data prevista no n.º 1 e em derrogação da definição de fronteiras internas, os aeroportos serão considerados como fronteiras externas relativamente aos voos internos.

Artigo 5.º

1. Em relação a uma estada que não exceda três meses, a entrada no território das Partes Contratantes pode ser autorizada ao estrangeiro que preencha as seguintes condições:

- a) Possuir um documento ou documentos válidos, determinados pelo Comité Executivo, que permitam a passagem da fronteira;
- b) Ser titular de um visto válido se este for exigido;
- c) Apresentar, se for caso disso, os documentos que justifiquem o objectivo e as condições da estada prevista e dispor de meios de subsistência suficientes, quer para a duração dessa estada, quer para o regresso ao país de proveniência ou o trânsito para um Estado terceiro em que a sua admissão esteja garantida, ou estar em condições de adquirir legalmente estes meios;

- d) Não estar indicado para efeitos de não admissão;
- e) Não ser considerado como susceptível de comprometer a ordem pública, a segurança nacional ou as relações internacionais de uma das Partes Contratantes.

2. A entrada nos territórios das Partes Contratantes deve ser recusada a qualquer estrangeiro que não preencha cumulativamente estas condições, excepto se uma das Partes Contratantes considerar necessário derrogar este princípio por razões humanitárias ou de interesse nacional ou ainda devido a obrigações internacionais. Neste caso, a admissão será limitada ao território da Parte Contratante em causa que deverá avisar desse facto as outras Partes Contratantes.

Estas regras não prejudicam a aplicação das disposições especiais relativas ao direito de asilo, nem das do artigo 18.º

3. Será admitido em trânsito qualquer estrangeiro titular de uma autorização de residência ou de um visto de regresso emitidos por uma das Partes Contratantes ou, se necessário, destes dois documentos, excepto se constar da lista nacional de pessoas indicadas da Parte Contratante em cujas fronteiras externas se apresenta.

Artigo 6.º

1. A circulação transfronteiriça nas fronteiras externas será submetida ao controlo das autoridades competentes. O controlo será efectuado segundo princípios uniformes, no âmbito das competências nacionais e da legislação nacional, tendo em conta os interesses de todas as Partes Contratantes e em relação aos seus territórios.

2. Os princípios uniformes referidos no n.º 1 são os seguintes:

- a) O controlo das pessoas abrange não apenas a verificação dos documentos de viagem e das outras condições de entrada, de estada, de trabalho e de saída, mas ainda a investigação e prevenção de ameaças para a segurança nacional e a ordem pública das Partes Contratantes. Este controlo abrange igualmente os veículos e os objectos na posse das pessoas que passam a fronteira. Será efectuado por cada Parte Contratante em conformidade com a sua legislação, nomeadamente, no que diz respeito à revista;
- b) Qualquer pessoa deve ser submetida pelo menos a um controlo que permita determinar a sua identidade a partir da apresentação dos documentos de viagem;
- c) À entrada, os estrangeiros devem ser submetidos a um controlo pormenorizado na acepção do disposto na alínea a);
- d) À saída, proceder-se-á ao controlo exigido no interesse de todas as Partes Contratantes por força do direito dos estrangeiros e em relação às necessidades de investigação e de prevenção de ameaças para a segurança nacional e para a ordem pública das Partes Contratantes. Este controlo será exercido em todos os casos relativamente aos estrangeiros;
- e) Caso estes controlos não possam ser efectuados devido a circunstâncias especiais, devem ser fixadas prioridades. Para o efeito, o controlo da circulação à entrada, tem, em princípio, prioridade sobre o controlo à saída.

3. As autoridades competentes fiscalizarão por meio de unidades móveis as zonas das fronteiras externas entre os pontos de passagem fronteiriços bem como os pontos de passagem fronteiriços fora das suas horas normais de abertura. Este controlo será efectuado de forma a não incitar as pessoas a evitar o controlo nos pontos de passagem. As modalidades da fiscalização serão fixadas, se necessário, pelo Comité Executivo.

4. As Partes Contratantes comprometem-se a afectar os efectivos adequados e em número suficiente tendo em vista o exercício do controlo e da fiscalização das fronteiras externas.

5. Nas fronteiras externas será exercido um nível equivalente de controlo.

Artigo 7.º

As Partes Contratantes prestar-se-ão assistência e assegurarão uma cooperação estreita e permanente tendo em vista uma execução eficaz dos controlos e da fiscalização. Procederão nomeadamente à troca de todas as informações pertinentes e importantes, com exclusão dos dados pessoais nominativos, salvo disposição em contrário da presente Convenção, à harmonização, na medida do possível, das instruções dadas aos serviços encarregados dos controlos e à promoção de uma formação e de uma reciclagem uniformes do pessoal afectado aos controlos. Esta cooperação pode assumir a forma de um intercâmbio de oficiais de ligação.

Artigo 8.º

O Comité Executivo tomará as decisões necessárias relativas às modalidades praticas de aplicação do controlo e da fiscalização das fronteiras.

1. Os artigos 3.º a 8.º da Convenção de Schengen regulamentam a passagem das fronteiras externas do espaço territorial comum dos Estados partes.

As fronteiras externas são definidas, no item segundo do artigo 1.º da Convenção, como sendo as fronteiras terrestres e marítimas, bem como os aeroportos e portos marítimos dos Estados partes, desde que não sejam consideradas fronteiras internas. Por exclusão de partes são fronteiras externas todas as que não devem ser classificadas como internas, isto é, não se integrem na definição do item primeiro do referido artigo 1.º da Convenção.

Todo o Título II da Convenção enuncia um complexo de medidas técnicas e jurídicas que visam o reforço da vigilância e controlo nas fronteiras externas do espaço territorial Schengen, a fim de proporcionar aos Estados partes nele incluídos um desejável nível de segurança interna face aos fluxos de criminalidade internacional e da imigração clandestina. Intenta-se atenuar a fragilidade decorrente da supressão das fronteiras internas mediante a adopção de medidas compensatórias destinadas a reforçar as acções de contenção da criminalidade por banda das autoridades nacionais.

Tais medidas, tanto quanto possível comuns e harmónicas, sobrelevam pela filosofia solidária que encerram, por respeitarem e interessarem a todos os Estados partes.

Com efeito, uma acção de controlo levada a cabo na fronteira externa de um dos Estados partes, em que aquela se situa, interessa aos demais parceiros, já que a entrada de um estrangeiro indesejável no espaço territorial Schengen perfila uma

situação de risco para todos eles, dada a liberdade de circulação de que aquele passa a beneficiar.

Repare-se que estas medidas — na versão do artigo 4.º, n.º 1, da Convenção — deviam ser postas em vigor a partir de 1993, a fim de fazer coincidir a vigência estatutária de Schengen com a do Mercado Único de bens, serviços e capitais, prevista para 1 de Janeiro daquele ano.

Dada a morosidade verificada na implantação das medidas prévias indispensáveis à aplicação da Convenção, aquela data foi reportada para 26 de Março de 1995, por decisão do Comité Executivo de 22 de Dezembro de 1994.

2. Várias foram as medidas compensatórias estudadas pelas estruturas Schengen no sentido da preservação da eficácia dos controlos nas fronteiras externas dos Estados partes.

2.1. Elaborou-se um Manual Comum que contém um conjunto de regras ou instruções comuns, de pendor jurídico e técnico, destinado às autoridades encarregadas de efectuar os controlos naquelas fronteiras e baseado nos artigos 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 10.º, 12.º, 17.º, 18.º e 25.º da Convenção.

Produto de vários anos de trabalho o Manual Comum tem por escopo a harmonização dos procedimentos nos controlos das fronteiras externas por parte das autoridades nacionais competentes para a sua efectivação.

O Manual Comum foi aprovado por decisão do Comité Executivo de 14 de Dezembro de 1993, tomada em Paris sob a presidência francesa.

Constituído por diversos anexos o Manual Comum tem vindo a ser objecto de aperfeiçoamentos posteriores, pois trata-se de um documento de conteúdo flexível, susceptível de alterações ditadas pela prática.

De um modo geral o Manual Comum especifica as condições necessárias para a entrada no território dos Estados partes, os princípios e regras a que devem obedecer os controlos a efectuar, bem como a cooperação entre as autoridades de fronteira nas tarefas de que estão incumbidas.

Esta cooperação traduz-se essencialmente na troca de oficiais de ligação entre Estados partes, com a possibilidade do seu destacamento para os postos de controlo das fronteiras externas de maior importância, de forma a potenciar a eficácia da fiscalização, e no intercâmbio de informações e conhecimentos quer sobre a organização e funcionamento dos serviços de fronteira, quer de carácter operacional, designadamente quanto a redes de imigração clandestina e falsificação de documentos.

Estabeleceu-se, também, um sistema de consultas rápido e eficaz entre os serviços, a fim de permitir a realização dos controlos e, em especial, os pormenorizados.

2.2. Os aeroportos são simultaneamente fronteiras internas ou externas conforme a proveniência ou o local de destino da aeronave. São sítios potencialmente perigosos como vias afeitas à imigração clandestina, passagem de criminosos e, mesmo, alvos de acções terroristas.

Daí que no seu vector de fronteiras externas tenham sido objecto de um acervo de medidas de segurança, a observar com fins obviamente preventivos.

A primeira regra a cumprir é a de evitar contactos físicos entre os fluxos de passageiros provenientes ou destinadas a voos intra-Schengen e os provenientes ou des-

tinados a voos extra-Schengen. Os primeiros, como já se referiu, são isentos de controlos pessoais, enquanto os segundos a eles são sujeitos.

Esta exigência de segurança obrigou os Estados partes a dispêndios financeiros elevados na construção de infra-estruturas adequadas à separação física dos fluxos de passageiros, empreendimentos que devem estar concluídos antes de 26 de Março de 1995 nos grandes aeroportos internacionais. Admitiu-se apenas uma excepção para o aeroporto holandês de Schipol, cujas obras devem estar terminadas antes do fim de 1995. (...)

A fim de evitar demoras no tráfego aéreo os aeroportos são dotados de postos de passagem ou controlo distintos, encimados por dísticos UE ou EU (em língua francesa ou inglesa) ao serviço dos cidadãos da União Europeia e NUE ou NEU destinados aos cidadãos de países terceiros.

Em discussão encontra-se ainda a abrangência da sigla UE, no sentido de nela incluir os cidadãos que beneficiam do direito comunitário, como são os pertencentes a Estados ligados por tratados específicos à União Europeia, cujo exemplo mais frisante é o Tratado do Espaço Económico Europeu (EEE).

O *item 5* do artigo 1.º da Convenção define como estrangeiro — qualquer pessoa que não seja nacional dos Estados membros das Comunidades Europeias.

Isto significa que será estrangeiro quem não for nacional de um dos Estados que integram a União Europeia.

Mas não só. Por força do Tratado que instituiu o Espaço Económico Europeu (E.E.E.) os cidadãos dos Países que compunham a Zona de Comércio Livre (E.F.T.A.) são equiparados aos cidadãos da União Europeia.

Assim, noruegueses, islandeses e cidadãos do Liechtenstein merecem tratamento idêntico do dispensado aos cidadãos comunitários.

Também devem beneficiar do estatuto concedido aos cidadãos da União Europeia os seus familiares, embora oriundos de país terceiro.

No entanto estes conceitos discutem-se, ainda, sem a unanimidade desejável, tanto a nível da União como da Convenção Schengen.

Os aeroportos que não gozam do estatuto de aeroportos internacionais estão sujeitos a controlos mais atenuados, através de medidas cautelares que não pressupõem a obrigatoriedade de construção de estruturas de separação de fluxos de passageiros.

No entanto, sempre que não se tenha a certeza de se estar perante um voo exclusivamente intra-Schengen, as autoridades do aeródromo devem proceder ao controlo de passageiros. Regra geral não será necessário manter nos aeródromos de pequeno tráfego agentes de controlo em permanência. Bastará nesses casos que os agentes estejam presentes para fiscalização de voos enquadrados no tráfego aéreo com países terceiros, depois de alertados pela sociedade ou empresa aeroportuária do momento da aterragem ou descolagem.

As exigências de segurança podem ainda ser cumpridas através da adopção do sistema de informações antecipadas sobre os passageiros dos voos, que se traduz no seu controlo antes da aterragem. Sistema, aliás, já hoje utilizado e que consiste na transmissão electrónica ao aeroporto do destino dos dados relativos aos passageiros, depois da descolagem do avião.

Neste âmbito é ainda possível utilizar o sistema dos «Pre-flight-inspections» com a antecipação do controlo dos passageiros para o aeroporto de partida, com base em acordos internacionais e com fundamento na verificação do preenchimento de certas condições

para os passageiros poderem entrar no Estado parte do destino e, assim, poderem embarcar no voo.

2.3. A matéria das medidas compensatórias traduzidas no reforço dos controlos das fronteiras externas dos Estados partes, a fim de garantir a segurança respectiva, foi objecto de decisões e declarações ao mais alto nível da estrutura Schengen, dos quais se destacam:

- Declaração dos Ministros e Secretários de Estado relativa aos controlos nas fronteiras externas, de 6 de Novembro de 1992;
- declaração dos Ministros e Secretários de Estado relativa aos aeroportos, de 19 de Junho de 1992.

Ambas as declarações foram confirmadas por decisão do Comité Executivo de 14 de Dezembro de 1993.

Dão conta da evolução dos estudos feitos ao longo dos anos e dos resultados alcançados nesta matéria as declarações do Comité Executivo de:

- 18 de Outubro de 1993;
- 14 de Dezembro de 1993 ;
- 14 de Dezembro de 1993;
- 14 de Dezembro de 1993;
- 27 de Junho de 1994.

CAPÍTULO III

Vistos

Secção I

Vistos para as estadas de curta duração

Artigo 9.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a adoptar uma política comum no que diz respeito à circulação das pessoas e, nomeadamente, ao regime de vistos. Para o efeito, prestar-se-ão assistência mútua. As Partes Contratantes comprometem-se a prosseguir de comum acordo a harmonização da sua política em matéria de vistos.

2. Tratando-se de Estados terceiros cujos nacionais estão sujeitos a um regime de vistos comum a todas as Partes Contratantes, no momento da assinatura da presente Convenção ou posteriormente, este regime de vistos só pode ser alterado de comum acordo entre todas as Partes Contratantes. Parte Contratante pode derrogar excepcionalmente o regime comum de vistos relativamente a um Estado terceiro por motivos imperiosos de política nacional que exijam uma decisão urgente. Deverá previamente consultar as outras Partes Contratantes e, na sua decisão, deverá ter em conta os seus interesses, bem como as consequências desta decisão.

Artigo 10.º

1. Será instituído um visto uniforme válido para o território de todas as Partes Contratantes. Este visto, cujo período de validade é regulado pelo artigo 11.º pode ser emitido para uma estada máxima de três meses.

2. Até à instituição deste visto, as Partes Contratantes reconhecerão os respectivos vistos nacionais, desde que a sua emissão se efectue de acordo com as condições e critérios comuns determinados no âmbito das disposições pertinentes do presente Capítulo.

3. Em derrogação do disposto nos n.ºs 1 e 2, cada Parte Contratante reserva-se o direito de restringir a validade territorial do visto de acordo com as modalidades comuns determinadas no âmbito das disposições pertinentes do presente Capítulo.

Artigo 11.º

1. O visto previsto no artigo 10.º pode consistir:

- a) Num visto de viagem válido para uma ou mais entradas, sem que a duração de uma estada ininterrupta ou a duração total de estadas sucessivas possam exceder três meses por semestre, a contar da data da primeira entrada;
- b) Num visto de trânsito que permita ao seu titular transitar uma, duas ou excepcionalmente várias vezes nos territórios das Partes Contratantes para se dirigir para o território de um Estado terceiro, sem que a duração do trânsito possa ultrapassar cinco dias.

2. O disposto no n.º 1 não obsta a que, no decurso do semestre considerado, uma Parte Contratante emita, em caso de necessidade, um novo visto cuja validade será limitada ao seu território.

Artigo 12.º

1. O visto uniforme previsto no n.º 1 do artigo 10.º será emitido pelas autoridades diplomáticas e consulares das Partes Contratantes e, se for caso disso, pelas autoridades das Partes Contratantes designadas nos termos do artigo 17.º

2. A Parte Contratante competente para a emissão desse visto é, em princípio, a do destino principal. Se esta não puder ser determinada, a emissão do visto competirá, em princípio, ao posto diplomático ou consular da Parte Contratante da primeira entrada.

3. O Comité Executivo especificará as modalidades de aplicação e, nomeadamente, os critérios de determinação do destino principal.

Artigo 13.º

1. Nenhum visto poderá ser apostado em documentos de viagem que tenham caducado.

2. O período de validade do documento de viagem deve ser superior ao do visto, tendo em conta o prazo de utilização deste último. O período de validade deve permitir o regresso do estrangeiro ao seu país de origem ou a sua entrada num país terceiro.

Artigo 14.º

1. Nenhum visto poderá ser aposto num documento de viagem se este não for válido para qualquer das Partes Contratantes. Se o documento de viagem só for válido para uma ou várias Partes Contratantes, o visto a apor será limitado a esta ou a estas Partes Contratantes.

2. No caso de um documento de viagem não ser reconhecido como válido por uma ou várias das Partes Contratantes, o visto pode ser emitido sob a forma de uma autorização que o substitua.

Artigo 15.º

Em princípio, os vistos a que se refere o artigo 10.º só podem ser emitidos se o estrangeiro preencher as condições de entrada fixadas nas alíneas *a)*, *c)*, *d)* e *e)*, do n.º 1 do artigo 5.º

Artigo 16.º

Se uma Parte Contratante considerar necessário derrogar o princípio definido no artigo 15.º, por um dos motivos enumerados no n.º 2 do artigo 5.º emitindo um visto a um estrangeiro que não preencha cumulativamente as condições de entrada a que se refere o n.º 1 do artigo 5.º a validade do referido visto será limitada ao território dessa Parte Contratante que deve avisar as outras Partes Contratantes.

Artigo 17.º

1. O Comité Executivo adoptará regras comuns para a análise dos pedidos de visto, velará pela sua correcta aplicação e adaptá-las-á a novas situações e circunstâncias.

2. O Comité Executivo especificará, além disso, os casos em que a emissão de um visto será submetida à consulta da autoridade central da Parte Contratante à qual o pedido foi apresentado, bem como, se for caso disso, às autoridades centrais das outras Partes Contratantes.

3. O Comité Executivo tomará, além disso, as decisões necessárias relativas aos seguintes pontos:

- a)* Os documentos de viagem em que podem ser apostos vistos;
- b)* as entidades encarregadas da emissão dos vistos;
- c)* as condições de emissão de vistos na fronteira;
- d)* a forma, conteúdo e período de validade dos vistos e os emolumentos a cobrar pela sua emissão;
- e)* as condições de prorrogação e de recusa dos vistos referidos nas alíneas *c)* e *d)*, no respeito dos interesses de todas as Partes Contratantes;
- f)* as modalidades de limitação territorial da validade dos vistos;
- g)* os princípios de elaboração de uma lista comum dos estrangeiros indicados para efeitos de não admissão, sem prejuízo do disposto no artigo 96.º

Artigo 19.º

1. Os estrangeiros titulares de um visto uniforme que tenham entrado regularmente no território de uma das Partes Contratantes podem circular livremente no território de todas as Partes Contratantes durante o período de validade do visto, desde que preencham as condições de entrada a que se referem as alíneas *a)*, *c)*, *d)* e *e)* do n.º 1 do artigo 5.º

2. Até à instituição do visto uniforme, os estrangeiros titulares de um visto emitido por uma das Partes Contratantes, que tenham entrado regularmente no território de uma delas, podem circular livremente no território de todas as Partes Contratantes durante o período de validade do visto e no máximo durante três meses a contar da data da primeira entrada, desde que preencham as condições de entrada referidas nas alíneas *a)*, *c)*, *d)* e *e)*, do n.º 1, do artigo 5.º

3. Os n.ºs 1 e 2 não se aplicam aos vistos com uma validade territorial limitada em conformidade com as disposições do Capítulo III do presente Título.

4. As disposições do presente artigo são aplicáveis sem prejuízo do disposto no artigo 22.º

Artigo 20.º

1. Os estrangeiros não submetidos à obrigação de visto podem circular livremente nos territórios das Partes Contratantes por um período máximo de três meses durante um período de seis meses a contar da data da primeira entrada, desde que preencham as condições de entrada a que se referem as alíneas *a)*, *c)*, *d)* e *e)*, do n.º 1, do artigo 5.º

2. O disposto no n.º 1 não prejudica o direito de cada Parte Contratante prolongar para além de três meses a estada de um estrangeiro no seu território em circunstâncias excepcionais ou em aplicação de disposições de um acordo bilateral concluído antes da entrada em vigor da presente Convenção.

3. As disposições do presente artigo são aplicáveis sem prejuízo do disposto no artigo 22.º

Artigo 21.º

1. Os estrangeiros detentores de um título de residência emitido por uma das Partes Contratantes podem, ao abrigo desse título bem como de um documento de viagem, desde que estes documentos sejam válidos, circular livremente durante um período máximo de três meses no território das outras Partes Contratantes, desde que preencham as condições de entrada a que se referem as alíneas *a)*, *c)* e *e)*, do n.º 1 do artigo 5.º e não constem da lista nacional de pessoas indicadas da Parte Contratante em causa.

2. O disposto no n.º 1 é igualmente aplicável aos estrangeiros titulares de uma autorização provisória de residência, emitida por uma das Partes Contratantes e de um documento de viagem por ela emitido.

3. As Partes Contratantes comunicarão ao Comité Executivo a lista dos documentos por elas emitidos equivalentes a títulos de residência ou a autorizações provisórias de residência e a documentos de viagem na aceção do presente artigo.

4. As disposições do presente artigo são aplicáveis sem prejuízo do disposto no artigo 22.º

Artigo 22.º

1. Os estrangeiros que tenham entrado regularmente no território de uma das Partes Contratantes são obrigados a declarar esse facto, nas condições fixadas por cada Parte Contratante, às autoridades competentes da Parte Contratante em cujo território entraram. Esta declaração pode ser prestada, à escolha de cada Parte Contratante, quer à entrada, quer, num prazo de três dias úteis a contar da entrada, no interior do território da Parte Contratante em que tenham entrado.

2. Os estrangeiros que residam no território de uma das Partes Contratantes e que se dirijam para o território de outra Parte Contratante são obrigados a fazerem a declaração referida no n.º 1.

3. Cada Parte Contratante estabelecerá as excepções ao disposto nos n.ºs 1 e 2 e comunicá-las-á ao Comité Executivo.

Artigo 23.º

1. O estrangeiro que não preencha ou que tenha deixado de preencher as condições de estada de curta duração aplicáveis no território de uma das Partes Contratantes deve, em princípio, abandonar imediatamente os territórios das Partes Contratantes.

2. O estrangeiro que possua um título de residência ou uma autorização provisória de residência válidos, emitidos por uma outra Parte Contratante deve dirigir-se imediatamente para o território dessa Parte Contratante.

3. Sempre que este estrangeiro não partir voluntariamente ou sempre que se puder presumir que não partirá ou caso a partida imediata do estrangeiro se imponha por motivos de segurança nacional ou de ordem pública, o estrangeiro deve ser expulso do território da Parte Contratante em que foi detido, nas condições previstas pelo direito nacional dessa Parte Contratante. Se a aplicação deste direito não permitir a expulsão, a Parte Contratante em causa pode autorizar a estada do interessado no seu território.

4. A expulsão pode realizar-se do território deste Estado para o país de origem da pessoa referida ou para qualquer outro Estado em que a sua admissão seja possível, nomeadamente, em aplicação das disposições pertinentes dos acordos de readmissão concluídos pelas Partes Contratantes.

5. O disposto no n.º 4 não prejudica a aplicação das disposições nacionais relativas ao direito de asilo, nem a aplicação da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967, nem o disposto no n.º 2 do presente artigo e no n.º 1 do artigo 33.º da presente Convenção.

Artigo 24.º

Sem prejuízo da definição, pelo Comité Executivo, dos critérios apropriados e das modalidades práticas adequadas, as Partes Contratantes procederão entre si a uma compensação dos desequilíbrios financeiros que possam resultar da obrigação de expulsão prevista no artigo 23.º sempre que as despesas dessa expulsão não possam ser suportadas pelo estrangeiro.

1. A política de harmonização de vistos tem sede normativa no artigo 9.º da Convenção, cujo n.º 1 vem enunciar expressamente o compromisso dos Estados partes quanto à adopção de uma política comum no que respeita à circulação de pessoas e ao regime da emissão de vistos. Regime este que só pode ser modificado, uma vez adoptado, por acordo comum dos Estados partes.

Após laboriosas negociações, através dos grupos de trabalho envolvidos, os Estados partes elaboraram um compêndio de regras, intitulado Instrução Consular Comum, tendentes à consecução dos objectivos necessários à harmonização da política de vistos.

Trata-se de um conjunto de directrizes técnico-jurídicas a observar na emissão de vistos a estrangeiros, que é especialmente dirigido às missões diplomáticas e postos consulares de carreira.

Consentiu-se na manutenção da competência para a emissão de vistos pelos cônsules honorários, em casos contados e temporários.

A Instrução Consular Comum foi aprovada por decisão do Comité Executivo de 14 de Dezembro de 1993, em Paris.

As exigências decorrentes da aplicação de uma política comum e harmonizada na emissão de vistos coenvolveram a colaboração dos Estados partes em sectores adjuvantes. Neste contexto foi elaborada uma lista comum de países a cujos cidadãos será exigido visto para poderem entrar no território de qualquer Estado parte integrante do espaço Schengen, assunto que foi objecto de decisão do Comité Executivo, também de 14 de Dezembro de 1993.

Esta mesma decisão abarcou o inventário dos países cujos nacionais estão dispensados da obrigação de visto por todos os Estados partes, bem como o inventário dos países cujos cidadãos estão sujeitos à obrigação de visto apenas por certos Estados partes.

Para a instituição do visto uniforme válido para o território de todos os Estados partes englobados no espaço Schengen, com a duração máxima de três meses, foi criado um modelo de vinheta próprio, aprovado igualmente pelo Comité Executivo na reunião de Paris de 14 de Dezembro de 1993.

Instituiu-se, ainda, um regime de consulta prévia às autoridades centrais dos Estados partes para a emissão de vistos, bem como se determinaram, respectivamente, as taxas a cobrar.

2. Os estrangeiros, considerados como tais os cidadãos pertencentes aos Estados partes que não integram a União Europeia, detentores de um visto válido, gozam do direito de se movimentarem livremente no interior do espaço territorial Schengen, pelo período de validade do respectivo documento.

Distingue-se entre os vistos de longa duração, que facultam uma estada superior a três meses, e os vistos de curta duração ou uniformes, cujo limite de validade se confina àquele período.

2.1. Os requisitos dos vistos de longa duração são estabelecidos por cada Estado parte, para a sua emissão, e autorizam exclusivamente a estada dos seus beneficiários no território respectivo. Rege-se, portanto, pela lei nacional do Estado parte emitente.

Permitem que o detentor possa transitar pelo território dos outros Estados partes, a fim de se dirigir ao território do Estado parte que o concedeu, desde que

aquele obedeça aos requisitos assinalados nas alíneas *a), d) e e)* do n.º 1 do artigo 5.º da Convenção, isto é, ser o portador do visto possuidor dos documentos válidos que lhe permitam atravessar a fronteira, não estar indicado para efeitos de não admissão no sistema de informações de Schengen e não ser susceptível de fazer perigar a ordem pública, a segurança nacional ou as relações internacionais do Estado parte por onde pretende transitar.

2.2. O visto uniforme, que autoriza o detentor a uma estada de curta duração, até ao máximo de três meses, tem a sua regulamentação na Convenção.

Permite, em princípio, ao seu beneficiário movimentar-se livremente no território de todos os Estados partes, embora emitido apenas por um deles.

Apõe-se o visto em passaporte, título de viagem ou qualquer outro documento considerado válido para o atravessamento da fronteira.

No entanto, a concessão de um visto a um cidadão estrangeiro, só por si, não dá ao seu portador o direito de entrada no território do Estado parte em cuja fronteira se apresenta. É necessário, para a entrada, que ele preencha os requisitos elencados no artigo 5.º do n.º 1 da Convenção.

2.3. O visto uniforme pode revestir diferentes situações:

2.3.1. Visto de escala, que respeita ao trânsito de um estrangeiro pela zona de trânsito internacional dos aeroportos durante as escalas ou transferências operadas em voos internacionais.

Há uma lista de Estados cujos nacionais carecem de visto de escala. Os nacionais de outros Estados que sejam titulares de documentos de viagem emitidos por Estados incluídos nessa lista, estão também sujeitos ao visto de escala.

2.3.2. Visto de trânsito é o que se concede ao estrangeiro que pretenda atravessar o território de um Estado parte, a fim de se dirigir ao território de outro Estado parte, provindo de país estrangeiro.

Este visto não pode exceder cinco dias, embora possa ser excepcionalmente concedido para transitar várias vezes.

2.3.3. Visto para estadas de curta duração é o que se faculta a um estrangeiro para entrar pela fronteira externa de um Estado parte, sem fins migratórios.

Pode ser atribuído para uma estada ininterrupta ou para estadas sucessivas, por um período ou soma de períodos que não excedam três meses por semestre, a contar da data da primeira entrada.

Em certos casos, como para negócios que obrigam a deslocações frequentes entre os diversos Estados partes, pode conceder-se um visto de curta duração para estadas múltiplas, desde que a soma dos seus períodos não exceda três meses em cada semestre.

2.3.4. Visto colectivo é o que tem duração não superior a 30 dias e se concede a conjuntos de estrangeiros, geralmente organizações sociais ou turísticas.

Portugal emite vistos colectivos apenas para grupos com o máximo de 25 pessoas, de conformidade com o Acordo Internacional de circulação de jovens. Mas

aceita o visto uniforme colectivo emitido por outros países. Assim, uma excursão composta por mais de 25 pessoas entrada em Espanha pode transitar em Portugal.

2.3.5. Visto de validade territorial limitada é o que se concede a título excepcional, para um ou vários Estados partes, com validade restrita aos respectivos territórios, sem permitir o acesso ao território dos Estados partes alheios à sua emissão.

Tem o visto de validade territorial limitada, na origem da sua emissão, razões humanitárias ou de conveniência política do Estado parte emissor, em função do seu interesse ou de obrigações internacionais por si assumidas.

2.3.6. Visto concedido na fronteira é o que se emite excepcionalmente na fronteira, verificado que o estrangeiro, por falta de tempo e por motivos imperiosos, não pôde obter o visto de entrada pelas vias normais.

O visto emitido na fronteira apenas pode ser destinado a uma estada de curta duração e respeitará a legislação nacional do Estado parte emissor.

Para a sua obtenção o estrangeiro terá que preencher certas condições, como sejam:

- Ser titular de um documento válido que lhe permita atravessar a fronteira;
- preencher as condições de entrada assinaladas nas alíneas *a)*, *c)*, *d)* e *e)* do n.º 1 do artigo 5.º da Convenção;
- invocar, de forma fundamentada, as razões imprevistas ou imperiosas que impediram a obtenção do visto em circunstâncias normais e documentar os factos alegados, na medida do possível.

Serão, para este efeito, factos imprevistos e justificativos da concessão do visto na fronteira: acontecimentos graves e inesperados relativamente a familiares, tratamento médico urgente, mudança de rota dos aviões, motivos profissionais urgentes, etc.

A apreciação será feita pelas autoridades fronteiriças de forma casuística e em conformidade com a respectiva legislação nacional.

2.4. No âmbito da União Europeia foi já adoptada legislação sobre esta matéria. Assim, o Regulamento comunitário n.º 1683/95, de 29 de Maio de 1995, estabeleceu o modelo tipo de visto a adoptar pelos Estados membros da União Europeia.

Por seu turno o Regulamento n.º 2317/95, de 25 de Setembro de 1995, elaborou a lista dos países sujeitos a visto.

No entanto, este último regulamento foi objecto de um recurso do Parlamento Europeu, que pede a sua anulação por razões formais.

Artigo 25.º

1. Sempre que uma Parte Contratante tencionar emitir um título de residência a um estrangeiro que conste da lista de pessoas indicadas para efeitos de não admissão, consultará previamente a Parte Contratante que o indicou e tomará em consideração os interesses desta. O título de residência só pode ser emitido por motivos graves, nomeadamente, de natureza humanitária ou decorrentes de obrigações internacionais.

Se o título de residência for emitido, a Parte Contratante que indicou o estrangeiro, retirará o seu nome dessa lista, podendo, todavia, inscrevê-lo na sua lista nacional de pessoas indicadas.

2. Quando se verificar que um estrangeiro detentor de um título de residência válido, emitido por uma das Partes Contratantes, consta da lista de pessoas indicadas para efeitos de não admissão, a Parte Contratante que o indicou, consultará a Parte que emitiu o título de residência, a fim de determinar se existem motivos suficientes para lho retirar.

Se o título de residência não for retirado, a Parte Contratante que indicou o estrangeiro retirará o seu nome dessa lista, podendo, todavia, inscrevê-lo na sua lista nacional de pessoas assinaladas.

Em conformidade com o artigo 96.º da Convenção de Schengen um estrangeiro pode ser indicado no Sistema Central de Informações (C-SIS) para efeitos de não admissão, por um dos Estados partes.

É suficiente, para esse efeito, que o Estado considere o estrangeiro como uma ameaça para a sua segurança nacional ou ordem pública.

De modo não taxativo, logo exemplificativo, aquele artigo considera existir essa ameaça nos casos em que o estrangeiro tenha uma condenação por crime passível de pena privativa da liberdade de pelo menos um ano ou haver razões fortes para crer que praticou factos puníveis graves, incluindo o tráfico de droga, ou existirem indícios reais que levem a supor que tenciona praticar esses factos no território de um Estado parte.

São fundamentos, ainda para a indicação de não admissão, o facto de o estrangeiro ter sido objecto de uma medida de afastamento, de reenvio ou de expulsão, ainda exequível.

Assim, antes de emitir um título de residência a um estrangeiro, o Estado parte deve consultar o C-SIS, a fim de determinar se ele é ou não objecto de uma indicação para não admissão. E, sendo-o, deve consultar o Estado parte que fez a indicação e considerar os interesses deste, de modo a só conceder a autorização de residência por motivos de gravidade, como sejam razões humanitárias ou decorrentes de obrigações internacionais por si assumidas.

Deve assinalar-se que a indicação no C-SIS é precedida da indicação no N-SIS. E que esta deve ser realizada com base na legislação nacional. Isto é, a indicação será feita com fundamento nos conceitos de ordem pública ou de segurança nacional e nos tipos legais de crimes vertidos na legislação nacional do Estado parte que a desencadeia.

A ameaça à ordem ou tranquilidade públicas terá de revestir-se de seriedade e de credibilidade, constituído o anúncio da prática de acções criminosas susceptíveis de poderem ser concretizadas.

Em princípio e com referência ao Código Penal português — dado o carácter exemplificativo das alíneas do n.º 2 do artigo 96.º da Convenção de Schengen — são crimes susceptíveis de ofender a ordem pública e a segurança nacional, os elencados nos Títulos I, II, III e V do Livro II (parte especial).

Quando um Estado parte, apesar da indicação no C-SIS, conceder um visto de entrada a estrangeiro por razões humanitárias ou compromissos internacionais, o Estado parte autor da indicação deve retirá-la daquele sistema, embora a mantenha no seu N-SIS. Decorre daqui que o estrangeiro referido apenas pode beneficiar de um visto de

validade territorial limitada e ficará impedido de penetrar ou atravessar o território do Estado parte autor da indicação.

Artigo 26.º

1. Sem prejuízo dos compromissos decorrentes da sua adesão à Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967, as Partes Contratantes comprometem-se a introduzir na sua legislação nacional as seguintes regras:

- a) Se a entrada no território de uma das Partes Contratantes for recusada a um estrangeiro, o transportador que o conduziu à fronteira externa por via aérea, marítima ou terrestre deve imediatamente retomá-lo a seu cargo. A pedido das autoridades de fiscalização da fronteira, deve conduzir de novo o estrangeiro ao Estado terceiro a partir do qual foi transportado, ao Estado terceiro que emitiu o documento de viagem com o qual viajou ou a qualquer outro Estado terceiro em que a sua admissão seja garantida;
- b) O transportador deve tomar as medidas necessárias para se assegurar de que o estrangeiro transportado por via aérea ou marítima se encontra na posse dos documentos de viagem exigidos para a entrada nos territórios das Partes Contratantes.

2. As Partes Contratantes comprometem-se, sem prejuízo dos compromissos decorrentes da sua adesão à Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967, e em conformidade com o seu direito constitucional, a prever sanções contra os transportadores que conduzam por via aérea ou marítima, de um Estado terceiro para o seu território, estrangeiros que não possuam os documentos de viagem exigidos.

3. O disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 é aplicável aos transportadores de grupos que assegurem ligações rodoviárias internacionais de autocarro, com excepção do tráfego fronteiriço.

Artigo 27.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a prever sanções adequadas contra quem fomenta ou tente fomentar, com fins lucrativos, um estrangeiro a entrar ou a permanecer no território de uma Parte Contratante violando a legislação desta Parte Contratante em matéria de entrada e residência de estrangeiros.

2. Se uma Parte Contratante for informada de factos a que se refere o n.º 1, e que constituem uma violação da legislação de uma outra Parte Contratante, informará desse facto esta última.

3. A Parte Contratante que solicitar a outra Parte Contratante para agir judicialmente, por violação da sua própria legislação, com fundamento nos factos referidos no n.º 1, deve justificar, através de uma participação oficial ou de uma declaração das autoridades competentes, as disposições legislativas que foram violadas.

1. As medidas de acompanhamento que a Convenção de Schengen impôs aos Estados partes, que as adoptaram nas respectivas legislações nacionais, visam evitar a imigração clandestina, quer através da responsabilização das companhias transportadoras, quer pela penalização das actividades ilegais do tráfico clandestino.

2. A nível interno os Estados partes produziram legislação adequada à satisfação destes objectivos convencionais.

A matéria dos Capítulos II a VI do Título II da Convenção de Schengen foi em Portugal regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, vulgarmente designado pela lei dos estrangeiros, que se publica em anexo.

Como se refere no preâmbulo do diploma, os objectivos essenciais daquele decreto-lei (produzido no uso da autorização legislativa concedida pela Assembleia da República na Lei n.º 13/92, de 23 de Julho) são: o aperfeiçoamento da disciplina da concessão de vistos, a clarificação do regime da concessão das autorizações de residência e o reforço das garantias de controlo que obvie a situações de permanência ilegal no nosso país.

Determina maior celeridade nos procedimentos do regime de expulsão de estrangeiros sem diminuição das garantias fundamentais do cidadão e estabelece um regime contra-ordenacional adequado para o correspondente tipo de infracções criadas.

Nos quatro primeiros artigos o Decreto-Lei n.º 59/93 enuncia os conceitos de estrangeiro e residente, determina os postos de fronteira qualificados para a entrada no País e salvaguarda os regimes especiais previstos em tratados ou convenções internacionais.

No que respeita à entrada e saída do território nacional os artigos 5.º a 13.º determinam os documentos de viagem, ou seus substitutos, e vistos necessários para o efeito, bem como as condições de entrada e permanência, a autorização para entrada em casos excepcionais, a entrada de menores, a interdição de entrada, a declaração de entrada, a responsabilidade dos transportadores e a verificação da validade dos documentos.

Os artigos 14.º a 28.º referem-se aos vistos concedidos no estrangeiro, por contraposição aos vistos concedidos em território nacional previstos nos artigos 29.º a 34.º Assim, nos primeiros elencam-se os vistos diplomáticos, de serviço e consulares, modalidades e duração.

Dentro dos vistos consulares enunciam-se os de trânsito, trabalho e residência, curta duração, uniforme, estudo e escala e definem-se as suas prerrogativas e benefícios.

Quanto aos vistos emitidos em território nacional e concedidos pela autoridade para o efeito competente, que é o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, exige-se que o estrangeiro seja detentor de um passaporte válido, no qual aqueles vistos serão apostos.

Os vistos denominam-se de permanência, pois são concedidos a cidadãos que entraram validamente no território nacional, ao abrigo das situações indicadas no n.º 2 do artigo 5.º do diploma, e, por razões fundadas, pretendem prolongar a estada.

O artigo 33.º trata especificamente da concessão de vistos nos postos fronteiriços nas modalidades de visto de trânsito e de visto de curta duração.

Finalmente tem interesse o artigo 34.º, que estabelece os critérios e condições gerais a observar para a emissão de vistos.

Nos artigos 35.º a 52.º descrevem-se os documentos de viagem emitidos pelas autoridades portuguesas e estabelecem-se os requisitos legais a que devem obedecer.

Destacam-se os títulos de viagem para refugiados, sua validade, âmbito e autoridades competentes para a sua emissão.

Estatui-se o salvo-conduto para os estrangeiros que, não residindo em Portugal, demonstrem a impossibilidade ou dificuldade de daqui saírem.

Note-se que este salvo-conduto tem como finalidade exclusiva permitir a saída do nosso país.

Finalmente cria-se o título de emergência para cidadãos da União Europeia que se encontrem em Portugal indocumentados e se confrontem com condições de perigo iminente ou emergência grave.

O artigo 53.º visa o controlo dos documentos de viagem emitidos por autoridades estrangeiras (missões diplomáticas ou postos consulares), que estão sujeitos a serem visados pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras nos três dias posteriores à sua emissão.

Os artigos 65.º e 66.º preceituam sobre o boletim de alojamento e suas obrigações, a que ficam adstritos os que fornecem alojamento ou albergam estrangeiros.

Note-se que o estrangeiro que se domicilie em habitação própria não fica dispensado de cumprir a formalidade, que deverá fazer ele mesmo.

Os artigos 67.º a 92.º fixam as regras sobre a expulsão de estrangeiro do território nacional.

Elencam-se as situações que fundamentam a aplicação da medida de expulsão ao estrangeiro, com salvaguarda do regime aplicável aos refugiados.

Determinam-se os casos em que a expulsão é aplicada como pena acessória.

A medida de expulsão pode ser consequência de decisão administrativa ou judicial.

Os respectivos processos têm origem em determinação do director do Serviço de Estrangeiro e Fronteiras, embora a decisão para o seu arquivamento seja da competência do ministro da Administração Interna.

A execução da medida de expulsão cabe àquele Serviço e deve realizar-se em 40 dias. Trata-se de um prazo peremptório, que não pode ser excedido.

A expulsão não pode ser efectuada para o país onde o estrangeiro corra o risco de ser perseguido por motivos que o coloquem em situação e beneficiar do direito de asilo, nos termos da Lei n.º 70/93, de 29 de Setembro.

Determinam-se as medidas de coacção a que o estrangeiro pode ser submetido por decisão judicial e quais os tribunais competentes para a aplicação destas medidas.

Estabelecem-se os centros de instalação temporária e fixam-se as categorias de estrangeiros que neles devem aguardar a execução da medida de expulsão.

Para a expulsão determinada por decisão judicial delimitam-se os casos em que é obrigatória a intervenção do juiz, bem como os tribunais competentes para o efeito.

O processo de expulsão é iniciado pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, que o deve instruir com as provas necessárias.

Determinam-se os requisitos processuais a observar na audiência de julgamento, a realizar nos 5 dias seguintes ao do recebimento do processo no tribunal, bem como os trâmites do adiamento da audiência, que só poderá ter lugar uma vez, sendo o julgamento marcado inadivavelmente dentro do prazo de 10 dias, contados a partir do adiamento.

Enunciam-se os requisitos fundamentais da sentença de expulsão e consigna-se que a proibição de entrada do expulsando no nosso território implica a sua indicação na lista comum (C-SIS) ou na lista nacional (N-SIS) das pessoas não admissíveis.

Da decisão de expulsão cabe recurso para o Tribunal da Relação competente.

A expulsão por autoridade administrativa pode ser aplicada nos casos de entrada ou permanência ilegal de estrangeiro no nosso país.

Em caso de detenção do estrangeiro por qualquer autoridade, que de imediato deve entregá-lo ao Serviço de Estrangeiro e Fronteiras, será aquele presente no prazo de 48 horas ao juiz competente, que apreciará a validade da detenção e possível submissão do apresentado a medidas de coacção.

Quer se mantenha o estrangeiro em prisão preventiva, quer seja posto em liberdade, inicia-se a instrução do processo de expulsão.

Salvaguarda-se o caso do estrangeiro voluntariamente se apresentar às autoridades portuguesas solicitando asilo político, nas 48 horas seguintes à sua entrada em território nacional, em que não haverá lugar ao processo de expulsão.

Alinham-se os trâmites do processo administrativo, cabendo ao director do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras a competência para a decisão de expulsão, susceptível de recurso para o ministro da Administração Interna. Por seu turno a decisão ministerial é recorrível para o Supremo Tribunal Administrativo.

Enquanto uma decisão de expulsão, judicial ou administrativa, não for executada o estrangeiro poderá ficar em centro de instalação temporária, ou em liberdade com a obrigação de se apresentar no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras em períodos determinados.

A violação da ordem de expulsão pelo estrangeiro, com a entrada em território nacional durante o período em que a mesma lhe foi vedada, constitui crime punível com prisão até 2 anos ou multa até 100 dias.

Também é crime punível, com prisão até 2 anos, favorecer ou facilitar a entrada irregular de cidadãos estrangeiros no nosso território.

Se as condutas de favorecimento ou facilitação obedecerem à intenção lucrativa, a pena será de 1 a 3 anos de prisão.

A tentativa destes crimes é punível.

Quem fundar ou fizer parte de grupo, organização ou associação cuja actividade se dirija à prática do crime de auxílio à imigração ilegal será punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

A prisão será de 2 a 8 anos para quem chefie esses grupos, organizações ou associações.

A tentativa é, também, punível.

A investigação destes crimes compete ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e a entrada de estrangeiro em território é ilegal quando feita em violação aos artigos 3.º, 5.º, 6.º, e 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/93.

Por fim, tipificam-se as contra-ordenações e fixam-se as coimas respectivas, nos artigos 99.º a 111.º

As contra-ordenações penalizam:

- A permanência ilegal de estrangeiros em território nacional;
- a falta de declaração de entrada de estrangeiro em território nacional;
- o transporte para território nacional de estrangeiros em situação não legal;
- a falta de visto de trabalho;
- o uso indevido de título de viagem;
- a falta de apresentação do documento de viagem;
- a falta de título de residência individual;
- a falta de comunicação ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras dos eventos assinalados no artigo 61.º;
- a falta da comunicação do alojamento.

Refira-se que nestas contra-ordenações a negligência é sempre punida.

A competência para a aplicação das coimas cabe ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

No que respeita à colaboração que outras entidades devem prestar ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras realça-se que a Conservatória dos Registos Centrais lhe deve comunicar todas as alterações de nacionalidade que registar, no prazo de 15 dias a contar do registo. E que o mesmo Serviço pode recorrer aos meios de identificação civil, incluindo fotografias e impressões digitais, com vista a identificação de estrangeiros.

Por fim, aquele serviço dispõe da colaboração da GNR, da PSP e das Câmaras Municipais nos locais onde não tem dependências próprias.

3. O Decreto-Lei n.º 59/93 foi posteriormente complementado por vários diplomas regulamentares.

Destacam-se:

3.1. Decreto Regulamentar n.º 43/93, de 15 de Dezembro, que estabelece a disciplina da concessão de vistos e da concessão e renovação das autorizações de residência.

Neste diploma determina-se que a declaração de entrada do estrangeiro obedece ao preenchimento de um impresso próprio e deve ser acompanhado da exibição do respectivo documento de viagem, devendo aquela ser enviada no prazo de 5 dias à direcção ou delegação regional do SEF mais próxima.

3.1.1. Os vistos solicitados em Estado estrangeiro são pedidos pessoalmente nos postos diplomáticos ou consulares portugueses aí existentes e o respectivo impresso deve ser instruído com a documentação necessária. Excepcionalmente, a presença pessoal do demandante pode ser dispensada por motivos que constarão do impresso a preencher.

São elencados os elementos que devem ser integrados no impresso ou formulário do pedido, bem como os documentos que o devem instruir.

Descrevem-se os meios de prova a considerar para fundamentar a existência de condições de subsistência essenciais à concessão de um visto de residência.

Estabelece-se depois o processamento e emissão do pedido, mediante processo administrativo da competência das autoridades consulares, bem como os trâmites e requisitos a cumprir.

Prevê-se a consulta do SEF pelas autoridades consulares competentes, nos casos em que a concessão do visto carece de prévia consulta àquele serviço, a quem o processo é enviado devidamente instruído e com parecer consular.

Delimita-se a concessão do visto, que em princípio só pode ser concedido em documentos de viagem válidos e emitidos pelas autoridades consulares competentes dos Estados reconhecidos por Portugal ou por organizações intergovernamentais que o nosso país integra.

O visto familiar deve identificar as pessoas que dele beneficiam.

Atribui-se competência excepcional ao ministro dos Negócios Estrangeiros para autorizar a aposição do visto em folha autónoma.

Incumbe à autoridade consular competente o indeferimento liminar dos pedidos de visto incompletos ou insuficientemente fundamentados. Estabelece-se a obrigação burocrática de os postos consulares enviarem ao Ministério dos Negócios

Estrangeiros relação mensal dos vistos concedidos e proíbe-se que sobre a vinheta destes sejam apostas estampilhas consulares.

3.1.2. No que respeita aos vistos de permanência, prorrogações de vistos de residência, de trabalho e de trânsito concedidos em território nacional a competência para a sua atribuição cabe aos directores regionais do SEF, que podem delegá-la nos chefes de delegações regionais. No entanto, os vistos a emitir nos postos de fronteira são da competência exclusiva do responsável pelo posto de fronteira respectivo.

Fixa-se o quadro factual a observar na concessão de um visto de curta duração nos postos fronteiriços, exigindo-se a demonstração ou credibilidade das razões imprevistas que deram fundamento à situação.

Na concessão dos vistos e suas prorrogações em território nacional as autoridades competentes para a sua emissão devem observar os procedimentos estabelecidos nos artigos 2.º a 7.º e 10.º deste diploma, com as devidas adaptações.

3.1.3. Estabelece-se o regime para a devolução da garantia de repatriamento, prova a efectuar para o efeito, e competência para a decisão a proferir, que cabe ao director do SEF.

3.1.4. Fixam-se, finalmente, os trâmites e processo para o pedido de autorização de residência e documentos necessários para o efeito.

Determina-se a existência de impresso próprio para o pedido, sua apresentação e documentos que o devem instruir.

Têm competência para a instrução dos respectivos processos administrativos os directores regionais do SEF, que a podem delegar nos casos de autorização ou renovação de autorizações de residência não superior a um ano, nos responsáveis das delegações regionais sob sua jurisdição.

Os pedidos de concessão de autorização de residência serão decididos no prazo de 90 dias e os de renovação em 45 dias.

A eficácia da decisão depende da sua notificação ao requerente. Se esta não ocorrer, a decisão não produz efeitos jurídicos.

3.2. A Portaria n.º 1086/95, do ministro da Administração Interna, publicada no *Diário da República*, I Série, de 5 de Setembro, aprova o modelo de salvo-conduto previsto no n.º 2 do artigo 50.º do Decreto-Lei n.º 59/93.

3.3. A Portaria n.º 464/94, de 1 de Julho dos ministros da Administração Interna e das Finanças, aprova o modelo de boletim de alojamento e estabelece a taxa de 30\$00 por cada um.

3.4. A Portaria n.º 266/94, de 6 de Maio, do ministro da Administração Interna, aprova o modelo de declaração de entrada, a que se refere o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 59/93.

3.5. A Portaria n.º 297/94, de 18 de Maio, dos ministros da Administração Interna e das Finanças fixa as taxas devidas pelos procedimentos administrativos previstos no Decreto-Lei n.º 59/93, com exclusão dos vistos consulares.

Respeitam as taxas à concessão de vistos em território nacional, emissão de documentos de viagem e aos actos relacionados com os estrangeiros no nosso país.

3.6. A recente Lei n.º 17/96, de 24 de Maio, veio estabelecer um processo de regularização extraordinária da situação dos imigrantes clandestinos em Portugal.

Invocou-se, para fundamentar esta providência legislativa, a existência no País de um grande número de cidadãos estrangeiros em situação ilegal, designadamente os originários de países de língua oficial portuguesa, que não tiveram oportunidade de regularizar a sua permanência ao abrigo da Lei n.º 70/93, de 29 de Setembro.

A requerimento dos interessados, a regularização abrange os cidadãos originários dos países de língua oficial portuguesa que, concomitantemente, reúnam os seguintes requisitos:

- Tenham entrado em território nacional até 31 de Dezembro de 1995;
- tenham residido no território português continuamente, depois da sua entrada, isto é, em permanência ininterrupta, sem prejuízo de uma ausência por períodos de curta duração por razões de assistência familiar, férias ou outro motivo socialmente relevante;
- disponham de condições económicas mínimas para assegurarem a subsistência, designadamente pelo exercício de uma actividade profissional remunerada.

Os cidadãos originários de países de língua oficial portuguesa, cuja data de entrada no nosso país tenha ocorrido antes de 1 de Janeiro de 1986, podem também beneficiar da regularização da sua situação, desde que se encontrem nas condições previstas no n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 212/92, de 12 de Outubro. Isto é, desde que, a partir da entrada, tenham permanecido ininterruptamente em território nacional, sem prejuízo de ausências de curta duração justificadas para assistência à família, férias ou outros motivos excepcionalmente atendíveis.

Note-se, contudo, que estes cidadãos não estão isentos de demonstrar que dispõem das condições económicas mínimas para efeitos de subsistência, pela comprovação do exercício de uma actividade profissional, por conta própria ou por conta de outrem, dada a conexão do n.º 2 com o n.º 1, ambos do artigo 1.º do referido Decreto-Lei n.º 212/92.

Finalmente, o processo regularizador abarca os cidadãos estrangeiros não comunitários ou equiparados, nas condições seguintes concomitantes:

- Tenham entrado em Portugal até 25 de Março de 1995;
- aqui tenham residido continuamente;
- disponham de condições económicas mínimas de subsistência, designadamente através do exercício de uma actividade profissional remunerada.

Também para estes, tal como para os outros, a permanência continuada no nosso país não obsta a ausências de curta duração justificadas por razões de assistência à família, férias ou outro motivo socialmente relevante.

O diploma exclui da regularização as pessoas que:

- Tenham sido condenadas, com trânsito em julgado, em pena privativa da liberdade não inferior a um ano;
- se encontrem em qualquer das circunstâncias previstas como fundamento de expulsão do território português, com excepção da entrada ou permanência irregular no nosso país e de desrespeito pelas nossas leis referentes a estrangeiros;
Os fundamentos de expulsão de estrangeiros do território nacional são os elencados no n.º 1 do artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, que são considerados na Lei n.º 17/96 como obstáculo à regularização nesta prevista. No entanto, e por força desta Lei n.º 17/96, não obstam à regularização os fundamentos das alíneas *a)* e *e)* do n.º 1 do artigo 67.º daquele decreto-lei;
- tenham sido objecto de uma decisão de expulsão do País e se encontrem no período subsequente de interdição de entrada em território nacional;
- Remete-se, nesta situação, para os artigos 67.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 59/93, designadamente os artigos 71.º, 73.º 88.º e 90.º;
- estejam indicados no sistema de Informação Schengen para efeitos de não admissão por qualquer dos Estados partes.

Assim, a regularização não será concedida a quem se encontre indicado naquele sistema para efeitos dos artigos 95.º, 96.º e 97.º da Convenção de Schengen.

Artigo 28.º

As Partes Contratantes reiteram as suas obrigações nos termos da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967, sem qualquer restrição geográfica do âmbito de aplicação destes textos, bem como o seu compromisso de cooperarem com os serviços do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados no que diz respeito à aplicação desses instrumentos.

Artigo 29.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a assegurar o tratamento de qualquer pedido de asilo apresentado por um estrangeiro no território de uma delas.

2. Esta obrigação não implica para uma Parte Contratante a obrigação de autorizar em todos os casos o requerente de asilo a entrar ou a residir no seu território.

Qualquer Parte Contratante mantém o direito de interditar a entrada ou expulsar, um requerente de asilo para um Estado terceiro, com base nas suas disposições nacionais e em conformidade com os seus compromissos internacionais.

3. Qualquer que seja a Parte Contratante a que o estrangeiro apresente o seu pedido de asilo, apenas uma Parte Contratante será responsável pelo tratamento do pedido. Essa Parte será determinada de acordo com critérios definidos no artigo 30.º

4. Sem prejuízo do disposto no n.º 3, todas as Partes Contratantes mantêm o direito, de assegurar o tratamento de um pedido de asilo, por razões específicas decor-

rentes, nomeadamente, do direito nacional, ainda que a responsabilidade, na acepção da presente Convenção, incumba a uma outra Parte Contratante.

Artigo 30.º

1. A Parte Contratante responsável pelo tratamento de um pedido de asilo será determinada do seguinte modo:

- a) Se uma Parte Contratante emitiu ao requerente de asilo um visto, qualquer que seja a sua natureza, ou um título de residência, é responsável pelo tratamento do pedido. Se o visto foi emitido mediante autorização de uma outra Parte Contratante, é responsável a Parte Contratante que deu a autorização;
- b) Se várias Partes Contratantes emitiram a um requerente de asilo um visto, qualquer que seja a sua natureza, ou um título de residência, a Parte Contratante responsável é a que emitiu o visto ou o título de residência com o período de validade mais longo;
- c) Enquanto o requerente de asilo não tiver abandonado os territórios das Partes Contratantes, a responsabilidade definida de acordo com as alíneas a) e b) subsiste, ainda que o período de validade do visto, qualquer que seja a sua natureza, ou do título de residência, tenha caducado. Se o requerente de asilo tiver abandonado os territórios das Partes Contratantes após a emissão do visto ou do título de residência, estes documentos fundamentam a responsabilidade determinada nos termos das alíneas a) e b), salvo se entretanto caducaram por força das disposições nacionais;
- d) Se o requerente de asilo for dispensado da obrigação de visto pelas Partes Contratantes, é responsável a Parte Contratante por cujas fronteiras externas o requerente de asilo entrou nos territórios das Partes Contratantes.

Enquanto não se proceder à completa harmonização das políticas de vistos e sempre que o requerente de asilo for dispensado da obrigação de visto apenas por algumas Partes Contratantes, é responsável a Parte Contratante por cuja fronteira externa o requerente de asilo entrou nos territórios das Partes Contratantes ao abrigo de uma dispensa de visto, sem prejuízo do disposto nas alíneas a), b) e c).

Se o pedido de asilo for apresentado a uma Parte Contratante que tenha emitido ao requerente um visto de trânsito À quer o requerente tenha passado ou não o controlo dos passaportes Ä e se o visto de trânsito tiver sido emitido depois de o país de trânsito se ter assegurado junto das autoridades consulares ou diplomáticas da Parte Contratante de destino que o requerente de asilo preenche as condições de entrada na Parte Contratante de destino, esta é responsável pelo tratamento do pedido.

- e) Se o requerente de asilo tiver entrado nos territórios das Partes Contratantes sem possuir o ou os documentos, determinados pelo Comité Executivo, que permitam a passagem da fronteira é responsável a Parte Contratante por cujas fronteiras externas o requerente de asilo entrou nos territórios das Partes Contratantes;

- f) Se um estrangeiro, cujo pedido de asilo está já a ser tratado por uma das Partes Contratantes, apresentar um novo pedido, é responsável a Parte Contratante que está a analisar o pedido;
- g) Se um estrangeiro, cujo pedido de asilo anterior foi objecto de uma decisão definitiva por uma das Partes Contratantes, apresentar um novo pedido, é responsável a Parte Contratante que tratou o pedido anterior, se o requerente não tiver abandonado os territórios das Partes Contratantes.

2. Se uma Parte Contratante se encarregou do tratamento de um pedido de asilo nos termos do n.º 4 do artigo 29.º a Parte Contratante responsável por força do n.º 1 do presente artigo é desvinculada das suas obrigações.

3. Se a Parte Contratante responsável não puder ser determinada com base nos critérios definidos nos n.ºs 1 e 2, é responsável a Parte Contratante a quem o pedido de asilo foi apresentado.

Artigo 31.º

1. As Partes Contratantes esforçar-se-ão por determinar, o mais rapidamente possível, qual de entre elas será a responsável pelo tratamento de um pedido de asilo.

2. Se um pedido de asilo for apresentado a uma Parte Contratante não responsável por força do artigo 30.º, por um estrangeiro que se encontre no seu território, esta Parte Contratante pode solicitar à Parte Contratante responsável que tome a seu cargo o requerente de asilo, a fim de assegurar o tratamento do seu pedido de asilo.

3. A Parte Contratante responsável deve tomar a seu cargo o requerente de asilo a que se refere o n.º 2, se para tal for solicitada num prazo de seis meses a contar da apresentação do pedido de asilo. Se tal solicitação não tiver sido efectuada neste prazo, a Parte Contratante junto da qual o pedido de asilo foi apresentado será responsável pelo tratamento do pedido.

Artigo 32.º

A Parte Contratante responsável tratará o pedido de asilo em conformidade com o seu direito nacional.

Artigo 33.º

1. Quando o requerente de asilo se encontrar irregularmente no território de uma outra Parte Contratante no decurso do processo de concessão de asilo, a Parte Contratante responsável deve retomá-lo.

2. O disposto no n.º 1 não se aplica quando a outra Parte Contratante tiver emitido ao requerente de asilo um título de residência com validade superior ou igual a um ano. Neste caso, a responsabilidade pelo tratamento do pedido será transferida para a outra Parte Contratante.

Artigo 34.º

1. A Parte Contratante responsável deve retomar o estrangeiro cujo pedido de asilo tenha sido definitivamente rejeitado e que se tenha dirigido para o território de uma outra Parte Contratante sem estar autorizado a aí permanecer.

2. Todavia, o disposto no n.º 1 não se aplica quando a Parte Contratante responsável tiver assegurado a expulsão do estrangeiro para fora dos territórios das Partes Contratantes.

Artigo 35.º

1. A Parte Contratante que tiver reconhecido a um estrangeiro o estatuto de refugiado e que lhe tiver concedido o direito de residência deve assumir, desde que os interessados o consintam, a responsabilidade pelo tratamento do pedido de asilo de um membro da sua família.

2. Os membros da família a que se refere o n.º 1 são o cônjuge ou o filho solteiro menor de dezoito anos ou, se o refugiado for um menor de dezoito anos solteiro, o seu pai ou a sua mãe.

Artigo 36.º

Qualquer Parte Contratante responsável pelo tratamento do pedido de asilo pode, por razões humanitárias, nomeadamente de natureza familiar ou cultural, solicitar a uma outra Parte Contratante que assuma esta responsabilidade desde que o interessado manifeste esse desejo. Esta última Parte Contratante apreciará se pode satisfazer este pedido.

Artigo 37.º

1. As autoridades competentes das Partes Contratantes comunicarão entre si, o mais rapidamente possível, as informações relativas:

- a) Às novas regulamentações ou medidas adoptadas no domínio do direito de asilo ou do tratamento dos requerentes de asilo, o mais tardar aquando da sua entrada em vigor;
- b) aos dados estatísticos respeitantes às chegadas mensais de requerentes de asilo, indicando os principais países de proveniência e as decisões sobre os pedidos de asilo, na medida em que estas se encontrem disponíveis;
- c) ao aparecimento ou aumento significativo de certos grupos de requerentes de asilo, bem como aos elementos de que disponham a este respeito;
- d) as decisões relevantes no domínio do direito de asilo.

2. As Partes Contratantes garantirão, além disso, uma estreita cooperação na recolha de informações sobre a situação dos países de proveniência dos requerentes de asilo a fim de poderem proceder a uma avaliação comum.

3. Qualquer indicação prestada por uma Parte Contratante relativa ao tratamento confidencial das informações por ela comunicadas deve ser respeitada pelas outras Partes Contratantes.

Artigo 38.º

1. Cada Parte Contratante transmitirá a qualquer outra Parte Contratante que o solicite os dados de que dispõe relativamente a um requerente de asilo que sejam necessários para:

- Determinar a Parte Contratante responsável pelo tratamento do pedido de asilo;
- o tratamento do pedido de asilo;
- o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Capítulo.

2. Estes dados podem dizer exclusivamente respeito a:

- a) Identidade (apelido e nome próprio, se for caso disso, apelido anterior, alcunhas ou pseudónimos, data e local de nascimento, nacionalidades actual e anterior do requerente de asilo e, se for caso disso, dos membros da sua família);
- b) documentos de identidade e de viagem (referência, prazo de validade, data de emissão, autoridade emissora, local de emissão, etc.);
- c) outros elementos necessários para determinar a identidade do requerente;
- d) locais de residência e itinerários de viagem;
- e) títulos de residência ou vistos emitidos por uma Parte Contratante;
- f) local em que o pedido de asilo foi apresentado;
- g) se for caso disso, data de apresentação de um pedido de asilo anterior, data de apresentação do pedido actual, estado de avanço do processo e teor da decisão tomada.

3. Além disso, uma Parte Contratante pode solicitar a uma outra Parte Contratante que lhe comunique os motivos invocados pelo requerente de asilo, em apoio do seu pedido e, se for caso disso, os fundamentos da decisão tomada. A Parte Contratante solicitada analisará se pode dar seguimento a este pedido. A comunicação dessas informações estará sempre sujeita ao consentimento do requerente de asilo.

4. A troca de dados efectuar-se-á a pedido de uma Parte Contratante e só pode realizar-se entre as autoridades cuja designação for comunicada por cada Parte Contratante ao Comité Executivo.

5. Os dados trocados só podem ser utilizados para os fins previstos no n.º 1. Estes dados só podem ser comunicados às autoridades e órgãos jurisdicionais encarregados:

- De determinar a Parte Contratante responsável pelo tratamento do pedido de asilo;
- do tratamento do pedido de asilo;
- do cumprimento das obrigações decorrentes do presente Capítulo.

6. A Parte Contratante que transmitir os dados velará pela sua exactidão e pela sua actualidade.

Se se verificar que esta Parte Contratante forneceu dados inexactos ou que não deveriam ter sido transmitidos, as Partes Contratantes destinatárias serão imediatamente informadas do facto. Estas devem rectificar estas informações ou destruí-las.

7. O requerente de asilo tem o direito de ser informado, a seu pedido, sobre as informações trocadas a seu respeito, durante o período em que se encontrem disponíveis.

Se o requerente de asilo verificar que estas informações são inexactas ou que não deveriam ter sido transmitidas, tem o direito de exigir a sua rectificação ou a sua destruição. As correcções serão efectuadas nos termos do n.º 6.

8. As Partes Contratantes, em causa, devem registar a transmissão e a recepção das informações trocadas.

9. Os dados transmitidos serão conservados durante um período que não exceda o necessário para os fins a que se destinam. A necessidade da sua conservação deve ser analisada oportunamente pela Parte Contratante em causa.

10. De qualquer modo, os dados transmitidos beneficiarão pelo menos da mesma protecção da que é prevista pela legislação da Parte Contratante destinatária no que diz respeito a informações de natureza similar.

11. Se os dados não forem objecto de tratamento automatizado, mas de uma outra forma, cada Parte Contratante deve tomar as medidas adequadas para assegurar o cumprimento do presente artigo através de meios efectivos de controlo. Caso uma Parte Contratante disponha de um serviço do tipo do referido no n.º 12, pode encarregar este serviço de assegurar estas tarefas de controlo.

12. Se uma ou várias Partes Contratantes pretenderem informatizar total ou parcialmente o tratamento dos dados a que se referem os n.ºs 2 e 3, a informatização só é autorizada se as Partes Contratantes em causa adoptaram legislação na matéria que aplique os princípios da Convenção do Conselho da Europa de 28 de Janeiro de 1981 relativa à protecção das pessoas face ao tratamento automatizado dos dados pessoais, e confiaram a uma entidade nacional adequada o controlo independente do tratamento e da exploração dos dados transmitidos em conformidade com a presente Convenção.

1. Os artigos 28.º a 38.º da Convenção enunciam as regras a que se subordinam os Estados partes quanto à sua responsabilidade pelo tratamento de pedidos de asilo.

Assinala-se, contudo, que nesta matéria estes Estados reiteram a sua obediência às normas da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados, com as alterações introduzidas pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967, sem restrições de ordem geográfica, bem como reafirmam a sua vontade de cooperarem com os serviços do Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados quanto à aplicação daqueles instrumentos.

O que significa que as normas da Convenção de Schengen se harmonizam e não hostilizam os princípios dimanados das Nações Unidas relativamente à condição estatutária dos refugiados.

2. Importa realçar que a 15 de Junho de 1990, quatro dias antes da assinatura da Convenção de Schengen, foi assinada em Dublin, pelos então doze países da Comunidade Europeia, a Convenção referente à determinação do Estado responsável pela apreciação de um pedido de asilo apresentado num desses Estados membros.

As duas Convenções são concordantes no que respeita aos objectivos, princípios e linhas gerais.

Com efeito, ambas têm em vista a dissuasão dos pedidos de asilo múltiplos, responder às deslocações desordenadas dos requerentes de asilo e evitar o fenómeno dos requerentes de asilo em órbita, isto é, suspensos de uma decisão a transitar de um Estado para outro.

Se estes são os objectivos que ambas as Convenções prosseguem, também os princípios e linhas gerais a que obedecem, se coadunam.

Pois, reiteram, como se disse, os compromissos que fluem da Convenção de Genebra; atribuem a um só Estado a responsabilidade para apreciar o pedido de asilo apresentado, mediante critérios objectivos; prevêem excepções, tais como o direito soberano de um Estado de analisar um pedido e a invocação, para tal, de razões humanitárias, ao lado do critério de aplicação residual, no caso de não conseguir determinar-se qual o Estado responsável em conformidade com os critérios gerais; instituem a obrigação de o Estado responsável analisar o pedido de asilo; e, finalmente, estabelecem regras semelhantes em matéria de intercâmbio de informações gerais ou de informações individuais sobre os requerentes de asilo.

Como resulta do preâmbulo da Convenção de Dublin, esta foi celebrada «considerando o objectivo comum da criação de um espaço sem fronteiras internas, no qual será nomeadamente assegurada a livre circulação de pessoas de acordo com o disposto no Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, na redacção que lhe foi dada pelo Acto Único Europeu».

Esta justaposição de objectivos e princípios entre a Convenção de Schengen e a Convenção de Dublin, em matéria de asilo, remete-nos para o artigo 142.º da primeira delas. Há, assim, que acordar em que condições é que as normas da Convenção de Schengen correspondentes às da Convenção de Dublin devem ser substituídas ou alteradas.

À conclusão da substituição, após trabalhos elaborados no Grupo respectivo, chegou a reunião de Ministros Schengen de 30 de Junho de 1993, no encerramento da presidência espanhola, em Madrid.

Consideraram os ministros e secretários de Estado que a entrada em vigor da Convenção de Dublin de 15 de Junho de 1990, assinada por todos os Estados membros da Comunidade Europeia, implica a aplicação das suas normas correspondentes à responsabilidade pelo tratamento de um pedido de asilo em substituição das disposições do Capítulo VII do Título II da Convenção de Schengen.

E, para o efeito, adoptaram um Protocolo sobre a matéria, aprovado em Madrid em 30 de Junho de 1993, e assinado em Bona, em 26 de Abril de 1994, durante a reunião do Comité Executivo aí efectuada. Este Protocolo relativo às consequências da entrada em vigor da Convenção de Dublin sobre determinadas disposições da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 23/95, publicada no *Diário da República*, I Série, de 11 de Novembro, e ratificado pelo Decreto n.º 48/95, do Presidente da República, de 11 de Abril.

Do exposto resulta que as disposições da Convenção de Schengen serão aplicadas enquanto não entrar em vigor a Convenção de Dublin.

O que significa que a partir de 26 de Março de 1995 foram as normas da Convenção de Schengen as aplicáveis, pois a Convenção de Dublin ainda não se encontra ratificada por todos os seus signatários.

Logo que a Convenção de Dublin entrar em vigor, são as suas normas nesta matéria aplicáveis, substituindo as disposições do Capítulo VII, do Título II, da Convenção de Schengen.

3. O asilo em Portugal

3.1. O direito de asilo encontra-se hoje regulado na Lei n.º 70/93, de 29 de Setembro, que revogou a Lei n.º 30/80, de 1 de Agosto, que regia o exercício daquele direito e fixava o estatuto do refugiado.

Estabelece a Lei n.º 70/93 os fundamentos indispensáveis à verificação do direito de asilo e consequente outorga do estatuto de refugiado ao requerente respectivo, em consonância com a Convenção de Genebra de 1951 e Protocolo Adicional de Nova Iorque.

São requisitos para a tipificação do direito de asilo a um estrangeiro ou apátrida:

- A perseguição ou grave ameaça de perseguição que sejam consequência de actividades em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, exercidas pelo requerente no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual (n.º 1 do artigo 2.º);
- o receio de perseguição, com razão, em virtude da raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social que coloquem o requerente na impossibilidade de regresso ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual ou na vontade intencional de a estes não regressar (n.º 2 do artigo 2.º).

Verificada qualquer destas situações de facto o direito ao asilo está tipificado e a concessão do estatuto de refugiado é uma decorrência normal.

Poderá, no entanto, ocorrer um circunstancialismo de carácter excepcional, susceptível de produzir os mesmos efeitos jurídicos, por razões humanitárias: aos estrangeiros ou apátridas a que não sejam aplicáveis as situações normais previstas no artigo 2.º da Lei n.º 70/93, mas que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, por motivos de insegurança devida a conflitos armados ou sistemática violação dos direitos humanos ali ocorridos, é possível beneficiarem do direito de asilo e respectivo estatuto de refugiados, por decisão do Ministério da Administração Interna proferida nos termos do artigo 64.º do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março (artigo 10.º da Lei n.º 70/93).

No aspecto conceitual não houve evolução entre a Lei n.º 30/80 e a Lei n.º 70/93.

O Supremo Tribunal Administrativo tem produzido jurisprudência quantiosa e pacífica relativamente à definição das situações susceptíveis de fundamentar o direito ao asilo e a concessão do estatuto de refugiado, nas modalidades já referidas.

Assim:

- Na apreciação dos requisitos do artigo 2.º da Lei n.º 70/93 a Administração age em função de poderes vinculados, isto é, a decisão que venha a proferir tem que respeitar estritamente as condições ali fixadas e suas consequências jurídicas. Decisão que poderá ser contenciosamente impugnada por vício de lei.

Já nos casos apontados no artigo 10.º do diploma, a apreciação da Administração obedece ao exercício de poderes discricionários, impugnáveis por desvio de poder e por erro nos pressupostos de facto.

- A perseguição ou a grave ameaça de perseguição tipificada no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 70/93, bem como o receio de perseguição previsto no n.º 2 do mesmo artigo, constituem conceitos de carácter objectivo, que exigem a comprovação concreta dos factos donde provenham.

Deste modo, o requerente do asilo terá que demonstrar o exercício de actividades em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana ou o receio fundado ou razoável de ser perseguido em virtude da raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em determinado grupo social.

- Também os factos aduzidos para a concessão do asilo por razões humanitárias devem obedecer a critérios de objectividade concreta e não a interiorizações subjectivas. No entanto, apesar de verificados os factos, não fica o ministro da Administração Interna vinculado à concessão do asilo e do inerente estatuto de refugiado.

Está-se, como se disse, em área de poder discricionário, podendo o requerimento ser negado com base em exigências do interesse público.

3.2. Com interesse para esta matéria, de entre muitos outros, podem consultar-se os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo:

Processo n.º 31 158 — Acórdão de 13.3.94:

«O receio de ser perseguido, pressuposto de concessão de asilo político, sendo um estado de espírito do requerente, como tal uma condição subjectiva, deve, contudo, basear-se numa situação objectiva;»

Processo n.º 33 505 — Acórdão de 7.6.94:

«O receio de perseguição, dada a exigência da lei de «ser com razão», implica que o mesmo não se reduza a uma mera condição subjectiva (estado de espírito do requerente) devendo, por isso, fundar-se numa situação objectiva normalmente geradora de tal receio. Assim, não se verifica receio com razão de ser perseguido no Estado da sua nacionalidade o requerente que apenas era amigo de um membro de uma organização que defendia ideias políticas contrárias ao regime e que, uns dias antes da fuga para Portugal, aquele seu amigo fora procurado na sua casa».

Com manifesto interesse nesta matéria podem consultar-se, ainda, os Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de:

- 31.1.95, no Proc. n.º 33 877;

- 29.6.95, no Proc. n.º 35 461;
- 6.7.95, no Proc. n.º 35 891;
- 6.7.95, no Proc. n.º 35 126
- 26.7.95, no Proc. n.º 38 124-A;
- 26.9.95, no Proc. n.º 36 406;
- 26.9.95, no Proc. n.º 34 803;
- 4.10.95, no Proc. n.º 36 228;
- 26.10.95, no Proc. n.º 34 620;
- 7.11.95, no Proc. n.º 34 882;
- 9.11.95, no Proc. n.º 33 949;
- 9.11.95, no Proc. n.º 36 484;
- 30.11.95, no Proc. n.º 36 422;
- 30.11.95, no Proc. n.º 36 435;
- 30.11.95, no Proc. n.º 36 869;
- 14.12.95, no Proc. n.º 36 540;
- 14.12.95, no Proc. n.º 36 174;
- 11.1.96, no Proc. n.º 35 138.

3.3. A Lei n.º 70/93 cria o lugar de Comissário Nacional para os Refugiados, preenchido por um magistrado judicial com mais de dez anos de carreira, com competência para elaborar propostas fundamentadas sobre a determinação do Estado responsável pela análise do pedido de asilo, sua aceitação e concessão, bem como sobre a transferência dos candidatos entre os Estados membros da União Europeia.

Estabelece o diploma as regras do processo, que pode revestir uma forma normal e outra acelerada (artigos 13.º a 20.º).

A decisão do processo compete ao ministro da Administração Interna, com recurso para o Supremo Tribunal Administrativo.

O processo acelerado tem por base requisitos próprios, que são os constantes das alíneas *a)* a *e)* do artigo 19.º:

- O pedido ser manifestamente infundado, pela evidência de não satisfazer nenhum dos critérios definidos pela Convenção de Genebra e seu Protocolo de Nova Iorque, serem manifestamente infundadas as alegações do requerente sobre o receio de perseguição no seu país, ser o pedido claramente fraudulento ou utilizado abusivamente o processo de asilo;
- provir o requerente do asilo de país susceptível de ser qualificado como país seguro ou país terceiro de acolhimento, na definição das alíneas *b)* e *c)* do artigo 1.º do diploma;
- ser o requerente obrigado a deixar o território nacional em consequência de uma decisão de expulsão;
- ter-se provado que o requerente cometeu crime grave no território dos Estados membros da União Europeia, com referência às situações previstas no artigo 1.º-F da Convenção de Genebra;
- haver no caso sérios motivos de segurança interna ou externa.

3.4. Enuncia o artigo 22.º da Lei n.º 70/93 as circunstâncias que dão lugar à perda do direito de asilo concedido, com a consequente expulsão do asilado, mediante

acórdão a proferir pelo Tribunal da Relação da área da sua residência. Desta decisão cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

Por seu turno, em conformidade com o disposto no artigo 68.º do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, a pena de expulsão é aplicada acessoriamente, pelos tribunais, aos estrangeiros não residentes no País, desde que condenados por crime doloso em pena superior a seis meses de prisão; aos estrangeiros residentes no País há menos de cinco anos, desde que condenados por crime doloso em pena superior a um ano de prisão; e aos estrangeiros residentes no País há mais de cinco anos e menos de vinte, desde que condenados em pena superior a três anos de prisão.

De modo dominante a jurisprudência portuguesa tem-se orientado no sentido de considerar que a pena acessória de expulsão de cidadãos estrangeiros não é de aplicação automática, devendo a mesma ser justificada em concreto.

Sobre a pena de expulsão, também já se pronunciou diversas vezes o Supremo Tribunal de Justiça, designadamente nos acórdãos de 12 de Novembro de 1986, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 361, pág. 239, de 18 de Abril de 1990, neste *Boletim* n.º 396 pág. 245, de Maio de 1991, *Actualidade Jurídica* n.º 19, processo n.º 41 777, de 11 de Dezembro de 1991, *Colectânea de Jurisprudência (CJ)*, ano XVI, tomo 5, pág. 29, de 21 de Janeiro de 1993, processo n.º 43 095, de 12 de Março de 1992, processo n.º 42 486, de 9 de Abril de 1992, processo n.º 42 459, de 15 de Julho de 1992, *CJ*, ano XVII, tomo 4, pág. 8, de 3 de Dezembro de 1992, processo n.º 43 092, de 18 de Novembro de 1993, processo n.º 44 041, de 7 de Fevereiro de 1990, *AJ* n.º 6, processo n.º 40 587, de 17 de Dezembro de 1992, *CJ*, ano XVII, pág. 26, de 26 de Setembro de 1991, *CJ*, ano XVI, tomo 4, pág. 31, de 19 de Dezembro de 1991, *CJ*, ano XVI, tomo 5, pág. 31, de 17 de 1992, processo n.º 43 824, de 3 de Novembro de 1993, processo n.º 45 014.

Sobre esta questão, pode ver-se ainda Figueiredo Dias, *Direito Penal II*, pág. 176, Moutinho de Almeida, *Direito Comunitário, A Ordem Jurídica Comunitária, As Liberdades Fundamentais na CEE*, vol. I, pág. 481 e Simas Santos e Leal-Henriques, *O Código Penal de 1982*, vol. I, pág. 347.

No mesmo sentido — e mais recentemente — podem consultar-se os Acórdãos do S.T.J. proferidos nos processos n.ºs 43 824; 45 014; 44 041; 40 862 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 399, pág. 219); 43 254 («Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça», *Colectânea de Jurisprudência*, ano III, tomo I, pág. 170); 46 985 e 47 197.

Ainda com interesse para a matéria em causa, pela doutrina que encerram, podem consultar-se os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, que se sumariam:

— De 7.2.90, processo n.º 40 587:

«Se não constar da matéria provada que o arguido estrangeiro, condenado em pena maior, reside no País há mais de cinco anos e menos de vinte, não pode o Tribunal aplicar-lhe a pena acessória de expulsão, nos termos do artigo 43.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 264-B/81, de 3 de Setembro:»

— De 18.4.90, processo n.º 40 768, publicado no *B.M.J.*, n.º 396, pág. 245:

«A pena de expulsão do País por período não inferior a cinco anos, prevista no n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro,

exige, para ser aplicada, a verificação cumulativa dos seguintes dois pressupostos:

1. É necessário que o arguido haja cometido e tenha sido condenado por qualquer dos crimes previstos nos artigos 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 28.º, 29.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 430/83;

2. o condenado seja um cidadão estrangeiro.

— Atento o quadro circunstancial concretamente apurado, é admissível que se declare suspensão a execução da pena — artigo 48.º do Código Penal — abrangendo essa suspensão não só a pena principal mas também a pena acessória da expulsão.»

— De 16.5.90, processo n.º 39 852, no *B.M.J.*, n.º 397, pág. 190:

«Não deve efectivar-se a expulsão do País, nos termos do artigo 34.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 430/83, do réu condenado, se ele demonstrar que adquiriu a nacionalidade portuguesa, nomeadamente pelo casamento.»

— De 5.6.91, processo n.º 41 777:

«O Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, impõe, no seu artigo 34.º, n.º 2, que como pena acessória seja imposta ao agente a pena de expulsão do território nacional a fixar pelo tribunal.

— Proferida a sentença (ou acórdão) sem que essa pena acessória tenha sido decretada, esgotou-se o poder jurisdicional pelo que não é possível a sanção de tal nulidade por despacho complementar, mas apenas pela via de recurso.»

— De 9.10.91, processo n.º 41 591:

«A conduta de dois arguidos, que se traduziu na entrega de seis fotografias e fotocópia dos respectivos bilhetes de identidade a outro arguido, para que este lhes arranjasse uma carta de condução guineense forjada e que depois de obtidas aquelas cartas forjadas pretenderam tratar da troca dos documentos por cartas de condução nacionais, o que só não conseguiram por razões estranhas à sua vontade, não é enquadrável em qualquer acto de execução do crime de uso de documento falsificado por cuja prática foram condenados.

— Houve, sim a prática de actos concretos de falsificação desses documentos, feita fora do território nacional, por terceiros, mas a pedido daqueles dois arguidos feito através do terceiro arguido, o que é enquadrável quanto a todos na figura da «autoria moral» do crime de falsificação de documentos da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 228.º do Código Penal.

— A declaração de expulsão de cidadãos estrangeiros quando seja consequência de uma condenação criminal, deve ser feita na própria decisão, nos termos do Decreto-Lei n.º 264-C/81, e a falta da mesma, quando deva ser feita, constitui omissão de pronúncia.

— No caso concreto, não se verifica omissão de pronúncia, uma vez que o tribunal apurou e consignou como provado que o arguido residia no nosso país havia cerca de cinco anos, o que impede uma futura reapreciação da matéria.»

— De 18.12.91, processo n.º 42 130:

«A expulsão do País de cidadão estrangeiro, condenado por tráfico ou detenção de estupefacientes, não pode ser decretada automaticamente isto é, só o pode ser justificadamente e com fixação do período da sua duração.

— Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos.

— No n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei 430/83, de 13 de Dezembro, o legislador apenas formula um ditame legal orientador da decisão, que, caso, a caso, será tomada pelo julgador.»

— De 30.1.90, processo n.º 40 409:

«A pena de expulsão imposta por forma automática como mero efeito necessário do disposto no artigo 34.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, tem carácter inconstitucional por violar o disposto no artigo 30.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, no artigo 65.º do Código Penal.»

— De 12.11.86, processo n.º 38 540, no *B.M.J.*, n.º 361, pág. 239:

«O artigo 65.º do Código Penal vigente, redigido em consonância com o n.º 4 do artigo 30.º da Constituição da República, visa impedir que certas espécies de pena ou a penas de certa gravidade possam ligar-se determinados efeitos — as penas acessórias —; mas não proíbe que a certos crimes, em atenção à sua natureza e gravidade possam corresponder penas acessórias, aplicadas pelo tribunal que os apreciou e julgou.

— Assim, a pena acessória de expulsão de um estrangeiro do território nacional, que o legislador estabeleceu para o crime de tráfico ilícito de droga no n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, dada a natureza condenatória pode e deve ser aplicada pelo tribunal sempre que se verifiquem os respectivos pressupostos legais: condenação de um estrangeiro por qualquer dos crimes mencionados no n.º 1 do citado artigo 34.º»

TÍTULO III

Polícia e segurança

CAPÍTULO I

Cooperação policial

Artigo 39.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a que os seus serviços de polícia, em cumprimento da legislação nacional e nos limites da sua competência, se prestem assistência para efeitos da prevenção e da investigação de factos puníveis, salvo se a

legislação nacional reservar o pedido às autoridades judiciárias e se esse pedido ou a sua execução determinarem a aplicação de medidas coercivas pela Parte Contratante requerida. Quando as autoridades de polícia a quem o pedido foi apresentado forem incompetentes para a sua execução, dirigi-lo-ão às autoridades competentes.

2. As informações escritas que forem prestadas pela Parte Contratante requerida, por força do disposto no n.º 1, só podem ser utilizadas pela Parte Contratante requerente para efeitos de obtenção de prova dos factos incriminados com o consentimento das autoridades judiciárias competentes da Parte Contratante requerida.

3. Os pedidos de assistência a que se refere o n.º 1, bem como as respostas a esses pedidos podem ser trocados entre os órgãos centrais encarregados, por cada Parte Contratante, da cooperação policial internacional. Sempre que o pedido não puder ser apresentado em tempo útil pela via acima referida, pode ser dirigido pelas autoridades de polícia da Parte Contratante requerente directamente às autoridades competentes da Parte requerida, podendo estas dar-lhe resposta directa. Nestes casos, a autoridade de polícia requerente avisará, o mais rapidamente possível, do seu pedido directo o órgão central encarregado pela Parte Contratante requerida da cooperação policial internacional.

4. Nas regiões fronteiriças, a cooperação pode ser regulada por convénios entre os ministros competentes das Partes Contratantes.

5. O disposto no presente artigo não prejudica os acordos bilaterais mais amplos presentes e futuros entre as Partes Contratantes que tenham uma fronteira comum. As Partes Contratantes informar-se-ão mutuamente destes acordos.

Artigo 40.º

1. Os agentes de uma das Partes Contratantes que, no âmbito de um inquérito judiciário, mantenham sob vigilância no seu país uma pessoa que se presume ter participado num facto punível passível de extradição, são autorizados a prosseguirem esta vigilância no território de uma outra Parte Contratante, quando esta tenha autorizado a vigilância transfronteiriça com base num pedido de entajuda judiciária previamente apresentado. Esta autorização pode ser sujeita a condições.

Mediante pedido, a vigilância será confiada aos agentes da Parte Contratante no território da qual esta é efectuada.

O pedido de entajuda judiciária a que se refere o n.º 1 deve ser dirigido à autoridade designada por cada uma das Partes Contratantes competente para conceder ou transmitir a autorização solicitada.

2. Quando, por razões especialmente urgentes, a autorização prévia da outra Parte Contratante não puder ser solicitada, os agentes de vigilância serão autorizados a prosseguir para além da fronteira a vigilância de uma pessoa que se presume ter praticado os factos puníveis enumerados no n.º 7, nas seguintes condições:

- a) A passagem da fronteira será imediatamente comunicada durante a vigilância à autoridade da Parte Contratante referida no n.º 5 em cujo território a vigilância prossegue;
- b) será imediatamente transmitido um pedido de entajuda judiciária, apresentado nos termos do n.º 1, expondo os motivos que justificam a passagem da fronteira sem autorização prévia.

Será posto fim à vigilância a partir do momento em que a Parte Contratante, em cujo território se realiza, o solicitar, na sequência da comunicação referida na alínea *a*) ou do pedido referido na alínea *b*) ou, caso a autorização não seja obtida, cinco horas após a passagem da fronteira.

3. A vigilância a que se referem os n.ºs 1 e 2 só pode ser efectuada nas seguintes condições:

- a*) Os agentes de vigilância devem cumprir as disposições do presente artigo e o direito da Parte Contratante em cujo território actuaem; devem obedecer às ordens das autoridades localmente competentes;
- b*) ressalvadas as situações previstas no n.º 2, os agentes devem ser portadores, durante a vigilância, de um documento que certifique que a autorização foi concedida;
- c*) os agentes de vigilância devem poder justificar a qualquer momento o carácter oficial da sua missão;
- d*) os agentes de vigilância podem estar munidos da sua arma de serviço durante a vigilância, salvo decisão expressa em contrário da Parte requerida, é proibida a sua utilização salvo em caso de legítima defesa;
- e*) é proibida a entrada nos domicílios e nos locais não acessíveis ao público;
- f*) os agentes de vigilância não podem interpellar, nem prender a pessoa vigiada;
- g*) qualquer operação será objecto de relatório às autoridades da Parte Contratante em cujo território se realizou; pode ser exigida a comparencia pessoal dos agentes de vigilância;
- h*) as autoridades da Parte Contratante de que os agentes de vigilância são originários colaborarão a pedido das autoridades da Parte Contratante em cujo território se realizou a vigilância, no inquérito consecutivo à operação em que participaram, inclusivamente em processos judiciais.

4. Os agentes a que se referem os n.ºs 1 e 2 são:

- No que diz respeito ao Reino da Bélgica: os membros da «*police judiciaire près les Parquets, de la gendarmerie et de la police communale*», bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no n.º 6, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os «*agents des douanes*»;
- no que diz respeito à República Federal da Alemanha: os agentes das «*Polizeien des Bundes und der Länder*», bem como, apenas no que diz respeito ao tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas e ao tráfico de armas, os agentes do *Zollfahndungsdienst* (serviço de investigações aduaneiras) na sua qualidade de agentes auxiliares do Ministério Público;
- no que diz respeito à República Francesa: os oficiais e agentes da «*police judiciaire de la police nationale et de la gendarmerie nationale*», bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no n.º 6, no que

diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os «agents des douanes»;

- no que diz respeito ao Grão-Ducado do Luxemburgo: os agentes da «gendarmérie et de la police», bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no n.º 6, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, de tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os «agents des douanes»;
- no que diz respeito ao Reino dos Países Baixos: os agentes da «Rijkspolitie» e da «Gemeentepolitie», bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no n.º 6, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os agentes do serviço fiscal de informações e de investigação competentes em matéria de direitos de importação e de impostos sobre consumos específicos.

5. A autoridade a que se referem os n.ºs 1 e 2 é:

- No que diz respeito ao Reino da Bélgica: o «Commissariat général de la Police judiciaire»;
- no que diz respeito à República Federal da Alemanha: o «Bundeskriminalamt»;
- no que diz respeito à República Francesa: a «Direction centrale de la Police judiciaire»;
- no que diz respeito ao Grão-Ducado do Luxemburgo: o «Procureur général d'Etat»;
- no que diz respeito ao Reino dos Países Baixos: o «Landelijk Officier van Justitie» responsável pela vigilância transfronteiriça.

6. As Partes Contratantes podem, a nível bilateral, alargar o âmbito de aplicação do presente artigo e adoptar disposições suplementares para a sua execução.

7. A vigilância, referida no n.º 2, só pode realizar-se relativamente a um dos seguintes factos puníveis:

- Homicídio, doloso simples,
- homicídio, doloso qualificado,
- violação,
- incêndio,
- falsificação de moeda,
- furto, roubo e receptação,
- extorsão,
- rapto e sequestro,
- tráfico de pessoas,

- tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas,
- infracções às disposições legais em matéria de armas e de explosivos,
- destruição com emprego de explosivos,
- transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais.

Artigo 41.º

1. Os agentes de uma das Partes Contratantes que, no seu país, persigam uma pessoa apanhada em flagrante delito a cometer um dos crimes a que se refere o n.º 4 ou a neles tomar parte, são autorizados a continuar a perseguição no território de uma outra Parte Contratante sem autorização prévia, sempre que as autoridades competentes da outra Parte Contratante não puderem ser avisadas previamente da entrada neste território devido a urgência especial, por um dos meios de comunicação previstos no artigo 44.º, ou não puderem chegar ao local a tempo de retomar a perseguição.

O disposto no parágrafo anterior é igualmente aplicável quando a pessoa perseguida, em situação de detenção provisória ou cumprindo uma pena privativa da liberdade, se evadiu.

Os agentes perseguidores recorrerão às autoridades competentes da Parte Contratante em cujo território se realiza a perseguição o mais tardar no momento da passagem da fronteira. A perseguição terminará a partir do momento em que a Parte Contratante em cujo território deva efectuar-se o solicitar. A pedido dos agentes perseguidores, as autoridades localmente competentes interpelarão a pessoa perseguida a fim de determinar a sua identidade ou de proceder à sua detenção.

2. A perseguição efectuar-se-á de acordo com uma das seguintes modalidades, que será definida na declaração prevista no n.º 9:

- a) Os agentes perseguidores não têm o direito de interpelação;
- b) Se não for formulado um pedido de interrupção da perseguição e se as autoridades localmente competentes não puderem intervir com suficiente rapidez, os agentes perseguidores podem interpelar a pessoa perseguida até que os agentes da Parte Contratante em cujo território a perseguição se efectua, os quais devem ser imediatamente informados, possam determinar a sua identidade ou proceder à sua detenção.

3. A perseguição efectuar-se-á em conformidade com o disposto nos n.ºs 1 e 2 de acordo com uma das seguintes modalidades que será definida na declaração prevista no n.º 9:

- a) Numa zona ou durante um período a contar da passagem da fronteira que serão determinados na declaração;
- b) sem limite no espaço ou no tempo.

4. Na declaração a que se refere o n.º 9, as Partes Contratantes definirão os crimes previstos no n.º 1 de acordo com uma das seguintes modalidades:

a) Os seguintes crimes:

- Homicídio, doloso simples,
- homicídio, doloso qualificado,
- violação,
- incêndio,
- falsificação de moeda,
- roubo, furto e receptação,
- extorsão,
- rapto e sequestro,
- tráfico de pessoas,
- tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas,
- infracções às disposições legais em matéria de armas e de explosivos,
- destruição com emprego de explosivos,
- transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais,
- abandono do sinistrado na sequência de um acidente, tendo implicado a morte ou ferimentos graves.

b) Os crimes que podem originar a extradição.

5. A perseguição só pode efectuar-se nas seguintes condições:

- a) Os agentes perseguidores devem cumprir as disposições do presente artigo e o direito da Parte Contratante em cujo território actuam; devem obedecer às ordens das autoridades localmente competentes;
- b) A perseguição efectuar-se-á unicamente através das fronteiras terrestres;
- c) É proibida a entrada nos domicílios e nos locais não acessíveis ao público;
- d) Os agentes perseguidores serão facilmente identificáveis, quer através da utilização de um uniforme, quer de uma braçadeira ou de dispositivos acessórios colocados no seu veículo. São proibidos trajar à civil em veículos sem a identificação acima referida; os agentes perseguidores devem poder justificar a qualquer momento o carácter oficial da sua missão;
- e) Os agentes perseguidores podem estar munidos da sua arma de serviço; é proibida a sua utilização salvo em caso de legítima defesa;
- f) A fim de ser conduzida perante as autoridades localmente competentes, a pessoa perseguida, uma vez detida nos termos da alínea b) do n.º 2, só pode ser submetida a uma revista de segurança; durante a sua transferência podem ser utilizadas algemas; podem ser apreendidos os objectos em posse do visado;
- g) Após cada operação a que se referem os n.ºs 1, 2 e 3, os agentes perseguidores apresentar-se-ão perante as autoridades localmente competentes da Parte Contratante em cujo território actuaram, relatando a sua missão; a pedido destas autoridades, devem permanecer à disposição até que as circunstâncias da sua acção tenham sido suficiente-

mente esclarecidas, mesmo no caso de a perseguição não ter levado à detenção da pessoa perseguida;

- h) As autoridades da Parte Contratante de que os agentes perseguidores são originários colaborarão a pedido das autoridades da Parte Contratante em cujo território se realizou a perseguição, no inquérito consecutivo à operação em que participaram, inclusivamente em processos judiciais.

6. Aquele que, na sequência da acção prevista no n.º 2, tenha sido detido pelas autoridades localmente competentes, pode, qualquer que seja a sua nacionalidade, ser mantido nessa situação, para prestar declarações. São aplicáveis por analogia as regras pertinentes do direito nacional.

Caso o visado não tenha a nacionalidade da Parte Contratante em cujo território foi detido, será posto em liberdade no prazo máximo de seis horas após a detenção, não sendo contadas as horas entre a meia-noite e as nove horas, a menos que as autoridades localmente competentes tenham recebido previamente um pedido de detenção provisória, qualquer que seja a forma, para efeitos de extradição.

7. Os agentes a que se referem os números anteriores são:

- No que diz respeito ao Reino da Bélgica: os membros da «*police judiciaire près les Parquets, de la gendarmerie et de la police communale*», bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no n.º 10, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os «*agents des douanes*»;
- no que diz respeito à República Federal da Alemanha: os agentes da «*Polizei des Bundes und der Länder*», bem como, apenas no que diz respeito ao tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas e ao tráfico de armas, os agentes do «*Zollfahndungsdienst*» (serviço de investigações aduaneiras) na sua qualidade de agentes auxiliares do Ministério Público;
- no que diz respeito à República Francesa: os oficiais e agentes da «*police judiciaire de la police nationale et de la gendarmerie nationale*», bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no n.º 10, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os «*agents des douanes*»;
- no que diz respeito ao Grão-Ducado do Luxemburgo: os agentes da «*gendarmerie et de la police*», bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no n.º 10, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os «*agents des douanes*»;
- no que diz respeito ao Reino dos Países Baixos: os funcionários da «*Rijkspolitie*» e da «*Gemeentepolitie*», bem como, nos termos fixados nos acordos bilaterais referidos no n.º 10, no que diz respeito às suas atribuições em matéria de tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas e de explosivos e transporte ilícito de resíduos tóxicos e prejudiciais, os funcionários do serviço fiscal

de informações e de investigação competentes em matéria de direitos de importação e de impostos sobre consumos específicos.

8. O presente artigo não prejudica, relativamente às Partes Contratantes interessadas, na aplicação do artigo 27.º do Tratado Benelux de Extradução e de Entreajudas Judiciária em matéria penal, de 27 de Junho de 1962, tal como alterado pelo Protocolo de 11 de Maio de 1974.

9. No momento da assinatura da presente Convenção, cada Parte Contratante fará uma declaração em que defina, com base no disposto nos n.ºs 2, 3 e 4, as modalidades de exercício da perseguição no seu território relativamente a cada uma das Partes Contratantes com a qual tem fronteira comum.

Uma Parte Contratante pode, a qualquer momento, substituir a sua declaração por outra, desde que não restrinja o âmbito da anterior.

Cada declaração será efectuada após concertação com cada uma das Partes Contratantes em causa e num espírito de equivalência dos regimes aplicáveis de ambos os lados das fronteiras internas.

10. As Partes Contratantes podem, a nível bilateral, alargar o âmbito de aplicação do n.º 1 e adoptar disposições suplementares de execução do presente artigo.

Artigo 42.º

Durante as operações a que se referem os artigos 40.º e 41.º, os agentes em missão no território de uma outra Parte Contratante terão o mesmo tratamento que os agentes desta, para efeitos das infracções de que sejam vítimas ou que cometam.

Artigo 43.º

1. Sempre que, nos termos dos artigos 40.º e 41.º da presente Convenção, os agentes de uma Parte Contratante se encontrarem em missão no território de uma outra Parte Contratante, a primeira Parte Contratante é responsável pelos danos que causarem no desempenho da sua missão, em conformidade com o direito da Parte Contratante em cujo território actuam.

2. A Parte Contratante em cujo território são causados os danos a que se refere o n.º 1 assegurará a reparação destes nas condições aplicáveis aos danos causados pelos seus próprios agentes.

3. A Parte Contratante cujos agentes tenham causado danos a qualquer pessoa no território de uma outra Parte Contratante reembolsará integralmente esta última das somas que tenha pago às vítimas ou aos seus sucessores.

4. Sem prejuízo do exercício dos seus direitos em relação a terceiros e exceptuado o disposto no n.º 3, cada uma das Partes Contratantes renunciará, no caso previsto no n.º 1, a solicitar a outra Parte Contratante o reembolso do montante dos danos por ela sofridos.

Artigo 44.º

1. Em conformidade com as convenções internacionais pertinentes e tendo em conta as circunstâncias locais e as possibilidades técnicas, as Partes Contratantes

criarão, nomeadamente nas regiões fronteiriças, linhas telefónicas, rádio, telex, e outras ligações directas, a fim de facilitar a cooperação policial e aduaneira, nomeadamente no que diz respeito à transmissão de informações em tempo útil no âmbito da vigilância e da perseguição transfronteiriças.

2. Para além destas medidas a tomar a curto prazo, as Partes Contratantes analisarão, nomeadamente, as seguintes possibilidades:

- a) Intercâmbio de materiais ou afectação de oficiais de ligação munidos do material de rádio apropriado;
- b) alargamento das bandas de frequências utilizadas nas zonas fronteiriças;
- c) criação de uma ligação comum aos serviços policiais e aduaneiros que operam nessas mesmas zonas;
- d) coordenação dos seus programas de aquisição de equipamentos de comunicação, com vista à instalação de sistemas de comunicação normalizados e compatíveis.

Artigo 45.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a tomar as medidas necessárias para garantir que:

- a) O responsável por um estabelecimento de alojamento ou o seu encarregado velem por que os estrangeiros alojados, incluindo os nacionais das outras Partes Contratantes, bem como de outros Estados membros das Comunidades Europeias, excluindo os cônjuges ou os menores que os acompanhem ou membros de grupos de viagem, preencham e assinem pessoalmente os boletins de alojamento, e por que estes comprovem a sua identidade mediante a apresentação de um documento de identidade válido;
- b) os boletins de alojamento preenchidos deste modo serão conservados pelas autoridades competentes ou ser-lhes-ão enviados, sempre que estas autoridades o considerem necessário, para a prevenção de ameaças, para efeitos de procedimentos criminais ou para esclarecimento do paradeiro de pessoas desaparecidas ou vítimas de acidentes, salvo se o direito nacional dispuser de outro modo.

2. O disposto no n.º 1 é aplicável por analogia às pessoas que estejam alojadas noutros locais, explorados por quem exerça profissionalmente a actividade de locação, nomeadamente em tendas, caravanas e barcos.

Artigo 46.º

1. Em casos especiais, cada Parte Contratante pode, em cumprimento da sua legislação nacional e sem que tal lhe seja solicitado, comunicar à Parte Contratante interessada informações que se possam revelar importantes para esta, com vista à assistência em matéria de repressão de crimes futuros, à prevenção de crimes ou à prevenção de ameaças para a ordem e segurança públicas.

2. As informações serão trocadas, sem prejuízo da cooperação nas regiões fronteiriças prevista no n.º 4 do artigo 39.º, por intermédio de um órgão central a designar. Em casos especialmente urgentes, a troca de informações, na acepção do presente artigo, pode efectuar-se directamente entre as autoridades de polícia em causa, salvo disposição nacional em contrário. O órgão central será informado do facto o mais rapidamente possível.

Artigo 47.º

1. As Partes Contratantes podem concluir acordos bilaterais que permitam o destacamento, por um período determinado ou indeterminado, de oficiais de ligação de uma Parte Contratante junto de serviços de polícia da outra Parte Contratante.

2. O destacamento de oficiais de ligação por um período determinado ou indeterminado tem por objectivo promover e acelerar a cooperação entre as Partes Contratantes, nomeadamente a de prestar assistência:

- a) Sob forma de troca de informações para efeitos de luta, quer preventiva, quer repressiva contra a criminalidade;
- b) na execução de pedidos de entajuda policial e judiciária em matéria penal;
- c) no que diz respeito às necessidades do exercício das missões das autoridades encarregadas da fiscalização das fronteiras externas.

3. Os oficiais de ligação têm por missão emitir pareceres e prestar assistência. Não têm competência para a execução autónoma de medidas policiais. Fornecem informações e executam as suas missões no âmbito das instruções que lhes são dadas pela Parte Contratante de origem e pela Parte Contratante junto da qual se encontram destacados. Apresentarão regularmente relatórios ao chefe do serviço de polícia junto do qual se encontram destacados.

4. As Partes Contratantes podem acordar, num contexto bilateral ou multilateral, que os oficiais de ligação de uma Parte Contratante destacados junto de Estados terceiros representem igualmente os interesses de uma ou de várias outras Partes Contratantes. Por força de tais acordos, os oficiais de ligação destacados junto de Estados terceiros fornecem informações a outras Partes Contratantes, a pedido destas ou por sua própria iniciativa, e desempenham, nos limites da sua competência, missões por conta destas Partes. As Partes Contratantes informar-se-ão mutuamente das suas intenções relativamente ao destacamento de oficiais de ligação em Estados terceiros.

1. O Título III da Convenção de Aplicação Schengen, que abrange as matérias referentes à polícia e à segurança, contém, no seu Capítulo I, as normas relativas a cooperação policial, que se estendem do artigo 39.º ao artigo 47.º

É o artigo 39.º que estatui a regra geral dessa cooperação policial, através do compromisso assumido pelas Partes Contratantes de os respectivos serviços de polícia se prestarem mútua assistência para efeitos de prevenção e de investigação de factos puníveis. Da análise deste artigo resulta que a prestação de assistência obedece a determinadas balizas e condicionantes, umas de carácter positivo e outras de carácter negativo.

Pressupõe, quanto às primeiras:

- a) A subordinação à legislação nacional do Estado requerido;
- b) o confinamento do acto requerido à competência legal da polícia do Estado requerido.

E, quanto às segundas:

- c) Não envolver o acto requerido a competência das autoridades judiciárias do Estado requerido;
- d) não envolver a aplicação de medidas coercivas.

Acresce que o artigo referido reporta a prestação de assistência a duas realidades distintas, que são a prevenção criminal e a investigação criminal. Com efeito, normalmente, a primeira liga-se a uma actividade pré-processual, enquanto que a segunda envolve a existência de um processo que, em certas legislações nacionais, exige a direcção de uma autoridade judiciária.

Assim a cooperação policial incidirá essencialmente sobre a prevenção criminal e será exercida na área da pesquisa e tratamento da informação e respectivo intercâmbio, na medida em que a investigação criminal pressupõe, geralmente, a intervenção das autoridades judiciárias traduzida em actos de processo.

Daí que o artigo 39.º citado determine aos serviços de polícia do Estado requerido que remetam para as autoridades competentes os pedidos que extravasem da sua própria competência.

Para o funcionamento prático do sistema de assistência policial prevê o artigo referido, no seu n.º 3, dois modos de funcionamento, um normal e outro urgente. O primeiro faz transitar o pedido e a resposta por órgãos centrais encarregados da cooperação policial internacional por cada Parte Contratante; o segundo permite o contacto directo entre os polícias e autoridades competentes, com aviso rápido do facto aos órgãos centrais referidos.

Prevê ainda o artigo 39.º que a cooperação policial nas zonas fronteiriças possa ser especificamente regulada mediante convénios celebrados entre os ministros competentes das Partes Contratantes e que estas possam celebrar acordos mais amplos no caso de terem fronteiras comuns.

1.1. A assistência policial envolve, neste critério, toda a actividade da estrita competência dos serviços de polícia requeridos, em conformidade com a sua legislação nacional. No termo assistência, por conseguinte, engloba-se um conjunto múltiplo de acções, que pode divergir consoante as legislações nacionais dos Estados partes intervenientes.

Reconhece-se, contudo, existir um núcleo de actividades policiais comum a todos os Estados partes, provindo da concepção de Estado de Direito que enforma as correspondentes legislações, surgindo as diferenças como residuais.

Na prática a assistência policial estrita incidirá sobre o sector de prevenção do crime, utilizando preferencialmente a pesquisa, tratamento e intercâmbio de informação criminal, a vigilância discreta e o controlo de fenómenos criminais, designadamente os que ofereçam ameaças à segurança pública.

Pode concorrer para a elucidação deste conceito de assistência policial o conteúdo do artigo 99.º da Convenção de Aplicação.

A assistência policial na área da investigação de factos criminosos perspectiva-se mais ampla, podendo abarcar várias actividades processuais penais, sob a direcção das autoridades judiciárias, com vista à recolha de provas, de acordo com as legislações processuais penais dos Estados partes requeridos.

Note-se, finalmente, que o artigo 39.º não inova em termos de cooperação policial. Já hoje é vulgar a colaboração policial nestas áreas e desta forma.

O traço que distingue as actividades previstas no artigo 39.º das configuradas nos artigos seguintes é o de que tais actividades são exercidas no território nacional do Estado parte requerido pelos agentes dos seus serviços de polícia e não pelos agentes de serviços de polícia dos Estados partes requerentes.

2. O artigo 40.º prevê um caso específico da cooperação entre serviços de polícia de diferentes Partes Contratantes.

O núcleo da previsão da norma reside na vigilância de uma pessoa suspeita de ter cometido um facto criminoso susceptível de extradição, actividade exercida pelos agentes policiais da Parte Contratante em que aquela se encontra, e na necessidade de os mesmos agentes prosseguirem a mesma actividade no território da outra Parte Contratante para onde aquela se desloca.

Esta actividade pressupõe a condição prévia de estar a ser exercida no âmbito de um inquérito judiciário, o que implica ser a acção da polícia dirigida por uma autoridade judiciária. Assim a existência do inquérito judiciário é condição indispensável à actividade de vigilância. Acresce que esta só pode vir a ser exercida no território da Parte Contratante requerida mediante prévio pedido de entreaajuda judiciária, podendo ainda a autorização dada ser sujeita a condições.

Este artigo 40.º tem um carácter normativo especial, em relação ao artigo 39.º, ao permitir que agentes de polícia da Parte Contratante requerente possam realizar diligências no território da Parte Contratante requerida.

Coloca-se, em esquema, a situação prevista no artigo 40.º

2.1. São condições essenciais:

- A existência de um inquérito judiciário na Parte Contratante requerente, relativo a um caso punível e passível de extradição, de entre os factos criminosos elencados no n.º 7 do referido artigo 40.º;
- confinar-se a actividade policial à vigilância de uma pessoa suspeita de ter cometido um dos factos previstos no n.º 7 do citado artigo 40.º;
- a necessidade de essa vigilância passar a ser exercida no território da Parte Contratante requerida, na perspectiva de que para este se desloque a pessoa sob vigilância.

2.2. São condições de exequibilidade:

2.2.1. Procedimento normal:

- A apresentação prévia de um pedido de entreaajuda judiciária da Parte Contratante requerente;

- ser o pedido dirigido às autoridades designadas por cada Parte Contratante como competentes para receber ou transmitir a autorização solicitada;

2.2.2. Procedimento urgente, que pressupõe não poder ser accionado o mecanismo apontado no procedimento normal:

- Comunicação imediata da passagem da fronteira à autoridade competente da Parte Contratante em cujo território a vigilância prossegue, que é uma das apontadas no n.º 5 do artigo 40.º;
- o desencadeamento imediato de um pedido de entreaajuda judiciária da Parte Contratante requerente em que são expostos os motivos da passagem da fronteira sem prévia autorização.

2.2.3. Em caso de procedimento normal a vigilância será confiada aos agentes policiais da Parte Contratante em cujo território a diligência se efectua.

Isto significa que o mecanismo operacional é idêntico ao do artigo 39.º, em que as actividades solicitadas são executadas pelos serviços de polícia da Parte Contratante onde decorrem.

Diferente é a configuração do procedimento urgente, em que as actividades de vigilância podem continuar a ser exercidas em território da Parte Contratante requerida por agentes policiais da Parte Contratante requerente, até que a primeira Parte Contratante solicite a cessação dessa actividade depois de recebida a comunicação da passagem da fronteira ou o pedido de entreaajuda judiciária. De qualquer modo a vigilância cessará se decorrerem cinco horas sem que a autorização tenha sido concedida.

Nota-se que a cessação das actividades de vigilância por banda dos agentes policiais da Parte Contratante requerente, a solicitação da Parte Contratante requerida, não pressupõe o abandono do alvo, mas antes a transferência daquelas actividades para os agentes policiais desta última Parte Contratante, a não ser que a autorização tenha sido denegada pela respectiva autoridade judiciária competente.

Trata-se, apenas, de reconduzir uma situação excepcional, porque urgente, a procedimento normal.

Esta é a interpretação lógico-sistemática dos normativos convencionais respeitantes à cooperação policial.

2.3. São condições operacionais, a observar tanto em caso de procedimento normal, como em caso de procedimento urgente.

Os agentes policiais da Parte Contratante requerente devem, no decurso das suas actividades:

- Cumprir as disposições do artigo 40.º, as do direito da Parte Contratante requerida e obedecer às ordens das suas autoridades localmente competentes;
- serem detentores de documento que certifique a autorização para as actividades de vigilância, com excepção dos casos urgentes, mas sempre em condições de poderem justificar o carácter oficial da sua missão;
- poderem estar munidos da sua arma de serviço durante a vigilância, salvo decisão expressa das autoridades competentes da Parte Contratante requerida, embora só a possam utilizar em caso de legítima defesa;

- não entrarem nos domicílios e nos locais não acessíveis ao público, bem como não interpelar nem prender a pessoa alvo de vigilância;
- elaborarem relatório das suas actividades às autoridades da Parte Contratante em cujo território actuam ou actuaram e comparecerem perante elas, e se tal for exigido;
- as autoridades da Parte Contratante requerente colaborarão com as autoridades da Parte Contratante requerida, a pedido desta, no inquérito consecutivo às actividades de vigilância, inclusivamente em processos judiciais daí decorrentes.

2.3.1. Podem ainda, a nível bilateral, as Partes Contratantes alargar o âmbito de aplicação do artigo 40.º e adoptar disposições suplementares para a sua execução.

3. Outra situação especial de cooperação policial é a que se configura no artigo 41.º, consistente na possibilidade de perseguição praticada por agentes policiais de uma Parte Contratante no território de outra Parte Contratante, sem a obtenção de prévia autorização das autoridades desta última.

3.1. Também esta actividade persecutória está condicionada à verificação de certos requisitos ou circunstâncias.

São requisitos essenciais:

- A ocorrência no território de uma Parte Contratante de uma situação de flagrante delito respeitante a um dos crimes elencados no n.º 4 do artigo 41.º ou de uma situação de evasão de preso em detenção preventiva ou em cumprimento de pena privativa de liberdade;
- dizerem respeito estas situações a crimes previstos no n.º 4 deste artigo 41.º, cujo âmbito pode ser limitado nas declarações das Partes Contratantes proferidas ao abrigo do n.º 9 do mesmo artigo;
- a existência de uma situação de urgência especial que obstacule à formação prévia de um pedido de autorização para a perseguição;
- confinar-se a perseguição unicamente às fronteiras terrestres;
- cessar a actividade de perseguição logo que os agentes policiais da Parte Contratante do território em que ela prossegue, estejam em condições de substituir os da Parte Contratante onde aquela se iniciou.

3.2. Subsidiariamente a perseguição no território da outra Parte Contratante deve obedecer às seguintes injunções:

- Respeitar as modalidades, termos e condições de perseguição que vierem a ser estabelecidos ou acordados entre as Partes Contratantes, em conformidade com as declarações previstas no n.º 9 deste artigo 41.º;
- não ser feita pelos agentes perseguidores a interpelação do perseguido, acção que aqueles excepcionalmente podem realizar quando as autoridades locais não possam intervir com suficiente rapidez para esse efeito. E neste caso, devem apresentar imediatamente o perseguido às autoridades locais;

- não entrar nos domicílios e nos lugares não acessíveis ao público;
- terem os agentes perseguidores uma aparência exterior (farda, sinais em vestuário e nas viaturas) que permita a sua fácil identificação, devendo estar em condições de poderem justificar a missão oficial que cumprem;
- embora podendo ser detentores da sua arma de serviço, apenas a poderem utilizar em caso de legítima defesa;
- apresentarem-se às autoridades locais competentes, finda a operação, a quem farão um relato da missão desempenhada, e ficarem à sua disposição, se tal for pedido, para esclarecimentos ulteriores;
- igualmente se assegura a colaboração das autoridades da Parte Contratante a que pertencem os agentes perseguidores às autoridades da Parte Contratante em cujo território ocorreu a perseguição para os inquiridos ou processos judiciais daquela providos.

3.3. À detenção, que venha a efectuar-se em consequência da perseguição, é aplicável o direito nacional da Parte Contratante em cujo território esta se consumou.

Essa detenção não pode exceder seis horas — não sendo contadas as horas entre a meia-noite e as nove da manhã — se o detido não tiver a nacionalidade da Parte Contratante onde aquela se efectuou, a não ser que as autoridades competentes desta tenham recebido prévio pedido de detenção provisória para efeitos de extradição, transmitido de qualquer forma.

3.4. Ao contrário do que ocorre com a previsão do artigo 40.º, que postula a existência de um inquérito judiciário prévio para o desencadeamento da cooperação policial, no caso do artigo 41.º tudo se passa no âmbito da estrita colaboração interpolicías.

Com efeito, tanto o flagrante delito como a evasão pressupõem a prática de um facto que se está a cometer, ou imediatamente acabou de cometer-se, e a perseguição tem por finalidade evitar que os criminosos se furtem à acção da justiça.

Estes casos só extravasam da regra do artigo 39.º, na medida em que implicam o desencadeamento de acções por agentes de uma Parte Contratante em território de outra, com os consequentes melindres de soberania.

4. A abordagem de algumas questões práticas

4.1 Quanto ao artigo 40.º, n.º 1:

4.1.1. Será necessário estabelecer a lista dos factos puníveis que autorizam a vigilância transfronteiriça?

- Os factos criminosos que são susceptíveis de fundamentar a vigilância transfronteiriça podem revestir duas diferentes origens: – Ou se trata de facto punível passível de extradição, o que acontecerá no chamado procedimento normal (n.º 1 do artigo 40.º); ou se trata dos factos criminosos que constituem o elenco do n.º 7 do artigo 40.º, em caso de procedimento urgente (n.º 2 do artigo 40.º).

Assim, quanto ao primeiro aspecto, haverá que considerar o artigo 59.º e seguintes da Convenção de Aplicação Schengen e dar especial atenção ao n.º 2 do referido artigo 59.º, que ressalva a vigência de disposições mais amplas de acordos bilaterais em vigor entre as Partes Contratantes. Isto significa que os factos puníveis susceptíveis de fundamentar a extradição podem ser diferentes de Parte Contratante para Parte Contratante.

Quanto ao segundo aspecto, deve ponderar-se que as Partes Contratantes podem alargar bilateralmente o âmbito de aplicação do artigo 40.º e, conseqüentemente, por meio de acordo adequado, acrescentarem outros factos aos elencados no seu n.º 7 (artigo 40.º, n.º 6).

E, porque assim é, aconselha-se que cada Parte Contratante tenha em relação a cada uma das outras Partes Contratantes uma percepção correcta dos factos puníveis que podem permitir a extradição, susceptíveis de facultar o procedimento normal de vigilância transfronteiriça, e dos factos puníveis que, por acordo bilateral, venham a ser acrescentados aos do n.º 7 do artigo 40.º, como base para adoptar o procedimento urgente.

Interessa que magistrados e agentes policiais de cada Parte Contratante tenham um conhecimento perfeito dos casos a enfrentar, sendo portanto aconselhável a existência de uma lista interna para utilização daqueles. Claro que a elaboração dessas listas obriga a uma informação eficaz com as demais Partes Contratantes.

Nada impede que os Serviços Schengen ou nacionais assumam a elaboração de uma lista global contemplando a situação relativamente a cada uma das Partes Contratantes. Ela não é, de todo, indispensável.

4.1.2. Será necessário proceder à redacção de formulários tipos de pedidos de entreaajuda judiciária e de autorização?

A resposta deverá ser afirmativa. A normalização dos actos policiais e judiciários constitui um precioso auxiliar para a eficácia e transparência da sua execução. Os formulários simplificam a burocracia indispensável e poupam tempo.

Por esta razão os serviços Schengen elaboraram um formulário que concorre para harmonizar os procedimentos dos serviços policiais e judiciários nacionais.

4.1.3. Qual será a autoridade competente encarregada de autorizar a vigilância transfronteiriça?

No caso do artigo 40.º, como se viu, a vigilância transfronteiriça pressupõe a existência de um inquérito judiciário e este, por seu turno, está subordinado ao direito processual penal interno da Parte Contratante em cujo território a actividade se vai desenvolver.

Ora, há legislações internas que exigem caber a direcção do inquérito a um magistrado (judicial ou do Ministério Público) ou a uma autoridade de polícia.

Isto significa que a resposta a dar a esta questão depende das leis processuais penais de cada uma das Partes Contratantes.

Em princípio a autoridade judiciária competente será a que tem competência para dirigir o inquérito na parte do território em que vai ocorrer ou ocorre a vigilância, em termos de jurisdição interna. Coisa diferente é da autoridade ou autoridades a quem cabe receber e transmitir os pedidos respectivos, elencadas no n.º 5 do artigo 40.º e nos Protocolos de Adesão à Convenção assinados pela Itália, Espanha e Portugal.

4.1.4. Qual será o período de validade da autorização?

Tratando-se de um acto de processo — tudo se passa no âmbito de um inquérito judiciário dentro dos limites máximos para a finalização do processo — a autoridade judiciária competente do território da Parte Contratante onde se processa a diligência fixará para esta o prazo que, em seu critério, entenderá adequado.

Nada impede que, dentro daqueles limites máximos, determine as prorrogações de prazo convenientes, em conformidade com a respectiva legislação nacional.

4.1.5. Deverá o Estado requerido prestar sistematicamente assistência aos agentes perseguidores do Estado requerente?

A assistência das autoridades da Parte Contratante requerida aos agentes policiais da Parte Contratante requerente, que efectuam a vigilância, será prestada em função da decisão da autoridade judiciária competente territorialmente.

Esta decisão é soberana e pode ser positiva ou negativa. Com efeito, a autoridade judiciária ao apreciar o pedido de vigilância no seu território pode, por razões processuais de fundo ou de forma, recusá-lo.

Neste caso, não haverá colaboração policial na acção dos agentes da Parte Contratante requerente, que deve cessar imediatamente, nos termos da parte final do artigo 40.º, n.º 2, alínea b), da Convenção.

4.2. Artigo 40.º, n.º 2

O que se entende por «razões especialmente urgentes»?

4.2.1. São «razões especialmente urgentes» aquelas que impedem a tramitação normal da diligência extraterritorial, isto é, que impedem o mecanismo previsto no artigo 40.º, n.º 1, da Convenção, levando a optar pelo sistema previsto no n.º 2 do mesmo artigo.

Assim, a adopção do procedimento urgente terá normalmente na sua base uma acção da pessoa vigiada, imprevista para os agentes policiais vigilantes e respectivas autoridades.

Consequentemente, o conceito de «razões especialmente urgentes» será preenchido casuisticamente, face às circunstâncias inopinadas, ocorridas durante a vigilância.

A primeira apreciação, perante o facto concreto, será feita pelos agentes policiais e autoridades competentes da Parte Contratante requerente.

A segunda apreciação, e definitiva, será feita pela autoridade judiciária competente da Parte Contratante requerida. Com efeito, esta última poderá concordar com a interpretação do caso feita pela primeira, ou poderá discordar, entendendo que o caso não configura urgência especial, negando a autorização indispensável ao prosseguimento da operação de vigilância no seu território.

4.3. N.º 3 do artigo 40.º

4.3.1. Quais os critérios para a apreciação das noções de legítima defesa e de domicílio?

- O que se entende por «arma de serviço»?
- Quem deverá ser o destinatário do relatório?
- Que formas deverá assumir tal relatório?

4.3.2. A legítima defesa e o domicílio constituem conceitos jurídicos tipificados nas respectivas legislações nacionais. Conceitos que, dada a estrutura das Partes Contratantes Schengen de Estados de Direito, devem conter um núcleo comum que os identifica, tanto mais que os direitos nacionais respectivos têm como denominador comum a conceitualização jurídica napoleónica e germânica.

De um modo geral a legítima defesa pressupõe a verificação dos seguintes requisitos:

- A existência de uma *agressão* a quaisquer interesses pessoais do deficiente ou de terceiro;
- ser essa agressão *actual*, no sentido de estar em desenvolvimento ou iminente;
- ser essa agressão *ilícita*, no sentido de carecer o seu autor de direito para a praticar, independentemente dela obedecer a dolo, mera culpa ou inimputabilidade;
- dever a defesa circunscrever-se aos *meios necessários* para fazer cessar a agressão, paralisando a actuação do agressor.

Normalmente, no conceito de meios necessários insere-se a impossibilidade de recurso à força pública.

O domicílio é, também de um modo geral, a residência de uma pessoa, isto é, o local por ela ocupado regular ou acidentalmente, seja imóvel ou móvel, em que aquela viva só ou acompanhada, em privado.

O domicílio integra o direito fundamental à privacidade do cidadão, daí que geralmente não abranja o domicílio profissional, as sedes ou instalações de pessoas colectivas, e, pelo contrário, inclua as tendas, «roulottes» e quartos de hotéis.

Deste modo, os agentes policiais da Parte Contratante requerente, ao actuarem no território da Parte Contratante requerida, devem ter a noção, tanto quanto possível precisa e exacta, dos elementos típicos da legítima defesa e do domicílio em conformidade com o direito nacional desta última. Esses conceitos aferem-se, efectivamente, pelo direito nacional da Parte Contratante em cujo território actuam os agentes vigilantes.

Daí que se afigure necessário existir uma troca de informação actualizada entre as Partes Contratantes sobre esta matéria, prevenindo diferenças de critérios legais, porventura existentes nas respectivas legislações nacionais.

4.3.3. As «armas de serviço» normalmente utilizadas pelos polícias são a pistola e o revólver, geralmente de calibre superior às que podem ser usadas pelos cidadãos vulgares. As armas utilizadas pelos polícias são destinadas, normal e regularmente, à defesa pessoal e alheia, por parte dos seus agentes.

Claro que se deve conceber uma situação de legítima defesa em que o agente policial use uma faca ou uma arma diferente da que lhe está normalmente distribuída.

Pondere-se, por outro lado, que a vigilância constitui uma operação policial que se pauta pela discricção, exigindo dos agentes policiais um adequado mimetismo em relação ao meio ambiente em que ela se efectua, sendo de afastar qualquer exibição armamentista.

Daí que se afigure pertinente considerar «armas de serviço» aquelas que são distribuídas regulamentarmente aos agentes policiais para defesa própria e alheia, sendo

de presumir que os regulamentos das Partes Contratantes nesta matéria não devam ser muito diferentes.

4.3.4. O destinatário do relatório a elaborar pelos agentes policiais da Parte Contratante requerente deve ser a autoridade judiciária territorialmente competente da Parte Contratante requerida.

Nada impede que o relatório seja entregue materialmente aos agentes das autoridades consignadas no n.º 5 do artigo 40.º e nos Protocolos de Adesão, que prestam assistência no terreno aos agentes policiais da Parte Contratante requerente, mas o seu destinatário deverá ser a autoridade judiciária referida, pois tudo respeita a um inquérito judiciário e se processa no âmbito de uma carta rogatória.

4.3.5. O relatório deverá ter a forma normalmente utilizada pelos polícias para este efeito, pois trata-se de uma informação policial destinada a um inquérito judiciário.

Será, no entanto, aconselhável fazer a normalização do acto mediante modelo que possa ser utilizado por todos os agentes policiais, o que facilita não só a elaboração como a apreciação do relatório. Os serviços Schengen elaboraram um modelo de relatório, que permite uniformizar os procedimentos a nível nacional.

4.4. N.º 7 do artigo 40.º

4.4.1. Quais as infracções abrangidas pelos conceitos de:

- Falsificação de moeda;
- extorsão;
- tráfico de pessoas;
- tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

4.4.2. A resposta a estas questões implica a remissão para as legislações nacionais das Partes Contratantes Schengen. Pois, é pelas respectivas legislações nacionais que se afere a tipicidade criminal dos factos que baseiam a vigilância a executar no território da Parte Contratante requerida.

Importa, assim, haver uma larga troca de informação jurídico-penal entre as Partes Contratantes no que respeita ao âmbito destas noções ou conceitos, de forma a evitar demoras na solução de dúvidas que se levantem no desenrolar de acções concretas. Informação que deve abarcar a doutrina e jurisprudência mais marcantes e significativas, pois aos tribunais cabe a definição última dos conceitos. Também aqui se pode preconizar uma tarefa de recolha e de divulgação legislativa desta matéria por parte dos serviços Schengen.

Note-se, finalmente, não haver dificuldade de maior quando na base de legislações nacionais existem convenções internacionais sobre as matérias em causa, como acontece com a Convenção Internacional para a Repressão da Moeda Falsa, concluída em Genebra em 20 de Abril de 1929, e com a Convenção de Viena de 16 de Dezembro de 1988 referente à luta contra o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, pela uniformidade jurídico-conceitual que introduziram nos Países que as ratificaram.

4.5. A necessidade de determinar, quanto ao artigo 41.º, n.º 1, da Convenção as noções de:

- Flagrante delito;
- detenção provisória;
- existência de um delito de evasão cometido pela pessoa perseguida;
- autoridades competentes.

4.5.1. Quanto às noções de flagrante delito e de detenção provisória, a resposta é idêntica à formulada para as questões do item 4.3.2. e 4.4.2. Com efeito, estas noções devem ser colhidas nas legislações, doutrina e jurisprudência processuais penais das Partes Contratantes.

Logo, também aqui se prefigura uma correcta troca de informação dos conceitos vigentes entre as Partes Contratantes, de forma a que um pedido de cooperação seja feito com conhecimento de causa. Esta tarefa de esclarecimento poderá também ser realizada pelos serviços Schengen, sob decisão do Comité Executivo.

4.5.2. Não se antolha a necessidade de existência de um delito ou infracção criminal de evasão para fundamentar o direito de perseguição extraterritorial. Isto mesmo resulta da análise jurídico-sistemática feita ao longo deste trabalho do artigo 41.º, n.º 1. Como se disse, basta o acto material da evasão em caso de detenção ou de cumprimento de pena para dar lugar à perseguição, cujo fim é o de obviar a que alguém, naquela situação, se furte à acção da justiça.

4.5.3. As autoridades competentes referidas no artigo 41.º, n.º 1, da Convenção são as da Parte Contratante requerida, isto é, do território onde se desenvolve a perseguição.

O artigo distingue, segundo parece, entre a autoridade competente para autorizar ou denegar a continuação da perseguição e as autoridades competentes localmente para a interpelação, identificação e detenção da pessoa perseguida.

Não há no artigo 41.º uma norma idêntica à do artigo 40.º, n.º 5, que determina a autoridade competente para a recepção do pedido de vigilância. Com efeito, o artigo 41.º, n.º 7, apenas indica as corporações policiais da Parte Contratante requerente cujos agentes podem ser utilizados em perseguição extraterritorial, de modo idêntico ao artigo 40.º, n.º 4, para a efectivação de vigilâncias do mesmo género.

Recorda-se que as situações previstas nestes artigos são diferentes, a do artigo 40.º a processar-se no âmbito de um inquérito judiciário e a do artigo 41.º a confinar-se em estrita cooperação interpolicial.

Assim, competirá às Partes Contratantes indicar a autoridade nacional competente para a autorização, denegação ou cessação da perseguição, principalmente tendo em consideração os protocolos adicionais a efectuar bilateralmente em conformidade com o artigo 41.º, n.º 10, da Convenção.

Supõe-se que facilitará a rapidez de decisão, ser esta a cúpula do organismo policial que detém a direcção do funcionamento do equipamento referido no artigo 44.º da Convenção.

5. A autoridade central portuguesa receptora do pedido de vigilância extraterritorial é a Polícia Judiciária. Se o pedido formulado pressupõe a intervenção de uma autoridade judiciária deve ser remetido, com vista à autorização ou denegação, ao agente do Ministério Público ou juiz de instrução criminal territorialmente competentes.

CAPÍTULO II

Entreajuda judiciária em matéria penal

Artigo 48.º

1. As disposições do presente capítulo têm por objectivo completar a Convenção Europeia de Entreajuda Judiciária em matéria penal, de 20 de Abril de 1959, bem como, nas relações entre as Partes Contratantes membros da União Económica Benelux, o Capítulo II do Tratado Benelux de Extradução e de Entreajuda Judiciária em matéria penal, de 27 de Junho de 1962, tal como alterado pelo Protocolo de 11 de Maio de 1974, e facilitar a aplicação dos referidos acordos.

2. O disposto no n.º 1 não prejudica a aplicação de disposições mais amplas dos acordos bilaterais em vigor entre as Partes Contratantes.

Artigo 49.º

A entreajuda judiciária será igualmente concedida:

- a) Em processos relativos a factos que, segundo a legislação nacional de uma ou de ambas as Partes Contratantes, sejam puníveis como infracções a regulamentos processadas por autoridades administrativas cujas decisões possam ser objecto de um recurso perante um órgão jurisdiccional competente, nomeadamente em matéria penal;
- b) em acções de indemnização relativamente a danos causados por medidas tomadas no decurso de um processo penal ou por condenações injustificadas;
- c) nos processos de indulto;
- d) nas acções cíveis conexas com acções penais, desde que o tribunal penal não tenha ainda decidido definitivamente sobre a questão penal;
- e) nas notificações judiciais relativas à execução de uma pena ou medida de segurança, à cobrança de uma multa ou ao pagamento de custas;
- f) nas medidas relativas à suspensão da sentença ou à suspensão da execução de uma pena ou medida de segurança, à concessão de liberdade condicional, ao adiamento da execução ou à interrupção da execução de uma pena ou medida de segurança.

Artigo 50.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a conceder, em conformidade com a Convenção e com o Tratado referidos no artigo 48.º, entreajuda judiciária no que diz respeito às infracções às disposições legais e regulamentares em matéria de impos-

tos sobre consumos específicos e do imposto sobre o valor acrescentado e em matéria aduaneira. Por disposições em matéria aduaneira entende-se as regras enunciadas no artigo 2.º da Convenção de 7 de Setembro de 1967 entre a Bélgica, a República Federal da Alemanha, a França, a Itália, o Luxemburgo e os Países Baixos relativa à assistência mútua entre administrações aduaneiras, bem como no artigo 2.º do Regulamento (CEE) n.º 1468/81 do Conselho, de 19 de Maio de 1981.

2. Os pedidos fundados na fraude aos impostos sobre consumos específicos não podem ser recusados pelo facto de o país requerido não aplicar impostos sobre consumos específicos em relação às mercadorias a que o pedido se refere.

3. A Parte Contratante requerente não transmitirá nem utilizará as informações ou meios de prova obtidos da Parte Contratante requerida, em inquéritos, queixas ou processos, diferentes dos mencionados no pedido, sem o consentimento prévio da Parte Contratante requerida.

4. A entreatajuda judiciária prevista no presente artigo pode ser recusada quando o montante presumível dos impostos que não foram pagos na íntegra ou que foram objecto de fraude representa um valor que não ultrapassa 25 000 ecus ou quando o valor presumível das mercadorias exportadas ou importadas sem autorização representa um valor que não ultrapassa 100 000 ecus, a menos que o caso em apreço, devido às circunstâncias factuais ou atinentes ao arguido, seja considerado muito grave pela Parte Contratante requerente.

5. As disposições do presente artigo são igualmente aplicáveis quando a entreatajuda judiciária solicitada se relaciona com factos unicamente passíveis de multa por infracção aos regulamentos processada por autoridades administrativas e quando o pedido de entreatajuda judiciária provém de uma autoridade judiciária.

Artigo 51.º

As Partes Contratantes apenas farão depender a admissibilidade de cartas rogatórias para efeitos de busca e de apreensão judicial das seguintes condições:

- a) O facto que originou a carta rogatória ser punível segundo o direito de ambas as Partes Contratantes com uma pena privativa de liberdade ou medida de segurança restritiva da liberdade no máximo de pelo menos seis meses, ou punível segundo o direito de uma das duas Partes Contratantes com uma sanção equivalente e segundo o direito da outra Parte Contratante como infracção a regulamentos processada por autoridades administrativas cujas decisões possam ser objecto de recurso perante um órgão jurisdicional competente, nomeadamente em matéria penal;
- b) A execução da carta rogatória ser compatível com o direito da Parte Contratante requerida.

Artigo 52.º

1. Cada uma das Partes Contratantes pode enviar as peças processuais directamente pelo correio às pessoas que se encontram no território de uma outra Parte Contratante. As Partes Contratantes comunicarão ao Comité Executivo a lista das peças processuais que podem ser enviadas por esta via.

2. Quando existam razões para considerar que o destinatário não conhece a língua na qual o documento se encontra redigido, este documento Æ ou pelo menos as suas passagens importantes Æ deve ser traduzido na ou numa das línguas da Parte Contratante em cujo território o destinatário se encontra. Se a autoridade que envia o documento tiver conhecimento de que o destinatário conhece apenas uma outra língua, o documento Æ ou pelo menos as suas passagens importantes Æ deve ser traduzido nessa outra língua.

3. O perito ou a testemunha que não tenha comparecido após uma notificação enviada pelo correio, não pode ser sujeito, ainda que essa notificação contenha injunções, a qualquer sanção ou medida de coacção, a menos que se dirija seguidamente de livre vontade para o território da Parte requerente e que seja aí regularmente notificado de novo. A autoridade que envia por correio as notificações para comparecer velará por que estas não contêm qualquer injunção. Esta disposição não prejudica o disposto no artigo 34.º do Tratado Benelux de Extradicação e de Entreaajuda Judiciária em matéria penal, de 27 de Junho de 1962, tal como alterado pelo Protocolo de 11 de Maio de 1974.

4. No que diz respeito ao envio das peças processuais é necessário, em princípio, proceder nos termos do disposto no n.º 1, se o facto subjacente ao pedido de entreaajuda judiciária for, segundo o direito de ambas as Partes Contratantes, punível como infracção aos regulamentos processada por autoridades administrativas cujas decisões podem ser objecto de um recurso perante um órgão jurisdicional competente, nomeadamente em matéria penal.

5. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o envio de peças processuais pode efectuar-se por intermédio das autoridades judiciárias da Parte Contratante requerida, quando o endereço do destinatário for desconhecido ou a Parte Contratante requerente exigir uma notificação pessoal.

Artigo 53.º

1. Os pedidos de entreaajuda judiciária podem ser efectuados directamente pelas autoridades judiciárias e respondidos pela mesma via.

2. O disposto no n.º 1 não prejudica a possibilidade de envio e de resposta dos pedidos de um Ministério da Justiça para um outro Ministério da Justiça ou por intermédio dos serviços centrais nacionais da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol).

3. Os pedidos de transferência temporária ou de trânsito de pessoas que se encontram em situação de prisão preventiva ou de detenção ou que estão sujeitas a medida privativa de liberdade, bem como o intercâmbio periódico ou pontual de dados relativos ao registo criminal devem efectuar-se por intermédio dos Ministérios da Justiça.

4. Na acepção da Convenção Europeia de Entreaajuda Judiciária em matéria penal, de 20 de Abril de 1959, entende-se por Ministério da Justiça, no que diz respeito à República Federal da Alemanha, o Ministro Federal da Justiça e os Ministros ou Senadores da Justiça dos Estados federados.

5. As denúncias para efeitos de procedimento judicial por infracções à legislação relativa ao tempo de condução e de repouso, efectuadas em conformidade com o artigo 21.º da Convenção Europeia de Entreaajuda Judiciária em matéria penal, de 20 de Abril de 1959, ou com o artigo 42.º do Tratado Benelux de Extradicação e de Entreaajuda Judiciária em

matéria penal, de 27 de Junho de 1962, tal como alterado pelo Protocolo de 11 de Maio de 1974, podem ser comunicadas pelas autoridades judiciárias da Parte Contratante requerente directamente às autoridades judiciárias da Parte Contratante requerida.

CAPÍTULO III

Aplicação do princípio Ne bis in idem

Artigo 54.º

Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção judicial intentada por uma outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida.

Artigo 55.º

1. Uma Parte Contratante pode, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da presente Convenção, declarar que não está vinculada pelo artigo 54.º num ou mais dos seguintes casos:

- a) Quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham ocorrido, no todo, ou em parte, no seu território; neste último caso, esta excepção não é, todavia, aplicável se estes factos ocorreram em parte no território da Parte Contratante em que a sentença foi proferida;
- b) quando os factos a que se refere a sentença estrangeira constituam crime contra a segurança do Estado ou de outros interesses igualmente essenciais desta Parte Contratante;
- c) quando os factos a que se refere a sentença estrangeira tenham sido praticados por um funcionário desta Parte Contratante em violação dos deveres do seu cargo.

2. Uma Parte Contratante, que tenha feito uma declaração relativa à excepção referida na alínea b) do n.º 1, especificará as categorias de crimes às quais esta excepção pode ser aplicada.

3. Uma Parte Contratante pode, a qualquer momento, retirar essa declaração relativa a uma ou mais das excepções referidas no n.º 1.

4. As excepções que foram objecto de uma declaração nos termos do n.º 1 não são aplicáveis quando a Parte Contratante em causa tenha, pelos mesmos factos, solicitado o procedimento judicial a outra Parte Contratante ou concedido a extradição da pessoa em causa.

Artigo 56.º

Se uma nova acção judicial for intentada por uma Parte Contratante contra uma pessoa que tenha sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um tribunal de uma outra Parte Contratante, será descontado na sanção que venha a ser eventualmente

imposta qualquer período de privação de liberdade cumprido no território desta última Parte Contratante por esses factos. Serão igualmente tidas em conta, na medida em que as legislações nacionais o permitam, sanções diferentes das privativas de liberdade que tenham já sido cumpridas.

Artigo 57.º

1. Sempre que uma pessoa seja acusada de uma infracção por uma Parte Contratante e as autoridades competentes desta Parte Contratante tiverem razões para crer que a acusação se refere aos mesmos factos relativamente aos quais foi já definitivamente julgada por um tribunal de outra Parte Contratante, essas autoridades solicitarão, se o considerarem necessário, informações pertinentes às autoridades competentes da Parte Contratante em cujo território foi já tomada a decisão.

2. As informações solicitadas serão fornecidas o mais rapidamente possível e serão tomadas em consideração para o seguimento a dar ao processo em curso.

3. Cada Parte Contratante designará, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da presente Convenção, as autoridades habilitadas a solicitar e a receber as informações previstas no presente artigo.

Artigo 58.º

O disposto nos artigos anteriores não prejudica a aplicação das disposições nacionais mais amplas relativas ao efeito *Ne bis in idem* associado às decisões judiciais proferidas no estrangeiro.

CAPÍTULO IV

Extradição

Artigo 59.º

1. As disposições do presente capítulo têm por objectivo completar a Convenção Europeia de Extradição de 13 de Setembro de 1957, bem como, nas relações entre as Partes Contratantes membros da União Económica Benelux, o Capítulo I do Tratado Benelux de Extradição e de Entajuda Judiciária em matéria penal, de 27 de Junho de 1962, tal como alterado pelo Protocolo de 11 de Maio de 1974, e facilitar a aplicação dos referidos acordos.

2. O disposto no n.º 1 não prejudica a aplicação de disposições mais amplas de acordos bilaterais em vigor entre as Partes Contratantes.

Artigo 60.º

Nas relações entre duas Partes Contratantes das quais uma não é parte na Convenção Europeia de Extradição, de 13 de Setembro de 1957, as disposições da referida Convenção são aplicáveis, tendo em conta as reservas e declarações depositadas, quer aquando da ratificação da referida Convenção, quer, relativamente às Partes Contratantes que não são parte na Convenção, aquando da ratificação, aprovação ou aceitação da presente Convenção.

Artigo 61.º

A República Francesa compromete-se a extraditar a pedido de uma das Partes Contratantes, as pessoas relativamente às quais correm procedimentos criminais por factos puníveis pela legislação francesa com uma pena ou medida de segurança privativa de liberdade no máximo de pelo menos dois anos e pela legislação da Parte Contratante requerente com uma pena ou medida de segurança privativa de liberdade no máximo de pelo menos um ano.

Artigo 62.º

1. No que diz respeito à interrupção da prescrição, são apenas aplicáveis as disposições da Parte Contratante requerente.

2. Uma amnistia decretada pela Parte Contratante requerida não impede a extradição, salvo se o crime for da jurisdição desta Parte Contratante.

3. A ausência de queixa ou de autorização que permitam o procedimento criminal, apenas necessárias por força da legislação da Parte Contratante requerida, não prejudica a obrigação de extradição.

Artigo 63.º

As Partes Contratantes comprometem-se, em conformidade com a Convenção e com o Tratado referidos no artigo 59.º, a extraditar entre si as pessoas em relação às quais correm processos promovidos pelas autoridades judiciárias da Parte Contratante requerente, por uma das infracções a que se refere o n.º 1 do artigo 50.º ou por aquelas procuradas, para efeitos da execução de uma pena ou medida de segurança decretadas relativamente a esta infracção.

Artigo 64.º

A inclusão na lista de pessoas indicadas no Sistema de Informação Schengen, efectuada nos termos do artigo 95.º, produz o mesmo efeito que um pedido de detenção provisória na acepção do artigo 16.º da Convenção Europeia de Extradicação, de 13 de Setembro de 1957, ou do artigo 15.º do Tratado Benelux de Extradicação e de Entajuda Judiciária em matéria penal, de 27 de Junho de 1962, tal como alterado pelo Protocolo de 11 de Maio de 1974.

Artigo 65.º

1. Sem prejuízo da faculdade de recurso à via diplomática, os pedidos de extradição e de trânsito são dirigidos pelo Ministério competente da Parte Contratante requerente ao Ministério competente da Parte Contratante requerida.

2. Os Ministérios competentes são:

- No que diz respeito ao Reino da Bélgica: o Ministério da Justiça;
- no que diz respeito à República Federal da Alemanha: o Ministério Federal da Justiça e os Ministros ou Senadores da Justiça dos Estados federados;

- no que diz respeito à República Francesa: o Ministério dos Negócios Estrangeiros;
- no que diz respeito ao Grão-Ducado do Luxemburgo: o Ministério da Justiça;
- no que diz respeito ao Reino dos Países Baixos: o Ministério da Justiça.

Artigo 66.º

1. Se a extradição de uma pessoa reclamada não for expressamente proibida por força do direito da Parte Contratante requerida, esta Parte Contratante pode autorizar a extradição sem um processo formal de extradição, desde que a pessoa reclamada o consinta por declaração redigida na presença de um membro do poder judicial e após audição por este a fim de o informar do seu direito a um processo formal de extradição. Durante esta audição a pessoa reclamada pode fazer-se assistir por um advogado.

2. No caso de extradição por força do n.º 1, a pessoa reclamada que declare expressamente renunciar à protecção que lhe confere a regra de especialidade, não pode revogar esta declaração.

CAPÍTULO V

Transmissão da execução das sentenças penais

Artigo 67.º

As disposições que se seguem têm por objectivo completar a Convenção do Conselho da Europa de 21 de Março de 1983 sobre a transferência de pessoas condenadas, entre as Partes Contratantes que são parte na referida Convenção.

Artigo 68.º

1. A Parte Contratante em cujo território foi decretada uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança restritiva da liberdade por uma sentença passada em julgado, relativamente a um nacional de uma outra Parte Contratante que se subtraiu, evadindo-se para o seu país, ao cumprimento desta pena ou medida de segurança, pode solicitar a esta última Parte Contratante, caso a pessoa evadida aí for encontrada, que retome a execução da pena ou medida de segurança.

2. Enquanto aguarda os documentos que fundamentam o pedido para retomar a execução da pena ou medida de segurança ou da parte da pena que falta cumprir e não for tomada uma decisão sobre este pedido, a Parte Contratante requerida pode, a pedido da Parte Contratante requerente, colocar a pessoa condenada em regime de guarda à vista ou tomar outras medidas para garantir a sua presença no território da Parte Contratante requerida.

Artigo 69.º

A transmissão da execução por força do artigo 68.º não depende do consentimento da pessoa contra a qual a pena ou a medida de segurança foi decretada. As outras disposições da Convenção do Conselho da Europa sobre a transferência de pessoas condenadas de 21 de Março de 1983 são aplicáveis por analogia.

1. São os artigos 48.º a 69.º da Convenção que regulamentam a cooperação judiciária em matéria penal entre os Estados partes.

Note-se que as normas da Convenção nesta matéria são complementares das da Convenção Europeia de Entajuda Judiciária em matéria penal, de 20 de Abril de 1959, bem como no que respeita aos Estados partes da União Económica Benelux — Bélgica, Holanda e Luxemburgo — das regras do Capítulo II do Tratado Benelux de Extradicação e de Entajuda Judiciária em matéria penal, de 27 de Junho de 1962 e alterações neste introduzidas pelo Protocolo de 11 de Maio de 1974, sem prejuízo de uma maior amplitude de situações constantes de acordos bilaterais em vigor entre os Estados partes nesta matéria.

As grandes áreas abrangidas pela Convenção são a entajuda judiciária em matéria penal, *tout court*, a aplicação do princípio *ne bis in idem*, a extradicação e a transmissão da execução das sentenças penais.

Os princípios estabelecidos na Convenção pertencem à essência jurídico-constitucional dos Estados, todos eles subordinados a regimes democráticos e, consequentemente, respeitadores dos ditames convergentes no Estado de Direito.

Os princípios provenientes da Convenção Europeia de Entajuda Judiciária e da Convenção de Schengen foram recolhidos na legislação portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro.

Outros instrumentos de direito internacional público concorreram para o conteúdo deste diploma nacional em consequência da aprovação e ratificação, pelo Estado português da Convenção Europeia de Extradicação de 13 de Setembro de 1957, da Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal e respectivo Protocolo Adicional, respectivamente de 10 de Maio de 1979 e 12 de Agosto de 1980, da Convenção para a Vigilância de Pessoas Condenadas ou Libertadas Condicionamente, de 23 de Fevereiro de 1979, da Convenção sobre o Valor Internacional das Sentenças Penais, de 10 de Maio de 1979 e Convenção para a Transferência de Pessoas Condenadas, de 11 de Março de 1983.

2. Note-se que as normas da Convenção de Schengen referentes à aplicação do princípio *ne bis in idem* correspondem às normas da Convenção da União Europeia «*Ne bis in idem*», de 25 de Maio de 1987.

3. Para facilitar a cooperação judiciária foi organizada uma lista das circunstâncias judiciais de cada Estado parte, de forma a permitir um rápido contacto entre as autoridades judiciais competentes para a apreciação dos actos de entajuda.

De igual modo constituiu-se uma lista simplificada, verdadeiro dicionário judiciário simplificado dos Estados Schengen, onde se elencam as instâncias judiciais e do Ministério Público de nível elevado, principalmente útil nos casos de extradicação.

Portugal considerou, dado o papel relevante que os Tribunais da Relação assumem na confirmação e revisão dos actos judiciais provenientes de autoridades judiciais estrangeiras, no âmbito da cooperação judiciária, incluir na lista simplificada o rápido acesso aos procuradores-gerais adjuntos e aos presidentes daquelas instâncias.

Esta lista simplificada, devidamente informatizada, será distribuída aos SIRENE, para rapidez e eficácia nas consultas.

4. No que respeita à prescrição acordou-se visar o artigo 62.º da Convenção os actos interruptivos ou suspensivos da mesma e não os prazos da prescrição propriamente ditos.

Os actos interruptivos ou suspensivos da prescrição reportam-se tanto ao processo criminal como à execução da pena e serão aquilatados pelo direito nacional do Estado parte requerente.

A fim de facilitar o conhecimento dos respectivos direitos nacionais em matéria de prescrição, cada Estado parte elaborou um documento sobre os prazos de prescrição e, em especial, os aplicáveis às grandes categorias de infracções, documento a poder ser utilizado pelos SIRENE.

Quanto à extradição simplificada e à renúncia ao princípio da especialidade, interpretou-se o artigo 66.º da Convenção no sentido de que este artigo só impõe obrigações aos Estados partes cuja legislação interna autorize aquela renúncia.

4.1. O Estado português admite a extradição simplificada, ou com o consentimento do extraditando, no artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro.

Segundo este normativo, a pessoa detida para efeitos de extradição pode declarar que consente na sua entrega imediata ao Estado requerente, renunciando ao processo judicial de extradição.

A declaração é assinada pelo extraditando e pelo seu advogado ou defensor constituído e é presente ao juiz, que se certifica se estão preenchidas as condições necessárias à extradição e ouve aquele para apurar se a sua declaração se conjuga com a sua livre e real vontade, homologando-a em caso afirmativo.

A declaração homologada é irrevogável e equivale, para todos os efeitos legais, à decisão final do processo de extradição.

Donde resulta que o direito nacional, neste caso, coincide com o condicionamento estruturado no n.º 1 do artigo 66.º da Convenção de Schengen.

4.2. O artigo 16.º do mesmo Decreto-Lei n.º 43/91 prevê a regra da especialidade na cooperação internacional, vinculante do Estado português, por conseguinte, também aplicável aos casos de extradição.

Em conformidade com essa regra o extraditando não pode ser perseguido criminalmente por factos criminosos não contidos no pedido de extradição e praticados anteriormente à sua vinda para Portugal.

Aliás, no pedido de extradição formulado, o Estado requerente deve comprometer-se perante o Estado português a respeitar o princípio da especialidade.

No entanto, o extraditando, ouvido previamente, pode consentir na derrogação da regra da especialidade.

Também neste aspecto o direito nacional se coaduna com o artigo 66.º da Convenção de Schengen.

Resulta da interpretação, que os Estados partes fazem deste artigo da Convenção, haver uma remissão para os respectivos direitos nacionais no que respeita à observância da extradição simplificada e da regra da especialidade.

5. Cada Estado parte elaborou uma lista com o elenco dos documentos processuais que podem ser enviados directamente pelo correio, em conformidade com o seu direito nacional.

Portugal identificou os actos ou documentos a praticar mediante remessa postal simples da entidade judiciária competente estrangeira, de acordo com o nosso direito interno.

São aqueles:

- Notificações a testemunhas;
- notificações a peritos;
- notificações de perícias;
- notificações de decisões judiciais;
- notificação às vítimas;
- notificações às partes civis.

6. Quanto à transmissão da execução de sentenças penais entendeu-se ser necessário haver uma lei interna que permita a detenção de uma pessoa com base nos artigos 67.º e seguintes, quando tiverem sido comunicadas as provas com o respectivo pedido. Sem pedido de transmissão não poderá haver detenção.

As medidas de segurança devem ser integradas nesta matéria.

6.1. A execução de sentenças penais estrangeiras é prevista, em Portugal, pelos artigos 89.º e seguintes do referido decreto-lei n.º 43/91 e obedece a um pedido formulado pelo Estado da condenação.

Elenca o artigo 90.º deste Decreto-Lei um conjunto de condições especiais para que o pedido de execução de uma sentença penal estrangeira seja admitido em Portugal:

- a) A sentença condenar em reacção criminal por facto constitutivo de crime para conhecer do qual são competentes os tribunais do Estado estrangeiro;
- b) em processo penal com a presença do condenado;
- c) não contenha disposições contrárias aos princípios gerais do ordenamento jurídico português;
- d) o facto não seja objecto de procedimento penal em Portugal;
- e) o facto seja também previsto como crime pela legislação penal portuguesa;
- f) o condenado seja português, ou estrangeiro ou apátrida que residam habitualmente em Portugal;
- g) a execução da sentença em Portugal se justifique pelo interesse da melhor reinserção social do condenado ou da reparação do dano causado pelo crime;
- h) o Estado estrangeiro dê garantias de que ao cumprir-se a sentença em Portugal, considerará extinta a responsabilidade do condenado;
- i) a duração das penas ou medidas de segurança impostas na sentença não seja inferior a um ano ou, tratando-se de pena pecuniária, o seu montante não seja inferior a quantia equivalente a 30 unidades de conta processual penal;
- j) o condenado der o seu consentimento, tratando-se de reacção criminal privativa da liberdade.

Sem prejuízo do respeito por estas condições, a sentença estrangeira pode ainda executar-se em Portugal, se o condenado aqui se encontrar a cumprir pena por facto distinto do estabelecido na sentença cuja execução é pedida.

Apesar de não se verificarem as condições elencadas nas alíneas g) e j), a execução da sentença estrangeira que impõe uma pena privativa da liberdade, é também

admissível quando tiver sido negada a extradição do condenado pelos factos constantes da referida sentença.

Por seu turno, a condição referida na alínea *i*) pode ser dispensada, designadamente se o estado de saúde do condenado ou razões de ordem familiar ou profissional assim aconselharem.

Enuncia o artigo 92.º do Decreto-Lei n.º 43/91 os trâmites a observar na formulação de pedido de execução de sentença estrangeira.

Essencial é que o pedido seja acompanhado de certidão ou cópia autenticada da sentença a executar, de declaração de consentimento do condenado nos casos de pena privativa da liberdade e de informação relativa à duração da detenção preventiva ou ao tempo de cumprimento da sanção criminal, até à apresentação daquele pedido.

A força executiva da sentença estrangeira depende de prévia revisão e confirmação do Tribunal da Relação competente, com obediência ao procedimento previsto nos artigos 234.º a 240.º do Código de Processo Penal e respeito pelos limites assinalados no artigo 93.º do Decreto-Lei n.º 43/91.

A execução da sentença obedece aos requisitos dos artigos 94.º, 95.º e 96.º do mesmo decreto-lei.

6.2. A execução, no estrangeiro, de sentenças penais portuguesas é prevista nos artigos 97.º a 101.º do referido Decreto-Lei n.º 43/91.

A definição de nacional a ter em conta é a da Convenção Europeia de Extradição, de 13 de Dezembro de 1957.

Será obrigatório respeitar a duração mínima da pena a cumprir, prevista pela Convenção Europeia relativa à Transferência de Pessoas Condenadas, de 11 de Março de 1983.

7. No âmbito da União Europeia, em 10 de Março de 1995, e no Conselho de Justiça e do Interior, foi assinada uma Convenção relativa à simplificação do processo de extradição entre os Estados membros. (*J.O.C.* 78, de 30 de Março de 1995).

A Convenção ali assinada respeita os princípios contidos e o quadro jurídico substantivo estabelecido na Convenção Europeia de Extradição de 13 de Setembro de 1957, relativamente à qual reveste um carácter complementar e processual.

Note-se que o Decreto-Lei n.º 43/91, nesta matéria, antecipou-se aos princípios consignados na Convenção Relativa ao Processo Simplificado de Extradição entre os Estados membros da União Europeia, assumindo um carácter inovador que merece realce.

Pois também aquela Convenção visa beneficiar o extraditando com a rapidez de decisão do processo de extradição e sua brevidade de execução, com base em expressa e consciente declaração do sujeito quanto ao facto de não pretender opor-se à extradição e de nela consentir. Declaração que deve ser reduzida a auto e assinada pelo extraditando e seu advogado ou defensor perante o juiz competente, que em seguida proferirá sentença ou decisão de homologação.

A decisão homologatória judicial garante não só o livre consentimento do extraditando na extradição, como ainda a verificação das condições de fundo e de forma em que esta ocorre, valendo como decisão final do processo e título suficiente para a entrega ao país requerente.

Desde que haja acordo entre o Estado requerente e o Estado requerido, este processo dispensa a necessidade da apresentação de um pedido formal de extradição.

É suficiente, para o desencadeamento deste procedimento simplificado, ocorrer um pedido de detenção provisória nos termos da Convenção Europeia de Extradicação ou a indicação para efeitos de extradicação no Sistema de Informações Schengen, em conformidade com o artigo 95.º da Convenção de Schengen.

Tenha-se presente, porém, que a execução da medida de extradicação apenas opera de imediato, se o extraditando não estiver detido no Estado requerido pela prática ou em consequência de condenação por outros factos criminosos.

Note-se, também, que a Convenção remete para o direito nacional dos Estados a designação das autoridades nacionais competentes para a apreciação e decisão dos casos que lhes sejam submetidos no âmbito do processo de extradicação simplificado. Autoridades que contactarão directamente entre si.

O que significa que o processo se movimenta nas esferas judiciárias do Estado requerente e do Estado requerido, afastando qualquer intervenção de carácter político por parte dos respectivos governos.

Em Portugal, como resulta já do Decreto-Lei n.º 43/91, é ao Tribunal da Relação competente que cabe a apreciação e a decisão deste processo.

São subsumíveis a este processo simplificado tanto a extradicação passiva como a activa. Nesta última, em Portugal, os pedidos de extradicação são instruídos pelos magistrados do Ministério Público junto dos tribunais competentes e autorizados pelo Procurador-Geral da República por delegação do Ministro da Justiça. Normalmente o processo inicia-se após a colocação em detenção provisória da pessoa a extraditar.

7.1. Como se viu, o princípio básico desta Convenção consubstancia-se no consentimento da pessoa a extraditar e no acordo da autoridade judiciária competente do Estado requerido.

No entanto, a matéria convencional abrange para além da extradicação, as regras da reextradicação e da especialidade em moldes inovadores, de forma a derrogar o princípio do consentimento específico e casuístico do Estado requerido, fixado na Convenção Europeia de Extradicação de 1957.

Assim, e de acordo com o disposto no artigo 9.º da Convenção Relativa ao Processo Simplificado de Extradicação entre os Estados membros da União Europeia, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou em qualquer outro momento, qualquer Estado membro poderá declarar prescindir das regras estabelecidas no artigo 14.º da Convenção Europeia de Extradicação de 1957 — regras respeitantes ao acatamento do princípio do consentimento específico e casuístico do Estado requerido — desde que o extraditando haja consentido na extradicação ou, tendo dado esse consentimento, renuncie expressamente ao benefício da regra da especialidade.

Deste modo, a renúncia à regra da especialidade, traduzida no direito de não oposição à extradicação, deve obedecer ao mesmo rigor processual do procedimento relativo à aceitação da extradicação simplificada, tanto nos aspectos formais como substanciais.

7.2. Do artigo 13.º da Convenção, que se analisa, resulta que a reextradicação para terceiro Estado membro funciona como decorrência da renúncia pelo extraditando à regra da especialidade. Na ausência de declaração em contrário no momento da ratificação da Convenção e no âmbito do seu direito nacional, o Estado membro pode

reextraditar a pessoa objecto da extradição para outro Estado membro, sem solicitar autorização própria ao parceiro da primeira extradição.

Claro que nada obsta a que, por declaração unilateral, o Estado membro que detém o extraditando, retire eficácia à norma convencional em apreço.

(Esta anotação, consubstanciada no ponto 7., 7.1. e 7.2. deste trabalho, segue de perto o Parecer n.º 70/95 da Procuradoria-Geral da República, elaborado pelo Procurador-Geral Adjunto, Dr. Garcia Marques, em 27 de Dezembro de 1995, que se publica em anexo).

7.3. Recentemente, a União Europeia, por Acto do respectivo Conselho de 27 de Setembro de 1996, estabeleceu uma nova Convenção Relativa à Extradição entre os Estados membros (*J.O.C.* 313, de 23 de Outubro de 1996), no âmbito do n.º 2, alínea *c*) do artigo K3, do Tratado da União Europeia, com vista a uma melhor cooperação nesta matéria e a completar as disposições e facilitar a aplicação dos instrumentos jurídicos contidos na Convenção Europeia de Extradição, de 13 de Dezembro de 1957, na Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, de 27 de Janeiro de 1977, na Convenção de Schengen, de 19 de Junho de 1990, e no capítulo I do Tratado do Benelux de extradição e de auxílio judiciário mútuo em matéria penal, de 27 de Junho de 1962, e respectivo protocolo, de 11 de Maio de 1974.

Dos princípios normativos consignados nesta Convenção, também ela obedecendo ao objectivo de garantir o funcionamento rápido e eficaz dos processos de extradição entre Estados democráticos, porque adstritos às obrigações definidas na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, importa salientar:

- Baseiam a extradição os factos ou infracções criminosas susceptíveis de serem punidas com pena ou medida de segurança privativa da liberdade não inferior a 12 meses pela legislação do Estado requerente e a 6 meses pela do Estado requerido. Sendo certo que o Estado requerido não poderá recusar a extradição com fundamento em a sua legislação não prever o mesmo tipo de medida de segurança privativa da liberdade que baseia o pedido do Estado requerente (artigo 2.º);
- também não pode obstar à extradição, quando o Estado requerente basear o seu pedido em conspiração ou associação criminosa, puníveis com pena ou medida de segurança privativa da liberdade não inferior a 12 meses, o facto criminoso não constituir infracção segundo a legislação do Estado requerido, desde que verificada uma de duas situações: a conspiração ou associação criminosa tiver por objectivo a prática de uma ou mais infracções previstas nos artigos 1.º e 2.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo ou a prática de outra infracção ocorrida no âmbito do tráfico de droga e de outras formas de crime organizado ou de outros actos de violência que atentem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas ou que para estas criem um perigo colectivo (artigo 3.º, n.º 1).

No entanto, permite-se que qualquer Estado membro possa formular uma reserva que inclua o direito de não aplicar ou de aplicar em certas condições que especi-

ficará, este ordenamento. Só que a formulação de tal reserva não evita a possibilidade de extradição de uma pessoa que tenha adoptado um comportamento que haja contribuído para a prática por um grupo actuando com objectivos comuns, de uma ou mais infracções previstas nos artigos 1.º e 2.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, do tráfico de droga e de outras formas de crime organizado ou outros actos de violência que atentem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas ou criem um perigo colectivo para estas, mesmo que o extraditando não participe na execução efectiva das referidas infracções e desde que a sua contribuição tenha sido intencional e fundada no conhecimento da finalidade e das actividades criminosas em geral do grupo ou da intenção deste de cometer as infracções em causa (artigo 3.º, n.º 4).

Donde resulta que o campo aberto à formulação daquela reserva é sempre muito restrito e não evita a extradição por aqueles fundamentos, que apenas se tornam mais rigorosos e exigentes;

— O Estado requerido, perante aquelas infracções aduzidas pelo Estado requerente como fundamento da extradição, não pode invocar o matiz político dos mesmos ou a sua motivação política, para evitar o acto extraditório. Com efeito, para a aplicação da Convenção nenhuma daquelas infracções pode ser considerada pelo Estado requerido como infracção política, com esta conexas ou inspirada em motivos políticos (artigo 5.º, n.º 1).

Pode, no entanto, qualquer Estado membro limitar o âmbito desta regra mediante declaração efectuada no momento da notificação ao Secretário-Geral do Conselho da União Europeia da adopção da Convenção, confirmando-a: às infracções referidas nos artigos 1.º e 2.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo e aos factos qualificados como conspiração ou associação criminosa através dos comportamentos previstos no n.º 4 do artigo 3.º da Convenção em análise e executados com a finalidade de praticar uma ou mais das infracções referidas por aqueles artigos 1.º e 2.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo (artigo 5.º, n.º 2).

Afere-se do exposto que qualquer declaração limitadora da plenitude do artigo 5.º, n.º 1, da Convenção não obsta à extradição, desde que os factos criminosos sejam enquadrados nos artigos 1.º e 2.º da Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo ou com estes sejam conexos e desenvolvidos em actos comportamentais integrantes de conspiração ou associação criminosa;

— Também a extradição não pode ser recusada pelo facto de a pessoa sobre a qual recai o pedido de extradição ser nacional do Estado membro requerido na acepção do artigo 6.º da Convenção Europeia de Extradicação de 1957 (artigo 7.º, n.º 1).

Este princípio, porém, pode ser obstaculado por reserva de qualquer Estado membro que, no momento da notificação prevista no artigo 18.º, faça declaração de não autorização dos seus nacionais ou de autorização mediante condições, que especificará (artigo 7.º, n.º 2). A reserva perdurará normalmente pelo período de cinco anos e pode ser renovada sucessivamente por períodos da mesma duração;

— Não pode ser recusada a extradição pelo Estado requerido pelo facto de o procedimento criminal ou a pena terem prescrito nos termos da sua própria legislação (artigo 8.º, n.º 1).

Excepciona-se o caso de o pedido de extradição se basear em factos que segundo o seu direito penal sejam da competência do Estado requerido;

— de modo igual, a extradição não será concedida, se as infracções que a delinham se encontrarem abrangidas por amnistia do Estado requerido, sendo este

competente para o respectivo procedimento criminal no domínio da sua legislação penal (artigo 9.º);

— em determinadas condições o extraditando pode ser julgado por factos diferentes dos que motivaram o pedido de extradição, praticados anteriormente à sua entrega e sem necessidade do consentimento do Estado requerido (artigo 10.º).

Para este efeito, são condições a considerar:

- Os factos não serem puníveis com pena ou medida de segurança privativas da liberdade;
- não implicar o procedimento criminal a aplicação de uma medida restritiva da sua liberdade;
- tratar-se da execução de pena ou medida não privativas da liberdade incluindo uma pena ou medida pecuniária, ou de medida que a substitua, mesmo que esta seja restritiva da sua liberdade;
- respeitar à execução de uma pena ou medida de segurança, mesmo com restrição da sua liberdade individual se, após a sua entrega, o extraditado renunciar expressamente ao benefício da regra da especialidade, por factos específicos anteriores àquela entrega.

Neste último caso, da renúncia à regra da especialidade, tal renúncia tem que ser feita perante as autoridades judiciárias do Estado requerente e com observância do seu direito nacional, de forma a garantir a expressão voluntária e em plena consciência das consequências por parte do extraditado, que no acto será assistido por defensor.

Por fim, permite-se a reextradição entre os Estados, pela inaplicabilidade do artigo 15.º da Convenção Europeia de Extradição de 1957 e do artigo 14.º, n.º 1, do Tratado Benelux (artigo 12.º).

Porém, pode qualquer Estado membro apresentar declaração no sentido de manter em vigor aquelas regras, salvo disposição em contrário prevista no artigo 13.º da Convenção relativa ao Processo Simplificado de Extradição entre Estados membros da União Europeia, ou salvo o consentimento para a reextradição da pessoa em causa.

7.4. Tanto a Convenção de 1995 relativa à simplificação da extradição como a de 1996 referente à extradição entre os Estados membros da União Europeia, provenientes do respectivo Conselho, influenciam directamente o conteúdo da Convenção de Schengen, em consequência do disposto no artigo 142.º desta última.

Assim, a matéria respeitante à extradição contida na Convenção de Schengen, designadamente nos artigos 59.º a 66.º, deve submeter-se ao primado, por força daquele artigo 142.º, das Convenções de 1995 e 1996 citados.

7.5. Como já se referiu, Portugal assumiu, face aos seus parceiros Schengen, o compromisso de não recusar a extradição nos casos de penas ou de medidas de segurança de carácter perpétuo, sob a condição de o Estado requerente assegurar ou promover, segundo a sua legislação e prática em matéria de execução de penas, medidas alternativas ou de substituição susceptíveis de afastar a perpetuidade da sanção.

Não pode deixar de se realçar a influência que recentes decisões do Tribunal Constitucional podem ter nesta matéria.

Com efeito, o Tribunal Constitucional, por acórdão de 4 de Julho de 1995 considerou inconstitucional a norma do artigo 4.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei

n.º 437/75, de 16 de Agosto, por violação do artigo 33.º, n.º 3, da Constituição da República, na medida em que permite a extradição por crimes puníveis no Estado requerente com pena de morte, mesmo havendo garantia da sua substituição.

E, por acórdão de 17 de Agosto de 1995, o mesmo Tribunal declarou inconstitucional a norma da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro, por violação do artigo 30.º, n.º 1, da Constituição da República, apesar das garantias dadas pelo Estado requerente de ao caso não aplicar a pena de prisão perpétua.

Esta posição do Tribunal Constitucional português põe em crise o compromisso assumido por Portugal no âmbito da Convenção Schengen uma vez que a norma jurídica em que ela se consubstancia, a alínea *e*) do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro, é inaplicável por inconstitucionalidade.

7.6. Conforme resulta do artigo 8.º da Constituição da República, o direito inserido nas convenções aprovadas ou ratificadas por Portugal é recebido na ordem jurídica interna, sem contudo se sobrepor às regras fundamentais constitucionais, de acordo com a melhor doutrina.

Fácil é constatar as dificuldades que derivam da aplicação integral das Convenções de Schengen e da União Europeia sobre a extradição, de 1995 e 1996, perante o conteúdo dos artigos 30.º e 33.º da Constituição da República, designadamente no que respeita à extradição de nacionais e por crimes a que corresponda pena perpétua ou de morte, ou conectados politicamente.

A revisão constitucional a que procede neste momento a Assembleia da República procurará compaginar o direito da Constituição com os compromissos internacionais assumidos naquelas Convenções, segundo se crê.

8. Assunto ainda em debate e que tem dividido a opinião dos Estados partes na Convenção, é o de fazer intervir o Tribunal de Justiça da União Europeia na apreciação de questões prejudiciais e decisão de diferendos entre os Estados partes. O sistema Schengen subordina-se a mecanismos jurisdicionais, a saber:

- As jurisdições nacionais dos Estados partes;
- o Tribunal dos Direitos do Homem, sediado em Estrasburgo no âmbito do Conselho da Europa, que pode dirimir sobre os direitos fundamentais do cidadão;
- o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede no Luxemburgo, com jurisdição própria decorrente do Tratado de Roma, como é o caso do seu artigo 8.º-A, transportado para o artigo 7.º-A do Tratado de Maastricht, considerando-se, ainda, o artigo 100.º-C deste último instrumento jurídico internacional.

O recurso a este tribunal resulta da submissão da Convenção de Schengen aos padrões comunitários nessas matérias.

- O Tribunal Internacional de Justiça de Haia que intervém na resolução de diferendos de direito internacional público aplicáveis ao caso concreto.

Há, deste modo uma suficiente cobertura jurisdicional dos direitos do cidadão face à Convenção de Schengen.

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem hoje intervenção indirecta na área da execução da Convenção de Schengen.

- Àquele tribunal podem ser atribuídas competências de interpretação de normas e regulação de conflitos no domínio das matérias abrangidas pelo artigo K1 do Tratado de Maastricht e por força da alínea *c*) do n.º 2 do seu artigo K3.

Ora acontece que as matérias reguladas pela Convenção de Schengen, correspondem em grande parte às matérias focalizadas no artigo K1 do Tratado da União Europeia, o que justifica a intervenção daquele Tribunal em caso de coincidência dos fundamentos legais.

Uma intervenção directa do Tribunal de Justiça comunitário no âmbito da Convenção de Schengen levanta dificuldades políticas difíceis de ultrapassar. Pois pressupõe um acordo a celebrar entre Estados membros da União Europeia e os Estados partes na Convenção de Schengen, sendo certo que alguns daqueles não fazem parte desta. Conduzirá, ainda, a que juízes daquele Tribunal pertencentes a Estados estrangeiros à Convenção, intervenham no julgamento de causas que a esta respeitam. Colidiria ainda essa intervenção com as atribuições do Comité Executivo, a quem compete velar pela aplicação da Convenção e interpretar as suas normas, em parte não despidiendia de carácter político. Estas são razões que ponderadamente podem afastar a necessidade da intervenção directa do Tribunal de Justiça da União Europeia na aplicação da Convenção de Schengen, pela suficiência da sua submissão ao direito e instâncias jurisdicionais nacionais — não se esqueça o carácter intergovernamental da Convenção — e o recurso ao Tribunal dos Direitos do Homem e ao Tribunal de Justiça Internacional, nos casos concretos.

Por fim, não se antolha uma intervenção do Tribunal de Justiça, para além dos termos indirectos assinalados, se se ponderar que as matérias da Convenção Schengen irão sendo progressiva e normalmente absorvidas pela União Europeia, como aconteceu no domínio do direito de asilo, agora consubstanciado na Convenção de Dublin celebrada a nível comunitário.

E, quando essa absorção se completar, o Tribunal de Justiça exercerá directamente as suas competências.

CAPÍTULO VI

Estupefacientes

Artigo 70.º

1. As Partes Contratantes criarão um grupo de trabalho permanente encarregado de analisar problemas comuns relativos à repressão da criminalidade em matéria de estupefacientes e de elaborar, se for caso disso, propostas com o fim de melhorar, se necessário, os aspectos práticos e técnicos da cooperação entre as Partes Contratantes. O grupo de trabalho apresentará as suas propostas ao Comité Executivo.

2. O grupo de trabalho a que se refere o n.º 1, cujos membros são designados pelas entidades nacionais competentes, incluirá nomeadamente representantes dos serviços encarregados das missões de polícia e das alfândegas.

Artigo 71.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se, no que diz respeito à cessão directa ou indirecta de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas de qualquer natureza, incluindo o *canabis*, bem como à detenção destes produtos e substâncias para efeitos de cessão ou exportação, a adoptar, em conformidade com as convenções das Nações Unidas existentes, todas as medidas necessárias à prevenção e à repressão do tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

2. As Partes Contratantes comprometem-se a prevenir e a reprimir, através de medidas administrativas e penais, a exportação ilícita de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, incluindo o *canabis*, bem como a cessão, o fornecimento e a entrega dos referidos produtos e substâncias, sem prejuízo das disposições pertinentes dos artigos 74.º, 75.º e 76.º

3. Tendo em vista a luta contra a importação ilícita de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, incluindo o *canabis*, as Partes Contratantes reforçarão os controlos da circulação das pessoas e das mercadorias, bem como dos meios de transporte, nas fronteiras externas. Estas medidas serão especificadas pelo grupo de trabalho previsto no artigo 70.º Este grupo de trabalho tomará, nomeadamente, em consideração a deslocação de uma parte do pessoal da polícia e das alfândegas que deixará de ser necessário nas fronteiras internas, bem como o recurso a métodos modernos de detecção de drogas e a cães detectores de droga.

4. A fim de assegurar o cumprimento das disposições do presente artigo, as Partes Contratantes vigiarão especificamente os locais notoriamente utilizados para o tráfico de droga.

5. No que diz respeito à luta contra a procura ilícita de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de qualquer natureza, incluindo o *canabis*, as Partes Contratantes envolverão os maiores esforços para prevenir e lutar contra os efeitos negativos desta procura ilícita. As medidas tomadas para este efeito são da responsabilidade de cada Parte Contratante.

Artigo 72.º

De acordo com a respectiva Constituição e ordem jurídica nacional, as Partes Contratantes garantem que serão tomadas disposições legais que permitam a apreensão e o confisco dos produtos do tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

Artigo 73.º

1. De acordo com a respectiva Constituição e ordem jurídica nacional, as Partes Contratantes comprometem-se a tomar medidas no sentido de permitir as entregas vigiadas no tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

2. A decisão do recurso a entregas vigiadas será tomada caso a caso com base na autorização prévia de cada Parte Contratante em causa.

3. Cada Parte Contratante manterá a direcção e o controlo da operação no seu território, encontrando-se habilitada para intervir.

Artigo 74.º

No que diz respeito ao comércio legal de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, as Partes Contratantes acordam em que os controlos decorrentes das convenções das Nações Unidas enumeradas no artigo 71.º efectuados nas fronteiras internas sejam transferidos, tanto quanto possível, para o interior do País.

Artigo 75.º

1. No que diz respeito à circulação dos viajantes com destino ao território das Partes Contratantes ou nestes territórios, os viajantes podem transportar os estupefacientes e substâncias psicotrópicas necessárias no âmbito de um tratamento médico, caso apresentem, aquando de qualquer controlo, um certificado emitido ou autenticado por uma autoridade competente do Estado de residência.

2. O Comité Executivo adoptará a forma e o conteúdo do certificado referido no n.º 1, emitido por uma das Partes Contratantes e, nomeadamente, os dados relativos à natureza e à quantidade dos produtos e substâncias, bem como à duração da viagem.

3. As Partes Contratantes informar-se-ão mutuamente das autoridades competentes para a emissão ou autenticação do certificado a que se refere o n.º 2.

Artigo 76.º

1. As Partes Contratantes adoptarão, se necessário, e em conformidade com os seus usos médicos, éticos e práticos, as medidas adequadas para o controlo dos estupefacientes e substâncias psicotrópicas que estão sujeitos no território de uma ou várias Partes Contratantes a controlos mais rigorosos do que no seu território, a fim de não comprometer a eficácia destes controlos.

2. O disposto no n.º 1 é igualmente aplicável às substâncias que são frequentemente utilizadas para o fabrico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

3. As Partes Contratantes informar-se-ão mutuamente das medidas tomadas para efeitos da aplicação da vigilância do comércio legal das substâncias a que se referem os n.ºs 1 e 2.

4. Os problemas que surgirem nesta matéria serão regularmente discutidos no âmbito do Comité Executivo.

1. A luta contra a criminalidade internacional dos estupefacientes e substâncias psicotrópicas com o fim de eliminar ou enfraquecer as organizações criminosas que se dedicam ao seu tráfico através das fronteiras, não podia deixar de preocupar os Estados partes da Convenção de Schengen, como resulta dos seus artigos 70.º a 76.º, onde se preconizam medidas de cooperação administrativa, policial e judiciária na matéria.

Note-se que estes preceitos respeitam as orientações das Nações Unidas vertidas na Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, alterada pelo Protocolo de 1972, na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e na Convenção relativa ao Tráfico de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, de 20 de Dezembro de 1988, a mais recente sobre a matéria, aprovada por aquele organismo internacional.

A importância dada pelos Estados partes a esta questão afere-se pelo facto de a própria Convenção de Schengen ter criado na sua estrutura um grupo de trabalho especificamente afectado ao assunto, que produziu variados estudos e propostas, que vieram a ser objecto de apreciação e aprovação pelo Comité Executivo.

De entre os estudos elaborados pelo Grupo de Trabalho e aprovados pelo órgão superior da estrutura, o Comité de Ministros e Secretários de Estado, designado por Comité Executivo, após a entrada em vigor da Convenção, destacam-se:

1.1. Conjunto de medidas relativas ao reforço do controlo nas fronteiras externas do espaço territorial Schengen, com vista à luta contra a importação ilegal de estupefacientes. Constitui este documento um verdadeiro manual de procedimentos a adoptar na vigilância e controlo de fronteiras externas no que respeita a pessoas, mercadorias e meios de transporte a fim de detectar e entravar a entrada de substâncias estupefacientes e psicotrópicas nos Estados parceiros.

1.2. Conjunto de medidas a adoptar em processos de entregas controladas ou vigiadas, no âmbito da cooperação policial e judiciária entre os Estados partes, com vista a uma harmonização desejável e no respeito pelos respectivos direitos nacionais, de forma a potenciar a eficácia dos procedimentos. Trata-se de um verdadeiro compêndio, que muito facilita a cooperação dos Estados partes no combate às redes de traficantes internacionais.

1.3. Conjunto de medidas destinadas a entravar a exportação ilícita de estupefacientes a partir do território dos Estados partes, mediante regras de cooperação policial e administrativa das autoridades correspondentes, abarcando o designado turismo da droga.

O documento preconiza a análise constante, permanente e actualizada do fenómeno da criminalidade internacional ligada à droga, seu tráfico, meios e rotas de penetração; o intercâmbio de informações e assistência mútua relativamente à dimensão do tráfico, redes e indivíduos que as compõem, o recurso a oficiais de ligação e a concertação de operações policiais conjuntas.

1.4. Melhoria na prática da cooperação judicial na área da luta contra o tráfico de estupefacientes, com vista a simplificar e a acelerar o cumprimento de cartas rogatórias.

Nesta área os Estados partes assumiram o compromisso de a Parte requerida, no caso de ter a intenção de não executar total ou parcialmente um pedido de entreatajuda judiciária, comunicar à parte requerente as razões da sua recusa, bem como, se possível, as condições a satisfazer para aquele pedido poder ser executado.

1.5. As condições a observar no transporte de estupefacientes e substâncias psicotrópicas necessárias a um tratamento médico, com elaboração de um formulário a preencher para o efeito em certificado próprio.

Estas matérias foram objecto de declarações de aprovação do Comité de Ministros e Secretários de Estado e posteriormente ratificados em decisão do Comité Executivo, em 14 de Dezembro de 1993, em Paris.

2. Em Portugal o certificado indispensável ao transporte de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas para tratamento pressupõe o seu preenchimento por um médico e a chancela do Instituto Nacional de Farmácia e do Medicamento (IFARMED), com sede na Avenida do Brasil, 53, 1700 Lisboa.

Assim qualquer cidadão português sujeito a tratamento médico à base de produtos estupefacientes ou psicotrópicos, que pretenda viajar no espaço territorial Schengen, deverá munir-se previamente daquele certificado, que é válido por 30 dias.

CAPÍTULO VII

Armas de fogo e munições

Artigo 77.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a adaptar às disposições do presente capítulo as suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas nacionais relativas à aquisição, detenção, comércio e cedência de armas de fogo e munições.

2. O presente Capítulo diz respeito à aquisição, detenção, comércio e cedência de armas de fogo e de munições por pessoas singulares e colectivas; não diz respeito à cedência às autoridades centrais e territoriais, às forças armadas e à polícia, nem à aquisição e detenção por estas, nem ao fabrico de armas de fogo e de munições por empresas públicas.

Artigo 78.º

1. No âmbito do presente Capítulo, as armas de fogo são classificadas do seguinte modo:

- a) Armas proibidas;
- b) armas sujeitas a autorização;
- c) armas sujeitas a declaração.

2. O mecanismo de fecho, o depósito e o cano das armas de fogo serão submetidos, por analogia, às disposições aplicáveis ao objecto de que fazem parte ou a que se destinam.

3. Para efeitos da presente Convenção, entende-se por armas curtas, as armas de fogo cujo cano não exceda 30 cm, ou cujo comprimento total não exceda 60 cm; entende-se por armas longas, todas as outras armas de fogo.

Artigo 79.º

1. A lista das armas de fogo e munições proibidas inclui os seguintes objectos:

- a) As armas de fogo normalmente utilizadas como armas de fogo de guerra;

- b)* as armas de fogo automáticas, mesmo que não se trate de armas de guerra;
- c)* as armas de fogo com disfarce sob forma de outro objecto;
- d)* as munições com balas perforantes, explosivas ou incendiárias, bem como os projecteis para estas munições;
- e)* as munições para pistolas e revólveres, de projecteis dundum ou de ponta oca, bem como os projecteis para estas munições.

2. As autoridades competentes podem, em casos especiais, conceder autorizações para as armas de fogo e munições referidas na n.º 1, se a tal não se opuserem considerações de segurança e de ordem públicas.

Artigo 80.º

1. A lista das armas de fogo cuja aquisição e detenção estão sujeitas a autorização, inclui pelos menos as seguintes armas de fogo, caso não sejam proibidas:

- a)* As armas de fogo curtas, semiautomáticas ou de repetição;
- b)* as armas de fogo curtas de tiro-a-tiro, de percussão central;
- c)* as armas de fogo curtas de tiro-a-tiro de percussão circular, com um comprimento total inferior a 28 cm;
- d)* as armas de fogo longas semiautomáticas, cujos depósito e câmara podem conter mais de três cartuchos;
- e)* as armas de fogo longas de repetição e semiautomáticas, de cano liso, em que este não exceda 60 cm;
- f)* as armas de fogo civis semiautomáticas, com a aparência de uma arma de fogo automática de guerra.

2. A lista das armas de fogo sujeitas a autorização não inclui:

- a)* As armas de aviso, lacrimogéneas ou de alarme, desde que a impossibilidade de transformação, através de utensílios comuns, em armas que permitam o tiro de munições com balas seja garantida através de meios técnicos e que o tiro de uma substância irritante não provoque lesões irreversíveis nas pessoas;
- b)* as armas de fogo longas semiautomáticas cujos depósito e câmara não podem conter mais de três cartuchos sem serem recarregados, desde que o carregador seja fixo ou que seja garantido que estas armas não possam ser transformadas através de utensílios comuns em armas cujos depósito e câmara podem conter mais de três cartuchos.

Artigo 81.º

A lista das armas de fogo sujeitas a declaração inclui, se estas armas não forem proibidas, nem sujeitas a autorização:

- a)* As armas de fogo longas de repetição;
- b)* as armas de fogo longas de tiro-a-tiro, de um ou vários canos estriados;

- c) as armas de fogo curtas, de tiro-a-tiro, de percussão circular, com um comprimento total superior a 28 cm;
- d) as armas enumeradas no n.º 2, alínea b), do artigo 80.º

Artigo 82.º

As listas das armas a que se referem os artigos 79.º, 80.º e 81.º, não incluem:

- a) As armas de fogo cujo modelo ou ano de fabrico são Æ salvo excepção Æ anteriores a 1 de Janeiro de 1870, desde que não possam utilizar munições destinadas a armas proibidas ou sujeitas a autorização;
- b) as réplicas de armas referidas na alínea a), desde que não permitam a utilização de um cartucho com invólucro metálico;
- c) as armas de fogo tornadas impróprias para o tiro de quaisquer munições por aplicação de processos técnicos garantidos por uma marca de contraste de um organismo oficial ou reconhecidos por este organismo.

Artigo 83.º

Só pode ser emitida uma autorização de aquisição e de detenção de uma arma de fogo a que se refere o artigo 80.º nos seguintes casos:

- a) Se o interessado tiver 18 anos ou mais, salvo derrogações para a prática da caça ou desporto;
- b) se o interessado não for incapaz para adquirir ou deter uma arma de fogo devido a uma doença mental ou qualquer outra incapacidade mental ou física;
- c) se o interessado não tiver sido condenado por infracção ou se não existirem outros indícios que façam supor que é perigoso para a segurança e para a ordem pública;
- d) se o motivo invocado pelo interessado para a aquisição ou a detenção de armas de fogo puder ser considerado válido.

Artigo 84.º

1. A declaração relativa às armas mencionadas no artigo 81.º será registada pelas pessoas referidas no artigo 85.º

2. Sempre que uma arma for cedida por uma pessoa não referida no artigo 85.º, a declaração deve ser feita de acordo com as modalidades a determinar por cada Parte Contratante.

3. As declarações referidas no presente artigo devem incluir as indicações necessárias para identificar as pessoas e as armas em causa.

Artigo 85.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a sujeitar a uma obrigação de autorização as pessoas que fabricam armas de fogo sujeitas a autorização e as que as

comercializam, bem como a uma obrigação de declaração as pessoas que fabricam armas de fogo sujeitas a declaração e as que as comercializam. A autorização para as armas de fogo sujeitas a autorização abrange igualmente as armas de fogo sujeitas a declaração. As Partes Contratantes sujeitam as pessoas que fabricam armas e as que as comercializam, a uma vigilância que garanta um controlo efectivo.

2. As Partes Contratantes comprometem-se a adoptar disposições para que, no mínimo, todas as armas de fogo estejam munidas permanentemente de um número de ordem que permita a sua identificação e possuam a marca do fabricante.

3. As Partes Contratantes estipularão a obrigação para os fabricantes e os comerciantes de registarem todas as armas de fogo sujeitas a autorização e a declaração; os registos devem permitir determinar rapidamente a natureza das armas de fogo, a sua origem e o seu adquirente.

4. Relativamente às armas de fogo sujeitas a autorização por força dos artigos 79.º e 80.º, as Partes Contratantes comprometem-se a adoptar disposições para que o número de identificação e a marca aposta na arma de fogo sejam mencionados na autorização emitida ao seu detentor.

Artigo 86.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a adoptar disposições que proibam aos detentores legítimos de armas de fogo sujeitas a autorização ou a declaração, a cedência destas armas a pessoas que não possuam uma autorização de aquisição ou um certificado de declaração.

2. As Partes Contratantes podem autorizar a cedência temporária destas armas de acordo com as modalidades que determinarão.

Artigo 87.º

1. As Partes Contratantes introduzirão na sua legislação nacional disposições que permitam a retirada da autorização quando o titular deixe de preencher as condições de emissão previstas no artigo 83.º

2. As Partes Contratantes comprometem-se a tomar medidas adequadas que determinem, nomeadamente, a apreensão da arma de fogo e a retirada da autorização, bem como a prever sanções adequadas à violação das disposições legislativas e regulamentares aplicáveis às armas de fogo. As sanções podem prever o confisco das armas de fogo.

Artigo 88.º

1. Os titulares de uma autorização de aquisição de uma arma de fogo serão dispensados de autorização para efeitos de aquisição de munições destinadas a esta arma.

2. A aquisição de munições por pessoas não titulares de uma autorização de aquisição de armas está sujeita ao regime aplicável à arma a que estas munições se destinam. A autorização pode ser emitida para uma única ou para todas as categorias de munições.

Artigo 89.º

As listas das armas de fogo proibidas, sujeitas a autorização e sujeitas a declaração podem ser alteradas ou completadas pelo Comité Executivo, a fim de ter em conta a evolução técnica e económica, bem como a segurança do Estado.

Artigo 90.º

As Partes Contratantes podem adoptar leis ou disposições mais rigorosas relativas ao regime das armas de fogo e das munições.

Artigo 91.º

1. As Partes Contratantes acordam, com base na Convenção Europeia de 28 de Junho de 1978 sobre o controlo da aquisição e da detenção de armas de fogo por particulares, em instituir, no âmbito das suas legislações nacionais, um intercâmbio de informações relativas à aquisição de armas de fogo por pessoas — particulares ou armeiros retalhistas — que residem habitualmente ou se encontrem estabelecidos no território de uma Parte Contratante. Considera-se armeiro retalhista qualquer pessoa cuja actividade profissional consista, no todo ou em parte, no comércio a retalho de armas de fogo.

2. O intercâmbio de informações processa-se:

- a) Entre duas Partes Contratantes que ratificaram a Convenção referida no n.º 1 sobre as armas de fogo enumeradas no Anexo I, Parte A, n.º 1, alíneas a) a h) da referida Convenção;
- b) entre duas Partes Contratantes, das quais uma pelo menos não ratificou a Convenção referida no n.º 1, sobre as armas sujeitas por cada uma das Partes Contratantes a um regime de autorização ou de declaração.

3. As informações relativas à aquisição de armas de fogo serão comunicadas sem demora e incluirão os seguintes dados:

a) A data de aquisição e a identidade do adquirente, nomeadamente:

- Se se tratar de uma pessoa singular, o apelido, nomes próprios, data e local de nascimento, endereço e número de passaporte ou de bilhete de identidade, bem como a data da entrega e indicação da autoridade que as forneceu, armeiro ou não;
- se se tratar de uma pessoa colectiva, a denominação ou a firma e a sede social, bem como o apelido, nomes próprios, data e local de nascimento, endereço e número de passaporte ou de bilhete de identidade da pessoa habilitada a representar a pessoa colectiva.

b) O modelo, o número de fabrico, o calibre e as outras características da arma de fogo em causa, bem como o seu número de identificação.

4. Cada Parte Contratante designará uma autoridade nacional que envia e recebe as informações a que se referem os n.ºs 2 e 3, comunicando sem demora às outras Partes Contratantes qualquer alteração introduzida na designação desta autoridade.

5. A autoridade designada por cada Parte Contratante pode transmitir as informações que lhe tenham sido comunicadas aos serviços de polícia locais competentes e às autoridades de fiscalização da fronteira, para efeitos de prevenção ou de procedimento criminal por factos puníveis e infracções aos regulamentos.

1. Apesar das discussões que na estrutura Schengen se têm travado acerca desta matéria, pensa-se, maioritariamente, que ela está ultrapassada pela publicação da Directiva 91/477 de 18 de Junho de 1991 do Conselho da União Europeia, relativa ao controlo da aquisição e da detenção de armas.

Problema que se põe, será o de substituir a matéria dos artigos 77.º a 91.º da Convenção de Schengen pelas normas daquela Directiva (91/477/CEE).

Assim o impõe a orientação promana do artigo 134.º da Convenção referida quanto à compatibilidade das suas normas com o direito comunitário, que no caso deve ser ampla e plenamente aplicada.

No seguimento deste entendimento constitui hoje acervo Schengen aquela Directiva n.º 91/477, bem como a Recomendação relativa à carta europeia de armas de fogo da Comissão Europeia (93/216/CE.).

2. A Directiva comunitária n.º 91/477/CEE, do Conselho da União Europeia, de 18 de Junho, foi transportada para o direito interno português pelo Decreto-Lei n.º 399/93, de 3 de Dezembro.

Este diploma cria em Portugal o cartão europeu de arma de fogo, que habilita o seu titular a deter e a usar uma ou mais armas de fogo em qualquer Estado membro da União Europeia, desde que para tal seja autorizado pelo Estado membro do destino.

Pressupõe a emissão daquele cartão que o seu titular detenha, em Portugal, licença ou autorização de uso e porte de arma, ou desta esteja isento por força da lei.

A autorização para a atribuição do cartão europeu deve ser requerida previamente ao Ministro da Administração Interna e será concedida por intermédio do Comando-Geral da P.S.P., mediante o pagamento da taxa prevista na Portaria n.º 1322/93, de 31 de Dezembro.

O Decreto-Lei n.º 399/93 estabelece, ainda, regras para a aquisição e transferência de armas de fogo, actualiza taxas e emolumentos previstos no Decreto-Lei n.º 37 313, de 21 de Fevereiro de 1939, equipara as transgressões neste normatizadas a contra-ordenações, e reconduz as multas e coimas, que igualmente actualiza.

Estabelece, finalmente, as sanções acessórias à violação das contra-ordenações, que são:

- a) Apreensão de armas e munições;
- b) interdição do exercício da profissão ou actividade de comerciante, importador ou fabricante de armas ou munições;
- c) privação do direito de participar em feiras, mercados e competições desportivas;
- d) apreensão das licenças de detenção, uso e porte de arma e de alvará;
- e) encerramento do estabelecimento.

TÍTULO IV

Sistema de Informação Schengen

CAPÍTULO I

Criação do Sistema de Informação Schengen

Artigo 92.º

1. As Partes Contratantes criarão e manterão um sistema de informação comum, a seguir denominado Sistema de Informação Schengen, composto por uma parte nacional junto de cada uma das Partes Contratantes e por uma função de apoio técnico. O Sistema de Informação Schengen permitirá às autoridades designadas pelas Partes Contratantes, graças a um processo de consulta automatizado, disporem da lista de pessoas indicadas e de objectos, aquando dos controlos nas fronteiras e das verificações e outros controlos de polícia e aduaneiros efectuados no interior do país em conformidade com o direito nacional, bem como, apenas em relação à lista de pessoas indicadas a que se refere o artigo 96.º, para efeitos do processo de emissão de vistos, da emissão de títulos de residência e da administração dos estrangeiros, no âmbito da aplicação das disposições da presente Convenção sobre a circulação das pessoas.

2. Cada Parte Contratante criará e manterá, por sua própria conta e risco, a sua parte nacional do Sistema de Informação Schengen, cujo ficheiro de dados será materialmente idêntico aos ficheiros de dados da parte nacional de cada uma das outras Partes Contratantes através do recurso à função de apoio técnico. A fim de permitir uma transmissão rápida e eficaz dos dados tal como referida no n.º 3, cada Parte Contratante procederá em conformidade aquando da criação da sua parte nacional, com os protocolos e processos estabelecidos em comum pelas Partes Contratantes para a função de apoio técnico. O ficheiro de dados de cada parte nacional servirá para a consulta automatizada no território de cada uma das Partes Contratantes. Não será possível a consulta de ficheiros de dados das partes nacionais de outras Partes Contratantes.

3. As Partes Contratantes criarão e manterão, conjuntamente e assumindo os riscos em comum, a função de apoio técnico do Sistema de Informação Schengen, cuja responsabilidade cabe à República Francesa; esta função de apoio técnico será instalada em Estrasburgo. A função de apoio técnico inclui um ficheiro de dados que assegura a identidade dos ficheiros de dados das partes nacionais através da transmissão em linha das informações. Do ficheiro de dados da função de apoio técnico constará a lista de pessoas indicadas e de objectos, desde que digam respeito a todas as Partes Contratantes. O ficheiro da função de apoio técnico não conterà outros dados para além dos mencionados no presente número e no n.º 2 do artigo 113.º

CAPÍTULO II

A exploração e utilização do Sistema de Informação Schengen

Artigo 93.º

O Sistema de Informação Schengen tem por objectivo, de acordo com o disposto na presente Convenção, preservar a ordem e a segurança das disposições da pre-

sente Convenção sobre a circulação das pessoas nos territórios das Partes Contratantes com base nas informações transmitidas por este sistema.

Artigo 94.º

1. O Sistema de Informação Schengen incluirá exclusivamente as categorias de dados que são fornecidas por cada uma das Partes Contratantes e necessárias para os fins previstos nos artigos 95.º a 100.º A Parte Contratante autora das indicações verificará se a importância do caso justifica a sua inserção no Sistema de Informação Schengen.

2. As categorias de dados são as seguintes:

- a) As pessoas indicadas,
- b) os objectos a que se refere o artigo 100.º e os veículos a que se refere o artigo 99.º

3. Relativamente às pessoas, os elementos inseridos serão, no máximo, os seguintes:

- a) Os apelidos e o nome próprio, as alcunhas eventualmente registadas separadamente;
- b) os sinais físicos particulares, objectivos e inalteráveis;
- c) a primeira letra do segundo nome próprio;
- d) a data e local do nascimento;
- e) o sexo;
- f) a nacionalidade;
- g) a indicação de que as pessoas em causa estão armadas;
- h) a indicação de que as pessoas em causa são violentas;
- i) o motivo pelo qual se encontram indicadas;
- j) a conduta a adoptar.

Não são autorizadas outras referências, nomeadamente os dados no primeiro período do artigo 6.º da Convenção do Conselho da Europa de 28 de Janeiro de 1981 relativa à protecção das pessoas face ao tratamento automatizado dos dados pessoais.

4. Se uma Parte Contratante considerar que uma indicação nos termos dos artigos 95.º, 97.º ou 99.º não é compatível com o seu direito nacional, com as suas obrigações internacionais ou com interesses nacionais essenciais, pode fazer acompanhar *a posteriori* esta indicação no ficheiro da parte nacional do Sistema de Informação Schengen, de uma referência para que a execução da conduta a adoptar não se efectue no seu território por motivo da indicação. Devem realizar-se consultas relativamente a esta questão com as outras Partes Contratantes. Se a Parte Contratante autora da indicação não a retirar, esta permanecerá plenamente utilizável pelas outras Partes Contratantes.

Artigo 95.º

1. Os dados relativos às pessoas procuradas para detenção para efeitos de extradição, serão inseridos a pedido da autoridade judiciária da Parte Contratante requerente.

2. A Parte Contratante autora da indicação verificará, previamente, se a detenção é autorizada pelo direito nacional das Partes Contratantes requeridas. Se a Parte Contratante autora da indicação tiver dúvidas, deve consultar as outras Partes Contratantes em causa.

A Parte Contratante autora da indicação enviará simultaneamente às Partes Contratantes requeridas, pela via mais rápida, as seguintes informações:

- a) A autoridade de onde provém o pedido de detenção;
- b) a existência de um mandado de detenção ou de um acto de carácter análogo, ou de uma sentença condenatória;
- c) a natureza e a qualificação legal da infracção;
- d) a descrição das circunstâncias em que a infracção foi cometida, incluindo o momento, o local e o grau de participação na infracção por parte da pessoa indicada;
- e) na medida do possível, as consequências da infracção.

3. A Parte Contratante requerida pode fazer acompanhar as indicações do ficheiro da parte nacional do Sistema da Informação Schengen de uma referência que tenha por objectivo proibir, até que essa referência seja eliminada, a detenção por motivo da indicação. A referência deve ser eliminada, o mais tardar, 24 horas após a inserção da indicação, a menos que esta Parte Contratante recuse a detenção solicitada, invocando razões jurídicas ou razões especiais de oportunidade. Se, em casos muito excepcionais, a complexidade dos factos que se encontram na origem da indicação o justificar, o prazo acima referido pode ser prorrogado até uma semana. Sem prejuízo de uma referência ou de uma decisão de recusa, as outras Partes Contratantes podem executar a detenção solicitada pela indicação.

4. Se, por razões especialmente urgentes, uma Parte Contratante solicitar uma investigação imediata, a Parte requerida apreciará se pode renunciar à referência. A Parte Contratante requerida tomará as disposições necessárias a fim de que a conduta a adoptar possa ser executada imediatamente, caso as indicações sejam confirmadas.

5. Se não for possível proceder à detenção por ainda não se encontrar terminada a apreciação ou devido a uma decisão da recusa da Parte Contratante requerida, esta última deve considerar as indicações como tendo sido feitas para efeitos de comunicação do local de permanência.

6. As Partes Contratantes requeridas executarão a conduta a adoptar pelas indicações, em conformidade com as convenções de extradição em vigor e com o direito nacional. Não são obrigadas a executar a conduta a adoptar solicitada, se se tratar de um dos seus nacionais, sem prejuízo da possibilidade de proceder à detenção em conformidade com o direito nacional.

Artigo 96.º

1. Os dados relativos aos estrangeiros indicados para efeitos de não admissão, são inseridos com base numa indicação nacional resultante de decisões tomadas, de acordo com as regras processuais previstas pela legislação nacional, pelas autoridades administrativas ou pelos órgãos jurisdicionais competentes.

2. As decisões podem ser fundadas no facto de a presença de um estrangeiro no território nacional constituir ameaça para a ordem pública ou para a segurança nacional.

Esta situação pode verificar-se, nomeadamente, no caso de:

- a) O estrangeiro ter sido condenado por um crime passível de uma pena privativa de liberdade de pelo menos um ano;
- b) o estrangeiro relativamente ao qual existem fortes razões para crer que praticou factos puníveis graves, incluindo aqueles a que se refere o artigo 71.º, ou relativamente ao qual existem indícios reais para supor que tenciona praticar tais factos no território de uma Parte Contratante.

3. As decisões podem ser igualmente fundadas no facto de sobre o estrangeiro recair uma medida de afastamento, de reenvio ou de expulsão não adiada nem suspensa que inclua ou seja acompanhada por uma interdição de entrada ou, se for caso disso, de permanência, fundada no incumprimento das regulamentações nacionais relativas à entrada ou à estada de estrangeiros.

Artigo 97.º

Os dados relativos às pessoas desaparecidas ou às pessoas que, no interesse da sua própria protecção ou por motivos de prevenção de ameaça, devem ser colocadas provisoriamente em segurança, a pedido da autoridade competente ou da autoridade judiciária competente da parte autora da indicação, serão inseridos a fim de que as autoridades policiais comuniquem o local de permanência à Parte autora da indicação ou possam colocar as pessoas em segurança para as impedir de prosseguirem a sua viagem, se a legislação nacional o autorizar. Esta regra é especialmente aplicável aos menores e às pessoas que devem ser internadas, mediante decisão de uma autoridade competente. A comunicação ficará dependente do consentimento da pessoa desaparecida se esta for maior.

Artigo 98.º

1. Os dados relativos às testemunhas, às pessoas notificadas para comparecer perante as autoridades judiciárias no âmbito de um processo penal a fim de responderem por factos que lhes são imputados ou às pessoas que devam ser notificadas de uma sentença penal ou de um pedido para se apresentarem para cumprir uma pena privativa de liberdade, serão inseridos, a pedido das autoridades judiciárias competentes, para efeitos da comunicação do local de permanência ou do domicílio.

2. As informações solicitadas serão comunicadas à parte requerente em conformidade com a legislação nacional e com as convenções em vigor relativas à entreatajuda judiciária em matéria penal.

Artigo 99.º

1. Os dados relativos às pessoas ou aos veículos serão inseridos de acordo com o direito nacional da Parte Contratante autora da indicação, para efeitos de vigilância discreta ou de controlo específico, nos termos do disposto no n.º 5.

2. Esta indicação pode ser efectuada para a repressão de infracções penais e para a prevenção de ameaças à segurança pública:

- a) Quando existirem indícios reais que façam presumir que a pessoa em causa tenciona praticar ou pratica numerosos factos puníveis extremamente graves, ou
- b) quando a apreciação global do visado, tendo especialmente em conta factos puníveis já praticados, permita supor que este praticará igualmente no futuro factos puníveis extremamente graves.

3. Além disso, a indicação pode ser efectuada em conformidade com o direito nacional, a pedido das entidades competentes em matéria de segurança do Estado, sempre que indícios concretos permitam supor que as informações previstas no n.º 4 são necessárias à prevenção de uma ameaça grave pelo visado ou de outras ameaças graves para a segurança interna e externa do Estado. A Parte Contratante autora da indicação deve consultar previamente as outras Partes Contratantes.

4. No âmbito da vigilância discreta, as informações que se seguem podem, no todo ou em parte, ser recolhidas e transmitidas à autoridade autora da indicação, aquando dos controlos de fronteira ou de outros controlos de polícia e aduaneiros efectuados no interior do País:

- a) O facto de a pessoa ou o veículo indicados terem sido encontrados;
- b) o local, o momento ou o motivo da verificação;
- c) o itinerário e o destino da viagem;
- d) as pessoas que acompanham o visado ou os ocupantes;
- e) o veículo utilizado;
- f) os objectos transportados;
- g) as circunstâncias em que a pessoa ou o veículo foram encontrados.

No momento da recolha destas informações, será conveniente actuar de modo a não prejudicar o carácter discreto da vigilância.

5. No âmbito do controlo específico a que se refere o n.º 1, as pessoas, os veículos e os objectos transportados podem ser revistados em conformidade com o direito nacional, para atingir a finalidade prevista nos n.ºs 2 e 3. Se o controlo específico não for autorizado de acordo com a legislação de uma Parte Contratante, este converter-se-á, automaticamente, relativamente a esta Parte Contratante, em vigilância discreta.

6. A Parte Contratante requerida pode fazer acompanhar a indicação no ficheiro da parte nacional do Sistema de Informação Schengen por uma referência que tenha por objectivo proibir, até à eliminação desta referência, a execução da conduta a adoptar, por motivo da indicação para efeitos de vigilância discreta ou de controlo específico. A referência será eliminada o mais tardar 24 horas após a inserção da indicação, a menos que esta Parte Contratante recuse a conduta solicitada invocando razões jurídicas ou razões especiais de oportunidade. Sem prejuízo de uma referência ou de uma decisão de recusa, as outras Partes Contratantes podem executar a conduta solicitada pela indicação.

Artigo 100.º

1. Os dados relativos aos objectos procurados para efeitos de apreensão ou de prova num processo penal serão inseridos no Sistema de Informação Schengen.

2. Se a consulta dos dados revelar que um objecto indicado foi encontrado, a autoridade que o verificou entrará em contacto com a autoridade autora da indicação a fim de acordarem nas medidas necessárias. Para o efeito, os dados pessoais podem igualmente ser transmitidos nos termos da presente Convenção. As medidas a tomar pela Parte Contratante que encontrou o objecto devem estar em conformidade com o seu direito nacional.

3. Serão inseridas categorias de objectos a seguir designadas:

- a) Os veículos a motor com cilindrada superior a 50 cc. roubados, desviados ou extraviados;
- b) os reboques e caravanas cujo peso em vazio seja superior a 750 kg, roubados, desviados ou extraviados;
- c) as armas de fogo roubadas, desviadas ou extraviadas;
- d) os documentos em branco roubados, desviados ou extraviados;
- e) os documentos de identidade emitidos (passaporte, bilhetes de identidade, cartas de condução) roubados, desviados ou extraviados;
- f) as notas de banco (notas registadas);

Artigo 101.º

1. O acesso aos dados inseridos no Sistema de Informação Schengen, bem como o direito de os consultar directamente, são exclusivamente reservados às entidades que são competentes para:

- a) Os controlos fronteiriços;
- b) as outras verificações de polícia e aduaneiras efectuadas no interior do País, bem como a respectiva coordenação.

2. Além disso, o acesso aos dados inseridos em conformidade com o artigo 96.º, bem como o direito de os consultar directamente, podem ser exercidos pelas entidades competentes para a emissão dos vistos, pelas entidades centrais competentes para a análise dos pedidos de vistos, bem como pelas autoridades competentes para a emissão dos títulos de residência e da administração dos estrangeiros no âmbito da aplicação das disposições da presente Convenção sobre a circulação das pessoas. O acesso aos dados é regulamentado pelo direito nacional de cada Parte Contratante.

3. Os utilizadores só podem consultar os dados que sejam necessários ao cumprimento das suas tarefas.

4. Cada uma das Partes Contratantes comunicará ao Comité Executivo a lista das autoridades competentes que são autorizadas a consultar directamente os dados inseridos no Sistema de Informação Schengen. Esta lista indicará relativamente a cada autoridade os dados que esta pode consultar em função das respectivas tarefas.

CAPÍTULO III

Protecção dos dados pessoais e segurança dos dados no âmbito do Sistema de Informação Schengen

Artigo 102.º

1. As Partes Contratantes só podem utilizar os dados previstos nos artigos 95.º a 100.º para os fins enunciados em relação a cada uma das indicações neles referidas.

2. Os dados só podem ser duplicados para fins técnicos, desde que esta duplicação seja necessária para a consulta directa pelas autoridades referidas no artigo 101.º As indicações de outras Partes Contratantes não podem ser copiadas da parte nacional do Sistema de Informação Schengen para outros ficheiros de dados nacionais.

3. No âmbito das indicações previstas nos artigos 95.º a 100.º da presente Convenção, qualquer derrogação ao n.º 1, para passar de um tipo de indicação para outro, deve ser justificada pela necessidade da prevenção de uma ameaça grave iminente para o Estado e para efeitos da prevenção de um facto punível grave. Para este efeito, deve ser obtida a autorização prévia da Parte Contratante autora das indicações.

4. Os dados não podem ser utilizados para fins administrativos. Todavia, os dados inseridos nos termos do artigo 96.º só podem ser utilizados em conformidade com o direito nacional de cada uma das Partes Contratantes para os fins decorrentes do n.º 2 do artigo 101.º

5. Qualquer utilização de dados não conforme com os n.ºs 1 a 4 será considerada como desvio de finalidade face ao direito nacional de cada Parte Contratante.

Artigo 103.º

Cada Parte Contratante velará por que, em média, qualquer décima transmissão de dados pessoais seja registada na parte nacional do Sistema de Informação Schengen pela entidade que gere o ficheiro, para efeitos de controlo da admissibilidade da consulta. O registo só pode ser utilizado para este fim e deve ser apagado seis meses depois.

Artigo 104.º

1. O direito nacional aplica-se às indicações efectuadas pela Parte Contratante, salvo condições mais rigorosas previstas pela presente Convenção.

2. Desde que a presente Convenção não preveja disposições específicas, o direito de cada Parte Contratante é aplicável aos dados inseridos na parte nacional do Sistema de Informação Schengen.

3. Desde que a presente Convenção não preveja disposições específicas relativas à execução da conduta a adoptar solicitada pela indicação, é aplicável o direito nacional da Parte Contratante requerida que executa a conduta a adoptar. Se a presente Convenção estabelecer disposições específicas relativas à execução da conduta a adoptar solicitada pela indicação, as competências nessa matéria serão regulamentadas pelo direito nacional da Parte Contratante requerida. Se a conduta a adoptar solicitada não puder ser executada, a Parte Contratante requerida informará imediatamente desse facto a Parte Contratante autora da indicação.

Artigo 105.º

A Parte Contratante autora da indicação é responsável pela exactidão, pela actualidade, bem como pela licitude da inserção dos dados no Sistema de Informação Schengen.

Artigo 106.º

1. Apenas a Parte Contratante autora das indicações é autorizada a alterar, a completar, a rectificar ou a eliminar os dados que introduziu.

2. Se uma das Partes Contratantes que não efectuou as indicações, dispuser de indícios que a levem a presumir que um dado se encontra viciado por um erro de direito ou de facto, avisará o mais rapidamente possível a Parte Contratante autora das indicações, que deve obrigatoriamente verificar a comunicação, e, se necessário, corrigir ou eliminar imediatamente o dado.

3. Se as Partes Contratantes não conseguirem chegar a um acordo, a Parte Contratante que não é autora das indicações submeterá o caso a parecer da autoridade de controlo comum a que se refere o n.º 1 do artigo 115.º

Artigo 107.º

Se uma pessoa tiver já sido indicada no Sistema de Informação Schengen, a Parte Contratante que introduzir uma nova indicação, acordará com a Parte Contratante autora da primeira sobre a inserção das posteriores indicações. Para o efeito, as Partes Contratantes podem igualmente adoptar disposições gerais.

Artigo 108.º

1. Cada uma das Partes Contratantes designará uma entidade central que terá competência no que diz respeito à parte nacional do Sistema de Informação Schengen.

2. Cada uma das Partes Contratantes efectuará as suas indicações por intermédio dessa entidade.

3. A referida entidade é responsável pelo bom funcionamento da parte nacional do Sistema de Informação Schengen e tomará as medidas adequadas para assegurar o cumprimento das disposições da presente Convenção.

4. As Partes Contratantes informar-se-ão mutuamente da entidade referida no n.º 1 por intermédio do depositário.

Artigo 109.º

1. O direito de qualquer pessoa aceder aos dados que lhe dizem respeito, inseridos no Sistema de Informação Schengen, será exercido em conformidade com a lei da Parte Contratante junto da qual o invoca. Se o direito nacional assim o estabelecer, a autoridade nacional de controlo, prevista no n.º 1 do artigo 114.º, decidirá se as informações podem ser comunicadas e em que condições. A Parte Contratante que não inseriu indicações só pode comunicar informações relativas a estes dados, se previamente tiver dado oportunidade à Parte Contratante autora das indicações de tomar posição.

2. A comunicação da informação ao interessado será recusada se for susceptível de prejudicar a execução da tarefa legal consignada na indicação, ou a protecção dos direitos e liberdades de outrem. Será sempre recusada durante o período em que se proceda à vigilância discreta, nos termos da indicação.

Artigo 110.º

Qualquer pessoa pode exigir a rectificação ou a eliminação de dados que lhe digam respeito, viciados respectivamente por erro de facto ou de direito.

Artigo 111.º

1. Qualquer pessoa pode instaurar, no território de cada Parte Contratante, perante um órgão jurisdicional ou a autoridade competentes por força do direito nacional, uma acção, que tenha por objecto, nomeadamente, a rectificação, a eliminação, a informação ou a indemnização por uma indicação que lhe diga respeito.

2. As Partes Contratantes comprometem-se mutuamente a executar as decisões definitivas tomadas pelos órgãos jurisdicionais ou autoridades a que se refere o n.º 1 sem prejuízo do disposto no artigo 116.º

Artigo 112.º

1. Os dados pessoais inseridos no Sistema de Informação Schengen para efeitos de procura de pessoas, serão conservados apenas durante o período necessário para os fins a que se destinam. O mais tardar três anos após a sua inserção a Parte Contratante autora das indicações apreciará a necessidade da sua conservação. Este prazo será de um ano relativamente às indicações a que se refere o artigo 99.º

2. Cada uma das Partes Contratantes estabelecerá, se for caso disso, prazos de apreciação mais curtos em conformidade com o seu direito nacional.

3. A função de apoio técnico do Sistema de Informação Schengen indicará automaticamente às Partes Contratantes a eliminação programada no sistema, mediante um pré-aviso de um mês.

4. A Parte Contratante autora da indicação pode, durante o período de apreciação, decidir mantê-la, caso se torne necessário para os fins subjacentes a essa indicação. A prorrogação da indicação deve ser comunicada à função de apoio técnico. As disposições do n.º 1 são aplicáveis à indicação prorrogada.

Artigo 113.º

1. Os dados que não sejam os referidos no artigo 112.º serão conservados pelo período máximo de dez anos. Os dados relativos aos documentos de identidade emitidos e às notas de banco registadas pelo período máximo de cinco anos e os relativos aos veículos a motor, reboques e caravanas pelo período máximo de três anos.

2. Os dados que foram retirados serão ainda conservados pela função de apoio técnico. Durante este período só podem ser consultados para o controlo, *a posteriori*, da sua exactidão e da licitude da sua inserção. Seguidamente, devem ser destruídos.

Artigo 114.º

1. Cada Parte Contratante designará uma autoridade de controlo encarregada, em conformidade com o direito nacional, de exercer um controlo independente do ficheiro da parte nacional do Sistema de Informação Schengen e de verificar que o tratamento e a utilização dos dados inseridos no Sistema de Informação Schengen não atentam contra os direitos da pessoa em causa. Para esse efeito, a autoridade de controlo terá acesso ao ficheiro da parte nacional do Sistema de Informação Schengen.

2. Qualquer pessoa tem o direito de solicitar às autoridades de controlo que verifiquem os dados inseridos no Sistema de Informação Schengen que lhe dizem respeito, bem como a utilização que é feita destes dados. Este direito é regulado pela lei nacional da Parte Contratante junto da qual o pedido é apresentado. Se estes dados foram inseridos por uma outra Parte Contratante, o controlo realizar-se-á em estreita coordenação com a autoridade de controlo desta Parte Contratante.

Artigo 115.º

1. Será criada uma autoridade de controlo comum encarregada do controlo da função de apoio técnico do Sistema de Informação Schengen. Esta autoridade é composta por dois representantes de cada autoridade nacional de controlo. Cada Parte Contratante dispõe de um voto deliberativo. O controlo será exercido em conformidade com as disposições da presente Convenção, da Convenção do Conselho da Europa de 28 de Janeiro de 1981 para a protecção das pessoas face ao tratamento automatizado dos dados pessoais, tendo em conta a Recomendação (87) 15 de 17 de Setembro de 1987 do Comité dos Ministros do Conselho da Europa, que tem por objectivo regulamentar a utilização dos dados pessoais no sector da polícia, e em conformidade com o direito nacional da Parte Contratante responsável pela função de apoio técnico.

2. Relativamente à função de apoio técnico do Sistema de Informação Schengen, a autoridade de controlo comum tem por missão verificar a boa execução das disposições da presente Convenção. Para o efeito tem acesso à função de apoio técnico.

3. A autoridade de controlo comum é igualmente competente para analisar as dificuldades de aplicação ou de interpretação que possam surgir aquando da exploração do Sistema de Informação Schengen, para estudar os problemas que possam colocar-se aquando do exercício do controlo independente efectuado pelas autoridades de controlo nacionais das Partes Contratantes ou por ocasião do exercício do direito de acesso ao sistema, bem como para elaborar propostas harmonizadas tendo em vista encontrar soluções comuns para os problemas existentes.

4. Os relatórios elaborados pela autoridade de controlo comum serão transmitidos às entidades a quem as autoridades de controlo nacionais transmitirem os seus relatórios.

Artigo 116.º

1. Cada Parte Contratante é responsável, em conformidade com o seu direito nacional, por qualquer prejuízo causado a uma pessoa pela exploração do ficheiro nacional do Sistema de Informação Schengen. O mesmo se verifica quando os prejuízos tenham sido causados pela Parte Contratante autora da indicação, se esta tiver inserido dados viciados por um erro de direito ou de facto.

2. Se a Parte Contratante contra a qual uma acção é instaurada, não for a Parte Contratante autora da indicação, esta última é obrigada a reembolsar, mediante pedido, as somas pagas a título de indemnização, a menos que os dados tenham sido utilizados pela Parte Contratante requerida em violação da presente Convenção.

Artigo 117.º

1. No que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais que são transmitidos em aplicação do presente Título, cada Parte Contratante adoptará, o mais tardar no momento da entrada em vigor da presente Convenção, as disposições nacionais necessárias para assegurar um nível de protecção dos dados pessoais pelo menos igual ao decorrente dos princípios da Convenção do Conselho da Europa de 28 de Janeiro de 1981 relativa à protecção das pessoas face ao tratamento automatizado dos dados pessoais e em conformidade com a Recomendação R (87) 15 de 17 de Setembro de 1987, do Comité dos Ministros do Conselho da Europa que tem por objectivo regulamentar a utilização dos dados pessoais no sector da polícia.

2. A transmissão de dados pessoais prevista no presente Título só poderá realizar-se quando as disposições de protecção dos dados pessoais previstas no n.º 1 entrarem em vigor no território das Partes Contratantes envolvidas na transmissão.

Artigo 118.º

1. Cada uma das Partes Contratantes compromete-se a tomar, no que diz respeito à parte nacional do Sistema de Informação Schengen, as medidas adequadas para:

- a) Impedir o acesso de qualquer pessoa não autorizada às instalações utilizadas para o tratamento de dados pessoais (controlo da entrada nas instalações);
- b) impedir que suportes de dados possam ser lidos, copiados, alterados ou retirados por uma pessoa não autorizada (controlo dos suportes de dados);
- c) impedir a introdução não autorizada no ficheiro, bem como qualquer tomada de conhecimento, alteração ou eliminação não autorizadas de dados pessoais inseridos (controlo da inserção);
- d) impedir que sistemas de tratamento automatizados de dados possam ser utilizados por pessoas não autorizadas através de instalações de transmissão de dados (controlo da utilização);
- e) garantir que, no que diz respeito à utilização de um sistema de tratamento automatizado de dados, as pessoas autorizadas só possam ter acesso aos dados da sua competência (controlo de acesso);
- f) garantir a verificação das entidades a quem podem ser transmitidos os dados pessoais através das instalações de transmissão de dados (controlo de transmissão);
- g) garantir que possa verificar-se *a posteriori* quais os dados pessoais introduzidos nos sistemas de tratamento automatizado de dados, quando e por quem (controlo da introdução);

- h) impedir que, no momento da transmissão de dados pessoais, bem como no momento do transporte de suportes de dados, os dados possam ser lidos, copiados, alterados ou eliminados de forma não autorizada (controlo do transporte).

2. Cada Parte Contratante deve tomar medidas específicas tendo em vista garantir a segurança dos dados aquando da sua transmissão a serviços situados fora dos territórios das Partes Contratantes. Estas medidas devem ser comunicadas à autoridade de controlo comum.

3. As Partes Contratantes só podem designar para o tratamento de dados da sua parte nacional do Sistema de Informação Schengen pessoas especialmente qualificadas e sujeitas a um controlo de segurança.

4. A Parte Contratante responsável pela função de apoio técnico do Sistema de Informação Schengen tomará, relativamente a este último, as medidas previstas nos n.ºs 1 a 3.

CAPÍTULO IV

Repartição dos custos do Sistema de Informação Schengen

Artigo 119.º

1. Os custos de instalação e de utilização da função de apoio técnico referida no n.º 3 do artigo 92.º, incluindo os custos da instalação de cabos para a ligação das partes nacionais do Sistema de Informação Schengen à função de apoio técnico, são suportados em comum pelas Partes Contratantes. A quota-parte de cada Parte Contratante é determinada com base na taxa de cada Parte Contratante na matéria colectável uniforme do imposto sobre o valor acrescentado na acepção do ponto 1, alínea c), do artigo 2.º da Decisão do Conselho das Comunidades Europeias, de 24 de Junho de 1988, relativa ao sistema de recursos próprios das Comunidades.

2. Os custos de instalação e de utilização da parte nacional do Sistema de Informação Schengen serão suportados individualmente por cada Parte Contratante.

1. O objectivo principal do Sistema de Informações Schengen (SIS) é o de preservar a ordem e a segurança públicas, incluindo a segurança do Estado, e aplicar as normas da Convenção relativas à circulação de pessoas nos territórios dos Estados parte, com base nas informações transmitidas pelo sistema informático.

Integram-se no sistema central sediado em Estrasburgo (C-SIS) os dados relativos a:

- Pessoas procuradas para detenção para efeitos de extradição;
- estrangeiros indicados para efeitos de não admissão;
- pessoas desaparecidas, pessoas colocadas em segurança para sua própria protecção ou por motivos de prevenção de ameaças, regra aplicável a menores e pessoas susceptíveis de serem internadas;
- testemunhas, pessoas que devam ser notificadas para comparecerem perante as autoridades judiciárias em processo penal, de uma sentença penal e de um pedido para apresentação para cumprimento de uma pena privativa da liberdade;

- objectos procurados para efeitos de apreensão ou de prova num processo penal.

O acesso aos dados inseridos no SIS e respectiva consulta são reservados às entidades para o efeito competentes.

Em Portugal são competentes as seguintes autoridades:

- Juízes de instrução criminal e magistrados do Ministério Público:

Com fundamento na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 101.º da Convenção, têm acesso ao sistema para os casos consignados nos artigos 95.º, 97.º, 98.º e 100.º, da mesma Convenção.

- Polícia Judiciária e Polícia de Segurança Pública:

Com base no mesmo preceito — alínea *b)* do n.º 1 do artigo 101.º — têm acesso ao sistema para os efeitos previstos nos artigos 95.º, 96.º, 97.º, 98.º, n.ºs 2 e 3, do artigo 99.º, e 100.º da Convenção.

- Guarda Nacional Republicana:

Com fundamento nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 101.º da Convenção tem acesso aos dados do sistema referentes às matérias dos artigos 95.º, 96.º, 97.º, 98.º, n.ºs 2 e 3, do 99.º, e 100.º, já citados.

- Serviço de Estrangeiros e Fronteiras:

Com base nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 101.º e no n.º 2 do mesmo artigo, tem acesso ao sistema para os efeitos previstos nos artigos 95.º, 96.º, 97.º, 98.º, n.ºs 2 e 3, do 99.º, e 100.º da Convenção.

- Direcção-Geral das Alfândegas:

Com fundamento nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 101.º, tem acesso aos dados do n.º 2 do artigo 99.º, e artigo 100.º da Convenção.

- Direcção-Geral dos Assuntos Consulares:

Com base no artigo 101.º, n.º 2, tem acesso aos dados previstos no artigo 96.º da Convenção.

2. Os mecanismos de controlo e fiscalização do sistema de Informação Schengen (SIS) são em Portugal estabelecidos pela Lei n.º 2/94, de 19 de Fevereiro.

A Autoridade Nacional de Controlo, encarregada de fiscalizar a componente nacional do Sistema de Informações Schengen, é a Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados. E dois representantes desta Comissão Nacional integram a Autoridade de Controlo Comum, criada nos termos do artigo 115.º da Convenção de Schengen.

O controlo e fiscalização da componente nacional do sistema é feito em consonância com a lei nacional, designadamente a Lei n.º 10/91, de 18 de Março, e em conformidade com os procedimentos nesta estabelecidos.

2.1. A Autoridade de Controlo Comum assume um carácter de independência perante as estruturas que regem o C-SIS.

É essa independência em relação à estrutura Schengen, que imparcializa a sua função de controlo e fiscalização do sistema informático.

Rege-se a Autoridade de Controlo Comum por um regulamento interno que assinala não só a sua permanência e independência, como também regula a respectiva competência e funcionamento.

2.2. Note-se que as autoridades de controlo nacional, constituídas a nível interno de cada Estado parte e segundo o respectivo direito nacional, são dotadas do mesmo espírito de independência face aos N-SIS.

3. O Gabinete Nacional SIRENE (Supplementary Information Required at the National Entrées), instrumento logístico de apoio ao funcionamento da componente nacional do Sistema de Informação Schengen, foi criado pelo Decreto-Lei n.º 292/94, de 16 de Novembro.

Em Portugal é a Lei n.º 10/91, de 18 de Março, que estabelece o regime de protecção de dados pessoais face à informática e cria a Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados (CNPDPI), competindo a esta a atribuição genérica de controlar e fiscalizar o processamento automatizado de dados pessoais, com rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei.

É uma entidade pública independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República.

É composta de sete membros de integridade e mérito reconhecidos, dos quais o presidente e dois dos vogais são eleitos pela Assembleia da República, segundo o método da média mais alta de Hondt.

Os restantes vogais são dois magistrados, um judicial e outro do Ministério Público, designados pelos respectivos Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e duas personalidades de reconhecida competência na matéria, de designação governamental.

Dois elementos desta Comissão Nacional, e por escolha desta, integram a Autoridade de Controlo Comum do sistema de informações Schengen.

3.1. A evolução das estruturas da União Europeia, a caminho da convergência na adopção de uma política afim em matéria de segurança interna, deve conduzir a médio prazo à absorção do Sistema de Informação Schengen pelo Sistema de Informação Europeia, cujo projecto se discute no âmbito do artigo K3 do Tratado da União Europeia.

Por seu turno, o Comité Executivo Schengen tinha já aprovado uma declaração a confirmar a compatibilidade dos dois sistemas — SIS e SIE — de forma a permitir a convergência de colaboração com conseqüente aumento de capacidade operacional e poupança de custos.

Trata-se de mais uma achega demonstrativa do carácter instrumental da Convenção de Schengen na consecução dos objectivos da União Europeia.

TÍTULO V

Transporte e circulação das mercadorias

Artigo 120.º

1. As Partes Contratantes velarão em comum por que as suas disposições legislativas, regulamentares ou administrativas não entravem, de forma injustificada, a circulação das mercadorias nas fronteiras internas.

2. As Partes Contratantes facilitarão a circulação das mercadorias nas fronteiras internas efectuando as formalidades ligadas a proibições e restrições aquando do desembaraço aduaneiro das mercadorias para a sua introdução no consumo. O desembaraço aduaneiro pode ser efectuado, à escolha do interessado, quer no interior do País, quer na fronteira interna. As Partes Contratantes esforçar-se-ão por promover o desembaraço aduaneiro no interior do País.

3. Se as simplificações referidas no n.º 2 não puderem ser realizadas no todo ou em parte em certos domínios, as Partes Contratantes esforçar-se-ão por estabelecer entre si ou no âmbito das Comunidades Europeias as condições para as realizar.

O disposto no presente número é, nomeadamente, aplicável ao controlo do cumprimento das regulamentações relativas às autorizações de transporte e aos controlos técnicos relativos aos meios de transporte, aos controlos veterinários e de polícia veterinária, aos controlos sanitários veterinários, aos controlos fitossanitários, bem como aos controlos relativos aos transportes de mercadorias perigosas e de resíduos.

4. As Partes Contratantes esforçar-se-ão por harmonizar as formalidades relativas à circulação das mercadorias nas fronteiras externas e de controlar o seu cumprimento segundo princípios uniformes. Para este efeito, as Partes Contratantes colaborarão estreitamente no seio do Comité Executivo, no âmbito das Comunidades Europeias e em outras instâncias internacionais.

Artigo 121.º

1. As Partes Contratantes renunciarão, em conformidade com o direito comunitário, aos controlos e à apresentação dos certificados fitossanitários por ele previstos relativamente a certos vegetais e produtos vegetais.

O Comité Executivo adoptará a lista dos vegetais e produtos vegetais a que é aplicável a simplificação prevista no primeiro parágrafo. Pode alterar esta lista e fixará a data de entrada em vigor da alteração. As Partes Contratantes informar-se-ão mutuamente das medidas tomadas.

2. Em caso de perigo de introdução ou de propagação de organismos prejudiciais, uma Parte Contratante pode solicitar a reinstauração temporária das medidas de controlo previstas pelo direito comunitário e aplicá-las. Informará desse facto imediatamente as outras Partes Contratantes por escrito, fundamentando a sua decisão.

3. O certificado fitossanitário pode continuar a ser utilizado enquanto certificado exigido por força da lei relativa à protecção das espécies.

4. Mediante pedido, a autoridade competente emitirá um certificado fitossanitário quando a remessa for destinada no todo ou em parte, à reexportação e se as exigências fitossanitárias forem cumpridas no que diz respeito aos vegetais ou aos produtos vegetais em causa.

Artigo 122.º

1. As Partes Contratantes reforçarão a sua cooperação, tendo em vista garantir a segurança do transporte de mercadorias perigosas, comprometendo-se a harmonizar as disposições nacionais tomadas em aplicação das convenções internacionais em

vigor. Além disso, comprometer-se-ão, nomeadamente, para efeitos de manter o nível de segurança actual, a:

- a) Harmonizar as exigências em matéria de qualificação profissional dos motoristas;
- b) harmonizar as modalidades e a intensidade dos controlos efectuados durante o transporte e nas empresas;
- c) harmonizar a qualificação das infracções e as disposições legais relativas às sanções aplicáveis;
- d) assegurar uma troca permanente de informações bem como das experiências adquiridas em relação às medidas aplicadas e aos controlos efectuados.

2. As Partes Contratantes reforçarão a sua cooperação, tendo em vista efectuar os controlos da transferência de resíduos perigosos e não perigosos através das fronteiras internas.

Para este efeito, esforçar-se-ão por adoptar uma posição comum no que diz respeito à alteração das directivas comunitárias relativas ao controlo e à gestão da transferência de resíduos perigosos e no que diz respeito à adopção de actos comunitários relativos aos resíduos não perigosos, com o objectivo de criar uma infra-estrutura de eliminação suficiente e de estabelecer normas de eliminação harmonizadas a um nível elevado.

Enquanto não for adoptada uma regulamentação comunitária relativa aos resíduos não perigosos, os controlos das transferências destes resíduos efectuar-se-ão com base num processo especial que permita controlar a transferência no destino aquando do tratamento.

O disposto nas alíneas do n.º 1 é igualmente aplicável ao presente número.

Artigo 123.º

1. As Partes Contratantes comprometem-se a concertar-se para abolir entre si a obrigação actualmente em vigor de emitir uma licença de exportação dos produtos e tecnologias estratégicas industriais e, se necessário, a substituir a referida licença por um processo flexível, desde que o país de primeiro destino e o de destino final sejam Partes Contratantes.

Sem prejuízo desta concertação e a fim de garantir a eficácia dos controlos que se revelariam necessários, as Partes Contratantes esforçar-se-ão, cooperando estreitamente através de um mecanismo de coordenação, por proceder às trocas de informações úteis tendo em conta a regulamentação nacional.

2. No que diz respeito aos produtos que não sejam os produtos e tecnologias estratégicas industriais a que se refere o n.º 1, as Partes Contratantes esforçar-se-ão por efectuar as formalidades de exportação no interior do País, por um lado, e por harmonizar os seus processos de controlo, por outro.

3. No âmbito dos objectivos definidos nos n.ºs 1 e 2, as Partes Contratantes darão início a consultas com os outros parceiros interessados.

Artigo 124.º

O número e a intensidade dos controlos das mercadorias na circulação dos viajantes nas fronteiras internas serão reduzidos ao nível mais baixo possível. A continuação da sua redução e a sua supressão definitiva dependem do aumento progressivo das isenções previstas para os viajantes e da evolução futura das disposições aplicáveis à sua circulação transfronteiriça.

Artigo 125.º

1. As Partes Contratantes concluirão convénios relativos ao destacamento de oficiais de ligação das suas administrações aduaneiras.

2. O destacamento de oficiais de ligação tem por objectivo promover e acelerar a cooperação entre as Partes Contratantes em geral, nomeadamente, no âmbito das convenções existentes e dos actos comunitários sobre a assistência mútua.

3. Os oficiais de ligação terão funções consultivas e de assistência. Não estarão habilitados a tomar por sua própria iniciativa medidas de administração aduaneira. Fornecerão informações e cumprirão as suas funções no âmbito das instruções que lhe são dadas pela Parte Contratante de origem.

1. Esta matéria encontra-se ultrapassada pelas disposições fitossanitárias estabelecidas no âmbito comunitário, que se sobrepuseram às normas da Convenção de Schengen.

Em matéria veterinária, de importância secundária em certos aspectos, os problemas que porventura surjam, serão solucionados em sede bilateral dos Estados partes envolvidos.

Deve notar-se que o n.º 3 do artigo 120.º da Convenção, que traduz uma intenção de cooperação, aponta precisamente para soluções a obter em âmbito bilateral ou no seio das Comunidades Europeias, hoje União Europeia.

2. A matéria respeitante ao transporte e circulação de mercadorias rege-se hoje pelo Código Aduaneiro Comunitário estabelecido pelo Regulamento (CEE) n.º 2913/92, do Conselho, integrado das disposições do Regulamento da Comissão (CEE) n.º 2454/93, de 2 de Julho de 1993.

TÍTULO VI

Protecção dos dados pessoais

Artigo 126.º

1. No que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais que são transmitidos em aplicação da presente Convenção, cada Parte Contratante adoptará, o mais tardar no momento da entrada em vigor da presente Convenção, as disposições nacionais necessárias para assegurar um nível de protecção dos dados pessoais pelo menos igual ao decorrente dos princípios da Convenção do Conselho da Europa de 28 de Janeiro de 1981 relativa à protecção das pessoas face ao tratamento automatizado dos dados pessoais.

2. A transmissão de dados pessoais prevista na presente Convenção só poderá realizar-se quando as disposições relativas à protecção dos dados pessoais previstas no n.º 1 tenham entrado em vigor no território das Partes Contratantes envolvidas na transmissão.

3. Além disso, no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais transmitidos em aplicação da presente Convenção, aplicar-se-ão as seguintes disposições:

- a) Os dados só podem ser utilizados pela Parte Contratante destinatária exclusivamente para os fins em relação aos quais a presente Convenção prevê a transmissão destes dados; a utilização dos dados para outros fins só é possível após autorização prévia da Parte Contratante que transmite os dados e em conformidade com a legislação da Parte Contratante destinatária; a autorização pode ser concedida desde que o direito nacional da Parte Contratante que transmite os dados o permita;
- b) os dados só podem ser utilizados pelas autoridades judiciais, os serviços e entidades que asseguram uma tarefa ou que cumprem uma função no âmbito dos fins referidos na alínea a);
- c) a Parte Contratante que transmite os dados deve velar pela sua exactidão; se esta verificar, quer por sua própria iniciativa, quer na sequência de um pedido do interessado que existem dados incorrectos ou que não deviam ter sido transmitidos, a ou as Partes Contratantes destinatárias devem ser imediatamente informadas do facto; esta ou estas últimas devem proceder à correcção ou à destruição dos dados ou mencionar que estes dados são incorrectos ou que não deveriam ter sido transmitidos;
- d) uma Parte Contratante não pode invocar o facto de uma outra Parte Contratante ter transmitido dados incorrectos para se desvincular da responsabilidade que lhe incumbe, em conformidade com o direito nacional, relativamente a uma pessoa lesada; se a Parte Contratante destinatária for obrigada a reparar os danos causados pela utilização de dados incorrectos transmitidos, a Parte Contratante que transmitiu os dados reembolsará integralmente as somas que tenha pago a título de reparação pela Parte Contratante destinatária;
- e) a transmissão e a recepção de dados pessoais devem ser registadas no ficheiro donde provêm e no ficheiro no qual são inseridos;
- f) a autoridade de controlo comum, a que se refere o artigo 115.º, pode, a pedido de uma das Partes Contratantes, emitir um parecer sobre as dificuldades de aplicação e de interpretação do presente artigo.

4. O presente artigo não é aplicável à transmissão de dados prevista no Título II, Capítulo VII e no Título IV. O n.º 3 não é aplicável à transmissão de dados prevista no Título III, Capítulos II, III, IV e V.

Artigo 127.º

1. Sempre que sejam transmitidos dados pessoais a uma outra Parte Contratante em aplicação das disposições da presente Convenção, são aplicáveis as disposições do artigo 126.º à transmissão de dados provenientes de um ficheiro não automatizado e à sua inserção num ficheiro do mesmo tipo.

2. Sempre que sejam transmitidos dados pessoais a uma outra Parte Contratante em aplicação da presente Convenção, fora dos casos previstos no n.º 1 do artigo 126.º ou no n.º 1 do presente artigo, é aplicável o n.º 3 do artigo 126.º com excepção da alínea e). São igualmente aplicáveis as seguintes disposições:

- a) A transmissão e a recepção de dados pessoais são registadas por escrito. Esta obrigação não existe quando não for necessário registar os dados, para a sua utilização, em especial, quando os dados não forem utilizados ou forem apenas utilizados num curto espaço de tempo;
- b) a Parte Contratante destinatária garantirá, no que diz respeito à utilização de dados transmitidos, um nível de protecção pelo menos igual ao que o seu direito prevê para uma utilização de dados de natureza similar;
- c) o acesso aos dados e as condições em que é concedido são regulamentados pelo direito nacional da Parte Contratante à qual o interessado apresenta o seu pedido.

3. O presente artigo não é aplicável à transmissão de dados prevista no Título II, Capítulo VII, no Título III, Capítulos II, III, IV e V e no Título IV.

Artigo 128.º

1. A transmissão de dados pessoais prevista na presente Convenção só poderá realizar-se quando as Partes Contratantes envolvidas na transmissão tenham encarregado uma autoridade de controlo nacional de exercer um controlo independente relativamente ao cumprimento das disposições dos artigos 126.º e 127.º e das disposições tomadas em sua aplicação, respeitantes ao tratamento de dados pessoais em ficheiro.

2. Se uma Parte Contratante tiver encarregado, em conformidade com o seu direito nacional, uma autoridade de controlo de exercer num ou em vários domínios um controlo independente relativamente ao cumprimento das disposições em matéria de protecção dos dados pessoais não inseridos num ficheiro, esta Parte Contratante encarregará esta mesma autoridade de vigiar o cumprimento das disposições do presente Título nos domínios em questão.

3. O presente artigo não é aplicável à transmissão de dados prevista no Título II, Capítulo VII, e no Título III, Capítulos II, III, IV e V.

Artigo 129.º

No que diz respeito à transmissão de dados pessoais em aplicação do Título III, Capítulo I, as Partes Contratantes comprometem-se, sem prejuízo das disposições dos artigos 126.º e 127.º, a assegurar um nível de protecção dos dados pessoais que respeite os princípios da recomendação R (87) 15 de 17 de Setembro de 1987 do Comité dos Ministros do Conselho da Europa que tem por objectivo regulamentar a utilização dos dados pessoais no sector da polícia. São igualmente aplicáveis as seguintes disposições no que diz respeito à transmissão de informações em aplicação do artigo 46.º:

- a) Os dados só podem ser utilizados pela Parte Contratante destinatária exclusivamente para os fins indicados pela Parte Contratante que

fornece esses dados e no cumprimento das condições impostas por esta Parte Contratante;

- b) os dados só podem ser transmitidos aos serviços e autoridades de polícia; a comunicação dos dados a outros serviços só poderá realizar-se após autorização prévia da Parte Contratante que os fornece;
- c) a Parte Contratante destinatária informará a seu pedido a Parte Contratante que transmite os dados da utilização que deles fez e dos resultados obtidos com base nos dados transmitidos.

Artigo 130.º

Se forem transmitidos dados pessoais por intermédio de um oficial de ligação a que se refere o artigo 47.º ou o artigo 125.º, as disposições do presente Título só serão aplicáveis se este oficial de ligação transmitir estes dados à Parte Contratante que o destacou para o território da outra Parte Contratante.

(Ver o comentário aos artigos 92.º a 119.º sobre esta matéria).

TÍTULO VII

Comité Executivo

Artigo 131.º

1. É criado um Comité Executivo para a aplicação da presente Convenção.
2. Sem prejuízo das competências específicas que lhe são atribuídas pela presente Convenção, o Comité Executivo tem por missão geral velar pela aplicação correcta da presente Convenção.

Artigo 132.º

1. Cada uma das Partes Contratantes dispõe de um lugar no Comité Executivo. As Partes Contratantes são representadas no Comité por um Ministro responsável pela aplicação da presente Convenção; pode fazer-se assistir pelos peritos necessários que podem participar nas deliberações.
2. O Comité Executivo delibera por unanimidade. Estabelece o seu funcionamento e pode prever um procedimento escrito para a tomada de decisões.
3. A pedido do representante de uma Parte Contratante, a decisão definitiva relativa a um projecto sobre o qual o Comité Executivo deliberou, pode ser adiada por dois meses no máximo após a apresentação do projecto.
4. O Comité Executivo pode criar grupos de trabalho compostos por representantes das administrações das Partes Contratantes, tendo em vista a preparação das decisões ou de outras tarefas.

Artigo 133.º

O Comité Executivo reunir-se-á alternadamente no território de cada uma das Partes Contratantes. Reunir-se-á com a frequência necessária para assegurar a boa execução das suas tarefas.

Atribuições do Comité Executivo

1. O Comité Executivo foi criado para a aplicação da Convenção Schengen e tem por missão velar pela correcção da mesma aplicação, sem prejuízo das competências específicas que naquela lhe são atribuídas. É, portanto, o artigo 131.º da Convenção a trave mestra da existência factual e legal do Comité Executivo e das suas funções.

Resulta deste preceito que o Comité Executivo exerce genericamente a sua fiscalização sobre todas as normas da Convenção, devendo intervir sempre que elas não estão a ser correctamente aplicadas e cumpridas, o que implica o seu poder/dever de as interpretar política e juridicamente. Isto é, o Comité Executivo «governará» a estrutura Schengen.

Pode afirmar-se, com segurança, que nenhum assunto relativo à aplicação da Convenção é indiferente ao Comité Executivo.

2. Para além desta intervenção genérica do Comité Executivo, provinda do artigo 131.º da Convenção, possui aquele competência específica para decidir sobre:

2.1. Artigo 3.º, n.º 1 — A adopção de disposições mais pormenorizadas, bem como de excepções e de modalidades do pequeno tráfego fronteiriço, e ainda de regras aplicáveis a categorias específicas do pequeno tráfego marítimo, tais como a navegação de recreio ou a pesca costeira, relativamente ao princípio de que as fronteiras externas só podem ser transpostas nos pontos de passagem fronteiriços e durante as horas de abertura fixadas;

2.2. Artigo 5.º, n.º 1 a) — A determinação do documento ou documentos válidos que permitam a passagem da fronteira externa, a fim de um estrangeiro conseguir entrar no território de uma das Partes Contratantes, para efeitos de estada que não exceda três meses;

2.3. Artigo 6.º, n.º 3 — As modalidades de fiscalização, se necessário, das zonas das fronteiras externas entre os pontos de passagem fronteiriços, bem como os pontos de passagem fronteiriços fora das suas horas normais de abertura.

2.4. Artigo 8.º — As decisões necessárias relativas às modalidades práticas de aplicação do controlo e da fiscalização das fronteiras externas, a efectuar segundo princípios uniformes no âmbito das legislações e competências nacionais, tendo em conta os interesses de todos os Estados partes quanto aos seus territórios;

2.5. Artigo 17.º, n.º 1 — Adopção de regras comuns para a análise de pedidos de vistos, velando pela sua correcta aplicação e adaptação a novas situações e circunstâncias;

Artigo 17.º, n.º 2 — A especificação, além disso, dos casos em que a emissão de um visto será submetida à consulta de uma autoridade central do Estado ao qual o pedido foi apresentado, bem como, se for caso disso, às autoridades centrais dos outros Estados partes;

Artigo 17.º, n.º 3 — A tomada, ainda, das decisões necessárias relativas aos seguintes pontos:

- a) Os documentos de viagem em que podem ser apostos vistos;
- b) as entidades encarregadas da emissão de vistos;
- c) as condições da emissão de vistos na fronteira;

- d) a forma, conteúdo e período de validade dos vistos e os emolumentos a cobrar pela sua emissão;
- e) as condições de prorrogação e de recusa dos vistos referidos nas alíneas c) e d), no respeito dos interesses de todos os Estados partes;
- f) as modalidades de limitação territorial da validade dos vistos;
- g) os princípios da elaboração de uma lista comum dos estrangeiros indicados para efeitos de não admissão, sem prejuízo do disposto no artigo 96.º

2.6. Artigo 21.º, n.º 3 — O recebimento da comunicação dos Estados partes da lista dos documentos por eles emitidos equivalentes a títulos de residência ou a autorizações provisórias de residência e a documentos de viagem, nos termos e para os efeitos deste artigo, que são os de permitirem aos estrangeiros detentores de um título de residência emitido por um dos Estados partes de poderem, ao abrigo desse título e de um documento de viagem, com validade, circular livremente durante um período máximo de três meses no território de outros Estados partes, desde que preencham as condições de entrada e não constem da lista nacional das pessoas indicadas para não admissão;

2.7. Artigo 22.º, n.º 3 — Recebimento de cada Estado parte das excepções por estes estabelecidas ao disposto nos n.ºs 1 e 2 deste artigo, que consagram para o estrangeiro a obrigatoriedade de declaração de entrada regular no território de um dos Estados partes;

2.8. Artigo 24.º — Definição dos critérios apropriados e das modalidades práticas adequadas para a compensação dos desequilíbrios financeiros que possam resultar da obrigação de expulsão prevista no artigo 23.º;

2.9. Artigo 52.º, n.º 1 — Recebimento dos Estados partes da lista das peças processuais enviadas directamente pelo correio às pessoas que se encontram no território do outro Estado parte, no cumprimento de cartas rogatórias para efeitos de busca e apreensão judicial;

2.10. Artigo 70.º, n.º 1 — Recebimento e apreciação das propostas elaboradas pelo grupo de trabalho permanente encarregado de analisar problemas comuns relativos à repressão da criminalidade em matéria de estupefacientes;

2.11. Artigo 75.º, n.º 2 — Adopção da forma e do conteúdo do certificado referido no n.º 1 do artigo, relativo ao transporte de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas por viajantes no âmbito de um tratamento médico;

2.12. Artigo 76.º, n.º 4 — Discussão regular, no seu âmbito, das medidas adequadas ao controlo dos estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como das substâncias utilizadas para seu fabrico, nos termos deste artigo;

2.13. Artigo 89.º — Alteração ou completamento das listas de armas de fogo proibidas, sujeitas a autorização e a declaração, a fim de ter em conta a evolução técnica e económica, bem como a segurança do Estado;

2.14. Artigo 101.º, n.º 4 — Recebimento dos Estados partes da comunicação da lista das autoridades competentes respectivas que são autorizadas a consultar directamente os dados inseridos no SIS (Sistema de Informações Schengen) .

2.15. Artigo 121.º, n.º 1 — Adopção, com capacidade para alterar, da lista dos vegetais e produtos vegetais a que é aplicável a simplificação prevista nesta Convenção.

3. No que respeita à estrutura e composição do Comité Executivo, cada um dos Estados partes tem nele direito a um lugar. A representação de cada Estado parte é feita no Comité por um ministro ou secretário de Estado responsável pela aplicação da Convenção, conforme dispõe o seu artigo 132.º, n.º 1.

Os ministros e secretários de Estado, nas reuniões do Comité Executivo, podem fazer-se assistir pelos peritos necessários, e estes podem também participar nas deliberações. Esta participação é meramente pericial, por conseguinte técnica, e só o voto do ministro ou do secretário de Estado é que vincula o Estado parte que representa.

Dispõe o mesmo artigo, no seu n.º 2, que as deliberações do Comité Executivo são tomadas por unanimidade, o que exige um consenso nas decisões ou declarações que produza.

A mesma norma preceitua, ainda, que compete ao Comité estabelecer as regras do seu funcionamento com a possibilidade de prever um procedimento escrito para a tomada de decisões.

O mesmo artigo, no seu n.º 3, dispõe que, a pedido do representante de um Estado parte, a decisão definitiva tomada em relação a um projecto sobre o qual o Comité Executivo deliberou, pode ser adiada por um máximo de dois meses após a apresentação do projecto.

Por fim, no seu n.º 4, enuncia-se a possibilidade de o Comité Executivo poder criar grupos de trabalho formados por representantes das administrações dos Estados partes, tendo em vista a preparação das decisões ou de outras tarefas.

Com a frequência necessária para assegurar a boa execução das suas tarefas — prescreve o artigo 134.º — o Comité Executivo reunir-se-á alternadamente no território de cada um dos Estados partes.

4. A matéria destes artigos da Convenção, que estabelecem as estruturas do Comité Executivo, sua composição, competência e funcionamento, é completada e clarificada pelo seu Regulamento Interno.

Este regulamento foi aprovado pelo Comité Executivo numa primeira versão em 18 de Outubro de 1993 em Paris, local em que foi aprovada a versão definitiva em 14 de Dezembro do mesmo ano.

5. Há alguns aspectos do Regulamento Interno do Comité Executivo que merecem realce.

Estabeleceu-se neste que a presidência do Comité Executivo seria exercida sucessivamente por um período de seis meses, com início em 1 de Janeiro e 1 de Julho de cada ano, sendo a sua sequência determinada por ordem alfabética a fixar em função da primeira letra do nome dos Estados partes, escrito nas respectivas línguas nacionais.

Adoptou-se uma solução idêntica à que vigora no seio da União Europeia.

Crê-se, porém, que seria útil, pela maior eficácia que potenciaria, o exercício da presidência pelo período de um ano, decurso de tempo mais adequado ao desen-

volvimento e execução de projectos. Isto mesmo ficou demonstrado pelos resultados obtidos no âmbito da Convenção Schengen durante a presidência espanhola, que se prolongou de 1 de Julho de 1992 a 30 de Junho de 1993 e no decurso da presidência alemã que abrangeu todo o ano de 1994.

Diga-se, ainda, que o texto da Convenção permite esta solução.

Outro ponto a realçar no Regulamento Interno é o da marcação das sessões do Comité Executivo, que deve ser efectuada com um mês de antecedência relativamente à data designada para as reuniões. Também a agenda provisória, com a lista das matérias a apreciar, deve ser enviada aos Estados partes com, pelo menos, vinte e um dias de antecedência em relação à data das sessões ou reuniões, a fim de permitir o estudo aprofundado das matérias em discussão, por parte das respectivas delegações.

Atente-se, ainda, que só podem ser inscritos na agenda provisória e, portanto, ser objecto de discussão e decisão, as matérias cuja documentação chegue às mãos do presidente e restantes membros do Comité Executivo o mais tardar até à data assinalada para a remessa da agenda provisória, isto é, 21 dias antes da efectivação da sessão.

Em suma, em princípio o Comité Executivo não discutirá qualquer ponto previsto na agenda provisória sem terem sido distribuídos, a todos os seus membros e nas respectivas línguas nacionais, os documentos que lhes digam respeito.

Cuida o Regulamento Interno da entrada em vigor das decisões do Comité Executivo. Perfila-se a sua vigência a partir do momento em que todos os Estados partes tenham notificado a presidência da conclusão dos procedimentos, em consonância com a legislação nacional de cada um, indispensáveis à aquisição de força executória no respectivo território.

A forma das decisões do Comité Executivo foi determinada por sua decisão de 14 de Dezembro de 1993, tomada em Paris.

Muito importante para o esclarecimento da entrada em vigor das decisões do Comité Executivo e procedimentos a observar, é a decisão tomada, também em 14 de Dezembro de 1993, que constitui a interpretação autêntica do n.º 3 do artigo 6.º do Regulamento Interno.

Determina esta decisão que:

- A conclusão dos procedimentos nacionais relativos à aplicação das decisões do Comité Executivo será notificada por escrito à presidência;
- no prazo de três dias a contar da recepção da última notificação, o facto é transmitido, por escrito e pelo Secretariado-Geral, aos demais Estados partes;
- as decisões entram em vigor e em execução dez dias após expirado aquele prazo de três dias, isto é, 13 dias após a recepção da última notificação pela presidência.

Note-se que as notificações a efectuar pelos Estados partes não têm que revestir-se de formalidades especiais, podendo ser feitas por simples carta a dar conhecimento que as decisões estão em condições de serem executadas. Não há, sequer, que dar conta das providências concretamente adoptadas, pois tudo se passa em clima de confiança e solidariedade entre Estados soberanos.

No entanto, todo este procedimento regulamentar se reveste de importância, pois a sua inobservância implica a não vigência das decisões do Comité Executivo.

6. Ainda quanto à competência do Comité Executivo importa ter em consideração a sua decisão de 29 de Junho de 1995, tomada em Bruxelas.

Segundo esta, o Comité Executivo confere mandato ao Grupo Central para adotar as alterações aos Anexos da Instrução Consular Comum, do Manual Comum e do Manual SIRENE, desde que elas se prendam exclusivamente com alterações ligadas à situação jurídica interna, a serem comunicadas obrigatoriamente aos outros Estados partes, desde que não se trate de questões a serem resolvidas em conjunto por todos os Estados Schengen.

Trata-se de uma delegação de poderes do Comité Executivo no Grupo Central, a funcionar na decisão de questões menos importantes, com o limite de não poder abarcar as questões de maior importância e, conseqüentemente, a exigirem a deliberação e decisão daquele Comité.

Funciona a delegação com limites objectivos, que são os de as alterações respeitarem apenas aos Anexos do Manual Comum, da Instrução Consular Comum e do Manual SIRENE e à situação jurídica interna dos Estados partes.

Assim, por exemplo, no caso de um Estado parte alterar as competências policiais internas para os controlos fronteiriços. Mas já não funcionará a delegação de poderes para, por exemplo, alterar as normas da Instrução e dos Manuais referidos, que obrigará à reunião e decisão do Comité Executivo. Ao Comité Executivo competirá observar os termos em que a delegação de poderes é exercida pelo Grupo Central.

O Comité Executivo poderá sempre apreciar e decidir superiormente os assuntos objecto das alterações provindas da delegação de poderes, na medida em que tem por missão geral velar pela correcta aplicação da Convenção.

Artigo 134.º

As disposições da presente Convenção só são aplicáveis na medida em que sejam compatíveis com o direito comunitário.

Artigo 135.º

As disposições da presente Convenção são aplicáveis sem prejuízo das disposições da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967.

Artigo 136.º

1. A Parte Contratante que tencionar encetar negociações com um Estado terceiro relativamente aos controlos fronteiriços informará desse facto, em tempo útil, as outras Partes Contratantes.

2. As Partes Contratantes só podem concluir com um ou mais Estados terceiros acordos que simplifiquem ou suprimam controlos nas fronteiras, com consentimento prévio das outras Partes Contratantes, sem prejuízo do direito dos Estados membros das Comunidades Europeias concluírem em comum tais acordos.

3. O disposto no n.º 2 não é aplicável aos acordos relativos ao pequeno tráfego fronteiriço, desde que estes acordos respeitem as excepções e modalidades estabelecidas por força do n.º 1 do artigo 3.º

Artigo 137.º

A presente Convenção não pode ser objecto de reservas, com excepção das referidas no artigo 60.º

Artigo 138.º

As disposições da presente Convenção aplicar-se-ão apenas, no que diz respeito à República Francesa, ao seu território europeu.

As disposições da presente Convenção aplicar-se-ão apenas, no que diz respeito ao Reino dos Países Baixos, ao seu território situado na Europa.

Artigo 139.º

1. A presente Convenção será sujeita a ratificação, aprovação ou aceitação. Os instrumentos de ratificação, aprovação ou aceitação serão depositados junto do Governo do Grão-Ducado do Luxemburgo, o qual notificará o depósito a todas as Partes Contratantes.

2. A presente Convenção entrará em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao do depósito do último instrumento de ratificação, aprovação ou aceitação. As disposições relativas à criação, às actividades e à competência do Comité Executivo são aplicáveis a partir da entrada em vigor da presente Convenção. As outras disposições são aplicáveis a partir do primeiro dia do terceiro mês seguinte ao da entrada em vigor da presente Convenção.

3. O Governo do Grão-Ducado do Luxemburgo notificará a data da entrada em vigor a todas as Partes Contratantes.

Artigo 140.º

1. Qualquer Estado membro das Comunidades Europeias pode tornar-se parte na presente Convenção. A adesão será objecto de um acordo entre este Estado e as Partes Contratantes.

2. Este acordo será sujeito a ratificação, aprovação ou aceitação, por parte do Estado aderente e por cada uma das Partes Contratantes. Entrará em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao do depósito do último instrumento de ratificação, aprovação ou aceitação.

Artigo 141.º

1. Qualquer Parte Contratante pode enviar ao depositário uma proposta no sentido de alterar a presente Convenção. O depositário transmitirá esta proposta às outras Partes Contratantes. A pedido de uma Parte Contratante, as Partes Contratantes reexaminarão as disposições da presente Convenção, se, na sua opinião, existir uma situação que constitua uma alteração de carácter fundamental das condições existentes aquando da entrada em vigor da presente Convenção.

2. As Partes Contratantes adoptarão de comum acordo as alterações à presente Convenção.

3. As alterações entrarão em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte à data de depósito do último instrumento de ratificação, aprovação ou aceitação.

Artigo 142.º

1. Quando forem concluídas convenções entre os Estados membros das Comunidades Europeias tendo em vista a realização de um espaço sem fronteiras internas, as Partes Contratantes acordarão nas condições em que as disposições da presente Convenção serão substituídas ou alteradas em função das disposições correspondentes das referidas convenções.

As Partes Contratantes terão em conta, para esse efeito, o facto de as disposições da presente Convenção poderem prever uma cooperação mais aprofundada do que a que resulta das disposições das referidas convenções.

As disposições que forem contrárias às acordadas entre os Estados membros das Comunidades Europeias serão sempre adaptadas.

2. As alterações à presente Convenção que forem consideradas necessárias pelas Partes Contratantes serão sujeitas a ratificação, aprovação ou aceitação. O disposto no n.º 3 do artigo 141.º é aplicável, entendendo-se que as alterações não entrarão em vigor antes da entrada em vigor das referidas convenções entre os Estados membros das Comunidades Europeias.

1. Dispõe o artigo 140.º da Convenção de Schengen que qualquer Estado membro das Comunidades Europeias pode tornar-se parte na mesma Convenção. A adesão ocorrerá durante um acordo a celebrar entre aquele Estado e os demais Estados integrados no espaço territorial Schengen, sujeito a ratificação, ou aceitação de todos os intervenientes.

Daqui resulta que a adesão é limitada hoje aos Estados membros da União Europeia. Qualquer Estado que não pertença a esta União não poderá fazer parte da Convenção de Schengen.

Mas, para além desta condição, outros requisitos restringem essa adesão, como sejam os que resultam da prévia aceitação do denominado acervo Schengen, constituído por um conjunto de regras e procedimentos aprovados e aceites pelos Estados partes, considerados indispensáveis para uma correcta e eficaz aplicação da Convenção.

2. O acervo de Schengen é essencialmente constituído por:

- Acordo de Schengen de 1985 *
- Convenção de Aplicação de 1990 *
- Instrução Consular Comum *
- Manual Comum *
- Manual SIRENE *
- Lista de vistos e anexos *

- Memento sobre a cooperação policial
- Acordo de readmissão concluído com a Polónia
- Instrumentos de adesão da Itália, Espanha, Portugal, Grécia e Áustria
- Declarações dos ministros e secretários de Estado de 19 de Junho, 6 de Novembro e 15 de Dezembro de 1992

* Documentos confidenciais.

- Decisões do Comité Executivo depois de 18 de Outubro de 1993
- Decisões da Autoridade Comum de Controlo em matéria de protecção de dados de carácter pessoal

3. Dentre os membros da União Europeia interessados na adesão à Convenção de Schengen destacam-se a Dinamarca, Suécia e Finlândia, que com a Noruega e a Islândia — Estados alheios àquela União — formam a União Nórdica dos Passaportes, sistema que facilita a circulação de pessoas entre os Estados escandinavos.

A adesão pretendida encontra-se extremamente dificultada, na medida em que os Estados Nórdicos querem manter em vigor a União Nórdica dos Passaportes, o que não se compatibiliza com as exigências da Convenção Schengen, pois a Noruega e a Islândia não integram a União Europeia.

Travam-se neste momento discussões que se encaminham no sentido de a Islândia e a Noruega, por meio de um acordo preferencial a celebrar, aceitarem respeitar o acervo Schengen e as futuras decisões do Comité Executivo, em que não participam.

Entendem os Estados Schengen que só deste modo se garante a segurança de todos e a sua defesa face à imigração clandestina e ilegal, pois nas fronteiras externas do espaço nórdico passariam a vigorar as regras da Convenção.

A dificuldade do projecto está em a Noruega e a Islândia aceitarem o que, em boa verdade, é uma abdicação da sua própria soberania.

A principal dificuldade em Acordo de Cooperação a estabelecer entre os Estados Schengen e a Noruega e Islândia reside na ultrapassagem das imposições resultantes do n.º 4 do artigo 2.º e do artigo 4.º da Convenção, que determinam o controlo das bagagens de mão nos voos provindos do espaço extra-Schengen.

Em estudo perfilam-se as soluções alternativas: a utilização de balcões de controlo móveis junto das portas de chegada dos voos provenientes da Islândia e da Noruega, ou negociarem estes países com a Comunidade um acordo, comprometendo-se a efectuar o controlo dessas bagagens com destino a um aeroporto de um membro da Convenção de Schengen.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITO HUMANITÁRIO

CATARINA DE ALBUQUERQUE
Técnica do Gabinete de Documentação e Direito Comparado

LA GUERRE APRÈS LA GUERRE

LE DROIT INTERNATIONAL
ET LES LIMITES À L'UTILISATION
DE MINES ANTIPERSONNEL*

* Dissertação apresentada em Outubro de 1996 no Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales (Genebra) para obtenção do Diplôme d'Etudes supérieures em Relações Internacionais - Menção de Direito Internacional.

TABLE DES MATIERES

	Page
AVANT-PROPOS	
1. INTRODUCTION	
1.1. Origines et évolution de l'utilisation des mines	157
1.1.1. Des mines statiques aux mines portables	157
1.1.2. Des mines défensives aux mines offensives	159
1.2. Les avantages militaires offerts par les mines	161
1.3. Catégories et types de mines terrestres	169
2. LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT DE LA GUERRE	173
2.1. Les prohibitions quant aux effets	173
2.1.1. L'interdiction des méthodes et moyens de guerre non discriminés	173
A) <i>Peut-on considérer un territoire comme un objectif militaire?</i>	175
B) <i>La famine comme méthode de guerre</i>	177
C) <i>L'utilisation de mines peut-elle être considérée comme une attaque?</i>	178
D) <i>Les mines et l'interdiction d'armes aveugles</i>	181
E) <i>Les mines: des armes de destruction massive?</i>	183
F) <i>Confrontation entre les principes et la pratique</i>	185
2.1.2. Le principe de l'interdiction de maux superflus	189
A) <i>Est-ce que le concept de maux superflus est applicable aux civils?</i>	192
B) <i>Est-ce que le concept de maux superflus est-il nécessairement insaisissable?</i>	193
2.2. Les mines sont-elles interdites par le droit coutumier?	202

	Page
3. LES RESTRICTIONS SPECIFIQUES A L'EMPLOI DE MINES	208
3.1. Le Protocole II de la Convention de 1980 sur les armes classiques	208
3.1.1. Les origines ...	208
3.1.2. Le Protocole II et la Convention proprement dits	211
3.2. Les propositions pour changer la Convention et le Protocole II	222
3.3. Le Protocole II dans sa nouvelle version de mai 1996	226
3.3.1. Les négociations	226
A) <i>Le Projet du groupe d'experts gouvernementaux</i>	228
3.3.2. Les résultats	231
A) <i>Le champ d'application</i>	232
B) <i>Définitions</i>	234
C) <i>Restrictions à l'emploi de mines</i>	237
D) <i>Mines autres que les mines mises en place à distance</i>	241
E) <i>Les mines mises en place à distance</i>	243
F) <i>Interdiction de pièges</i>	244
G) <i>Transferts</i>	244
H) <i>Enregistrement des mines</i>	245
I) <i>Enlèvement des champs de mines</i>	246
J) <i>Protection du personnel humanitaire</i>	246
K) <i>Consultations périodiques des H.P.C.</i>	248
L) <i>Respect des dispositions</i>	249
M) <i>L'annexe technique</i>	250
i) <i>Défectabilité</i>	250
ii) <i>Autodestruction et autodesactivation</i>	251
iii) <i>Signalisation</i>	252
4. CONCLUSIONS	252
BIBLIOGRAPHIE	255

AVANT-PROPOS

La légitimité et licéité de l'utilisation, de la fabrication et de l'exportation de mines antipersonnel dans les conflits armés ont été des questions d'actualité ces quatre dernières années. Elles sont en effet devenues un sujet de discussion au sein de la communauté internationale en raison de la campagne lancée en 1992 par plusieurs organisations non-gouvernementales pour l'interdiction de la production, de l'emploi et de la vente de mines antipersonnel, le "Landmines Moratorium Act" américain et la demande française de convocation d'une Conférence d'examen au Protocole II annexé à la Convention de 1980 sur les armes classiques.

A partir de ces événements, plusieurs organisations ont mis sur pied des colloques, symposia et conférences pour étudier le fonctionnement, l'utilisation, les dangers et l'avantage militaire de ces armes. En même temps, et au fur et à mesure que le moment de la Conférence d'examen s'approchait, des données sur le nombre de mines encore actives partout dans le monde et le nombre de victimes de mines ont été publiées. Des campagnes de sensibilisation de l'opinion publique ont été également mises sur pied par plusieurs organisations non-gouvernementales en vue, également, de la Conférence d'examen. Le "Landmines Moratorium Act" est à l'origine des innombrables moratoires et mesures nationales unilatérales adoptés par plusieurs Etats à partir de 1992. Le thème des mines antipersonnel a été étudié de plusieurs perspectives: par de médecins, juristes, techniciens de déminage, entre autres.

Finally the Conference of Examiners took place and it adopted a Protocol II revised annexed to the Convention with 14 articles and a technical annex. This Memoire will analyze the path that separates the beginning of the use of mines in the XVIIth century, up to the 3rd of May 1996, date when the Protocol II revised was adopted by the Conference of Parties charged with the examination of the Convention on the prohibition or the limitation of the use of certain conventional weapons which may be considered as producing excessive traumatic effects or as indiscriminate.

Consequently, we will briefly analyze the historical evolution of the use and the performances of anti-personnel mines (1.1.). Then, we will study the way in which mines injure their victims, who are their victims and the military advantages that the use of anti-personnel mines present (1.2.). To finish this first part, we will examine the different types of anti-personnel mines existing (1.3.).

Then, after this rather practical side of the use of mines which also serves to introduce the subject, we will study the legal limitations or restrictions to the use of mines. We have chosen a study on two fronts (two tracks approach): first, we will study the general principles of the law of war and the way in which they can limit the use of anti-personnel mines after the effects caused by these weapons. The two basic principles of the law of war that we will analyze are that of the prohibition of indiscriminate methods and means of war (2.1.1.) and that of the prohibition of superfluous harm (2.1.2.). The second part of the Memoire consists in an analysis of the existing customary law in the matter and in a response to the question of whether anti-personnel mines can be considered as prohibited ipso facto by the customary law.

The second front of our study consists in the analysis of the specific restrictions to the use of mines. These restrictions per se to the use of these weapons. The main instrument of our analysis is, of course, the Protocol II annexed to the Convention of 1980. We will examine its original version (3.1.), the content of the negotiations between

1980 et 1996 (3.2.) et la façon dont le Protocole a été modifié par la Conférence de révision de 1996 (3.3.).

Nos buts sont, d'un côté, de comprendre si ces modifications ont apporté des progrès effectifs à la limitation des dégâts causés par les mines antipersonnel et aux violations constantes du droit international humanitaire provoquées par l'utilisation actuelle de ces armes. Dans le cas d'une réponse négative, nous allons brièvement énoncer les principales raisons de l'échec.

1. INTRODUCTION

“On peut décrire les mines comme des combattants qui ne ratent jamais leur cible, qui lancent des attaques indiscriminées, qui ne portent pas leurs armes ouvertement et qui continuent à tuer longtemps après la fin des hostilités.¹”

1.1. Origines et évolution de l'utilisation des mines

1.1.1. Des mines statiques aux mines portables

Comme l'a écrit Cedric SLOAN, les mines ont une origine ancienne.² En effet, les premières mines ont probablement été utilisées au cours du XVII^e siècle, mais leurs caractéristiques étaient assez différentes de celles des mines antipersonnel actuelles. En faisant une analyse étymologique du terme, l'International Military and Defense Encyclopedia explique que le mot français *mine* dérive du Latin *mina* (une veine de minerai), ce qui signifiait au sens figuré un *tunnel*, *trou*, *excavation* ou *galerie* ³.

Ce sens dérive du fait que, dans un contexte militaire, le terme signifiait des tunnels remplis de poudre utilisés pour détruire des fortifications. On les appelait “mines souterraines” et elles constituaient les prédécesseurs des mines modernes. Le minage souterrain a constitué, depuis des temps plus lointains, une méthode utilisée pendant la guerre terrestre. Avec la construction de solides forteresses en pierre, leur destruction est devenue une phase cruciale de la guerre terrestre ⁴. Avant

¹ Propos d'un délégué du Comité international de la Croix-Rouge (C.I.C.R.), cités in *Mines terrestres: Une action s'impose. Le droit international humanitaire*, Publication du C.I.C.R., Genève, 1995, p. 9.

² Cedric SLOAN, “Land-mines - An Appraisal”, *Military Technology*, vol. X, issue 2, 1986, p. 74.

³ Ulrich KREUZFELD, “Mine Warfare, Land”, in: Trevor N. DUPUY, *International Military and Defense Encyclopedia*, vol. 4, Brassey's Inc., Washington; New York, 1993, p. 1756.

⁴ Kenneth MACKSEY, *The Penguin Encyclopedia of Weapons and Military Technology - Prehistory to the Present Day*, Viking, Penguin Books, Londres, 1993, p. 218.

l'invention de la poudre, des tunnels étaient creusés sous les fortifications. Au bout du tunnel il existait une large cavité soutenue par des supports en bois. Une fois que ces derniers étaient brûlés, la fortification tombait dans la cavité. Après l'invention de la poudre, les cavités des tunnels étaient remplies d'une charge explosive qui était utilisée pour détruire les forteresses⁵, de façon à accélérer tout ce processus⁶. Selon les effets de la démolition, une mine pouvait causer une brèche dans la forteresse, détruire des obstacles ou barrières, ou même infliger des pertes humaines à l'ennemi ou rendre ses armes inutiles⁷.

Ces travaux de minage étaient dangereux (il y avait manque d'oxygène et danger d'inondation dans les tunnels), très longs (pendant un siège, ils pouvaient durer trente jours ou plus) et exigeaient beaucoup de personnel. Selon les chiffres mentionnés par Kenneth MACKSEY⁸, il était nécessaire d'employer dix-huit mineurs et trente-six travailleurs non spécialisés pendant trois périodes successives de huit heures chacune pour construire une mine.

Pour certains auteurs, ce type de minage militaire classique a connu un dernier usage pendant la guerre franco-prussienne (1870-1871)⁹ et pour d'autres, pendant la Première guerre mondiale¹⁰. Mais il existe un consensus quant au moment où les avancements technologiques ont permis le passage de l'attaque à des objectifs fixes, à des troupes et à des véhicules. En effet, c'est l'utilisation de l'artillerie lourde qui a conduit à l'abandon progressif du type de minage classique, de sorte que de nouveaux types de mines ont été utilisés de plus en plus souvent à partir de la Première guerre mondiale. Elles ont été développées lors de la Première guerre mondiale, quand les soldats allemands utilisaient des projectiles d'artillerie enterrés pour empêcher l'avancement des chars français et britanniques¹¹.

⁵ Ulrich KREUZFELD, *op. cit. supra*, note 3, p. 1756.

⁶ Kenneth MACKSEY, *op. cit. supra*, note 4, p. 218.

⁷ Les principes fondamentaux du minage ont été énoncés par le maréchal français Sébastien Prestre de Vauban dans un ouvrage publié en 1700 et sont restés valides jusqu'au XIX^e siècle.

⁸ Ulrich KREUZFELD, *op. cit. supra*, note 3, p. 1757.

⁹ *Idem*.

¹⁰ United States Department of State, *Hidden Killers - The Global Landmine Crisis*, Department of State Publications, Bureau of Political-Military Affairs, December 1994, p. 3.

¹¹ The Arms Project of Human Rights Watch et Physicians for Human Rights, *Landmines - A Deadly Legacy*, Human Rights Watch, New York, 1993, p. 16.

C'est lors de la deuxième guerre mondiale que la mine enterrée a commencé à être d'un usage fréquent. Les mines consistaient en des cylindres de 30 centimètres de diamètre, contenant 10 kilos de TNT (abréviation de Trinitoluène un explosif léger et puissant) et selon la U.S. Defense Intelligence Agency, plus de 300 millions de mines ont été utilisées pendant la deuxième guerre mondiale¹². Mais le principal problème posé par ces mines antichar était non seulement sa facile détectabilité et neutralisation pendant la nuit sans la connaissance du défenseur¹³, mais aussi leur facile déplacement et leur possible réutilisation par les troupes ennemies. Pour éviter cette infiltration de l'ennemi, on a combiné la pose de mines antichar avec celle de mines antipersonnel (MAP) qui étaient placées entre les mines antichar¹⁴. Cette stratégie s'est montrée relativement efficace, car elle rendait les opérations d'infiltration dans les champs ennemis plus dangereuses et augmentait de même le temps nécessaire pour déminer un passage dans le champ.

1.1.2. Des mines défensives aux mines offensives

Le premier grand changement dans la technologie relative aux mines et à leur emploi est le fait qu'elles ont beaucoup gagné en mobilité. Le deuxième changement digne d'être mentionné, en ce qui concerne le développement et l'innovation technologique relatifs aux mines antipersonnel, consiste dans le fait qu'elles se sont transformées en armes offensives. C'est au cours des années 60, pendant la guerre du Vietnam que, au lieu de les poser manuellement, on a commencé à mettre en place à distance à partir d'avions, d'hélicoptères, ou de pièces d'artillerie. Dès lors, les mines sont devenues des armes offensives, alors qu'auparavant elles constituaient exclusivement une arme de nature défensive, utilisée pour empêcher l'avancement de troupes. Selon Cedric SLOAN,

“ [n]o longer must the mine wait for the target, the mine can be taken to the target¹⁵.”

¹² Information de la U.S. Defense Intelligence Agency et du U.S. Army Foreign Science and Technology Center, *Landmine Warfare - Trends & Projections*, décembre 1992, p. 2-1, citée in: *The Arms Project of Human Rights Watch et Physicians for Human Rights*, *op. cit. supra*, note 11, p. 16.

¹³ Cedric SLOAN, *op. cit. supra*, note 2, p. 74.

¹⁴ Gerold WÜRKNER-THEIS, *Fernverlegte Minen und humanitäres Völkerrecht*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1990, p. 85.

¹⁵ Cedric SLOAN, *op. cit. supra*, note 1, p. 75.

Avec l'aide de cette technique, on peut miner des champs entiers en quelques minutes, tandis qu'avant la même tâche demandait le travail d'une troupe entière pendant plusieurs jours ¹⁶. Comme ceci est expliqué dans l'ouvrage *Landmines - A Deadly Legacy*,

“ [t]he use of landmines as an offensive weapon, whether the lowtech hand-emplaced mine or sophisticated deep strike scatterables, alters the role of landmines from that of a limited utility, tactical weapon used on a particular battlefield in support of other weapons systems (especially antitank mines) to that of a strategic weapon ¹⁷.”

Lors de la Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles qui a eu lieu à Lucerne entre le 24 septembre et le 18 octobre 1974, ces experts ont pu constater que

“ si les mines posées selon un plan de pose réglementaire permettent dans une certaine mesure de limiter la progression de l'ennemi, les techniques de pose dispersée permettent, elles, de limiter aussi les mouvements de l'ennemi de côté et vers l'arrière. En outre, la rapidité avec laquelle les champs de mines dispersables peuvent être placés permet de laisser des zones sans mines, et par conséquent disponibles pour les manœuvres des troupes amies, jusqu'au dernier moment ¹⁸.”

Quand elles sont utilisées d'une façon défensive, les mines servent à empêcher l'accès à certaines régions, à pousser l'ennemi à concentrer ses mouvements dans des zones où les attaques lancées contre lui seront plus efficaces, ainsi qu'à réduire la mobilité des troupes ennemies lors d'une attaque. Employées d'une façon offensive, les mines servent à bloquer la retraite de l'ennemi. Elles peuvent également être employées pour contrarier l'évacuation des moyens logistiques et provoquer la confusion au quartier général.

¹⁶ Gerold WÜRKNER-THEIS, *op. cit. supra*, note 14, p. 87.

¹⁷ *The Arms Project of Human Rights Watch et Physicians for Human Rights, op. cit. supra*, note 11, pp. 22-23.

¹⁸ Comité international de la Croix-Rouge, *Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles* (Lucerne, 24 septembre - 18 octobre 1974), Rapport, Genève, 1975, p. 73.

Ce progrès technologique lié au mode de placement des mines a été accompagné d'un changement de la tactique et de la conception de l'utilisation des mines. En réalité, c'était aussi pendant la guerre du Vietnam que les Viet Cong ont utilisé les mines comme des instruments de terreur destinés à intimider des populations locales sélectionnées¹⁹. Le but de l'attaque dont l'ingrédient principal est la terreur est d'affecter l'état psychique et la persévérance des combattants et de la population civile ennemie. Par ce moyen, on cherche à faire naître un sentiment généralisé d'insécurité, et de manque de protection, et la motivation dans la poursuite des combats a tendance à diminuer^{20, 21}.

1.2. Les avantages militaires offerts par les mines

Comme le droit international humanitaire consiste en un équilibre entre les nécessités militaires et le principe d'humanité, il est nécessaire en l'espèce de déterminer quelles peuvent être les nécessités justifiant l'utilisation de mines antipersonnel. Il est alors crucial d'examiner les "performances" des mines dans les champs de bataille pour pouvoir comprendre tous les enjeux concernant cette arme et déterminer jusqu'à quel point son utilisation est justifiable. Mais, tout d'abord, il est indispensable de noter que l'utilité militaire ne peut jamais justifier la violation de règles du droit des conflits armés en procurant un avantage militaire à travers l'utilisation de méthodes et moyens interdits. L'utilité peut seulement être considérée comme légitime si elle est en accord avec les règles du droit international humanitaire et les buts légitimes de la guerre. Nous allons examiner l'emploi (et l'éventuelle utilité) des mines antipersonnel dans le cadre d'abord des conflits internationaux et après dans des conflits non internationaux. Nous essayerons également de déterminer si les avantages offerts par les mines spécialement dans le cas de conflits non internationaux sont en conformité avec les règles du droit international humanitaire et, par conséquent, légitimes.

¹⁹ *Arms Projects of Human Rights Watch et Physicians for Human Rights, op. cit. supra*, note 11, p. 6.

²⁰ Gerold WÜRKNER-THEIS, *op. cit. supra*, note 14, p. 109. Ce sujet sera traité de façon plus détaillée ci-dessous, à propos des moyens et méthodes de guerre interdits.

²¹ Pour une analyse historique de l'emploi de mines depuis 1940, voir Comité international de la Croix-Rouge, *Les mines terrestres antipersonnel. Des armes indispensables?*, CICR, Genève, mars 1996, pp. 29 - 43.

Dans le cadre des guerres internationales classiques, et selon Stephen D. BIDDLE et Julia KLARE ²², il y a quatre types d'arguments justifiant l'avantage des mines antipersonnel par rapport à d'autres armes.

Le premier consiste en l'économie de personnel. En effet, et selon cette conception, l'utilisation de mines antipersonnel permet de tenir des positions avec un personnel très réduit. Les auteurs mentionnés renforcent cet argument en nous donnant l'exemple d'une déclaration de l'armée de terre des Etats-Unis selon laquelle

“ [...] on peut s'attendre que l'utilisation des mines terrestres réduise environ de moitié les pertes américaines au combat et améliore les rapports échange-perte d'un facteur de 2 ²³.”

Le deuxième argument se fonde sur le fait que les mines antipersonnel canalisent les attaques, ce qui donne naissance à (au moins) deux situations: la superficie de terrain utilisable est réduite et les troupes ennemies sont dirigées vers des zones où les “armes défensives peuvent être disposées pour un effet maximal” ²⁴. En effet, une des principales fonctions des mines antipersonnel dans les guerres conventionnelles est de bloquer l'accès à certains territoires, bases militaires ou installations-clé et ainsi d'empêcher la mobilité de l'ennemi. Les mines sont très efficaces lorsqu'il est nécessaire de retarder ou canaliser l'ennemi dans un autre territoire. Ces mines doivent détourner les mouvements de l'ennemi vers des endroits qui sont mieux défendus tout en retardant leur attaque.

“ [T]he main military function of mine warfare today is to inflict delay upon the enemy. Modern military tactics involve the use of speed of movement and manoeuvre, coupled with firepower, to defeat an enemy by the introduction of landmines is to the advantage of the defender. Landmine barriers may also be used to direct an enemy towards an area of the defender's choosing – the so-called 'killing ground' tactic. To both these

²² Stephen D. BIDDLE et Julia KLARE, “L'utilité militaire et la maîtrise des mines terrestres”, *Lettre de l'UNIDIR*, n° 28/29, décembre 1994/ mai 1995, p. 80.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*, p. 81.

ends, anti-tank and anti-personnel mines are now accepted and widely used instruments of warfare ²⁵.”

Selon les résultats du Symposium d’experts militaires de janvier 1994, ces affirmations sont confirmées par des études militaires et des simulations effectuées ²⁶.

Le troisième argument consiste dans le fait que ces armes augmentent les pertes des attaquants de deux façons: en leur infligeant des pertes immédiates provoquées par la détonation de la mine et aussi (comme nous avons déjà mentionné) en canalisant l’ennemi dans des zones qui lui sont défavorables et où il a attaqué par d’autres moyens.

Finalement, selon le quatrième argument, les mines réduisent, selon l’opinion commune, les pertes du défenseur.

“ En tuant les attaquants, elles réduisent le nombre d’armes qui tirent sur les défenseurs, et, en ralentissant la progression de l’attaquant, elles diminuent l’efficacité de son tir ²⁷.”

D’autres avantages des mines antipersonnel peuvent être mentionnés, comme par exemple ceux qui se sont dégagés des résultats du Symposium d’experts militaires sur l’utilité militaire des mines antipersonnel ²⁸, selon lesquels, dans une guerre de type classique, les mines disposent

²⁵ Terry J. GANDER, “Anti-Personnel Mine Warfare - An Outline”, in: International Committee of the Red Cross, *Symposium on Anti-personnel Mines*, Report, Montreux, 21-23 April 1993, p. 203.

²⁶ Comité international de la Croix-Rouge, “Rapport du Comité international de la Croix-Rouge pour la conférence d’examen de la Convention de 1980 des Nations Unies sur l’interdiction ou la limitation de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars-avril 1994, p. 192.

²⁷ Stephan D. BIDDLE et Julia KLARE, *op. cit. supra*, note 22, p. 81. Mais ces mêmes auteurs critiquent ce dernier argument en affirmant que la technique de guerre, de nos jours, comporte une combinaison de tactique défensive et offensive, ce qui rend l’utilisation de mines antipersonnel un amalgame d’avantages et de désavantages. Ces doutes sont également exprimées dans *Landmines - A Deadly Legacy (op. cit. supra*, note 10, pp. 21 et 22), où l’exemple des événements de la Guerre du Vietnam est donné, pendant laquelle les forces des Etats-Unis voyageaient fréquemment à travers des zones qu’ils avaient minées avant. Selon cette même œuvre, et en accord avec une étude du Pentagone, “although the Army kept asking for more mines, *one fifth to one third of all U.S. deaths* were caused by these devices, while they killed relatively few enemy in exchange.” (cf. *op. cit.*, pp. 21 et 22) (souligné dans l’original).

²⁸ Comité international de la Croix-Rouge, *op. cit.*, *supra*, note 26, pp. 186 et ss.

“ [...] d’une très grande efficacité et un très grand ‘rendement’. [...] Très peu d’équipement est nécessaire en plus de celui que les soldats transportent normalement. Le but principal des mines consiste à canaliser la progression de l’ennemi et à lui faire perdre du temps. Les mines présentent toutefois l’avantage supplémentaire d’infliger des pertes à l’ennemi ²⁹.”

Les mines possèdent aussi un effet démoralisateur sur les soldats. Selon Cedric SLOAN ce ne sont pas seulement les chiffres des blessures qui sont capables de traduire l’utilité militaire des mines, puisqu’ils n’arrivent pas à refléter les effets psychologiques que les opérations de minage peuvent avoir sur l’ennemi. Comme l’explique cet auteur,

“ [i]f the fear of mines can be instilled into the minds of opposing troops they will become wary, cautious and reluctant. Their advance will lose momentum and their attacks falter ³⁰.”

Pour Terry GANDER ³¹, la majorité des mines antipersonnel sont construites juste pour incapaciter l’ennemi et sont rarement capables de tuer. Les mines peuvent, par contre, infliger un haut degré de blessures, provoquant des chocs psychologiques aux victimes, ce qui engendre une baisse du moral des autres combattants (qui ont assisté à des accidents dont les victimes ont été des collègues). Selon cet auteur, l’effet démoralisant conduit, le plus souvent, à ce que les combattants développent un sens exagéré d’auto-préservation et que, de cette façon, ils perdent leur efficacité militaire, éprouvent une réticence pour continuer une opération militaire ou refusent même de poursuivre leurs activités militaires ³².

²⁹ *Idem*, p. 188.

³⁰ Cedric SLOAN, *op. cit. supra*, note 2, p. 80.

³¹ Terry J. GANDER, *op. cit. supra*, note 25, p. 205.

³² Le passage suivant du livre de Norman SCHWARZKOPF (qui, lui-même, a été blessé par l’explosion d’une mine) illustre bien l’état d’âme des combattants qui sont forcés de se déplacer dans des terrains minés: “I started through the minefield, one slow step at a time, staring at the ground, looking for telltale bumps or little prongs sticking up from the dirt. My knees were shaking so hard that each time I took a step, I had to grab my leg and steady it with both hands before I could take another. I had to nearly double over to move.”, H. Norman SCHWARZKOPF, *It Does’nt Take a Hero*, *op. cit.* in Jack H. MCCALL, Jr, “Infernal Machines and Hidden Death: International Law and Limits on the Indiscriminate Use of Land Mine Warfare”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, Feb. 1995, p. 234.

Le Comité international de la Croix-Rouge a commandé une étude qui a eu pour but d'analyser l'avantage des mines antipersonnel. Cette étude, publiée en mars 1996, démontre que la question de la preuve de l'utilité militaire des mines antipersonnel au cours de guerres classiques est presque un tabou pour les militaires et pour la doctrine militaire classique. Cette étude a pour but de prouver que l'utilité des mines n'est pas aussi déterminante que l'on suppose généralement et que les mines ne constituent pas des armes indispensables. Pour les membres du groupe d'experts militaires qui s'est réuni en février 1996, "il n'y a aucun exemple pratique où les mines aient été utilisées dans lequel leur emploi ait joué 'un rôle majeur et [ait] véritablement 'fait pencher la balance' d'un côté ou de l'autre ³³." Les auteurs de cette étude soutiennent également que l'utilisation de mines antipersonnel implique des pertes militaires et une limitation de la marge de manœuvre tactique bien plus élevées que ce qui a normalement été admise. Il est en outre affirmé que les champs de mines antipersonnel sont conçus pour retarder l'ennemi, et qu'ils ne sont jamais arrivés à empêcher sa pénétration, ce qui, selon l'étude, réduit considérablement l'importance du rôle joué par ces armes.

Cette étude arrive certes à démystifier l'usage des mines antipersonnel et réussit à démontrer qu'elles n'arrivent pas à atteindre des effets multiplicateurs. Mais il est également vrai que l'étude n'arrive pas à prouver que les mines antipersonnel sont des armes négligeables et passibles d'être substituées par d'autres moyens de guerre. Cette étude se révèle beaucoup plus intéressante par le fait de démontrer que l'utilisation de mines – antipersonnel même par des armées professionnelles – est incompatible avec le respect des règles de droit international humanitaire, aspect que nous analyserons de façon plus détaillée dans le chapitre suivant du présent mémoire.

Il est important de noter que les types d'avantages militaires en cause apportés par l'utilisation des mines antipersonnel ne se situent pas exclusivement dans le cadre d'une guerre conventionnelle. Pour cette raison, il faut faire une distinction entre les deux cadres d'utilisation de mines: les guerres conventionnelles et les guerres insurrectionnelles ³⁴.

³³ Comité international de la Croix Rouge, *op. cit. supra*, note 21, p. 7.

³⁴ Rae MAC GRATH, "The Reality of the Present Use of Mines by Military Forces", in: International Committee of the Red Cross, *op. cit. supra*, note 25, p. 8.

Dans des situations de guerre insurrectionnelle, l'utilisation des mines se passe dans des modalités très différentes de celles qui ont été mentionnées. La plus grande différence entre l'emploi classique des mines et leur rôle dans des guerres insurrectionnelles est que ces dernières n'attaquent pas seulement la force militaire de l'ennemi, mais aussi les infrastructures économiques et socio-politiques du pays ³⁵. Les mines antipersonnel constituent, ainsi, une arme "de prédilection" ³⁶, irrésistible et bon marché (accessibles même à un petit groupe d'insurgés avec des ressources financières très limitées), idéale pour terroriser la population civile et pour servir d'important moyen de combat. Selon *Landmines - A Deadly Legacy*,

“ [r]ecent evidence from a number of countries shows that mines are increasingly used as part of a deliberate military strategies to spread terror among the civilians and keep them away from their homes and sources of food ³⁷.”

Selon le médecin-chef du Comité international de la Croix-Rouge, le Dr. Rémi RUSSBACH,

“ [t]he use of antipersonnel mines in present-day warfare extends beyond the purely military, to the vicious purposes of psychological, rather than defensive, warfare ³⁸.”

C'est dans le cadre des guerres insurrectionnelles que les mines se montrent aussi plus capables d'atteindre leurs objectifs. Dans l'étude commandée par le Comité international de la Croix-Rouge sur l'utilité militaire des mines antipersonnel, plusieurs exemples sont cités démontrant le rôle-clé que les mines antipersonnel ont joué dans certains conflits. Dans la guerre civile au Mozambique, c'était le fait que les mines avaient aggravé la famine qui a "conduit les responsables de la

³⁵ Comité international de la Croix Rouge, *op. cit. supra*, note 26, p. 190.

³⁶ Comité international de la Croix rouge, *op. cit. supra*, note 21, p. 9.

³⁷ *The Arms Projects of Human Rights Watch et Physicians for Human Rights*, *op. cit. supra*, note 11, p. 5.

³⁸ Rémi RUSSBACH, "Casualties of Conflicts and Mine Warfare", in: Kevin M. CAHILL (éd.), *A Framework for Survival Health, Human Rights, and Humanitarian Assistance in Conflict Disasters*, Basic Books and The Council on Foreign Relations, New York, 1993, p. 124.

RENAMO à s'asseoir à la table des négociations. ³⁹ Les mines posées par l'Irak autour des villages kurdes ont permis de paralyser la région et d'empêcher la reprise des travaux agricoles.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir si les buts poursuivis dans les guerres insurrectionnelles – terroriser la population, paralyser une région, provoquer la famine ou empêcher les travaux agricoles – sont conformes au droit international humanitaire et, par conséquent, sont des arguments valables justifiant la nécessité militaire des mines antipersonnel. Cette hypothèse est liminairement exclue dans l'étude susmentionnée sur l'utilité militaire des mines antipersonnel, selon laquelle

“ l'emploi de mines dans de tels buts n'a aucune utilité militaire et le succès remporté par les mines antipersonnel dans ce rôle ne peut pas être utilisé en tant que justification militaire pour les garder dans les arsenaux. ⁴⁰”

Il nous semble que cette position est renforcé par le texte de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, selon lequel

“ le seul but légitime que les Etats doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi; ⁴¹”

Quant à la question de savoir s'il y a une autre arme qui puisse faire concurrence aux mines antipersonnel dans une perspective coûts-avantages, le C.I.C.R. a organisé un Symposium pour étudier les mines antipersonnel, auquel ont participé des juristes, médecins et militaires qui ont discuté, entre le 21 et le 23 avril 1993 à Montreux, plusieurs questions liées à l'utilisation, la fabrication et la détectabilité de mines antipersonnel, leur utilité militaire ainsi qu'aux possibles armes de substitution. Les participants au Symposium de Montreux ont recommandé l'organisation d'une réunion d'experts militaires pour

³⁹ Comité international de la Croix Rouge, *op. cit. supra*, note 21, pp. 52 et 53.

⁴⁰ *Idem*, p. 53, *in fine*.

⁴¹ Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre (Deuxième Considérant), in: *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 13ème, 1994, pp. 308-309.

examiner l'emploi de mines antipersonnel et des possibles alternatives à cette arme. Ce Symposium d'experts militaires sur l'utilité militaire des mines antipersonnel, qui s'est tenu entre le 10 et le 12 janvier 1994, est arrivé à la conclusion que:

“ [a]ucun des systèmes de substitution ne répond aux exigences militaires de la même manière que les mines antipersonnel. Ces sont les engins explosifs de fabrication artisanale qui se rapprochent le plus de mines antipersonnel. Si les mines antipersonnel n'existaient pas, ces engins proliféreraient. Ils seraient sans doute moins nombreux que les mines antipersonnel, mais les pertes occasionnées par chacun d'eux pourraient être très importantes. En outre, les problèmes d'enlèvement, une fois les hostilités terminées, subsisteraient. ⁴²”

En ce qui concerne le rapport coût/efficacité, selon ce même rapport, les systèmes de substitution “exigent davantage de moyens et sont moins efficaces”. Après la fin des hostilités, ce sont les mines qui provoquent les pires effets, “à moins qu'elles ne se soient automatiquement détruites ou neutralisées, ou qu'elles aient été enlevées.”

En comparaison avec d'autres systèmes de substitution, les mines continuent à être des armes plus performantes que les autres armes disponibles: les fils de fer barbelés entraînent des coûts plus élevés de transport et d'achat et requièrent une main d'œuvre plus considérable que celle nécessaire pour poser des mines. L'excavation de fossés pose les mêmes problèmes en termes de temps et d'efforts nécessaires à leur construction. Les engins de fabrication artisanale sont plus chers et demandent plus de travail pour être placés. Quant aux inondations et à la boue, elles sont difficiles à contrôler, peuvent provoquer des risques pour la population civile et l'agriculture, et n'offrent aucune fiabilité. Le feu d'appui terrestre, aussi bien que l'appui aérien, posent tous les deux des problèmes en raison de leurs coûts élevés ⁴³.

L'étude de mars 1996 commandée par le C.I.C.R. arrive à cette même conclusion après l'examen des armes capables de remplacer les mines antipersonnel. Même en affirmant que les mines ne sont pas

⁴² Comité international de la Croix-Rouge, *op. cit. supra*, note 26, p. 195.

⁴³ *Idem*, pp. 193-195.

capables de remplir toutes les tâches qui leur sont destinées, les experts qui ont rédigé ce rapport attestent que

“ [a]ucune des solutions évoquées ci-dessus ne remplit, il est vrai, l’objectif assigné aux mines antipersonnel. ⁴⁴”

Le tableau qui suit expose les conclusions susmentionnées auxquelles sont arrivés les experts militaires pendant le Symposium de janvier 1994:

	Mines	Fosses	Inonda- tion/Boue	Appui aérien
	oui	en partie	en partie	en partie
	positif	moyen	moyen	négatif
	oui	non	en partie	oui

1.3. Catégories et types de mines terrestres

Une des caractéristiques des mines antipersonnel est le fait qu’elles sont activées par la victime elle-même, c’est-à-dire qu’elles explosent “du fait de la présence, de la proximité ou du contact d’une personne” ⁴⁶.

⁴⁴ Comité international de la Croix-Rouge, *op. cit. supra*, note 21, p. 77.

⁴⁵ D’après le tableau publié dans *op. cit. supra*, note 26, p. 194: • = Information insuffisante:

* Infra-sons/ Mousse/ Colle. Peu d’informations étant disponibles au sujet de ces éventuelles futures armes, les chiffres indiqués ici sont basés sur de pures conjectures et peuvent ne pas refléter la réalité.

⁴⁶ Article 2 §1 du Protocole sur l’interdiction ou la limitation de l’emploi des mines, pièges et autres dispositifs (Protocole II), annexé à la Convention de 1980 sur la limitation de l’emploi de certaines armes classiques, *in: opus cit. supra*, note 41.

“Elles peuvent être reliées à un fil de trébuchement ou comporter un dispositif antimanipulations ou un capteur électronique. C’est en cela que réside la principale distinction entre une mine et une arme classique.⁴⁷”

Les mines antipersonnel modernes se distinguent par trois caractéristiques: leur poids et taille, leur composition (dont leur détectabilité) et leur bas prix.

Si les mines utilisées pendant la deuxième guerre mondiale pesaient environ 10 kilos et consistaient en des grands cylindres de métal, de nos jours, les mines peuvent être limitées à quelques grammes et avoir des enveloppes entièrement fabriquées en plastique. Ces nouvelles mines sont fabriquées avec des quantités minimales ou nulles de métal, leur détectabilité est rendue très difficile voire presque impossible. Cette caractéristique contribue de façon déterminante aux difficultés actuelles de déminage, étant donné que la plupart des mines restent activées longtemps après avoir été posées et même pendant plusieurs années après la fin des hostilités⁴⁸.

“Les Nations Unies estiment que si l’emploi des mines était interdit aujourd’hui [...], 1100 ans [...] seraient nécessaires pour se débarrasser, au rythme actuel des opérations de déminage, de toute celles qui sont déjà en place.⁴⁹”

Le faible poids des mines permet leur lancement à partir d’avions ou hélicoptères en des quantités énormes. Selon les chiffres mentionnés par Gerold WÜRKNER-THEIS, un bombardier est capable de disperser

⁴⁷ Comité international de la Croix Rouge, *op. cit. supra*, note 21 p. 10.

⁴⁸ Souvent on trouve des mentions aux problèmes de détectabilité des fragments plastiques aux rayons X posés pendant des interventions chirurgicales auxquelles les victimes des mines sont soumises. Selon un chirurgien du C.I.C.R. le Dr. Robin COUPLAND, spécialiste en blessures occasionnées par mines, ce problème n’est pas significatif du point de vue chirurgical, car les chirurgiens sont également confrontés à d’autres particules non localisables aux rayons X comme la terre, des morceaux de vêtements, entre autres. C’est l’ouverture causée par la blessure sur le corps de la victime qui indique les endroits où se situent des fragments de mine et éventuellement d’autres substances non localisables aux rayons X. Par conséquent, la non-détectabilité de quelques fragments plastiques des mines antipersonnel ne provoque pas des problèmes supplémentaires lors des interventions chirurgicales.

⁴⁹ Comité international de la Croix Rouge, *op. cit. supra*, note 21, p. 9. Cette estimation, bien qu’intéressante pour donner une image de la difficulté d’effectuer le déminage, ne correspond pas à la réalité, car la durée de vie d’une mine antipersonnel activée, même si elle est assez longue (il y a encore des mines posées pendant la Deuxième guerre mondiale qui demeurent actives) ne peut jamais atteindre 1100 ans!

jusqu'à 250 000 mines, tandis qu'un avion lourd peut même lancer un million de ces engins⁵⁰. Par ce moyen il est possible en quelques heures de miner un vaste champ ce qui fait que cette pratique peut être comparée à la tactique de la terre brûlée.

Dans la conduite des hostilités sur terre, la mine est définie comme un explosif ou autre matériel, normalement couvert, destiné à détruire ou endommager des véhicules terrestres, navires ou des véhicules, et à blesser, tuer ou rendre incapable le personnel⁵¹. Comme nous l'avons vu, les mines terrestres peuvent être divisées en deux grandes catégories: les mines antichar et les mines antipersonnel⁵².

“ Les mines terrestres utilisées contre les blindés et autres véhicules agissent par l'effet du souffle, employant très fréquemment des charges explosives creuses ou dirigées pour détruire leurs objectifs. Normalement, les mines antichars n'explorent pas au passage des fantassins, car elles ne sont déclenchées que par une pression supérieure au poids d'un homme, ou par des détonateurs acoustiques ou à l'induction magnétique qui font une discrimination entre les hommes et les véhicules.⁵³ ”

Parmi les mines antipersonnel, on peut trouver trois types fondamentaux: les mines à effet de souffle, celles à fragmentation et finalement celles directionnelles à fragmentation. Les premières sont posées sur ou sous le sol (avec approximativement 4 cm de couverture) et explosent au contact d'une personne⁵⁴ – il peut s'agir d'un système à pression ou d'un système à traction par fil. Ces mines sont de petite

⁵⁰ Gerold WÜRKNER-THEIS, *op. cit. supra*, note 14, p. 88.

⁵¹ Cette définition est agréée pour utilisation parmi la communauté des Etats membre de l'OTAN. C'est également une définition adoptée officiellement par le Département de la Défense des Etats Unis. In Jay M. SHAFRITZ, Todd J.A. SHAFRITZ, David B. ROBERTSON, *Dictionary of Military Science*, Facts on File; New York, Oxford; 1989, p. 290. Cette même définition est celle adoptée par plusieurs auteurs comme par exemple Steven M. KOSIAK et Donald E. BENNETT, "Mine", in: Trevor N. DUPUY, *op. cit. supra* note 3, p. 1753.

⁵² Cette distinction, qui a acquis une portée très importante à la suite de la nouvelle version du Protocole II de la *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination* (ou Convention sur les armes classiques) de 1980, sera analysée de forme plus détaillée dans la dernière partie de ce mémoire.

⁵³ Comité international de la Croix Rouge, *Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination*, C.I.C.R., Genève, 1973, p. 55.

⁵⁴ *Op. cit. supra* note 21, page 11.

dimension (moins de 80 mm de diamètre)⁵⁵ et de faible poids (certaines pèsent moins de 100 grammes). Les mines du deuxième type sont constituées par des mines ayant une charge explosive à l'intérieur d'une enveloppe métallique ou plastique, dans lequel se trouvent des fragments "métalliques de forme cubique ou cylindrique aux arêtes acérées ou, encore, sous forme de billes d'acier"⁵⁶. Ces mines peuvent être déclenchées par les mêmes moyens que les mines à effets de souffle, mais aussi par moyen de senseurs sismiques, par des capteurs sonores ou magnétiques et des barrières infrarouges. Lors de l'explosion, la mine projette des fragments à une distance qui peut atteindre 40 mètres. En ce qui concerne les mines antipersonnel directionnelles à fragmentation, elles sont conçues de façon à ce que leurs fragments soient projetés dans une direction déterminée.

" Ce type de mine est généralement posé au sol sur un trépied, il peut aussi être fixé au tronc d'un arbre ou à tout autre type de structure adéquate.⁵⁷ "

Leur activation peut s'effectuer par les moyens déjà mentionnés. Selon le modèle, leurs éclats peuvent atteindre une distance de 50 à 100 mètres, et même 150 mètres pour certains modèles.

Quand les mines à effet de souffle explosent, le souffle conduit les fragments de la mine, avec de la terre, des saletés, de la végétation et des parties de vêtements dans la jambe de la victime. Les effets typiques de ces mines sont souvent la mort ou l'amputation d'un ou des deux membres de la victime, et aussi d'autres blessures sur le visage et autres parties du corps. Les mines à fragmentation sont activées quand la victime heurte le fil de trébuchement en exerçant une force supérieure à un kilo. Cette mine cause la fragmentation sur une superficie d'environ 20 mètres.

Les mines modernes peuvent être également munies de mécanismes anti-manipulation, de sorte qu'elles explosent quand elles sont touchées⁵⁸, c'est-à-dire lorsque quelqu'un essaie de les neutraliser.

⁵⁵ Gérald C. CAUDERAY, "Les mines antipersonnel", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 802, juillet-août 1993, p. 297.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*, p. 298.

⁵⁸ Le terme anglais est 'disturbed'. Ces mécanismes vont être analysés de plus près lors de l'examen du Protocole II modifié, au chapitre 3 du présent mémoire.

2. LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT DE LA GUERRE

2.1. Les prohibitions quant aux effets

2.1.1. L'interdiction des méthodes et moyens de guerre non discriminés

L'utilisation non discriminée de moyens et méthodes de guerre est interdite par le droit international coutumier. Ce principe est un corollaire du principe de la distinction entre la population civile et les combattants, et entre les biens civils et les biens militaires – un autre principe de base du droit des conflits armés. En ce qui concerne les interdictions d'emploi d'armes spécifiques qui ont des effets non discriminés, CASSESE affirme que les principales restrictions en ce qui concerne leur utilisation ont été établies pendant 'l'âge d'or' de la codification des lois de la guerre, c'est-à-dire entre 1899 et 1925⁵⁹. La prohibition des gaz asphyxiants et l'interdiction de lancer des projectiles et explosifs à partir de ballons (de 1899) ont eu comme justification (parmi d'autres motifs) la volonté d'éviter de frapper les civils de façon non discriminée, de mettre en danger l'existence d'un large nombre de non-combattants ou de faire des victimes parmi les non-combattants. Le même motif était aussi à la base de l'interdiction de poser de mines sous-marines automatiques de contact, en 1907. Le principe a également été affirmé de manière abstraite au deuxième considérant de la Déclaration de Saint-Pétersbourg et dans le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention de la Haye de 1907 (n° IV). Le Protocole de Genève du 17 juin 1925 a interdit l'utilisation de gaz asphyxiant en combat, en raison de l'impossibilité de limiter le champ d'action des facteurs bactériologiques.

En 1965, la XX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge à Vienne a solennellement déclaré que tout gouvernement ou toute autre autorité doit observer, entre autres, le principe de l'interdiction de lancer des attaques contre la population civile comme telle et celui de la

⁵⁹ Antonio CASSESE, "The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare", in *Declarations on Principles - A Quest for Universal Peace. Liber Amicorum Discipulorumque Prof. Dr. Bert V. A. Röling, Sijthoff International Publishers, Leiden, 1977, p. 173.*

distinction en tout temps entre population civile et combattants ⁶⁰. Ces principes ont été réaffirmés lors de la Session d'Edinbourg de l'Institut de droit international qui a essayé de préciser quels objectifs peuvent être considérés comme militaires, à savoir ceux qui,

“ [...] make an effective contribution to military action, or exhibit a generally recognized military significance, such that their total or partial destruction in the actual circumstances gives a substantial, specific and immediate military advantage to those who are in a position to destroy them. ⁶¹”

En 1968, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte, à son tour, la Résolution 2444 (XXIII) relative au respect des droits de l'homme en période de conflit armé, dans laquelle les principes énoncés lors de la Conférence internationale de la Croix-Rouge sont réitérés et où est exprimé le besoin d'élaborer de nouvelles conventions internationales assurant une meilleure protection des populations civiles.

On a dû attendre quelques années, jusqu'à ce que la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire de 1974-1977 puisse donner forme aux souhaits exprimés en 1968. Cette Conférence a adopté plusieurs règles interdisant les attaques non discriminées dans son Titre IV relatif, précisément, à la population civile. Selon l'article 48 du Protocole additionnel I, une distinction entre population civile et combattants doit être faite en tout temps. Pour KALSHOVEN, l'article 48 du Protocole additionnel I constitue la réaffirmation d'un principe de droit coutumier qui implique que les parties doivent diriger leurs opérations militaires contre des objectifs militaires ⁶². On doit considérer cette règle comme absolue et indérogeable; Eric DAVID note que des expressions telles que celle employée à l'article 48 ('en tout temps') constituent des facteurs d'intangibilité des normes et prétendent renforcer le caractère obligatoire

⁶⁰ Résolution XXVIII, "Protection des populations civiles contre les dangers de la guerre indiscriminée", XX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge, Vienne, 1965.

⁶¹ Résolution I, "The distinction between military objectives and non-military objects in general and particularly the problems associated with weapons of mass destruction", Fifth Commission, Institute of International Law (Session at Edinburgh; 4-13 September 1969), *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1969, Editions Juridiques et Sociologiques, Bâle, 1969.

⁶² Frits KALSHOVEN, "Reaffirmation and development of international humanitarian Law applicable in armed conflicts: the Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977. Part II", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, vol. IX.

fondamental d'une règle donnée⁶³. Philippe BRETTON affirme lui aussi la nature d'obligation générale de l'article 48, qui est confirmée par le fait d'avoir été adopté par consensus, en Commission comme en plénière⁶⁴.

La règle relative à cette distinction peut être divisée en trois éléments: a) les attaques ne peuvent pas être dirigées contre les non-combattants; b) les attaques doivent être dirigées contre des objectifs militaires; c) même lors d'une attaque dirigée contre un objectif militaire, la règle de la proportionnalité doit être respectée⁶⁵. L'obligation de faire toujours la distinction entre population civile et combattants, aussi bien qu'entre objectifs militaires et civils, est le résultat classique de l'essai de restreindre la guerre aux actes de violence contre l'ennemi strictement nécessaires du point de vue militaire.

L'utilisation de la force est seulement permise contre un objectif militaire spécifique (et individualisé), mais les combattants doivent aussi utiliser des armes spécifiques et des moyens de guerre limités (ou au moins passibles de limitation).

“ A 'specific military objective' accordingly is the fundamental precondition for an act of force to be justifiable under humanitarian law.⁶⁶”

A) Peut-on considérer un territoire comme un objectif militaire?

A propos de cette règle, nous allons traiter deux questions, pour commencer celle de savoir si on peut considérer tout un territoire comme un objectif militaire. Cette question peut avoir des répercussions importantes en ce qui concerne les mines antipersonnel car, comme l'explique WÜRKNER-THEIS, en cas de réponse affirmative à cette question, les pertes de personnes qui entrent dans le champ de mines sont considérées comme involontaires et purement accidentels, car l'objet de l'attaque a été exclusivement le territoire. Mais cette conclusion peut

⁶³ Eric DAVID, “*Principes de droit des conflits armés*”, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 90.

⁶⁴ Philippe BRETTON, “Le problème des ‘méthodes et moyens de guerre ou de combat’ dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1978, janvier-juin, tome 82/I, p. 66.

⁶⁵ A. P. V. ROGERS, “Conduct of Combat and risks run by the civilian population”, *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, n.º 1-2-3-4, vol. XXI, 1982, p. 29.

⁶⁶ Dieter FLECK, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, Section 404.

mener à une limitation significative de la protection de la population civile. La reconnaissance d'un territoire comme objectif militaire conduit à la légalisation d'attaques contre de grandes superficies, ce qui mène à une dérogation du principe de la distinction entre civils et militaires – étant donné que chaque militaire pourrait alors déclarer un territoire comme objectif militaire ce qui impliquerait une suspension de la protection due à la population civile⁶⁷. Cette conception pourrait permettre de miner de vastes superficies servant principalement à l'habitation des populations civiles⁶⁸. Les pertes civiles seraient alors considérées comme causées incidemment et justifiées par l'avantage militaire procuré.

D'un autre côté, l'article 52 §2 du Premier Protocole additionnel de 1977⁶⁹ fixe les conditions pour qu'une cible puisse être considérée comme un objectif militaire en exigeant la présence cumulative de deux conditions: d'un côté, l'objet doit par sa nature, emplacement, destination ou utilisation, apporter une contribution effective à l'action militaire. D'un autre côté, sa destruction totale ou partielle, sa capture ou neutralisation doit offrir en l'occurrence un avantage militaire précis. L'expression 'contribution effective' de l'article 52 §2 PAI peut être considérée comme étant similaire à l'expression figurant à l'article 57 §2 a) iii et b) PAI et relatif aux précautions dans l'attaque, qui établit comme critère pour déterminer l'obligation d'abstention ou d'interruption d'une attaque le caractère excessif des pertes par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

Si nous nous penchons sur la question de l'utilisation des mines antipersonnel, notamment de celles qui sont dispersables, nous pouvons nous poser la question de l'existence, ou non, d'un avantage militaire 'concret et direct'. Cela pose plusieurs problèmes, car le moment de l'explosion d'une

⁶⁷ Gerold WÜRKNER-THEIS, "Fernverlegte Minen und humanitäres Völkerrecht", Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1990, p. 121.

⁶⁸ Cette pratique peut être assimilée à la politique de la terre brûlée qui a été jugée licite si "pratiquée par une Puissance qui se retire d'un territoire occupé [...] s'il existe d'impérieuses raisons militaires de la pratiquer". Mais l'article 54 du Protocole additionnel II limite cette pratique en ce qui concerne les biens indispensables à la survie des populations civiles. "La politique de la 'terre brûlée' menée par un occupant, même lorsqu'il se retire de ces territoires, ne doit pas affecter ces biens.", in: Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMAN (Eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix Rouge, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1987, §§ 2121-2123. Pour Eric DAVID, même si ceci n'est pas explicité dans l'article 54 du Protocole I, "la politique de la terre brûlée ne doit pas causer 'des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel' [...] qui doit être considéré comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité.", *op. cit. supra*, note 63, p. 254. Tous ces principes posent des problèmes et imposent des limites à l'utilisation de mines antipersonnel de forme moins scrupuleuse.

⁶⁹ A partir de maintenant: PAI.

mine n'est pas prévisible lors du moment de leur placement: au contraire, il est basé sur des pronostics, car le comportement de l'ennemi n'est pas fixé. Dans des situations pareilles, il faut se poser la question de savoir si l'utilisation de mines antipersonnel ne devrait pas être considérée comme étant interdite dans le *hinterland*⁷⁰, dû à l'impossibilité d'assurer le caractère immédiat et net de l'avantage militaire attendu. Dans ce cas, leur utilisation ne devrait être autorisée que dans les zones de combat – toujours en respectant le principe de la proportionnalité⁷¹. C'est à la suite des raisons exposées que A. P. V. ROGERS, prenant en considération la pratique des Etats et les efforts de codification entreprise, avance les exemples suivants de ce que pourraient être des objectifs militaires: personnel militaire, équipement, travaux, dépôts, et établissements; travaux produisant ou développant des ressources militaires ou autres ressources de valeur militaire; des superficies de terrain de signification militaire comme les montagnes, défiles et des têtes de pont; des chemins de fer, ports, ponts, routes principales; des installations énergétiques et des installations de communications⁷². Néanmoins, la règle de la proportionnalité doit toujours être respectée lors de l'attaque de ces cibles⁷³. L'interdiction d'attaquer certains types de cibles est une conséquence directe de cette règle générale. Ces cibles incluent les villes et villages en tant que tels, les biens alimentaires et des zones de production alimentaire et les sources d'approvisionnement en eau pour la population civile.

B) La famine comme méthode de guerre

La deuxième question est celle de la licéité de l'utilisation de la famine comme méthode de guerre. La famine, qualifiée de méthode de guerre à l'article 54 §1 du Protocole I, est interdite. Cette interdiction

⁷⁰ Terme d'origine allemande, également utilisé en anglais qui désigne 'l'arrière pays'.

⁷¹ Des auteurs comme Elmar RAUCH sont contre cette distinction entre '*hinterland*' et 'zone de combat', car cela conduit "au déplorable début d'une régionalisation du droit humanitaire applicable dans les conflits armés "(notre traduction) et crée de graves problèmes aux populations civiles de ces Etats qui se trouvent précisément dans une zone de combat. Cf. "The Protection of the Civilian Population in International Armed Conflicts and the Use of Landmines", *German Yearbook of International Law*, volume 24, 1981, p. 281. Nous comprenons les soucis exprimés par cet auteur, mais estimons également que le principe de la proportionnalité et celui de la précaution dans l'attaque peuvent constituer une forme de limitation des dégâts infligés aux populations civiles qui se trouvent dans une zone de combat.

⁷² Dans le prochain chapitre nous allons voir comme cette conception a été accueillie dans le Protocole II annexé à la Convention de 1980 sur les armes classiques.

⁷³ A. P. V. ROGERS, "Armed Forces and the development of the law of war", p. 210.

s'intègre dans le cadre plus général de la protection des biens indispensables à la survie de la population civile ⁷⁴. D'après Philippe BRETTON, c'est grâce à un amendement présenté conjointement par la Belgique et le Royaume-Uni que l'interdiction de la famine comme méthode militaire contre les civils fut érigée en règle explicite ⁷⁵. Conformément au §2 de l'article 51, et comme conséquence logique de l'interdiction de la famine comme méthode de guerre, il est aussi interdit d'attaquer, détruire, enlever ou mettre hors d'usage les biens indispensables à la survie des populations civiles. Même si la formule du §3 peut permettre des abus⁷⁶, on peut conclure que la façon dont les mines sont dispersées dans nos jours, pour empêcher les populations d'avoir accès à l'eau et aux champs, est en contradiction avec cette prohibition. À titre d'exemple, en Afghanistan, approximativement 90% des champs de mines se trouvent sur des champs agricoles ou à proximité de sources d'irrigation. Environ 80% des familles interrogées ont trouvé des mines sur leurs champs. Au Cambodge, les 200 000 hectares de terre contaminés par des mines antipersonnel représentent une perte de moyens d'auto-suffisance pour environ 100 000 familles ⁷⁷.

C) L'utilisation de mines peut-elle être considérée comme une attaque?

Une autre question à étudier dans le cadre du principe de la distinction est celle de savoir si l'emploi de mines antipersonnel peut être vu comme une attaque. L'importance de ce sujet est liée au fait qu'en cas de réponse négative, aucune des dispositions interdisant des attaques contre des civils, et qui sont basées sur le concept d'attaque (les articles 51, 52 et 57 du Protocole additionnel I) ne leur seraient applicables.

⁷⁴ Selon Philippe BRETTON, "[e]lle n'a 'survécu' dans le Protocole [additionnel] II qu'à la suite d'une mémorable intervention du représentant du Saint-Siège, que les participants à la plénière de ce jour-là n'oublieront pas, étant donné qu'elle fut exprimée d'une manière particulièrement 'énergique', soutenue par l'URSS et l'Algérie, car au milieu de nombreux articles supprimés par consensus cet article fut 'miraculeusement' adopté par consensus, selon l'expression du Président Graber.", "Le problème des «méthodes et moyens de guerre ou de combat» dans les protocoles additionnels du 12 août 1949", *Revue générale de droit international public*, tome 82/I, janvier - juin 1978, p. 45.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Esbjörn ROSENBLAD, *International Humanitarian Law of Armed Conflict – some aspects of the principle of distinction and related problems*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1979, p. 115.

⁷⁷ Shawn ROBERTS, Jody WILLIAMS, "After the Guns Fall Silent", 1995.

L'article 49 du Protocole additionnel I propose une définition du concept d'attaque. Selon le §1 de cette disposition, par

“ [l]'expression 'attaques' s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs.”

C'est que, pour remplir la définition de l'attaque, il faut un acte de violence. Mais la réponse à cette question n'est pas claire, car d'un côté il y a des auteurs qui nient l'existence même d'un acte de violence contre l'adversaire (condition exigée par l'article 49 §1 du PAI); d'un autre côté, même si on admet l'existence de violence, il est difficile de déterminer le moment où elle a lieu et, par conséquent, quel est le moment de l'attaque – ce qui implique des conséquences juridiques différentes. Il y a plusieurs instants qui peuvent être considérés comme des actes de violence, et par conséquent, constituer une attaque: le moment où la mine est posée, le moment où elle est activée, le moment où une personne est mise en danger par la mine et celui de son explosion ⁷⁸. Selon Elmar RAUCH, deux types d'arguments peuvent être avancés pour nier le caractère violent de l'emploi de mines. Premièrement, le placement de mines n'est pas un acte de violence, car il ne frappe personne – selon l'article 49 §1 du PAI, l'acte violent doit être dirigé contre l'adversaire. Selon cette ligne d'argumentation, l'acte de violence auquel fait référence le Protocole I n'est pas commis par celui qui pose la mine, mais par la victime elle-même qui ira la déclencher. C'est dire qu'il n'y a pas d'acte de violence d'une partie contre l'autre, mais d'une partie au conflit contre elle-même. A notre avis, c'est une fiction juridique d'affirmer que celui qui pose une mine qui blessera un adversaire n'a pas pratiqué un acte de violence contre la victime. Cette conception ne peut pas être acceptée parce qu'un acte de violence retardé est quand même un acte de violence. Peu importe que la mine ait, ou non, explosé au moment de son emplacement ⁷⁹. La volonté d'agresser est du côté de celui qui a posé la mine; celui qui la déclenche n'a ni la volonté, ni la conscience de le faire.

⁷⁸ Cette classification est avancée par Gerold WÜRKNER-THEIS, *op. cit. supra*, note 67, p. 102.

⁷⁹ “Auch ein verzögerter Gewaltakt bleibt ein Gewaltakt”, (Même un acte de violence retardé est un acte de violence), Gerold WÜRKNER-THEIS, *op. cit. supra*, note 67, p. 103. Selon cet auteur, il est juridiquement irrelevant qu'une arme à retardement ne soit pas tout de suite activée. En faisant un parallèle avec les attaques terroristes par moyen de bombes à retardement, personne estime qu'il n'y ait ni d'attaque ni d'acte de violence.

Deuxièmement, quelques auteurs soutiennent qu'une mine n'implique pas de violence, car la violence doit être dirigée contre un ennemi, contre l'adversaire. Et, puisque la mine n'est pas dirigée contre des personnes, mais contre une partie de terre, il n'y aurait pas de violence. RAUCH conteste cet argument en affirmant que la notion même de mine antipersonnel ou antichar démontre que ces armes ne sont pas dirigées tout simplement contre une superficie de terre – mais contre les véhicules et combattants de l'ennemi. D'un autre côté, cet auteur affirme également qu'on ne peut nier le fait que les bombardements aériens ne sont pas tout simplement menés contre un bout de terre, mais aussi contre l'adversaire. Même si c'est seulement avec *dolus eventualis*, les mines sont dirigées contre l'adversaire.

Elmar RAUCH considère, à cause des caractéristiques techniques particulières des mines – notamment le fait que l'acte de violence est sous condition et retardé – qu'il faut considérer l'emplacement, l'activation et l'explosion de la mine comme un seul acte selon le droit de la guerre. Selon WÜRKNER-THEIS, l'emplacement d'une mine qui n'est pas active doit être qualifiée de simple acte préparatoire, qui peut seulement constituer un danger en cas d'activation. Ensuite cet auteur analyse le moment de l'explosion pour conclure que, effectivement, il y a attaque au sens de l'article 49 du Protocole. Si on considère, par contre, le moment de l'activation de la mine, il semble difficile de justifier l'existence d'un acte de violence. Le fait de placer des mines activées ne frappe personne immédiatement. On peut seulement considérer qu'il existe une attaque lorsque la victime est directement frappée par l'acte de violence. Mais WÜRKNER-THEIS est forcé d'arriver à la conclusion (avec laquelle nous sommes d'accord) que, d'un point de vue humanitaire, l'attaque a déjà lieu lors qu'une personne est concrètement mise en danger par une mine (c'est-à-dire dans un moment postérieur à l'activation de la mine, mais antérieur à son explosion)^{80, 81}. Dans un questionnaire présenté pendant la 9^{ème} Conférence internationale de la société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre, la question de savoir si la pose de mines constituait une attaque a été

⁸⁰ *Op. cit. supra*, note 67, p. 103.

⁸¹ A. P. V. ROGERS défend, de son côté, exactement cette même opinion in *op. cit. supra*, note 65, p. 303.

énoncée. Le sentiment général était qu'une attaque avait lieu au moment où une personne était mise en danger par une mine ⁸².

D) Les mines et l'interdiction d'armes aveugles

Une disposition pertinente du Protocole I en ce qui concerne le principe de la distinction et l'interdiction de frapper civils et militaires sans discrimination, est l'article 51 §4 du PAI qui a pour but de préciser ce qu'est une attaque sans discrimination. Selon CASSESE, cette disposition a contribué de façon significative à préciser le concept d'arme 'aveugle'. En effet, le §4 de cette disposition spécifie en des termes clairs les circonstances dans lesquelles un moyen de guerre doit être considéré comme illégal à cause de son caractère non discriminé. Selon cet auteur, le §5 b) de cette disposition, qui introduit la règle de la proportionnalité peut poser un problème. Le critère pour déterminer le caractère proportionnel d'une attaque consiste en une évaluation subjective par les belligérants des effets destructifs des attaques ou de l'utilisation de certains moyens de combat. Cette règle implique la renonciation à une attaque

“ dont on peut attendre qu' [elle] [cause] incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. ⁸³”

Comme le fait remarquer A. P. V. ROGERS, très souvent il n'y a qu'une ligne très fine pour faire la séparation entre les dommages accidentels et les attaques non discriminées et négligentes ⁸⁴. Dans le cas des mines antipersonnel, cette question est importante, car les pertes civiles sont justifiées par l'avantage militaire apportée par ces mines, par

⁸² Exemple cité *in op. cit. supra*, note 68, § 1852.

⁸³ Art. 51 §5 (b) du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux du 8 juin 1977 (PAI), *Manuel du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, 13ème édition, Genève, 1994, p. 235.

⁸⁴ A. P. V. ROGERS, *in op. cit. supra*, note 73, p. 201.

le nombre de décès de soldats qu'elles épargnent, et par conséquent peuvent être considérées comme accidentelles.

Pour faire face à ces difficultés, WÜRKNER-THEIS suggère d'interpréter la règle de l'article 51 §4 à l'aide d'autres dispositions du Protocole I, c'est-à-dire de procéder à une interprétation systématique du Protocole. Selon l'article 50 §1, toute personne dont l'appartenance à la catégorie des combattants ou de civils n'est pas certaine est présumée être civile. D'un autre côté, l'article 57 §2 a) iii implique une obligation d'identification. S'il n'existe plus de clarté, et si on ne peut plus déterminer si la cible de l'attaque est un civil ou un combattant, on doit considérer ne pas être en face d'un objectif militaire.

Comment alors concilier l'article 51 §4 précité avec l'emploi de mines antipersonnel? Dans le cas de territoires avec une très faible densité de population ou dans une zone d'où la population civile a été évacuée, cette règle n'est pas applicable, car ces attaques ne sont pas

“ [...] propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles. ⁸⁵”

C'est pour cette raison que le champ d'application des alinéas *a)* à *c)* du §4 de l'article 51 du PAI est diminué, car les attaques sont considérées comme discriminées quand les objets et personnes civiles ne peuvent pas être frappés de forme non discriminée – c'est-à-dire dans des endroits où la probabilité de l'existence de personnes est très réduite. La règle de l'article 51 du PAI exclut seulement des attaques *contre* les civils, non des pertes accidentelles proportionnelles causées lors d'une attaque contre un objectif militaire ⁸⁶.

L'alinéa *b)* interdit tous les moyens ou méthodes de guerre dits aveugles, c'est-à-dire sans effet contrôlable. Selon WÜRKNER-THEIS doivent être considérées comme des armes aveugles celles qui détruisent des grandes superficies lors de leur utilisation, celles dont les effets ne sont pas passibles de contrôle, celles qui ne sont pas précises et celles

⁸⁵ On peut se poser la question de savoir si ces mêmes attaques peuvent être permises au cas où ces mêmes populations civiles qui ont été évacuées sont de retour un jour. Il nous semble exister une obligation de nature coutumière, à la charge de la partie qui a posé les mines, d'effectuer le déminage de la région ou de la ville en question.

⁸⁶ A. P. V. ROGERS, *op. cit. supra*, note 65.

dont le moment du déclenchement n'est pas précis ⁸⁷. Pour qu'une attaque avec des mines antipersonnel ne viole pas les alinéas *a*) et *b*) de l'article 51 §4 du PAI, il faut que le moment de leur déclenchement et leur emplacement soient connus.

On doit considérer comme étant d'une nature non discriminée les attaques qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d'objectifs militaires nettement espacés (article 51 §5 *a*) du Protocole I), qui sont de nature à causer des pertes civiles exagérées par rapport à l'avantage militaire 'concret et direct' attendu (article 51 §5 *b*) du Protocole I) et des attaques qui causent des blessés et des dommages excessifs aux civils localisés en dehors de la zone de combat.

E) Les mines: des armes de destruction massive?

Etant donné que nous sommes maintenant en train d'étudier les effets des méthodes et moyens de guerre, nous aimerions brièvement analyser la question de savoir si les mines peuvent être considérées comme des armes de destruction massive. Il y a, en effet, plusieurs organisations non gouvernementales, le C.I.C.R.⁸⁸ et le Secrétaire général des Nations Unies⁸⁹, notamment, qui les qualifient d'armes de destruction massive au ralenti'. Cette expression est frappante, elle choque et alerte l'opinion publique, elle arrive même à donner un image des effets dévastateurs de ces armes, mais, du point de vue juridique, elle n'est pas correcte.

Nous allons d'abord essayer de comprendre ce qui caractérise une arme de destruction massive, et puis nous essayerons de voir si les mines entrent dans cette définition. Selon l'exposé préliminaire présenté par le baron VON DER HEYDTE lors de la Séance de Nice de l'Institut de droit

⁸⁷ Gerold WÜRKNER-THEIS, *op. cit. supra*, note 67, p. 145.

⁸⁸ Cornelio SOMMARUGA, Président du C.I.C.R., en appelant la communauté internationale à prendre des mesures plus strictes en ce qui concerne les mines antipersonnel, a affirmé lors de la Conférence des parties chargée de l'examen de la Convention de 1980 qu'il fallait "mettre un terme à la lente destruction massive que provoque les mines antipersonnel [...]". CCW/CONF.I/SR.2, du 29 septembre 1995, p. 14, paragraphe 82.

⁸⁹ Boutros BOUTROS-GHALI, Discours proféré le 6 juillet 1995, lors de la séance d'ouverture de l'International Conference on Mine Clearance, qui a eu lieu au Palais des Nations à Genève entre le 5 et 7 juillet de 1995. Selon Boutros BOUTROS-GHALI "Anti-personnel landmines are real weapons of mass destruction. This method of mass destruction is both perverse and insidious since it blindly strikes civilian populations, often long after conflicts have ended.", SG/SM/95/155. 6 July 1995.

international, dédiée au thème des armes de destruction massive, il y a deux critères pour déterminer le caractère massif d'une arme. Le premier qui, selon l'auteur, n'est pas suffisant pour individualiser une arme de destruction massive, est celui de sa potentialité. Selon ce critère, doivent être considérées comme étant à des effets massifs toutes les armes "étant capables d'un effet de guerre massif"⁹⁰. Mais VON DER HEYDTE est de l'opinion que ce critère doit être utilisé uniquement à titre de complément au critère de la finalité. Selon ce dernier, on doit réserver la dénomination d'arme de destruction massive à celles dont le but essentiel est effectivement de causer chez l'adversaire des destructions en masse – dans la population aussi bien que dans les biens de caractère civil. Selon cet auteur,

"[...] l'on peut dire que seules méritent le nom de moyens de destruction massive les armes qui, *par nature*, ne peuvent être employées qu'à des fins de destruction massive, précisément parce que le *minimum de leur effet destructeur* est généralement encore trop grand pour que l'on puisse le limiter à des objectifs déterminés."⁹¹

Les arguments que Paul CORNISH avance pour démontrer l'impossibilité de considérer les mines comme des armes de destruction massive sont de deux types: le premier est un élément temporel et l'autre consiste dans le caractère irréversible des effets des armes de destruction massive. En ce qui concerne l'argument temporel,

"[t]he determinant may, after all, be the speed at which death and destruction takes place. *Reductio ad absurdum*, the humble rifle has probably killed and injured more people since its invention than all other weapons put together, but the rifle could not be described as a weapon of mass destruction."⁹²

En ce qui concerne le caractère irréversible des effets des armes à destruction massive, CORNISH affirme que, nonobstant les difficultés et

⁹⁰ Baron von der HEYDTE, "Le problème des armes de destruction massive", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Nice, 52ème volume, tome II, 1967, Editions juridiques et sociologiques, Bâle, 1967, p. 82.

⁹¹ *Idem*, p. 83.

⁹² Paul CORNISH, *Anti-Personnel Mines – Controlling the Plague of 'Butterflies'*, The Royal Institute of International Affairs/ International Security Programme, 1994, p. 29.

frustrations, il est possible de déminer des régions où des mines antipersonnel ont été utilisées, tandis qu'on ne peut pas en dire autant des effets de certains types d'armes à destruction massive ⁹³.

Les similarités entre armes aveugles et armes de destruction massive résident dans le fait qu'elles ne peuvent pas être limités à des objectifs déterminés à l'avance. Ce qui distingue l'arme aveugle, c'est le fait que son effet de destruction – qui n'est pas en soi quantitativement massif – ne peut pas être limité ou contrôlé, ni géographiquement ni (pour de la grande majorité des mines antipersonnel) temporellement ⁹⁴.

F) Confrontation entre les principes et la pratique

On peut maintenant voir la façon dont l'utilisation de mines antipersonnel est – ou non – compatible avec les principes susmentionnés du droit des conflits armés. D'après les travaux de la Conférence sur le développement du droit humanitaire, on ne peut pas affirmer qu'une arme peut toujours avoir des effets non discriminés, c'est-à-dire, être non discriminés. Selon cette thèse, toutes les armes peuvent être employées de forme légale. Aussi comme nous l'avons déjà brièvement mentionné, l'article 51 §4 *b*) du Protocole additionnel I ne permet pas d'arriver à une conclusion absolue sur la licéité – ou non – d'une arme. Selon la partie finale de l'alinéa *b*), pour que l'utilisation d'une arme puisse être réputée non discriminatrice, il faut que les objectifs militaires et civils soient frappés indistinctement. Cela peut être le cas dans une zone hautement peuplée, mais pas dans le désert. CASSESE pose à cet égard la question de savoir quand une arme doit être considérée comme non discriminatrice. Est-ce que c'est

“[...] for the mere fact of not being selective (i.e. capable of hitting combatants only) or because it can entail civilian losses which are out of proportion to the military advantage gained through the use of the weapon?”.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ *Idem.*, p. 85.

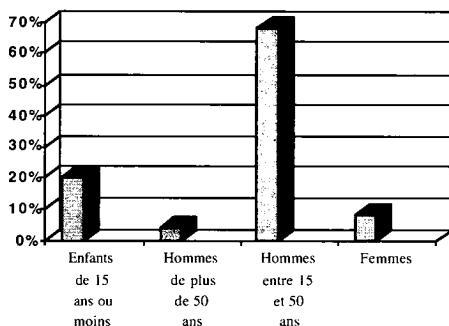
Nous sommes d'avis que la solution se situe entre ces deux conceptions. On peut considérer comme contraires aux lois de la guerre les armes qui

“ par leur nature même et par la manière dont elles sont habituellement utilisées, ne permettent pas de faire la distinction entre population civile et combattants.”

En ce qui concerne l'utilisation des mines antipersonnel de nos jours, nous allons examiner les effets qu'elles ont causé, et causent encore, dans les pays où elles sont employées, pour voir si cette utilisation est compatible avec les principes du droit des conflits armés, notamment le principe de la distinction entre personnes et biens civils et militaires et de l'immunité de la population civile. Nous allons commencer par analyser les caractéristiques des victimes les plus fréquentes des mines antipersonnel.

*Graphique n° 1*⁹⁵

Victimes des mines terrestres enregistrées dans la base de données du C.I.C.R.



⁹⁵ Robin COUPLAND, "Mine Injury Statistics: an update from the I.C.R.C. Surgical Office", ICRC, March 1995.

Selon ce graphique, on voit que la grande majorité des victimes de mines antipersonnel est constituée par des hommes qui se trouvent dans l'âge de combattre (c'est-à-dire, à partir de 16 ans et moins de 50 ans). Si on considère que tous les hommes jeunes sont des combattants, et que les enfants, femmes et vieux ne le sont pas ⁹⁶, il y a 30 % de civils victimes de mines antipersonnel. Selon une autre statistique du C.I.C.R., sur la base des données recueillies dans des 10 hôpitaux chirurgicaux du C.I.C.R., un quart des victimes traitées avaient été blessées par des mines, et environ 60% d'elles étaient des civils. Mais ces résultats trompent, car il y a beaucoup de facteurs qui jouent un rôle dans le fait qu'il y ait plus d'hommes que de femmes, plus de combattants que de civils sur cette statistique. D'un côté, il y a un pourcentage inférieur de civils que des combattants qui arrivent aux hôpitaux du C.I.C.R. – parce qu'il y a plus de facilités et plus d'efforts sont aussi déployés pour transporter les combattants que les civils. Quant à la sous-représentation de femmes sur cette statistique, et selon les affirmations de CHALONER et MANNION, on suppose que bien des femmes victimes de mines antipersonnel n'arrivent jamais à l'hôpital et n'apparaissent par conséquent pas sur les statistiques. Les autres explications sont fondées sur deux arguments: les femmes ont une masse corporelle plus réduite que celle des hommes et, d'un autre côté, moins d'efforts sont faits pour trouver des moyens de transport pour les femmes, car normalement, leur rôle dans la conduite des hostilités est nul ⁹⁷.

Il nous paraît aussi important de faire référence au fait que, selon le Dr. Robin COUPLAND, plus de 50% des victimes des mines antipersonnel meurent quelques minutes après l'explosion – et ne sont par conséquent même pas vues dans hôpitaux. Dans certains pays, pour chaque personne qui arrive à un hôpital, il y a une autre qui meurt sur le champ, à cause d'une mine ⁹⁸.

Une autre statistique du C.I.C.R. qui prétend identifier quelles sont les activités les plus dangereuses dans un pays miné, arrive à la

⁹⁶ Ces présomptions ne correspondent pas forcément à la réalité, mais nous trouvons qu'elles peuvent s'y approcher de forme satisfaisante.

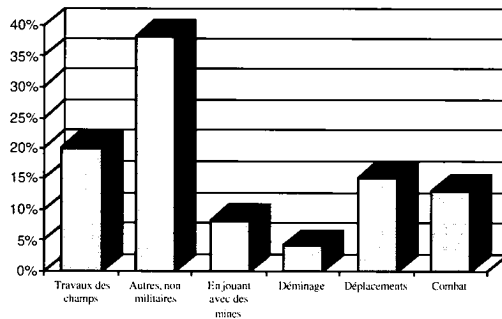
⁹⁷ CHALONER, E. J., MANNION, S. J., "Antipersonnel mines: the global epidemic" *Ann R Coll Surg Engl*, vol. 78, 1996, pp. 2-3.

⁹⁸ International Committee of the Red Cross (I.C.R.C.), *Landmines must be stopped. Special brochure*, September 1995, p. 27.

conclusion suivante sur les activités que les blessés par mines étaient en train de mener lors de l'accident:

Graphique n° 2 ⁹⁹

Activités menées lors d'un accident avec une mine antipersonnel



Comme on peut voir sur ce graphique, au moment de l'accident, la grande majorité de victimes de mines sont des personnes qui cueillaient du bois, qui cultivaient les champs, ou des réfugiés qui retournaient vers leurs maisons (c'est à eux que le terme 'voyageaient' fait référence).

Selon une estimation des Nations Unies, il y a 8 millions d'Angolais, parmi une population de 12,8 millions, qui habitent dans une zone du pays infestée par des mines. Il y a entre 40 000 et 70 000 amputés et environ 70 000 tués par les mines (selon l'U.N.I.C.E.F. 8000 sont des enfants). Aussi 13% des familles interrogées ont perdu 2,5 animaux (par agrégat familial) à cause des mines. Le nombre d'amputés en raison des mines est de 35 000. Il est affirmé qu'au Cambodge, pour chaque victime de mines ayant survécu à un accident, il y a une ou deux qui meurent après l'explosion. Selon une étude du Vietnam Veterans of America Foundation, 64% des victimes étaient des civils, 36% des militaires.

Nous pouvons arriver au moins à deux conclusions en ce qui concerne les principes de distinction et de la prohibition des attaques non discriminées: la première est que si l'utilisation de mines antipersonnel peut être justifiée pendant les hostilités, c'est aussi sûrement vrai que leur utilité militaire fait

⁹⁹ Robin COUPLAND, "Mine Injury Statistics: an update from the I.C.R.C. Surgical Office", ICRC, March 1995.

défaut après la fin du conflit. Nous trouvons que, dans ce cas, nous sommes en face d'une attaque indiscriminée. La deuxième conclusion c'est qu'il est très difficile, voire impossible, de juger quelle est la quantité ou l'ampleur du dommage qu'on peut infliger à la population civile. Comme l'écrit BAXTER, le bilan entre la nécessité militaire et le dommage causé

“ calls for comparing two things for which there is no standard of comparison. Is one, for example, compelled to think in terms of a certain number of casualties as justified in the gaining of a specified number of yards? ¹⁰⁰”

2.1.2. Le principe de l'interdiction de maux superflus

Le principe de l'interdiction des maux superflus a été énoncé pour la première fois *expressis verbis* en 1868, dans le quatrième considérant du Préambule de la Déclaration de Saint Pétersbourg. Selon la version originale de cette Déclaration, le but légitime de la guerre serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat, ou rendraient leur mort inévitable ¹⁰¹. Comme l'affirme Frits KALSHOVEN, la vraie importance de la Déclaration de Saint Pétersbourg (à part le fait d'être le premier instrument international qui met fin à l'utilisation pendant la guerre d'une arme spécifique qui n'était pas dépourvue d'utilité militaire) réside dans l'énonciation des principes dans son préambule qui ont duré beaucoup plus longtemps que les règles substantielles spécifiques qui les suivent ¹⁰².

Le principe a été repris par l'article 13 (e) de la Déclaration de Bruxelles de 1874 (qui fut adoptée et signée, mais qui n'a jamais été ratifiée et qui, par conséquent, n'est jamais entrée en vigueur ¹⁰³); et, plus tard, par l'article 23 (e) de la Convention de la Haye de 1907 (N° IV) selon lequel il est interdit d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus ¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Richard BAXTER, in *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Hrsg. von Horst Ehmke (et. al.), Berlin, Duncker & Humboldt, 1973.

¹⁰¹ Déclaration de Saint Pétersbourg de 1868 à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, in *op. cit. supra*, note 83, p. 308.

¹⁰² Frits KALSHOVEN, "The soldier and his golf clubs", in Christophe SWINARSKI (Ed.), *Études et essais sur le droit international et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, C.I.C.R./Martinus Nijhoff Publishers, Genève/ La Haye, 1984, p. 369.

¹⁰³ Dietrich SCHINDLER, "L'évolution du droit de la guerre des Conventions de la Haye aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève", *Revue de droit pénal militaire et droit de la guerre*, n.os 1-2-3-4., vol. XXI, 1982, p. 25.

¹⁰⁴ Convention de la Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention N° IV) in *op. cit. supra*, note 83, p. 317.

Les deux versions française et anglaise du texte de la Convention de La Haye divergeaient car, selon le texte français (qui correspondait à la version officielle), étaient interdites les armes ‘propres à causer des maux superflus’, tandis que le texte anglais interdisait les armes ‘calculated to cause unnecessary suffering’. Beaucoup a été écrit à propos cette divergence, car le texte anglais semble être plus restrictif que le français. En effet la version anglaise introduit un élément subjectif, tandis que, d’un autre côté, le terme français ‘maux’ comprend aussi les souffrances psychologiques, physiques et la mort. Aujourd’hui, comme l’affirment BOTHE, PARTSCH et SOLF, l’expression “maux superflus” est incluse dans la version anglaise du paragraphe 2 de l’article 35 du Protocole additionnel I ¹⁰⁵. Selon A. P. V. ROGERS, il n’y a plus de questions à se poser au sujet de cette divergence, car

“ [t]he English and French texts have been brought together in Article 35 of Protocol I which provides that it is prohibited to employ weapons, projectiles and material or methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering ¹⁰⁶”.

Selon MEYROWITZ, le principe en question qui, dans la Déclaration de 1868, constituait un simple considérant

“ [...] est devenu une règle du même rang que les autres interdictions, toutes de caractère spécifique, énoncées à l’article 23 (e) ^{107, 108}”.

Il a fallu attendre 70 ans pour qu’il y ait des changements portant sur le Droit de La Haye. C’est en effet l’adoption des Protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève de 1949 qui a permis la réaffirmation du principe de l’interdiction des maux superflus. L’arti-

¹⁰⁵ Michael BOTHE, Karl Joseph PARTSCH et Waldemar A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/ Boston/ London, 1982, pp. 195 et 196.

¹⁰⁶ A. P. V. ROGERS, *op. cit. supra*, note 65, p. 294.

¹⁰⁷ Henri MEYROWITZ, “Le principe des maux superflus”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars-avril 1994, n° 806, p. 108.

¹⁰⁸ Antonio CASSESE défend cette même opinion, selon laquelle c’est l’article 23 (e) qui a transformé le *rationale* d’interdire les moyens de combat qui sont trop cruels (pour causer des douleurs hors de proportion avec l’objectif de les mettre hors de combat) en règle. Le principe des maux superflus a été érigé en règle de droit international auto-suffisante. Cf. “Weapons causing unnecessary suffering. Are they prohibited?”, *Rivista di Diritto Internazionale*, volume LVII, fasc. 1, 1975.

cle 35 §2 du Protocole additionnel I reprend en effet les termes (imprécis et abstraits ¹⁰⁹) du principe de l'interdiction des maux superflus et l'érige en règle fondamentale relative aux méthodes et moyens de guerre.

Mais quelle est la signification précise à accorder à cette expression? Selon VERRI, elle

“ se réfère aux effets de certaines méthodes ou de certains moyens de combat qui aggravent inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat. De tels moyens et méthodes sont interdits par le droit des conflits armés” ¹¹⁰.

Il n'est pas exagéré d'affirmer que cette définition ne nous aide pas de façon déterminante à saisir le sens de l'expression “maux superflus”. Pour cette raison nous proposons d'analyser la doctrine sur la matière dans un souci de mieux préciser le contenu de ce terme. Selon les Commentaires aux Protocoles additionnels par PARTSCH, BOTHE et SOLF, l'adjectif “nécessaire” est un concept relationnel, car il nous mène à poser la question de savoir par rapport à quoi ces maux ou souffrances peuvent être ou non nécessaires ¹¹¹. Selon ces auteurs le test doit déterminer si la souffrance est excessive, inutile, superflue ou manifestement disproportionnée à l'avantage militaire attendu par l'usage de l'arme. Du côté humanitaire (par rapport auquel l'avantage militaire est déterminée), il y a des facteurs comme la gravité des blessures, les taux de mortalité et l'incidence de blessures permanentes et de défigurations et la possibilité de traitement *in situ*.

Selon MEYROWITZ il faut comprendre par “maux”

“ [...] toute atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou mentale des personnes qui, selon les règles coutumières du droit de la guerre et le Protocole additionnel I, peuvent être licitement l'objet d'actes de violence, eux-mêmes licites” ¹¹².

¹⁰⁹ Ces expressions sont utilisées par Dieter FLECK, *op. cit. supra*, note 66, Section 401.

¹¹⁰ Pietro VERRI, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1988, p. 73.

¹¹¹ Michael BOTHE, Karl Joseph PARTSCH et Waldemar A. SOLF, *op. cit. supra*, note 106, p. 196.

¹¹² *Op. cit. supra*, note 108, pp. 113-114. Selon cet auteur le terme maux doit également s'appliquer aux dommages causés à des biens matériels.

Une autre question qui suscite des divergences dans la doctrine est celle de déterminer quels sont les destinataires de cette règle: seulement les militaires ou aussi les civils?

A) Est-ce que le concept de maux superflus est applicable aux civils?

Philippe BRETTON n'avance aucun argument concret en faveur de l'application du principe des maux superflus exclusivement aux combattants, mais cette conception peut être déduite de la subdivision même de son article "Le problème des 'méthodes et moyens de guerre ou de combat' dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949", où il inclut le principe en cause dans le sous-chapitre relatif aux rapports exclusivement entre combattants.

D'un autre côté, MEYROWITZ estime qu'il n'y a aucun élément dans le texte du Protocole additionnel I qui empêche l'application de la règle de l'article 35 § 2 aux non-combattants¹¹³. Selon les auteurs des Commentaires des Protocoles additionnels publiés par le Comité international de la Croix-Rouge, ce principe a été confirmé à l'article 35 §2 du Protocole additionnel I et est applicable aussi bien aux militaires qu'aux civils¹¹⁴. Erich KUSSBACH défend également ce point de vue en affirmant que le principe en cause est *principalement* applicable aux combattants, ce qui veut dire qu'il accepte son application aux civils^{115, 116}. Il nous semble également qu'une interprétation systématique et téléologique de l'article 35 §2 du Protocole additionnel I – qui consacre le principe en question – justifie pleinement son application aussi bien aux combattants qu'aux civils. Le fait que l'article 35 §2 se trouve dans la Section I du Titre III relative aux "Méthodes et moyens de guerre"

¹¹³ *Idem*, p. 114.

¹¹⁴ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMAN (Eds.), *op. cit. supra*, note 68, p. 409.

¹¹⁵ Erich KUSSBACH, "Internationale Bemühungen um die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventioneller Waffen", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28, (1977), p. 17.

¹¹⁶ Jean PICTET dans son œuvre "Développement et principes du droit international humanitaire" (Institut Henry-Dunant/ Editions A. Pedone, Genève/ Paris, 1983, p. 91) défend également l'applicabilité du principe des maux superflus ou des souffrances excessives non "seulement [pour épargner] les personnes qui ne participent pas aux hostilités" aussi bien que pour "éviter, aux combattants également, des maux en pure perte ou des souffrances qui dépassent ce qui est nécessaire pour mettre l'adversaire hors de combat." C'est intéressant d'observer que le point de départ de Jean PICTET pour déterminer le champ d'application de la norme est, non les militaires, mais les civils.

– qui concerne les combattants – n’empêche en rien qu’il soit appliqué aux personnes non engagées dans les hostilités, selon l’argument *maioris ad minus*, selon lequel si le plus est prohibé, le moins l’est aussi. C’est dire que si les combattants (engagés dans les hostilités) ont le droit à cette garantie, à plus forte raison les civils (qui se trouvent complètement à l’écart du théâtre des hostilités) ont droit à ne pas être blessés par ce type d’armes causant des maux superflus. Selon une interprétation téléologique, il est certain que le but de cette disposition est d’épargner aux êtres humains des souffrances trop cruelles et excessives. Ce but est forcément incompatible avec une distinction entre civils et militaires. Il nous semble que ce propos est confirmé par Georges ABI-SAAB dans son article “The specificities of humanitarian law”, où cet auteur affirme que le caractère absolu des normes du droit humanitaire et la tendance vers leur application universelle incitent à leur interprétation téléologique, et de cette façon

“ [...] perfectly illustrate the proposition that law, even in its most technical aspects, cannot be understood *in vacuo*, but only in the light of the subject-matter of legal regulation, and as a function of the object and purposes pursued by this regulation”¹¹⁷.

Il y a une autre divergence dans la doctrine à propos d’une autre question: celle de la possibilité, ou non, de déterminer ou préciser la signification du terme “maux superflus”.

B) Le concept de maux superflus est-il nécessairement insaisissable?

Nous allons commencer par ceux qui pensent que l’article 35 §2 du Protocole additionnel I constitue un mystère. Parmi eux se trouve Philippe SAUNIER, selon lequel

“ [i]l semble d’ailleurs que toute recherche d’un critère de la souffrance excessive sombre dans la controverse, l’imprécision ou le byzantinisme”¹¹⁸.

¹¹⁷ Georges ABI-SAAB, “The specificities of humanitarian law”, in Christophe SWINARSKI (Ed.), *op. cit. supra*, note 103, p. 280.

¹¹⁸ Philippe SAUNIER, “Les règles fondamentales sur l’usage de méthodes et moyens de combat et les règles du Protocole I de 1977 sur les dommages excessifs causés aux civils”, Frits KALSHOVEN et/and Yves SANDOZ (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, p. 360.

Il nous semble que, quelles que soient les difficultés d'interprétation, il faut partir du principe que toutes les normes juridiques doivent avoir un effet utile et servir à quelque chose. Pour Erik CASTREN, le principe de l'interdiction des maux superflus et souffrances inutiles implique qu'il est suffisant d'employer la quantité de force ou violence indispensable à empêcher un soldat de lutter ¹¹⁹. Cette interprétation va dans le sens de la déclaration du délégué russe à la Conférence de La Haye de 1899 selon laquelle il faut trouver des moyens pour mettre l'ennemi hors combat sans le mettre hors de ce monde ¹²⁰.

CASTREN déduit quelques conclusions des travaux préparatoires de l'article 23 (e) du Règlement de La Haye: la façon plus humaine de mettre un combattant hors de combat est sa détention. Si cela n'est pas possible, il est permis d'utiliser des armes qui mettent l'ennemi hors de combat pendant la durée des hostilités. Par conséquent, il est militairement superflu ou inutile de causer une blessure qui dure au-delà de la durée des hostilités ou qui conduise inévitablement à la mort de l'ennemi ¹²¹. Antonio CASSESE a lui aussi fait recours aux travaux préparatoires, non pas de la Convention de 1899, mais de la Déclaration de Saint-Petersbourg, selon lesquels la seule conclusion possible à tirer de l'expression "maux superflus" est que

“ ‘suffering’ must be considered necessary when it is caused in order to achieve ‘the only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war’ namely ‘to weaken the military forces of the enemy’ and, for this purpose, ‘to disable the greatest possible number of men’ “ ¹²².

Mais ces conclusions n'aident pas beaucoup à déterminer la portée du principe. Il faut analyser la pratique des Etats pour essayer de donner “de la chair et du sang à ce squelette”¹²³.

Selon CASSESE, les Etats ont interprété l'article 23 (e) précité de trois façons différentes. Ou bien ils ont considéré que c'est la pratique

¹¹⁹ Erik CASTREN, *The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki, 1954, p. 186.

¹²⁰ Dans le texte anglais: “out of the world” (traduction de l'auteur). Cet extrait des débats de la Conférence de la Haye de 1899 a été cité dans l'article d'Erich KUSSBACH, *op. cit. supra*, note 116, p. 20.

¹²¹ *Idem*, p. 21.

¹²² Antonio CASSESE, *op. cit. supra*, note 109, p. 16.

¹²³ Dans le texte anglais “flesh and blood to that skeleton” (traduction de l'auteur). Antonio CASSESE, *idem*, p. 23.

des Etats qui déterminera si une arme est, ou non, permise par l'article 23 (e), ou bien ils ont considéré que l'expression 'maux superflus' (ou 'souffrances inutiles') se fonde sur une notion de proportionnalité par rapport à l'avantage militaire. Enfin la dernière interprétation qui consiste en une interprétation analogique avec les effets d'autres armes déjà interdites¹²⁴. CASSESE arrive alors à la conclusion que la pratique des Etats, au lieu d'apporter une contribution positive à la détermination du contenu de l'expression 'maux superflus', a plutôt amené des conclusions négatives, en particulier la conclusion que les différences d'opinion empêchent l'application du principe¹²⁵.

Nous ne pouvons pas être d'accord avec cette interprétation et sommes de l'opinion qu'il faut trouver un sens précis au principe contenu dans l'article 35 §2 du Protocole additionnel I, lequel correspond en réalité aux affirmations de certains Etats lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977, selon lesquelles la notion de maux superflus est imprécise, susceptible de plusieurs interprétations et qu'il faut lui trouver un sens précis. En effet, le principe des maux superflus existe, est un des principes fondamentaux du droit des conflits armés et doit être précisé de façon à pouvoir être appliqué. Selon les Commentaires aux Protocoles additionnels de 1977,

“ [m]ettre en doute l'interdiction des maux superflus ou, pire encore, y renoncer, cela eût conduit à admettre, tôt ou tard, la torture. Une chose est de rencontrer des obstacles dans l'application de ce principe à une arme ou à une autre, une autre chose est de le maintenir à titre d'indication permanente du but à atteindre”¹²⁶.

Nous allons donc essayer de délimiter le principe et les types de situations qui correspondent indubitablement au concept de “maux superflus”. Nous avons déjà vu que le fait de blesser un militaire si on pouvait se contenter de le capturer, le fait de le tuer si on avait pu obtenir le même résultat en se contentant de le blesser constituent des violations

¹²⁴ Antonio CASSESE, *idem*, pp. 26 - 30.

¹²⁵ Antonio CASSESE, *idem*, pp. 30 et 31.

¹²⁶ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMAN (Eds.), *op. cit. supra*, note 68, § 1431.

du principe de l'interdiction des maux superflus¹²⁷. Selon CASSESE, une arme qui rend la mort inévitable, c'est-à-dire qui conduit toujours à la mort de toutes les personnes frappées par elle, est interdite¹²⁸. Jean PICTET défend l'idée selon laquelle que le principe de l'interdiction de maux superflus a voulu condamner

“ les armes et méthodes qui dépassent un certain seuil tolérable de souffrance”¹²⁹.

Même si l'idée de l'existence d'un critère de souffrances inutiles peut paraître dangereuse et chicante pour l'opinion publique, il nous semble que cette idée correspond à l'existence de ce critère absolu de souffrances inutiles, c'est-à-dire, de l'existence d'un type ou degré de blessure causée par la guerre qui peut être acceptée, mais qui écarte aussi la permissibilité d'autres types de blessures. CASSESE propose un test pour déterminer si une arme, dans son usage normal, cause de façon inévitable,

“ [...] on persons who are struck by it, either death or disabilities which are permanent (or at any rate exceed the length of belligerent hostilities) and are not strictly justified by military demands. [...]”¹³⁰.

Selon cet auteur, il faut prendre en considération d'autres facteurs comme la nécessité militaire de l'arme et les ressources médicales du belligérant contre lequel l'arme est utilisée, la durée probable du conflit armé, parmi d'autres¹³¹.

Quant au côté médical de l'analyse, plusieurs auteurs ont affirmé l'impossibilité de fixer des critères fiables, car la douleur est éprouvée de façon très différente par chaque personne. Les blessures diffèrent aussi

¹²⁷ Jean PICTET, *op. cit. supra*, note 117, p. 92.

¹²⁸ Antonio CASSESE, *op. cit. supra*, note 109, p. 16.

¹²⁹ Jean PICTET, *op. cit. supra*, note 117, p. 92.

¹³⁰ Antonio CASSESE, *op. cit. supra*, note 93, p. 35.

¹³¹ L'existence d'un seuil de souffrances (même si cette question relève des “questions [...] quasiment insurmontables”) est également admise par Eric DAVID, “A propos de certaines justifications théoriques à l'emploi de l'arme nucléaire”, *op. cit. supra*, note 103, p. 339.

selon la victime et l'accès à des hôpitaux varie selon les pays, ce qui rend ces indicateurs très aléatoires¹³².

Les experts rassemblés lors de la réunion destinée à étudier les problèmes posés par l'utilisation d'armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination¹³³ ont essayé de trouver des critères objectifs et fiables pour déterminer si une arme cause, ou non, des souffrances et blessures excessives. Ils ont retenu trois critères, à savoir, l'intensité de la douleur, la probabilité de décès et le degré d'invalidité résultant de la blessure. En ce qui concerne le degré de douleur, c'est évident que des facteurs subjectifs très importants varient selon la victime et font que la même blessure soit éprouvée de façon très différente par deux victimes. Mais il y a d'autres facteurs plus objectifs:

“La douleur ressentie au moment de la blessure peut être grande, mais il est fréquent, dans les situations rencontrées pendant une guerre, que la victime n'en souffre que très peu au début par suite de l'état d'excitation où elle se trouve”¹³⁴.

Cela veut dire que, au cours des heures qui suivent la blessure, les douleurs deviennent inévitablement plus intenses et même insupportables. De cette façon, si le temps qui s'écoule entre le moment de la blessure et le moment de l'arrivée à un hôpital est long, la douleur ressentie par la victime sera plus intense.

En ce qui concerne l'inévitabilité du décès, les experts ont mentionné trois facteurs qui rendent une mort plus probable: la localisation de la blessure sur le corps, le temps écoulé entre la blessure et le traitement et le degré de résistance physique du blessé. Quant au premier facteur, les experts ont noté qu'une multiplicité de projectiles ou

¹³² Selon Philippe BRETTON, *op. cit. supra*, note 64, p. 40, “[...] lors de la Conférence de Lugano d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles, les médecins militaires présents avaient fait remarquer qu'il était pratiquement impossible, sur le plan strictement médical, et en l'état actuel des connaissances, de définir objectivement les souffrances ni d'indiquer des valeurs permettant d'effectuer des comparaisons entre individus, compte tenu du fait que la douleur, qui n'est qu'un des éléments de la souffrance, varie considérablement d'un individu à l'autre.”.

¹³³ Cette réunion a été organisée sous les auspices du C.I.C.R. qui a, de cette façon, suivi les suggestions des experts de 19 Etats réunis lors de la seconde session de la Conférence d'experts gouvernementaux sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, en 1972.

¹³⁴ Comité international de la Croix-Rouge, *Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination, Rapport sur les travaux d'un groupe d'experts*, Genève, 1973, p. 29.

d'éclats a plus de chances de toucher un organe vital qu'un projectile unique et que plusieurs blessures, dont aucune (isolée) n'est mortelle, peuvent ensemble causer la mort. Selon les experts s'il y a plus de cinq organes blessés simultanément, la mort est inévitable. Quant au deuxième facteur, les experts affirment que si le temps écoulé entre la blessure et le traitement est supérieur à six heures, la mortalité "augmente fortement". Quant au dernier facteur, les experts ont conclu qu'il y a trop de variables qui jouent un rôle important, de façon que ce critère ne permet pas d'évaluer avec précision les souffrances provoquées par une arme donnée¹³⁵.

Les travaux et recherches sur les effets des armes et la concrétisation des expressions 'maux superflus' et 'souffrances inutiles' ont continué et, comme l'a rappelé Frits KALSHOVEN ¹³⁶, les experts à la Conférence de Lucerne ¹³⁷ qui se sont réunis entre le 24 septembre et le 18 octobre 1974, ont fait un effort remarquable pour clarifier le concept de maux superflus ou souffrances inutiles. Les experts présents à la Conférence ont généralement estimé que les concepts de 'injury' et de 'suffering'

"[...] couvraient des éléments tels que les taux de mortalité, l'intensité de la douleur causée par les blessures et la gravité de celles-ci, ou le nombre de cas de lésions ou de déformations physiques permanentes"^{138, 139}.

Dans un souci d'identifier des facteurs objectifs permettant de saisir le contenu du concept de 'maux superflus', le C.I.C.R. a organisé un Symposium à Montreux entre les 8 et 10 mars 1996, où des experts médicaux, des militaires et des juristes ont souligné la nécessité pour profession médicale de fixer des critères cliniques non seulement pour évaluer les blessures, mais aussi pour établir un seuil à partir duquel une blessure doit être considérée comme superflue ¹⁴⁰.

¹³⁵ *Idem*, p. 32.

¹³⁶ Frits KALSHOVEN, "Arms, armaments and international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international (RCADI)*, volume 191, 1985-II, p. 234.

¹³⁷ Cette conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles a été convoquée par le Comité international de la Croix-Rouge à la demande de la XXII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge (Téhéran).

¹³⁸ Comité international de la Croix-Rouge, "Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes conventionnelles, Rapport, Lucerne, 24.9 - 18.10.1974", Genève, 1975, pp. 8 et 9.

¹³⁹ Julius STONE défend cette même opinion, in: *Legal controls of international conflict*, Maitland Publications PTY, Sydney, 1954, p. 30.

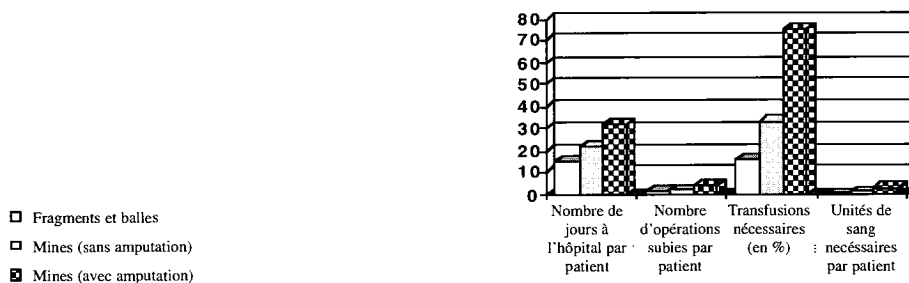
¹⁴⁰ Sarah RAMSAY, "Experts plan reduction of harm caused by weapons", *The Lancet*, vol. 347, March 16, 1996, p. 749.

Plusieurs variables ont été considérées lors de cette réunion, comme le taux de mortalité sur le champ et à l'hôpital, le nombre d'interventions chirurgicales, les transfusions sanguines nécessaires, le temps passé à l'hôpital, le degré de la blessure et les chances de récupération.

Le tableau qui suit se fonde sur des données recueillies dans des hôpitaux du C.I.C.R. sur des blessés de guerre ¹⁴¹:

Graphique 3 ^{142, 143}

Comparaison entre les effets des mines et des fragments et balles



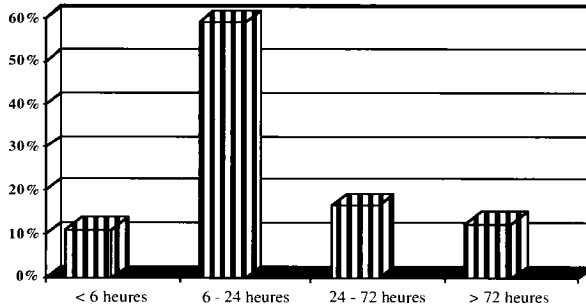
¹⁴¹ Comme l'affirme Dr. Robin COUPLAND, la première action à entreprendre est celle de recueillir et publier des données sur les effets des armes, pour qu'après les arguments deviennent objectifs et puissent être mis de côté de façon moins facile. Cet auteur défend aussi que les effets sur la santé sont le seul facteur valable et fiable pour servir de base aux décisions légales, éthiques, techniques ou politiques sur les armes, cf. Robin COUPLAND, "The effect of weapons on health", *The Lancet*, vol. 347, February 17, 1996, p. 450.

¹⁴² Des exemples de fragments sont des bombes, grenades, etc. Le pourcentage d'amputations parmi les 3264 patients qui ont survécu à une blessure par mine est de 39,3% (cf. Robin COUPLAN, Remi RUSSBACH, "Victims of Antipersonnel Mines: What is Being Done?", *Medicine and Global Survival*, March 1994, vol. 1, n° 1, pp. 19-20). Il faut noter que beaucoup de victimes de mines n'arrivent jamais à l'hôpital. Parmi elles il y a un grand pourcentage de femmes, car on suppose que les femmes meurent plus facilement après un accident avec une mine (le fait d'avoir une masse corporelle plus réduite est associé avec des blessures plus graves) ou parce que moins d'effort est fait pour les emmener à un hôpital.

¹⁴³ Une unité de sang correspond approximativement à une pinte (c'est-à-dire 0,57l).

Graphique 4 ¹⁴⁴

Temps entre blessure causée par une mine et admission à l'hôpital



Comme l'on peut constater à partir de la lecture des deux tableaux, le traitement de victimes de mines requiert des transfusions de sang multiples (plus élevées que pour les blessures de balles ou fragments). Une fréquence plus élevée de transfusions sanguines augmente aussi l'incidence de maladies transmises par le sang, comme le virus HIV ¹⁴⁵. Les mines causent également des conséquences indirectes sur le reste de la population civile, comme par exemple,

“ [...] waterborne diseases, occurring when minefields block access to safe drinking water; malnutrition, where minefields prevent land cultivation; increase in infectious diseases, where vaccination teams have difficulty or reluctance to vaccinate near mined areas” ¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Robin COUPLAND, Adriaan KORVER, “Injuries from antipersonnel mines: the experience of the International Committee of the Red Cross”, *British Medical Journal*, 14th December 1991, vol. 303, p. 1510.

¹⁴⁵ Faiz KAKAR, Fabrizio BASSANI, C. J. ROMER, S. W. A. GUNN, “The Consequence of Land Mines on Public Health”, *Prehospital and Disaster Medicine*, volume 11, Number 1, January-March 1996, p. 14.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 15.

Il faut noter que ces tableaux se fondent sur des données recueillies dans les hôpitaux du C.I.C.R., et comme le relèvent COUPLAND et KORVER, l'accès à ces hôpitaux est difficile et requiert beaucoup de temps, ce qui signifie que les blessés plus graves n'ont même pas fait l'objet d'un examen médical ¹⁴⁷.

Quant à la gravité des blessures causées par des mines, COUPLAND et KORVER proposent de diviser les types de blessures causés par les mines en trois groupes: dans le premier type de blessure, la victime déclenche la mine à effet de souffle par la pression directe exercée sur la mine. Elle a normalement la partie inférieure de son membre amputée et souffre d'autres blessures moins graves, il y a des extraits de terre, des parties de la chaussure qui sont soufflées verticalement. Plusieurs mines de ce type sont spécialement conçues pour rendre incapable la victime, en conduisant à une amputation de tout ou d'une partie du pied. Le deuxième type de blessures a son origine dans une mine à fragments qui est déclenchée, qui donne origine à plusieurs blessures causées par les fragments. Les spécialistes de mines considèrent que cette mine a une 'zone de mort' avec un rayon de 2,5 mètres et une 'zone de blessures' de 200 mètres ¹⁴⁸. Dans le troisième type des blessures, une mine est activée pendant qu'elle est manipulée. Quelqu'un qui creuse la terre pour trouver des mines, qui pose des mines (ce qui est souvent nié), ou, dans le cas des enfants, le fait de jouer avec des mines cause des blessures sur le visage et les mains ¹⁴⁹.

On peut aussi considérer que toute mine antipersonnel ayant une charge explosive supérieure à 30 grammes (qui correspond à la quantité nécessaire pour détruire le pied de la personne qui la déclenche, c'est-à-dire pour la mettre hors de combat) cause des maux superflus, car elle engendrera des blessures plus graves et en plus grand nombre, et elle augmentera le risque de causer la mort ¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Robin COUPLAND, Adriaan KORVER, *op. cit. supra*, note 146, p. 1511.

¹⁴⁸ Gino STRADA, "The Horror of Land Mines", *Scientific American*, May 1996, p. 43.

¹⁴⁹ COUPLAND, Robin M., KORVER, Adriaan, *op. cit. supra*, note 146, pp. 1509+1510.

¹⁵⁰ Les mines VS-50 contiennent 42 grammes d'explosif (RDX-TNT); la mine PMN-2 contient 150 grammes de TNT et la PMN contient 240 grammes de TNT. Gino STRADA, "The Horror of Land Mines", *Scientific American*, May, 1996, p. 42.

2.2. Les mines sont-elles interdites par le droit coutumier?

Dans la première partie de ce chapitre nous allons répondre à la question de savoir si on peut assumer que les mines antipersonnel sont interdites selon les principes généraux du droit international humanitaire existant régissant la conduite des hostilités. La question derrière cette question est celle de savoir si, dans ce cas concret, les mines peuvent être considérées interdites *ipso facto* tout simplement

“ parce qu’elles seraient jugées contraires aux principes du droit des conflits armés [...]”¹⁵¹.

Quelques délégations, lors de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qui a siégé à Genève entre 1974 et 1976, ont soutenu que

“ les notions de souffrances inutiles, d’attaques sans discrimination [...] sont consacrées par le droit international humanitaire et n’ont plus qu’à être appliquées aux armes existantes et à celles qui pourraient voir le jour”¹⁵².

Pour quelques auteurs, il suffit que le législateur formule une prohibition générale pour qu’une arme soit interdite. Dans cet ordre d’idées, Eric DAVID ne fait pas de distinction entre l’une et l’autre méthode d’interdiction, car, tout simplement

“ [l]e droit des conflits armés interdit ou limite l’emploi de certaines armes, soit de manière générique, lorsque la règle interdit l’emploi d’une arme qui produit certains effets, soit de manière spécifique lorsque la règle désigne nommément les armes dont l’emploi est interdit ou limité”¹⁵³.

¹⁵¹ Julius STONE, *op. cit. supra*, note 140, p. 39.

¹⁵² CDDH/ 47/ Rev. 1, § 25, p. 469. Les délégations qui ont soutenu cette position étaient celles de l’Egypte, du Mexique, de la Norvège, du Soudan, de la Suède, de la Suisse et de la Yougoslavie.

¹⁵³ Eric DAVID, *op. cit. supra*, note 63, p. 264.

Georges MALINVERNI mesure les avantages d'une conception par rapport à l'autre et arrive à la conclusion qu'

“ [e]n faveur de l'interdiction implicite, on peut faire valoir que des armes nouvelles sont constamment mises au point [et que] des prohibitions spécifiques deviendraient [...] rapidement désuètes”¹⁵⁴.

Mais MALINVERNI est conscient des désavantages de cette méthode: elle permet que les belligérants jugent eux-mêmes si une arme donnée n'est pas illicite selon le droit international humanitaire, ce qui laisse une trop grande marge d'arbitre dans l'appréciation de la légalité d'une arme¹⁵⁵. Il est alors vrai, que dans le cas d'une interdiction expresse, ce type d'incertitude n'existe pas.

Pendant les travaux de la Conférence diplomatique de 1974-1976, plusieurs Etats participant à la Commission *ad hoc* sur les armes conventionnelles soutenu que les principes généraux du droit humanitaire ne suffisent pas à opérer automatiquement des prohibitions spécifiques de certaines armes. Selon ces Etats, il faut avoir une prohibition spécifique d'une, ou plusieurs, armes données, car

“ [...] il n'y [a] pas d'accord sur les normes en fonction desquelles les notions de 'souffrances inutiles' ou 'maux superflus' et de 'non-discrimination' [peuvent] être mesurées”¹⁵⁶.

C'est par un souci de sécurité et de facilité d'application des principes généraux qu'il nous semble indispensable de pouvoir disposer d'une prohibition spécifique d'une arme, car les principes généraux sont trop vagues pour pouvoir servir de lignes de conduite, au cours des hostilités¹⁵⁷, et ils ne correspondent à aucun consensus relativement à leur interprétation.

¹⁵⁴ Georges MALINVERNI, “Armes conventionnelles modernes et droit international”, Tirage à part de l'*Annuaire Suisse de droit international*, volume XXX, 1974, p. 41.

¹⁵⁵ Dans le même sens: SU WEI, “The application of rules protecting combatants and civilians against the effects of the employment of certain means and methods of warfare”, *op. cit. supra*, note 119, p. 383.

¹⁵⁶ Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1976), volume XVI, CDDH/ 47/ Rev. 1, § 26, p. 470.

¹⁵⁷ Frits KALSHOVEN, *op. cit. supra*, note 62, p. 108.

“ Pour éviter le danger d’une interprétation dans le sens du moindre consensus commun, l’interprétation doit se réaliser à travers un accord contractuel clair, c’est-à-dire à travers la concrétisation”¹⁵⁸.

Cette même concrétisation servira à ce qu’il n’y ait pas une marge d’appréciation trop grande pour que les militaires choisissent l’interprétation la moins favorable aux intérêts humanitaires. Il est aussi compréhensible que le militaire sur le champ de bataille ne procède pas à des interprétations juridiques trop élaborées, et qu’il opte pour celle qui lui donne plus de liberté d’action du point de vue de l’efficacité militaire.

C’est dans cette optique que Gerold WÜRKNER-THEIS explique que l’interdiction de fins (*Zielverbot*) – qui correspond aux principes généraux, conçus de forme très générale et abstraite et préconisant une interdiction de l’attaque de certains objets – a plutôt le caractère d’une norme programmatique qui vise les responsables des décisions politiques, mais qui ne donne aucune indication utile aux commandants militaires qui sont sur le champ de bataille.

Le principe de la souveraineté étatique peut aussi militer en faveur de la nécessité de l’existence de normes conventionnelles qui consacrent ces interdictions, car seules ces règles sont praticables en vue des intérêts en matière de la sécurité des Etats. On pourrait dire que le fait d’éviter de procéder à la prohibition d’armes spécifiques révèle un manque de volonté politique d’interdire cette même arme. Comme le dit WÜRKNER-THEIS,

“ [à] cause du degré élevé d’abstraction et la possibilité inhérente de détourner une norme/provision à travers l’interprétation, il est substantiellement plus facile d’arriver à un accord sur les prohibitions de fins que sur la prohibition de moyens”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Gerold WÜRKNER-THEIS, *op. cit. supra*, note 67, p. 28 (“Um der Gefahr einer Auslegung im Sinne des kleinsten gemeinsamen Konsenses zu entgehen, muss die Interpretation durch klare vertragliche Vereinbarungen erfolgen, nämlich durch Konkretisierung”).

¹⁵⁹ *Idem*, p. 51. (“Aufgrund der erhöhten Abstraktion und der damit verbundenen Möglichkeit durch Auslegung einer Festlegung zu entgehen, lässt sich über Zielverbote wesentlich leichter eine Einigung erzielen als über Mittelverbote.”)

C'est peut-être pour cette raison, comme le note le Professeur MALINVERNI, que la méthode de l'interdiction générale ou implicite pose un grand problème d'efficacité, et elle ne s'est jamais révélée être un frein contre l'utilisation d'armes qui peuvent ne pas être compatibles avec les principes généraux¹⁶⁰. En effet, CASSESE mentionne le fait que la mise en œuvre de ces principes génériques serait seulement possible s'il existait des organes internationaux impartiaux capables de vérifier si une certaine arme tombe dans le rayon d'action du principe en question, et capables de faire appliquer leurs décisions¹⁶¹.

Il nous semble que cette conception peut s'appuyer sur la Résolution 3076 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, selon laquelle

“ l'efficacité des principes généraux pourrait être encore accrue si des règles interdisant ou limitant l'emploi du napalm et d'autres armes incendiaires, ainsi que de certaines armes classiques qui peuvent causer des souffrances inutiles ou avoir des effets non sélectifs étaient élaborées et généralement acceptées”¹⁶².

Mais, d'un autre côté, on ne peut pas conclure que les principes généraux n'ont aucune portée, car cela contredit le principe *ut res magis valeat quam pereat* qui, selon la Commission du droit international, est incorporé dans l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁶³,

“ qui stipule qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. Lorsqu'un traité est susceptible de deux interprétations, dont l'une permet et l'autre ne permet pas qu'il produise les effets voulus, la bonne foi et la nécessité de réaliser le but et l'objet du traité exigent que la première de ces deux interprétations soit adoptée”.

¹⁶⁰ *Op. cit. supra*, note 155, p. 41.

¹⁶¹ Antonio CASSESE, “Means of Warfare: the Present and the Emerging Law”, *Revue belge de droit international*, volume XII, 1976-I, p. 147.

¹⁶² Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies n° 3076 (XXVIII).

¹⁶³ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, volume II, Nations Unies, 1967, p. 239.

Si, d'un côté, les principes généraux du droit de la guerre ne suffisent pas pour opérer *per se* l'interdiction d'une arme, mais si, d'un autre côté, on est d'accord sur le fait qu'on doit donner un sens et une fonction aux principes généraux du droit des conflits armés, il faut alors s'interroger sur l'utilité de ces principes.

D'après Antonio CASSESE, les principes du droit humanitaire peuvent servir de base et d'orientation aux États, pour qu'ils renoncent au développement de certaines nouvelles armes, ou pour bannir leur utilisation.

“This is most clearly borne out by the stand taken in 1973-1975, both in the UN General Assembly and at the Geneva Diplomatic Conference on Humanitarian Law of Armed Conflicts, by a number of States which agreed that one of the reasons for forbidding through conventional rules new weapons was their causing unnecessary suffering”¹⁶⁴.

Selon cet auteur, les prohibitions d'armes approuvées jusqu'à présent ont toujours eu à la base un ou plusieurs de ces fondements:

“a) they have been considered cruel or such as to cause unnecessary suffering; b) they have been deemed treacherous; c) they have been regarded as indiscriminate, in that they affect combatants and civilians alike”¹⁶⁵.

D'après d'autres auteurs comme WÜRKNER-THEIS, ces normes générales ont une nature presque programmatique et servent de guides aux gouvernements lors de négociations internationales ou lors de la mise au point de nouvelles armes. KUSSBACH prétend que ces principes constituent une *lex generalis* de nature spéciale, car ils constituent des principes fondamentaux du droit de la guerre. Ils doivent être utilisés de façon subsidiaire lorsqu'il n'y a pas une norme d'interdiction spécifique – même si leurs possibilités d'intervention ne doivent pas être

¹⁶⁴ Antonio CASSESE, *op. cit. supra*, note 162, p. 145.

¹⁶⁵ *Idem*, pp. 147-148.

exagérées¹⁶⁶. Dans son article “Means of Warfare: The Present and the New Law” CASSESE affirme que les principes du droit des conflits armés (il donne l'exemple du principe de l'interdiction des maux superflus) jouent un rôle méta-légal pour influencer l'opinion publique à travers les *mass-media*, un rôle standard moral et politique ¹⁶⁷.

SU-WEI établit un parallèle entre les principes de base du droit des conflits armés et un arbre. Le tronc de l'arbre correspond au principe de base selon lequel les combattants n'ont pas un choix illimité des moyens et méthodes de guerre. Les branches correspondent aux règles qui spécifient ce principe fondamental et qui essayent d'empêcher les armes causant des maux superflus ou les moyens et méthodes de guerre indiscriminés. Les feuilles constituent les règles qui établissent des prohibitions spécifiques de certains moyens ou méthodes de combat. Aucune partie de l'arbre ne peut vivre sans les deux autres – le tronc est la base de tout, mais un tronc sans des règles qui le concrétisent ne sert à rien non plus. Il serait un bout de bois mort. Pour cet auteur, les principes généraux peuvent et doivent servir de ‘source dynamique de règles spécifiques’ (les feuilles d'un arbre naissent à partir des branches)¹⁶⁸.

A notre avis, la doctrine doit essayer de préciser les principes généraux du droit de la guerre de façon à les rendre plus saisissables et clairs. Ces principes peuvent servir à éveiller l'opinion publique, à créer une conscience publique, par exemple en faveur de l'interdiction d'une arme donnée. Ils peuvent servir à influencer des gouvernements et les pousser à interdire une arme jugée comme contraire à ces principes. Ils peuvent également servir de base à une décision judiciaire sur la licéité d'une arme donnée. Mais ces mêmes principes ne peuvent certainement pas servir pour considérer les mines comme des armes illicites *ipso facto*.

¹⁶⁶ Erich KUSSBACH, *op. cit. supra*, note 116, p. 24.

¹⁶⁷ Antonio CASSESE, *op. cit. supra*, note 162, p. 145.

¹⁶⁸ SU-WEI, *op. cit. supra*, note 156.

3. LES RESTRICTIONS SPÉCIFIQUES À L'EMPLOI DE MINES

3.1. Le Protocole II de la Convention de 1980 sur les armes classiques

“Pourtant, le résultat final fut un modeste traité [...]”¹⁶⁹.

3.1.1. Les origines ...

La considération d'une possible interdiction ou restriction de l'emploi de certaines armes conventionnelles est surgie pendant la Conférence diplomatique de 1974-1977, quand un Comité *ad hoc* a été créé pour étudier ces questions. C'est lors des séances de ce Comité qu'un effort sérieux, mais infructueux¹⁷⁰ a été fait pour arriver à une prohibition ou limitation de l'emploi des mines antipersonnel et des pièges. C'est lors des séances de ce Comité que la question de l'emploi des armes en cause a été analysée directement pour la première fois. En fait, et comme le mentionne CARNAHAN, ces armes ont été des enfants illégitimes négligés du droit moderne de la guerre¹⁷¹ pendant trop longtemps. Mais, finalement, ce fut la première fois où leurs effets, caractéristiques et autres aspects ont été étudiés. Le Comité *ad hoc* a travaillé sur la base d'un rapport élaboré lors d'une Conférence d'experts gouvernementaux, réunie sous les auspices du C.I.C.R. en 1973. Dans cette étude, intitulée “Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination”¹⁷², plusieurs armes conventionnelles ou non, parmi lesquelles se trouvaient notamment les mines terrestres ont

¹⁶⁹ CCW/CONF.I/GE/6, du 6 mai 1994, *Document de base établi par le Comité international de la Croix-Rouge*, p. 28.

¹⁷⁰ Elmar RAUCH, “The protection of the civilian population in international armed conflicts and the use of landmines”, *German Yearbook of International Law*, 24 (1981), p. 262.

¹⁷¹ Burrus CARNAHAN, “The law of land mine warfare: Protocol II to the United Nations Convention on certain conventional weapons”, *Military Law review*, vol. 105, 1984, p. 73 (l'auteur utilise l'expression ‘neglected stepchildren’).

¹⁷² C.I.C.R., *Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination*, Rapport sur les travaux d'un groupe d'experts, Genève, 1973.

été analysées particulièrement en ce qui concerne leurs effets sur le corps humain, leur utilité militaire et les différents types existants. Les principes de l'interdiction de maux superflus et d'effets non discriminés ont aussi été étudiés pour chaque arme étudiée. Au cours de la Conférence diplomatique elle-même, le C.I.C.R. a organisé deux réunions d'experts gouvernementaux pour appuyer le travail du Comité *ad hoc*. Une de ces réunions a eu lieu à Lucerne en 1974, l'autre à Lugano deux ans plus tard.

Mais, comme on l'a déjà mentionné, tous ces travaux n'ont pas apporté des résultats tangibles. En effet, et pour ne pas empêcher des progrès sur le reste des Protocoles, des dispositions spécifiques sur les armes n'ont pas été prises en considération pendant les travaux de la Conférence diplomatique. En réalité, plusieurs délégations ont soutenu que l'endroit pour discuter de la prohibition ou restriction d'armes spécifiques n'était pas une Conférence de droit humanitaire, mais une conférence sur le désarmement. D'autres délégations ont beaucoup insisté pour que soit introduit dans le Protocole I de 1977 un article prévoyant la création d'un "comité international permanent sur l'interdiction ou la limitation de certaines armes conventionnelles"¹⁷³. Cette proposition fut rejetée, mais un peu à titre de compromis la Conférence a adopté une résolution recommandant la convocation d'une nouvelle conférence relative à l'interdiction ou limitation à l'utilisation de certaines armes conventionnelles. C'est sur la base de cette résolution que l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé, par une résolution du 19 décembre 1977, de mettre sur pied une conférence concernant des possibles prohibitions ou restrictions à l'emploi d'armes conventionnelles spécifiques, tenant en compte des considérations militaires et humanitaires¹⁷⁴.

Les Nations Unies ont alors convoqué la Conférence des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets

¹⁷³ W. J. FENRICK, "La Convention sur les armes classiques: un traité modeste, mais utile", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, novembre-décembre 1990, n° 786, pp. 542 - 555.

¹⁷⁴ Cedric SLOAN, "Land mines - an appraisal", *Military Technology*, vol. X, issue 2, 1986, p. 263.

traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, en utilisant les résultats des discussions et les propositions faites lors des conférences d'experts de Lucerne et Lugano. Après deux sessions préparatoires (en 1978 et 1979) et deux sessions proprement dites de la Conférence (en 1979 et 1980), l'Acte final a été approuvé le 10 octobre 1980. À cet Acte final était annexée la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination.

Ce document est composé de la Convention elle-même et de trois Protocoles annexés. La Convention peut être considérée comme un traité-cadre, car elle contient des dispositions applicables aux trois Protocoles. C'est donc dans cet 'umbrella treaty' qu'on peut trouver les règles relatives à l'entrée en vigueur, champ d'application, dénonciation de la Convention, tandis que c'est dans les Protocoles annexés qu'on trouve des dispositions de substance – chacun relatif à une catégorie d'armes spécifique. Trois Protocoles sont annexés à la Convention: le premier traite des éclats non localisables, le deuxième (celui qui nous intéresse) l'interdiction ou limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, et le troisième l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires. Lorsqu'un Etat ratifie la Convention, il doit notifier au Dépositaire qu'il accepte d'être lié par deux au moins des Protocoles annexés ¹⁷⁵.

Aux termes de l'article 5 § 1, la Convention est entrée en vigueur six mois après le dépôt de 20 instruments de ratification, d'adhésion, d'approbation ou d'acceptation, c'est-à-dire le 2 décembre 1983 ¹⁷⁶. Le 31 mai 1996, 60 Etats étaient Parties à la Convention de 1980 ¹⁷⁷. Il faut

¹⁷⁵ Cf. Article 4 § 3 de la "Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination" (Convention sur les armes classiques).

¹⁷⁶ ST/LEG/SER.E/14, *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général*, État au 31 décembre 1995, Nations Unies, p. 899.

¹⁷⁷ Il est intéressant d'observer qu'à la fin de 1992 (année où la campagne contre les mines antipersonnel a commencé) il n'y avait que 35 Etats parties à la Convention. Ce nombre s'est ensuite accru constamment: en 1993, il y avait 42 Etats parties, en 1994, 44 et en 1995, déjà 57. Cf. <http://www.icrc.org/icrcnouv/2ba6.htm>.

noter que tous les Etats ont notifié leur consentement à être liés par les trois Protocoles, sauf les Etats-Unis, Israël et la France qui ne sont liés que par les deux premiers Protocoles, tandis que le Bénin et la Jordanie ne sont liés que par le premier et le troisième Protocoles. Il est important de noter non seulement que le nombre d'Etats parties à la Convention est assez réduit – ce qui empêche un contrôle efficace et global de l'utilisation des armes en question – mais aussi que les Etats où sont posées le plus de mines antipersonnel ne l'ont pas ratifié¹⁷⁸. Il faut observer les différences de ratifications entre la Convention de 1980 et, par exemple, les Conventions de Genève de 1949 – 186 Etats parties – et les Protocoles additionnels – il y a 143 ayant ratifié au moins l'un des Protocoles de 1977. Seulement une ratification élargie et qui couvre tout particulièrement les pays les plus directement confrontés avec l'utilisation de ces armes peut permettre d'atteindre un des buts que cette Convention s'est proposée, à savoir la protection efficace des civils d'un emploi indiscriminé des mines antipersonnel.

3.1.2. Le Protocole II et la Convention proprement dits

Dans cette partie, nous allons analyser la Convention de 1980, ses vertus et ses principales faiblesses. C'est en vue des problèmes actuels posés par des mines antipersonnel – le fait que des dizaines de millions sont éparpillées dans des dizaines de pays au monde, la difficulté de leur détectabilité, entre autres – que nous allons analyser le présent Protocole.

La première question que nous allons traiter est celle de savoir si on peut déduire du titre de la Convention que les armes traitées dans ses trois Protocoles doivent être considérées automatiquement comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Le titre initial de la Convention s'arrêtait après le mot 'conventionnelles', et c'est juste quelques heures avant la clôture de la Conférence que le délégué mexicain, M. Antonio de Icaza, a exigé

¹⁷⁸ En Amérique latine le Nicaragua (108 000 mines), en Afrique l'Angola (20 millions), le Mozambique (2 millions), la Somalie (1 million) et le Soudan (1 million), en Asie l'Afghanistan (10 millions) et le Cambodge (entre 8 et 10 millions), au Moyen-Orient l'Irak (10 millions) et l'Iran (16 millions) sont les pays le plus fortement atteints dans leurs régions respectives par des mines et aucun d'eux n'a ratifié la Convention de 1980 sur les armes classiques.

l'inclusion des expressions 'effets traumatiques excessifs' et 'frappant sans discrimination'. Selon Frits KALSHOVEN,

“ [t]his act of virtual blackmail [...] went against the grain with those delegations that had never accepted the thesis that all these weapons could properly be so qualified. When the representative of the United States Mr. Michael Matheson flatly refused to give in to Mr. de Icaza's demand, the Conference once again held its breath, but this time only briefly: after some urgent consultations Mr. Matheson resigned himself to the unavoidable, thereby removing the last obstacle to the adoption of the Convention, complete with this extravagant title”¹⁷⁹.

A notre avis, deux raisons permettent de réfuter la thèse selon laquelle le titre de la Convention de 1980 peut servir d'indice au caractère non discriminé ou traumatique excessif des armes en cause. Un argument purement formel et littéral, permet de noter que le titre n'affirme pas péremptoirement que ces armes causent les effets en question, mais qu'elles *peuvent* les causer. Selon un deuxième argument, de fond et prenant en compte les travaux préparatoires, nous pouvons noter que les délégations étaient pratiquement obligées à accepter le titre de la Convention avec une référence aux 'effets traumatiques excessifs' et à la non discrimination, sous peine de ne pas arriver à un consensus. La déclaration du délégué des Etats-Unis d'Amérique (appuyé par le délégué du Royaume-Uni) confirme cette thèse, car il a soutenu que l'adoption du nouveau titre de la Convention ne devait en aucun cas signifier que les armes visées dans les Protocoles étaient nécessairement des armes causant des maux superflus ou ayant des effets indiscriminés¹⁸⁰.

Un autre point important est celui du champ d'application de la Convention et de ses Protocoles. Ce champ est identique à celui défini à l'article 1 § 4 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949: il englobe les conflits armés internationaux, y compris les guerres de décolonisation. Ce champ d'application assez limité a constitué, selon plusieurs experts, une des principales faiblesses de cette Convention. En

¹⁷⁹ Frits KALSHOVEN, "Arms, armaments and international law", *RCADI*, vol. 191, 1985-II, p. 264.

¹⁸⁰ A/CONF.95/SR.12, page 2, paragraphe 4.

effet, il faut noter que la plupart des pays où se trouvent des mines antipersonnel ont vécu des guerres internes et non internationales¹⁸¹. Cela veut dire que le Protocole I ne leur est pas applicable, même si plusieurs règles générales relatives à la conduite des hostilités de nature coutumière demeurent applicables lors de conflits internes.

En ce qui concerne les relations entre la Convention et d'autres obligations imposées aux Parties par le droit international humanitaire¹⁸², il faut noter que la règle *lex posterior derogat legi priori* n'est pas applicable. Selon l'article 2 de la Convention sur les armes classiques, "[a]ucune disposition de la présente Convention ou des Protocoles y annexés ne sera interprétée comme diminuant d'autres obligations imposées aux Parties par le droit international humanitaire [...]". Par conséquent, la Convention sur les armes classiques ne prévaut pas sur le Protocole additionnel I de 1977. Même s'il est évident que la Convention de 1980 fonctionne comme une *lex specialis* par rapport au Protocole de 1977 – qui lui prévoit des règles générales régissant tous les moyens et méthodes de combat, tandis que la Convention comprend des règles spécifiques traitant d'armes spécifiques – cette *lex specialis* ne peut pas empêcher l'application correcte et totale du Protocole I¹⁸³.

Le Protocole II reconnaît la légalité des mines antipersonnel, et on peut considérer que par là, il diminue la protection abstraite conférée aux populations civiles par le Protocole additionnel I de 1977. Le texte de la Convention de 1980 reconnaît explicitement la légalité d'armes dont la licéité est douteuse d'après le Protocole additionnel I de 1977. Selon WÜRKNER-THEIS, cette légitimation de techniques de guerre douteuses ne sert pas à protéger les victimes civiles, mais plutôt à protéger les soldats responsables de ces techniques de combat¹⁸⁴. D'un autre côté, et toujours

¹⁸¹ Des exemples de pays ayant vécu des conflits armés internes et qui sont parmi les plus affectés par des mines antipersonnel se trouvent notamment l'Afghanistan (10 millions), l'Angola (20 millions), le Cambodge (10 millions), le Mozambique (2 millions) et la Somalie (1 million).

¹⁸² cf. Article 2 de la Convention sur les armes classiques.

¹⁸³ Elmar RAUCH, "The protection of the civilian population in international armed conflicts and the use of landmines", *German Yearbook of International Law*, 24 (1981), p. 264. Dans l'original "interfere with the full and correct application of the Protocol I." (traduction de l'auteur).

¹⁸⁴ Georg WÜRKNER-THEIS, *Fernverlegte Minen und humanitäres Völkerrecht*. Europäische Hochschulschriften, Verlag Peter Lang, Frankfurt-am-Main, 1990, p. 290.

de l'avis de Georg WÜRKNER-THEIS, le Protocole II diminue la protection de la population civile en se contentant d'obligations de protection humanitaires très réduites pendant et après les conflits – nous allons analyser ces questions plus en détail ultérieurement.

Même si la Convention a des insuffisances, elle constitue cependant une tentative de limiter les dégâts que les moyens de combat en cause peuvent provoquer. La Convention se borne à introduire des restrictions à l'utilisation des mines et pièges, de façon à mieux contrôler leurs effets, spécialement vis-à-vis des populations civiles. Comme l'affirme A. P. V. ROGERS, le but de la Conférence était de trouver des façons de protéger les innocents des dangers posés par les mines et pièges tout en préservant cet important moyen de défense¹⁸⁵. Quant aux principales dispositions du Protocole II de la Convention sur les armes classiques, nous allons les examiner suivant le degré de contrainte qu'elles imposent aux parties au conflit.

Nous allons commencer par l'interdiction absolue de certaines catégories de pièges¹⁸⁶. Cette interdiction, basée sur le principe de l'interdiction de la perfidie¹⁸⁷, vise principalement les pièges ayant l'apparence d'objets inoffensifs, et les pièges associés à des signes protecteurs internationaux, à des malades, blessés et morts, à des lieux d'inhumation, d'incinération ou à des tombes, à des installations et au matériel sanitaire, à des jouets d'enfants ou des produits destinés à être employés par des enfants, à des aliments ou boissons, à des objets religieux et à des monuments historiques.

Le Protocole II prévoit également l'interdiction de l'emploi sans discrimination de mines, de pièges et d'autres dispositifs. Il ne s'agit pas d'une interdiction absolue; mais d'une interdiction conditionnée par le caractère discriminé de l'emploi de l'arme en cause. L'expression 'armes

¹⁸⁵ A. P. V. ROGERS, "A commentary on the Protocol on prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices". *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, n.os 1-2-3, 1987, p. 187.

¹⁸⁶ cf. Article 6 du Protocole II de la Convention sur les armes classiques.

¹⁸⁷ Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 305.

sans discrimination' doit être entendue comme visant celles qui ne "peuvent pas être dirigées contre un objectif militaire spécifique"¹⁸⁸.

L'autre interdiction est relative à l'emploi de mines mises en place à distance. En effet, l'article 5 du Protocole II interdit l'emploi de ce type de mines, à moins qu'elles ne soient utilisées dans une zone qui constitue un objectif militaire ou qui contienne d'objectifs militaires, et à moins que leur localisation soit enregistrée (conformément à la règle de l'article 7 § 1 a), que nous allons examiner plus tard) ou qu'elles soient munies de mécanismes de neutralisation (de désactivation ou d'autodestruction). Même si on considère que les mines placées à distance sont interdites par cette Convention, l'interdiction en cause ne doit jamais être considérée comme absolue, mais relative¹⁸⁹. Mais, comme le nombre d'exceptions à cette prohibition est important, il est plus correct et réaliste de dire qu'à travers une interprétation *a contrario* de l'article 5 § 1 du Protocole, l'emploi de mines mises en place à distance est, en fait, généralement légitimé¹⁹⁰. Cette admissibilité générale est due à des divergences d'opinion lors des négociations de la Convention de 1980 sur les armes classiques. Les États membres de l'OTAN, en particulier, ont affirmé la nécessité militaire absolue d'utiliser des mines antipersonnel dispersables pour éviter et bloquer les mouvements de l'ennemi dans le *hinterland*. Pour Dieter FLECK, les raisons sont évidentes:

"NATO States thought it necessary to retain the option of disturbing and delaying the advance of second and third attack formation of Warsaw Pact armies"¹⁹¹.

D'après la règle contenue à l'article 5 du Protocole II, il est interdit de disperser des mines antipersonnel à titre préventif sur un endroit

¹⁸⁸ cf. Article 3 § 3 a) du Protocole II de la Convention sur les armes classiques.

¹⁸⁹ Philippe BRETTON, "Principes humanitaires et impératifs militaires dans le domaine des armes classiques à travers le droit international actuel", Société Française pour le Droit International, *Le Droit International et les Armes, Colloque de Montpellier*, Editions A. Pédone, Paris, 1982.

¹⁹⁰ Gerold WÜRKNER-THEIS, *op. cit. supra*, note 185, p. 154.

¹⁹¹ Dieter FLECK, "The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts", Oxford University Press, Oxford, 1995, Section 413.

qui n'est pas encore un objectif militaire mais qui pourra le devenir. Malheureusement le Protocole II n'indique pas si des mines antipersonnel dispersées sur un objectif militaire doivent être considérées comme étant en conformité avec le droit de la guerre. Même si, du point de vue de l'utilité militaire, l'existence d'une mine activée après la fin des hostilités n'est plus justifiée, il est vrai qu'il n'y a aucune disposition spécifique qui l'interdise.

Comme nous l'avons vu, les deux conditions permettant l'utilisation de mines antipersonnel dispersables sont ou bien leur enregistrement ou bien l'introduction de mécanismes permettant leur neutralisation. Et c'est précisément en ce qui concerne ce dernier point que les auteurs du Protocole ont ignoré un autre important aspect: celui de la possible non-fiabilité des mécanismes d'autoneutralisation ou d'autodestruction. En effet, nous sommes d'avis que le Protocole part du principe qu'une fois un mécanisme d'autoneutralisation installé, il sera absolument efficace. Cette présomption n'est pas du tout irréfutable, car, comme *Landmines: A Deadly Legacy* le mentionne, les démineurs sont assez sceptiques par rapport au taux de défaillance des mécanismes d'autodestruction. Dans cet ouvrage, une anedocte racontée par Patrick BLADGEN (Conseiller pour le déminage au Département des opérations de maintien de la paix des Nations Unies entre 1992 et 1995) est citée. Lorsque BLADGEN montre aux visiteurs de son bureau le 'cerveau' d'une mine avec un mécanisme d'autodestruction, il pose la question

“ [i]f they so successfully self-destruct, [...] then how come I've got one?”¹⁹².

Selon les juristes du C.I.C.R. Louise DOSWALD-BECK et Peter HERBY,

“ [à] moins que les mécanismes d'autodestruction ne soient fiables à 100% et soient réglés pour une autodestruction très peu de temps après la mise en place, lesdites mines continueront à faire de nombreuses victimes civiles”¹⁹³.

¹⁹² The Arms Project and Physicians for Human Rights, “*Landmines: A Deadly Legacy*”, Human Rights Watch, New York, 1993, p. 29.

¹⁹³ Louise DOSWALD-BECK et Peter HERBY, “Les mines terrestres: examen critique des instruments juridiques existants”, *Lettre de l'UNIDIR*, n° 28/29, déc. 1994/ mai 1995, p. 63.

Selon des données publiées par le C.I.C.R.¹⁹⁴, aucune technique d'autodestruction ou de neutralisation a prouvé être efficace 100%. Quelques unes ont un taux de défaillance de 10 à 15%. Même si une mine sur 100 ne se détruit pas, cela peut avoir des effets catastrophiques sur les populations civiles qui partent du principe que la zone en cause est sûre et ne prennent aucune précaution en s'y déplaçant¹⁹⁵.

D'un autre côté, le délai fixé pour que la neutralisation ou destruction de l'engin se produise est assez incertain – selon l'article 5 du Protocole, le mécanisme d'autoneutralisation ou autodestruction doit se déclencher "lorsqu'il a lieu de penser que [la mine] ne servira plus aux fins militaires pour lesquelles elle a été mise en place [...]"¹⁹⁶, ce qui ne garantit pas la protection de la population civile.

Ensuite, le Protocole II de la Convention de 1980 réaffirme l'obligation générale de ne diriger les mines que contre des objectifs militaires, le principe de l'interdiction d'un emploi des mines sans discrimination et l'obligation de prendre toutes les précautions possibles pour protéger les civils¹⁹⁷. Le préambule de la Convention de 1980 réitère plusieurs principes fondamentaux du droit de la guerre, comme celui de l'interdiction de causer des maux superflus, celui du droit limité dans le choix des armes, celui de la protection de l'environnement naturel et celui de la protection de la population civile des effets des hostilités. L'article 3 du Protocole II réaffirme également le principe de distinction et celui de l'interdiction des attaques non discriminées, principes qui sont codifiés aux articles 48 et 51 du Protocole additionnel I de 1977, en leur apportant des précisions spécifiques à l'utilisation des mines. Mais, comme l'affirme un rapport élaboré par le C.I.C.R., cette distinction entre objectifs militaires et civils est difficile à maintenir lorsqu'un objectif militaire est déplacé hors de la zone minée, laissant en place des mines antipersonnel dont les effets deviennent nécessairement indiscriminés.

¹⁹⁴ I.C.R.C., *Landmines must be stopped*, Special brochure, 1995.

¹⁹⁵ Cela peut également avoir les effets inverses: la population civile peut éprouver un sentiment de méfiance et tout simplement abandonner la zone – même si elle est essentielle pour la survie de la population.

¹⁹⁶ Même si, alternativement, cette disposition envisage un mécanisme d'autodestruction télécommandé.

¹⁹⁷ Cf. Article 3 du Protocole II de la Convention sur les armes classiques.

L'énoncé de l'article 3 § 4 du Protocole II est similaire à celui de l'article 57 du Protocole I de 1977. L'article 4 § 2 du Protocole réaffirme et précise le principe de la protection de la population civile, en interdisant des attaques de villes, villages ou des zones avec une concentration de personnes civiles semblable. Comme l'affirme Denise PLATTNER¹⁹⁸, ce type de règles est applicable en toutes circonstances, indépendamment du caractère interne ou international du conflit, et aussi indépendamment de la ratification de la Convention de 1980.

Une autre obligation imposée par le Protocole aux parties consiste à exiger l'enregistrement de tous les champs de mines 'préplanifiés', tandis que les mines et pièges dispersés *ad hoc* sont seulement couverts par une clause demandant aux parties de s'efforcer d'enregistrer leur localisation. Le Protocole établit des règles pour la protection des forces et missions des Nations Unies et demande aux Etats, à la fin des hostilités, de publier des informations sur l'emplacement de mines et pièges et de coopérer au déminage.

La règle qui limite l'exigence d'enregistrement des champs de mines à ceux qui sont 'préplanifiés' est une des plus vivement critiquées. Un des problèmes qu'elle pose découle du terme 'préplanifié' lui-même. Cette expression n'existe dans aucune des langues officielles de la Conférence et le Protocole II ne la définit pas. Pour CARNAHAN, il est clair que ce terme fait référence à un degré de pré-planification trop léonasmatique qui va au delà de la simple planification.

“ In a military sense, a 'planned' minefield is one for which detailed efforts have been made to schedule, organize and program the minefield in advance of the actual execution of efforts. Since preplanned means more than planned, a preplanned minefield is, by its nature, one for which a detailed military plan exists considerably in advance of the proposed date of execution”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Denise PLATTNER, “La Convention de 1980 sur les armes classiques et l'applicabilité de Règles relatives aux moyens de combat dans un conflit armé non international”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, nov.-déc. 1990, n° 786, pp. 605-619.

¹⁹⁹ Burrus CARNAHAN, *op. cit. supra*, note 173, p. 84

Naturellement, ce type de planification à l'avance est impossible pour la grande majorité des champs de mines placés pendant un conflit armé. Pendant le combat, des champs de mines sont établis pour faire face à des besoins immédiats, sans beaucoup de planification ou de préplanification ²⁰⁰. En ce qui concerne les pièges, il y a seulement une obligation d'enregistrer leur localisation s'ils ont été utilisés de forme 'préplanifiée' et à grande échelle. Cela veut dire que les obligations des parties d'enregistrer des champs de mines et de pièges sont fortement affaiblies par les termes 'préplanifié' et 'grande échelle' ²⁰¹. En ce qui concerne tous les autres champs de mines, les parties sont tenues que par des simples recommandations d'enregistrer les mines, ce qui diminue considérablement l'obligation d'enregistrer des champs de mines ^{202, 203}.

Mais il faut quand même noter que l'enregistrement de mines, même s'il était toujours obligatoire, n'est pas réalisable pour les mines mises en place à distance, et pour les mines mises en place à main il peut se révéler difficile et impraticable. Selon Eric PROKOSCH, un expert qui conduit des recherches sur les armes antipersonnel depuis 1966, il est incertain qu'un soldat soit capable de lire une carte et d'enregistrer la localisation d'une mine. Avec sarcasme, cet auteur cite un expert français qui justifie cette difficulté tout simplement par le fait que "[t]he soldier is not an

²⁰⁰ *Idem.*

²⁰¹ W. J. FENRICK, *Canadian Yearbook of International Law*, volume XI, 1981, p. 336.

²⁰² Philippe BRETTON, *op. cit. supra*, note 191.

²⁰³ A. P. V. ROGERS ("A commentary on the Protocol in prohibitions or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices", *op. cit. supra*, note 187, p. 197) a conçu un tableau où les obligations d'enregistrement (ou non) de certains types de mines sont schématisées. Nous allons le reproduire ici par un souci de clarté:

Mines dispersables avec mécanisme de neutralisation	champs de mines préplanifiés autres champs de mines petits groupes de mines mines isolées	oui non non non
Mines dispersables sans mécanisme de neutralisation	champs de mines préplanifiés(*) autres champs de mines(*) petits groupes de mines(*) mines isolées	oui oui oui oui

(*) Il n'est pas nécessaire d'enregistrer chaque mine individuellement, mais il suffit juste d'enregistrer la zone où elles sont localisées.

intellectual”²⁰⁴. Selon des experts militaires, “les soldats de certaines factions ne savent ni lire ni écrire”, ce qui rend leur tâche impossible, car

“ [d]resser des cartes précises, indiquant l’emplacement des mines, est un exercice extrêmement exigeant, qui requiert des compétences techniques que même les armées professionnelles ne possèdent pas toujours. Ainsi, la plupart du temps, elles ne sont tout simplement pas entreprises”²⁰⁵.

Un autre point qu’il faut mentionner est que, même si les combattants suivent toutes les règles quant à l’enregistrement des mines, cela ne garantit pas un déminage couronné de succès, à preuve la situation vécue présentement aux Malouines après le conflit de 1982 entre le Royaume-Uni et l’Argentine. Malgré le fait que toutes les zones minées ont été enregistrées par les parties au conflit – une pratique contrastant clairement avec celle suivie dans la plupart des conflits – les campagnes de déminage ont échoué²⁰⁶. Selon l’étude consacré à l’utilité militaire des mines antipersonnel dans les conflits en Afghanistan, Cambodge, Mozambique et Angola, les parties ont été incapables d’établir des cartes précises et toutes les cartes étaient incomplètes.

Dans le Protocole II, plusieurs obligations sont affaiblies par des expressions telles que ‘possible’, ‘praticable’ ou ‘si les circonstances le permettent’. Nous faisons notamment référence à l’article 3 § 4 du Protocole, selon lequel “[t]outes les précautions possibles seront prises pour protéger les civils des effets des [mines].” Selon l’article 5 § 2, un préavis du lancement de mines mises en place à distance doit être donné à la population civile, “à moins que les circonstances ne le permettent pas”. Il existe alors une ‘réserve de possibilité’ en ce qui concerne l’obligation d’avertir la population civile.

D’autres dispositions du Protocole consistent en quelques simples recommandations aux parties, par exemple celle de faire des efforts pour

²⁰⁴ Eric PROKOSCH, *The technology of killing. A military and political history of antipersonnel weapons*, Zed Books, London & New Jersey, p. 159.

²⁰⁵ Comité International de la Croix-Rouge. *Les mines terrestres antipersonnel. Des armes indispensables?*, Etude réalisée à la demande du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, mars 1996, pp. 58 et 59.

²⁰⁶ Janet E. LORD, “Legal restraints in the use of landmines: humanitarian and environmental crisis”, *California Western International Law Journal*, volume 25, Number 2, Spring 1995, p. 314.

une coopération internationale pour l'enlèvement de mines et pièges (article 9), pour enregistrer les champs de mines non préplanifiés (article 7 § 2). En ce qui concerne la publication des informations sur l'emplacement de mines, pièges et autres dispositifs après la fin des hostilités, l'obligation de publier n'est imposée aux parties que dans la mesure du possible et par accord mutuel (art. 7 § 3c).

Les principales lacunes de la Convention de 1980 consistent dans sa non-applicabilité aux conflits armés non-internationaux, l'absence d'interdiction des mines non-déTECTABLES, l'absence d'un enregistrement obligatoire des champs de mines, le fait de n'imposer ni un délai ni un degré donné de fiabilité aux mécanismes d'autoneutralisation ou d'autodestruction des mines, le fait de ne pas définir à qui incombe la responsabilité de l'enlèvement de mines et, pour terminer, l'absence de mécanisme de surveillance et de mise en œuvre. Le Protocole II est par ailleurs surtout fondé sur le principe de l'interdiction de méthodes et moyens de guerre non discriminés, négligeant ainsi le principe de l'interdiction des maux superflus ²⁰⁷. Comme nous l'avons déjà vu, la force de certaines dispositions de la Convention de 1980 est diminuée par des expressions trop vagues susceptibles de recevoir plusieurs interprétations, par de trop larges exceptions et par des dispositions ayant le caractère de simples recommandations sans force obligatoire.

C'étaient tous ces déficiences et la constatation qu'aucune amélioration du sort des civils n'était intervenue lors de l'utilisation de mines antipersonnel qui ont conduit à une révision du Protocole II à la Convention de 1980. En effet, son objectif de mieux protéger les populations civiles n'avait pas été atteint. Et, si d'un côté, la Convention a été insuffisamment ratifiée,

“ [...] elle ne prévoit pas les moyens qui seraient nécessaires pour prévenir les dommages excessifs que provoquent les conflits armés actuels, dont la majorité sont de caractère non international” ²⁰⁸.

²⁰⁷ Dieter FLECK, *op. cit. supra*, note 193, p. Section 409.

²⁰⁸ Comité International de la Croix-Rouge, “Rapport du Comité international de la Croix-Rouge pour la Conférence d'examen de la Convention de 1980 des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination”, février 1994, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 806, mars-avril, 1994, p. 136.

Aux termes de l'article 8 § 3a) de la Convention sur les armes classiques, si dix ans après l'entrée en vigueur de cette Convention, aucune Conférence n'a été convoquée, toute Haute Partie Contractante peut prier le Dépositaire de convoquer une conférence "pour examiner la portée et l'application de la Convention et des Protocoles y annexés et étudier toute proposition d'amendement à la présente Convention et aux Protocoles existants". En l'espèce, c'est le Gouvernement français qui, en réagissant à des pressions de l'opinion publique, a pris l'initiative d'adresser une lettre au Secrétaire général des Nations Unies (en sa qualité de Dépositaire de la Convention), le 9 février 1993, en le priant de convoquer une conférence chargée de l'examen de la Convention et de ses Protocoles annexes.

Le C.I.C.R. a été prié d'élaborer un rapport servant de document de travail au groupe d'experts gouvernementaux chargé de préparer la Conférence d'examen de la Convention de 1980 sur les armes classiques. Ce Rapport est fondé sur les recommandations formulées par les participants à deux réunions organisées par le C.I.C.R.; le Symposium de Montreux d'avril 1993 et le Symposium d'experts militaires sur l'utilité militaire des mines antipersonnel de janvier 1994. Sur la base des résultats de ce Rapport, plusieurs solutions ont été proposées pour essayer de remédier à la situation provoquée par les mines terrestres. On peut les subdiviser en deux types: des solutions liées aux mines elles-mêmes et des solutions relatives à l'application de la Convention, à la création d'obligations nouvelles et plus strictes pour ceux qui emploient des mines.

3.2. Les propositions pour changer la Convention et le Protocole II (1980-1996)

Nous allons résumer les principales propositions faites pour la révision de la Convention de 1980. Il est important de les connaître pour mieux comprendre les négociations pendant la Conférence de révision. Nous n'allons cependant pas indiquer les faiblesses de chaque proposition, car nous estimons préférable et plus intéressant de les confronter avec la nouvelle version du Protocole II.

Parmi le premier type de propositions on trouve celle visant l'interdiction de l'emploi de toutes les mines antipersonnel. Elle a été formulée par le C.I.C.R. et par plusieurs organisations non-gouvernementales qui mènent une campagne de sensibilisation de l'opinion publique mondiale en faveur de l'élimination totale de l'emploi, du commerce et du stockage de mines antipersonnel. En effet, une coalition d'organisations humanitaires ou visant la protection des droits de l'homme qui inclut les précurseurs Human Rights Watch, Handicap International, Physicians for Human Rights, Medico International, Mines Advisory Group and Vietnam Veterans of America Foundation ²⁰⁹, a lancé en 1992 une campagne pour une interdiction de la production, de l'emploi et de la vente de mines ²¹⁰. En février 1994, le C.I.C.R. a décidé exiger à une interdiction complète de la production, du transfert et du stockage de mines antipersonnel.

Cette campagne est probablement à l'origine du changement de position de plusieurs gouvernements ²¹¹ qui, depuis 1992, ont adopté des moratoires à l'exportation de mines ²¹² ou ont même déclaré ne plus laisser leurs propres armées utiliser de mines, ne plus les exporter, ne plus les fabriquer et détruire des stocks existants.

L'interdiction totale a l'avantage, comme le soutiennent les adeptes de cette solution, d'arriver à stigmatiser les mines de la même façon que les armes chimiques. Un autre avantage d'une interdiction totale réside dans une plus grande facilité de contrôle des éventuelles violations.

²⁰⁹ Cf. Anita PARLOW, "Toward a global ban on landmines", *International Review of the Red Cross*, July-August 1995, n° 307, p. 396.

²¹⁰ La campagne inclut aujourd'hui plus de 350 organisations non gouvernementales dans plus de 20 pays du monde qui luttent en faveur d'une interdiction totale des mines antipersonnel.

²¹¹ Si, le 31 mai 1995, il y avait 15 pays ayant annoncé un moratoire à l'exportation de mines antipersonnel (Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, France, Grèce, Hollande, Israël, Italie, Pologne, République Tchèque et Russie), le 12 juin 1996, il y avait déjà 42 Etats soutenant une interdiction immédiate et totale de la production, du stockage, du transfert et de l'emploi des mines antipersonnel. Cf <http://www.icrc.org/icrcnouv/362e.htm> et la *Lettre de l'UNIDIR*, n.º 28/29, décembre 94 et mai 1995, p. 44.

²¹² Les Etats Unis d'Amérique ont approuvé le "Landmine Moratorium Act" le 23 octobre 1992 qui imposait une interdiction de la vente, exportation et transfert de mines antipersonnel pendant un an. Cette loi défendue devant le Congrès américain par le Sénateur Patrick Leahy est considérée comme la première initiative de ce genre au monde. Cf. The Arms Project and Physicians for Human Rights, "*Landmines: A Deadly Legacy*", Human Rights Watch, New York, 1993, p. 320.

Même si certains groupes insurrectionnels fabriquaient quand même des mines artisanales en raison de l'impossibilité d'acheter des mines antipersonnel, ces engins de production artisanale seraient en quantité plus limitée, ce qui réduit l'étendue du problème.

D'autres solutions pour faire face aux principaux problèmes causés par les mines consistent en l'interdiction de l'emploi de mines dispersables non munies d'un mécanisme d'autodestruction automatique, en l'interdiction de toute mine antipersonnel non munie d'un mécanisme d'autodestruction (indépendamment de la méthode de mise en place), en l'interdiction de toutes les mines non détectables ou encore en l'interdiction des mines munies d'un système antimanipulations.

En effet, les deux premières suggestions (introduction d'un mécanisme d'autodestruction) permettraient faire face à l'un des plus grands problèmes posés par l'utilisation de mines, et à la plus sérieuse incompatibilité avec le droit humanitaire: même si l'emploi de ces armes est justifié pendant les hostilités en raison de leur utilité militaire, cela n'est plus le cas une fois les combats terminés. C'est ce caractère non discriminé des mines, sous un angle temporel qui a provoqué de grandes critiques, car c'est en raison de la non-discrimination des mines qu'une grande quantité de civils sont blessés et tués après la fin des hostilités. Les mécanismes d'autodestruction présentent également l'avantage de faciliter les travaux de déminage. Il faut aussi noter que ces mécanismes ont été jugés préférables à ceux d'autoneutralisation. L'autoneutralisation consiste en un mécanisme conçu pour éteindre la mine après un certain laps de temps – tandis que le mécanisme d'autodestruction provoque l'explosion automatique de la mine dans un laps de temps donné. Les avantages de la destruction sont surtout deux: celle de la certitude – si un démineur voit une mine entière, qui en théorie est neutralisée, il a des doutes et doit toujours la traiter comme si elle était activée encore ²¹³ et le fait qu'une mine détruite ne peut pas être réutilisée.

²¹³ The Arms Project and Physicians for Human Rights, *Idem*, p. 29. L'existence de mines simplement neutralisées pose également des problèmes à la population civile, cf. *supra*, note 197.

La raison de l'interdiction des mines non détectables est facile à comprendre: elle prétend aussi diminuer les difficultés de déminage et à limiter ainsi les risques que courent les populations civiles.

La dernière suggestion de ce groupe – interdiction des mines avec un dispositif antimanipulations – est justifiée par le fait que les buts militaires visés par ces engins – la démoralisation de l'ennemi et la protection des champs de mines – ne justifient pas les difficultés provoquées par ce type de mines lors des opérations de déminage ²¹⁴.

Parmi la deuxième série de propositions, on a suggéré d'ajouter des mécanismes de vérification de l'application de la Convention (procédures et moyens de contrôle), d'étendre l'applicabilité de la Convention à des conflits armés non internationaux, l'introduction de règles plus strictes en ce qui concerne l'enregistrement des mines, une obligation de communiquer aux autres parties l'emplacement des mines après la fin du conflit et, pour finir, la création d'une obligation de déminer.

L'introduction de mécanismes de vérification de l'application de la Convention a été souhaitée par les experts participant au symposium de Montreux. Ils ont suggéré différents types de mécanismes, soit inspirés par ceux qui existent dans d'autres instruments de droit humanitaire, soit complètement différents. Parmi le premier groupe, les experts ont estimé qu'il serait toujours souhaitable d'inclure de manière expresse ces mesures dans la Convention de 1980. Ces experts faisaient référence aux postes de conseillers juridiques (en exigeant que ceux-ci soient consultés lors de l'emploi des armes en question), une exigence spécifique liée à la formation en droit humanitaire – comme en contient déjà les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels. Les experts ont également suggéré le recours à la Commission internationale d'établissement des faits pour enquêter sur d'éventuelles violations de la Convention de 1980, en

²¹⁴ Comité International de la Croix-Rouge, "Rapport du Comité international de la Croix-Rouge pour la Conférence d'examen de la Convention de 1980 des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination", février 1994, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 806, mars-avril, 1994, p. 151.

soutenant que la Convention serait plus efficace si la Commission avait automatiquement le droit d'enquêter sur de telles violations.

Un autre type de mécanisme serait l'introduction dans la Convention de 1980 d'une disposition prévoyant la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour juger des violations de cette Convention. On a également suggéré la création d'une cour spéciale pour juger uniquement des éventuelles violations à la Convention de 1980.

Quant à l'extension de l'application de la Convention de 1980 – et plus particulièrement du Protocole II – à des conflits armés non internationaux, le fait que la majorité des conflits armés de nos jours sont de caractère non international et que la majorité des victimes de mines antipersonnel se situe dans des pays où se déroulent des conflits internes, nous amène à penser qu'il est impératif et logique qu'elle soit admise.

En ce qui concerne l'enregistrement des champs de mines, nous avons vu que la disposition de l'article 7 du Protocole II s'applique seulement aux champs de mines 'préplanifiés' et qu'il n'y a aucune définition dans le Protocole de ce terme qui est inexistant dans toutes les langues officielles de la Conférence. Quant aux champs de mines restants, il n'y a qu'une recommandation aux parties de s'efforcer de les enregistrer. Des participants au symposium ont demandé que tous les champs de mines soient enregistrés – même ceux constitués par des mines munies de mécanismes d'autodestruction et d'autoneutralisation.

3.3. Le Protocole II dans sa nouvelle version de mai 1996

3.3.1. Les négociations

Le 3 mai 1996, la Conférence de révision de la Convention de 1980 sur les armes classiques a approuvé, lors de sa troisième session, une version révisée du Protocole II sur les mines, pièges et autres dispositifs. Ce résultat est le fruit des quatre sessions de travail du Groupe d'experts gouvernementaux chargé de préparer la Conférence et de trois séances de la Conférence de révision qui ont eu lieu entre le 25 septembre et le 13

octobre 1995 à Vienne, entre le 15 et le 19 janvier 1996 à Genève et du 22 avril au 3 mai 1996, à Genève également ²¹⁵.

L'origine de l'idée d'une révision de la Convention de 1980 se trouve dans la Résolution 44/430 du 15 décembre 1989 de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui a "décidé d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa quarante-cinquième session la question intitulée 'Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques ou comme frappant sans discrimination' " ²¹⁶. Un an plus tard, le même organe des Nations Unies, dans sa Résolution 45/64 du 4 décembre ²¹⁷, a souligné que, selon l'article 8 de la Convention, les parties peuvent convoquer des conférences d'examen de la Convention et ses Protocoles. La délégation suédoise a fait observer que dix ans s'étaient écoulés depuis l'adoption de la Convention et que la convocation d'une conférence d'examen devait être sérieusement envisagée.

L'idée d'une conférence d'examen et révision de la Convention sur les armes classiques a été reprise par l'Assemblée générale dans deux Résolutions: une adoptée en 1991 (Résolution 46/40 du 6 décembre) et une autre en 1992 (47/56 du 9 décembre) ²¹⁸. Comme nous l'avons déjà mentionné, le 9 février 1993 la France a prié le Secrétaire général des Nations Unies de convoquer la Conférence de révision.

Dix mois plus tard les Parties à la Convention, faisant référence à la lettre que la France avait adressée au Secrétaire général des Nations Unies, ont prié ce dernier de constituer un groupe d'experts

²¹⁵ Le nom officiel de la Conférence de révision était 'Conférence des parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination' et le nom officiel du Groupe d'experts gouvernementaux est 'Groupe d'experts gouvernementaux appelé à préparer la Conférence des parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination'.

²¹⁶ Décision 44/430 de l'Assemblée générale, adoptée sur le rapport de la première Commission.

²¹⁷ AGNU Res. 45/64, 54ème séance plénière, 4 décembre 1990.

²¹⁸ AGNU Res. 46/40, 65ème séance plénière, 6 décembre 1991 et AGNU Res. 47/56, 81ème séance plénière, 9 décembre 1992.

gouvernementaux afin de faciliter la préparation de ladite Conférence. Ce groupe s'est réuni pour trois sessions de travail en 1994 et une quatrième session en 1995, de deux semaines chacune.

A) Le Projet du groupe d'experts gouvernementaux

Le Groupe d'experts gouvernementaux chargé de l'examen de la Convention sur les armes classiques a présenté, dans son Rapport final, un projet de texte fondé sur les débats des différents groupes de travail et sur la proposition du Président ²¹⁹. Ce projet n'est pas parvenu à rallier un consensus parmi les participants à ce groupe d'experts, les expressions ou dispositions non consensuelles se trouvent entre crochets. C'est ce projet que nous allons maintenant analyser, pour pouvoir comprendre l'évolution des négociations.

Nous allons subdiviser les différentes questions en quatre catégories (qui correspondent aussi aux thèmes traités par les quatre groupes de travail constitués au sein de ce groupe d'experts gouvernementaux), à savoir: (1) le champ d'application du Protocole; (2) les définitions; (3) les interdictions et/ou limitations et, finalement, (4) la vérification, l'établissement des faits et le respect de la Convention.

En ce qui concerne le champ d'application de la Convention, il y a eu un consensus à propos de la nécessité d'appliquer le Protocole II sur les mines et pièges au moins aux conflits armés internationaux et non internationaux. Un groupe d'Etats a même exprimé le désir d'appliquer le Protocole II annexé à la Convention de 1980 en tout temps, c'est-à-dire même en temps de paix. Aucune référence s'est faite dans le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949, car plusieurs Etats qui n'ont pas ratifié ce Protocole, n'ont voulu des mentions ni du Protocole II de 1977 ni de son libellé. Même avant la Conférence de 1995, le Président du Groupe d'experts gouvernementaux, l'Ambassadeur Johan MOLANDER, a affirmé sa conviction qu'il y avait un accord de principe sur l'extension du champ d'application du

²¹⁹ CCW/CONF.I/GE/23, du 24 janvier 1995.

Protocole à la Convention de 1980 et que cet accord “constitu[ait] un des principaux résultats au crédit du Groupe d’experts”²²⁰.

Quant aux définitions, l’article 2 du Texte évolutif du Président contient des définitions qui ne sont pas consensuelles: celles des mines mises en place à distance, des mines antipersonnel, de la désactivation, l’antimanipulation et la télécommande. La définition des mines antipersonnel proposée à l’article 2 § 3 considère les mines antipersonnel comme étant celles qui sont “conçu[es] pour exploser du fait de la présence, de la proximité ou du contact d’une personne et qui peut mettre hors de combat, blesser ou tuer une ou plusieurs personnes”. C’est une version plus large que celle finalement adoptée, mais pour le moment nous allons laisser de côté cette question pour la traiter de forme plus approfondie au chapitre 3.4.3. L’article 2 prévoit aussi une définition du champ de mines, pour y inclure les “dummy minefields”, c’est-à-dire les champs où la présence de mines est soupçonnée (même si elle n’est pas réelle). Toutes ces propositions de définitions n’obtinrent pas de consensus au sein du Groupe d’experts.

En ce qui concerne les restrictions ou interdictions à l’emploi de mines et pièges, il faut noter que le Groupe d’experts s’est mis d’accord pour fixer la responsabilité des Parties aux mines et pièges utilisés. Selon cette disposition, la Partie en cause “s’engage à les enlever, retirer ou détruire comme il est précisé à l’article 9 du Protocole”²²¹. Une autre proposition, non agréée par consensus, exprime son respect du concept d’objectif militaire et détermine que les objectifs militaires nettement séparés et distincts ne peuvent pas être considérés comme étant des objectifs militaires uniques. L’obligation de préavis est étendue, selon ce texte, à tout type de mines, pièges et autres dispositifs – non limitée aux mines posées à distance. L’article 3 § 4 fait référence au principe des maux superflus en interdisant toute mine ou tout piège qui les provoque. Spécifiquement, l’article 4 § 4 exige la détectabilité des mines mises en place à la main. L’article 5 interdit toutes mines mises en place à distance, qui ne se détruisent pas elles-mêmes.

²²⁰ Johan MOLANDER, “Le renforcement du droit international humanitaire: La Conférence d’examen de la Convention sur certaines armes classiques”, *Lettre de l’UNIDIR*, n° 28/ 29, décembre 1994/ mai 1995, p. 65.

²²¹ cf. Art. 3 § 2 du Texte évolutif du Président, CCW/CONF.I/GE/23 du 24 janvier 1995, p. 12.

En ce qui concerne les pièges et certains types de mines (non munies d'un mécanisme d'autoneutralisation ou d'autodestruction et celles qui provoquent des maux superflus), il y avait des propositions tendant à une interdiction non seulement de leur emploi, mais aussi de leur mise au point, de leur fabrication, stockage et transfert. Il y avait également une proposition d'interdire le transfert des mines aux Etats non Parties au présent Protocole. En ce qui concerne l'enregistrement des mines, les Parties sont arrivées à un accord sur l'assimilation des champs de mines préplanifiés et autres. Il y avait en outre une proposition – qui n'a pas réussi le consensus des participants – de munir les mines de mécanismes d'autodestruction avec un taux de défaillance non supérieur à une mine sur mille, qui doivent se déclencher après un délai maximum de 7 à 90 jours. Au cas où ce mécanisme ne fonctionnerait pas, il y aurait un mécanisme complémentaire d'autoneutralisation devant fonctionner après 30 à 365 jours (avec le même taux de défaillance).

Quant aux mécanismes de vérification, le plus intéressant et complet proposé est celui qui prévoit la création d'une commission de vérification composée par des ressortissants des Etats Parties ²²². Cette Commission devait pouvoir recevoir des plaintes et décider de mener des enquêtes sur place (à travers l'envoi de missions d'établissement des faits). Les experts qui composent la mission d'établissement des faits peuvent interroger toute personne susceptible d'avoir un lien avec la violation et peuvent également visiter tous les zones ou installations ayant un lien avec la violation commise. Les experts devaient rédiger un rapport communiqué à tous les Etats parties. Au cas une violation du Protocole serait établie, la Commission demanderait à la Partie en faute de prendre les mesures propres à redresser la situation. Cette proposition préconise également l'application des dispositions relatives à la répression des 'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 au présent Protocole II.

Les Parties sont en général arrivées à un accord sur l'élargissement du champ d'application du Protocole aux conflits internes,

²²² Cette proposition est très similaire au Document de travail présenté par la France qui est contenu au document CCW/CONF.I/GE/3, du 3 mars 1994.

à l'interdiction des mines terrestres antipersonnel non facilement détectables et à l'interdiction des mines placées à distance non munies d'un mécanisme d'autodestruction et à l'interdiction des pièges ayant l'apparence d'objets inoffensifs. Il y a aussi eu un consensus en ce qui concerne la restriction de l'emploi de mines antipersonnel non munies de mécanismes d'autodestruction aux champs de mines clos, signalés et surveillés par des patrouilles. En ce qui concerne les transferts – notamment l'interdiction des transferts de mines aux Etats non Parties au Protocole et à des entités non étatiques – il n'y a en revanche pas eu d'accord. Le problème de la vérification resta également en suspens.

3.3.2. Les résultats

La première session de la Conférence de révision de la Convention de 1980, qui s'est terminée le 13 octobre 1995, était marquée par des sentiments ambigus. Si, d'un côté, la communauté des Etats et des organisations internationales présents à la Conférence pouvaient se réjouir du consensus achevé autour de la prohibition des armes aveuglantes, on se trouvait également face à un impasse sur un accord sur l'interdiction ou des limitations à l'emploi des mines antipersonnel. D'une manière générale, les Etats étaient d'accord quant à l'extension de l'applicabilité du Protocole II sur les mines et pièges aux conflits internes. Mais en ce qui concerne l'attribution de responsabilité à ceux qui mettent les mines en place, le renforcement de l'obligation de protection des représentants de missions humanitaires contre les dangers des mines, l'obligation d'élargir, l'obligation d'enregistrer les mines et l'interdiction d'utiliser des dispositifs qui font exploser la mine lorsqu'un instrument de déminage l'approche, il y avait pas mal de divergences ²²³. On ne s'était pas mis d'accord sur une éventuelle obligation d'assurer que toutes les mines soient détectables, de l'inclusion d'un mécanisme d'autodestruction dans les mines dispersables et l'obligation de surveiller et clôturer les champs de mines. Ces derniers points ont un impact significatif sur la protection de la population civile des risques causés par les mines.

²²³ Comité International de la Croix-Rouge, *Négociations sur les mines terrestres. L'impasse de Vienne met en lumière l'urgence de prendre des mesures nationales et régionales. Communiqué et position du C.I.C.R.*, DP (1995)90, p. 2.

Ce n'est pas une simple coïncidence que le C.I.C.R. ait décidé de lancer, un mois après la fin de la première session de la Conférence, une "campagne internationale appelant à une interdiction totale, immédiate et définitive des mines terrestres"²²⁴. Cette campagne avait pour but de sensibiliser l'opinion publique et surtout l'attitude des gouvernements, de façon à permettre aux deux prochaines séances de la Conférence de révision de la Convention sur les armes classiques de produire de meilleurs résultats.

Après deux séances de négociations à Genève (la première au mois de janvier, la seconde entre la fin d'avril et le début mai), le Protocole II modifié sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs a pu être adopté le 3 mai 1996 – un document avec 14 articles et une annexe technique traitant les précautions spéciales à prendre lors de l'utilisation de mines²²⁵.

Nous allons voir maintenant quels sont les résultats atteints par le Protocole modifié – de quelle façon ils ont évolué par rapport au Rapport final du Groupe d'experts et également par rapport au *status quo* lors de la fin de la première session de la Conférence. Nous allons faire une énumération de tous les changements introduits par le Protocole II modifié, mais allons prolonger et approfondir nos commentaires sur certaines modifications plus importantes que d'autres et ayant donné lieu à des polémiques.

A) Le champ d'application

Selon l'article premier du nouveau Protocole, cet instrument sera applicable non seulement aux conflits armés internationaux, mais également aux conflits internes. Comme nous l'avons mentionné, plusieurs Etats qui n'avaient pas ratifié le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949 n'ont pas voulu de référence à ce dernier. C'est pour cette raison que l'article 1 § 2 fait seulement référence

²²⁴ <http://www.icrc.org/icrcnouv/2b86.htm>, p. 1.

²²⁵ CCW/CONF.I/14, du 1er mai 1996.

“aux situations visées à l’article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949”. Selon l’article 1 § 3, toutes les parties à un conflit non international sont tenues d’appliquer le présent Protocole – c’est-à-dire, les Etats et les entités non-étatiques. On peut se demander ce qui justifie juridiquement que les insurgés, non liés par le Protocole en question, puissent être obligés de le respecter. Cette question a déjà été posée lors de la rédaction des Conventions de Genève de 1949, plus précisément de leur article 3 commun, et lors des négociations du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949. La raison est la suivante: les engagements contractés par un Etat sont également valables pour les particuliers sur le territoire de cet Etat ²²⁶.

Quelques Etats ont suggéré l’application de ce Protocole “en tout temps”, c’est-à-dire pendant le temps de paix et également lors de situations de tensions et troubles internes. La proposition était importante, car beaucoup de mines sont utilisées en temps de paix pour protéger des frontières ou des installations militaires; elles peuvent représenter un danger pour les civils, mais elles ne doivent cependant pas être conformes aux nouvelles restrictions contenues dans la version modifiée du Protocole II. Lors d’un débat à la Commission II de la Conférence, le délégué du Mexique affirma que certaines armes interdites dans des conflits armés internationaux peuvent être légitimement utilisées pendant des opérations de police – situations qui ne correspondent pas à des conflits armés ²²⁷. C’est pour cette raison que DÖRMANN, avec un peu d’ironie, remarque l’existence d’une certaine contradiction dans l’attitude du Mexique, car d’un côté il était en faveur d’une interdiction totale des mines antipersonnel, mais d’un autre côté, il n’était pas prêt à étendre le champ d’application du Protocole aux situations au-delà du seuil d’application du Protocole additionnel II de 1977.

²²⁶ Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMANN, (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, C.I.C.R. – Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1986, p. 1369.

²²⁷ Knut DÖRMANN, “The first Review Conference to the 1980 Convention on prohibitions or restrictions on the use of certain conventional weapons which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects – a story of failure?”, *Humanitäres Völkerrecht. Informationsschriften*, Nr 4, 1995, p. 204.

Cette situation, c'est-à-dire le fait que la Convention ne soit pas applicable en tout temps, ouvre la voie à ce que des Etats se trouvant dans des situations de conflits internes affirment qu'il ne s'agit que d'une situation d'émeutes, troubles internes pour justifier la non-application du Protocole II.

B) Définitions

L'article 2, relatif aux définitions, introduit des définitions de mines mises en place à distance (selon la définition: "toute mine lancée à plus de 500 mètres"), de 'mines antipersonnel', de 'champs de mines', de 'mécanismes d'autodestruction', de 'mécanismes d'autoneutralisation', d'autodésactivation', de 'télécommande', de 'dispositifs antimanipulation' et de 'transfert'. La définition qui a suscité le plus de polémiques est précisément celle de la mine antipersonnel. Il vaut la peine de transcrire la définition en cause pour pouvoir mieux comprendre l'étendue des problèmes potentiels de cette définition.

“ Aux fins du présent Protocole, on entend [...] par ‘mine antipersonnel’ une mine principalement conçue pour exploser du fait de la présence, de la proximité ou du contact d'une personne et destinée à mettre hors de combat, blesser ou tuer une ou plusieurs personnes”²²⁸.

Toute la polémique et problématique se rapporte à l'expression 'principalement conçue' car, selon Cornelio SOMMARUGA, elle introduit une "ambiguïté dangereuse"²²⁹ dans le Protocole II modifié. Cette ambiguïté est due à l'existence de deux sortes d'armes qui ne sont pas uniquement destinées à tuer ou blesser des personnes mais qui peuvent le faire collatéralement ou parallèlement. Un de ce type d'armes sont les mines antichar munies d'un mécanisme antimanipulation qui se déclenche et fait exploser la mine lorsqu'une personne la touche – ils

²²⁸ Art. 2 § 3 du Protocole II modifié.

²²⁹ Cornelio SOMMARUGA, *Conférence d'examen des Etats parties à la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*. Déclaration de M. Cornelio Sommaruga Président du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 22 avril 1996, p. 2 (<http://www.icrc.org/icrcnouv/343a.htm>).

mettent alors en danger la vie des démineurs. Nous savons également que parmi la plupart des personnes qui touchent les mines par inadvertance se trouvent les enfants. Cela veut dire que ce type de mécanisme inclu attaché à une mine antichar risque de frapper de façon significative des enfants qui, par curiosité, touchent et prennent des mines, ou les démineurs qui essaient de neutraliser une mine. Il va sans dire que ces mécanismes sont aussi les responsables d'un ralentissement des travaux de déminage. Dans ce cas, la nécessité militaire de ces mécanismes antimanipulation ne justifie pas les autres impératifs, d'ordre humanitaire, qui exigent la protection des civils des effets des hostilités.

L'autre type est les mines hybrides, c'est-à-dire celui des mines qui sont à la fois antichar et antipersonnel. Dans ces situations, on peut toujours affirmer qu'elles ne sont pas "essentiellement conçue[s] pour exploser du fait de la présence, de la proximité ou du contact d'une personne", mais qu'elles sont également des mines antichar. L'œuvre *Trends in Land Mine Warfare* – un rapport spécial du Jane's Information Group – du Major Charles HEYMAN fait référence à ce développement et montre qu'il ne s'agit pas d'un cas d'école ni d'une hypothèse lointaine. Selon cet auteur,

"[t]he rise of scatterable mines has blurred the already thin line between anti-personnel and anti-tank weapons, as most systems include sets of interchangeable anti-personnel and anti-tank mines utilizing common delivery systems"²³⁰.

Jozef GOLDBLAT défendait précisément la même opinion, avant l'approbation du nouveau Protocole, en affirmant que,

"[h]owever, the distinction between the two types of mines is becoming increasingly blurred"²³¹.

²³⁰ Charles HEYMAN, *Trends in Modern Land Mines Warfare*, A Jane's Special Report, Jane's Information Group, August, 1995, p. 72.

²³¹ Jozef GOLDBLAT, "Inhumane conventional weapons: efforts to strengthen the constraints", *SIPRI Yearbook 1995: Armaments, Disarmament and International Security*, p. 829.

Ce changement de la définition de la mine antipersonnel peut avoir comme effet de rendre inutiles toutes les dispositions du Protocole II modifié relatives aux mines antipersonnel. Les mines hybrides et les mines antichar munies d'un mécanisme antimanipulation échappent à la définition de mine antipersonnel et ne sont plus soumises aux dispositions relatives à la détectabilité, à l'inclusion de mécanismes d'autodestruction et d'autoneutralisation, à l'interdiction de mécanismes antimanipulation. Cette définition peut très bien servir d'échappatoire aux Etats pour détourner le présent Protocole, mais aussi pour annuler les mesures nationales qu'ils ont adoptées et qui s'appliquent uniquement aux mines antipersonnel. Cela veut dire que tout le travail de sensibilisation de l'opinion publique, toutes les déclarations d'interdiction de mines antipersonnel au niveau national et les moratoires à l'exportation de mines antipersonnel au niveau national peuvent devenir 'lettre morte' si on exporte des mines qui ne sont pas "spécialement conçue[s]" pour frapper les êtres humains, mais qui les frappent néanmoins. Selon le Président du C.I.C.R., cette définition risque, du fait

“des abus auxquels elle ouvre la voie, d'anéantir progressivement les autres résultats qui pourraient être obtenus [...]”²³².

Cette nouvelle définition des mines antipersonnel est idéale pour tous les Etats qui, d'un côté, sont intéressés à montrer à l'opinion publique nationale et internationale leur intérêt à protéger les civils des effets tragiques causés par les mines antipersonnel, mais qui, d'un autre côté, ne veulent pas non plus s'arrêter de produire ce type d'armes. A l'aide de cette échappatoire juridique, ils peuvent le faire. Pour l'opinion publique, ces Etats seront des exemples à suivre en ce qui concerne l'intérêt et respect pour les principes humanitaires, mais en réalité ils continueront de produire des mines (avec une autre désignation des mines antichar) qui frapperont également de façon indiscriminée les civils.

²³² Cornelio SOMMARUGA, *op. cit. supra*, note 231.

C'est pour cette raison que le C.I.C.R. défend l'opinion, avec laquelle nous sommes d'accord, selon laquelle le terme mine antipersonnel doit être appliqué à toute mine qui a comme effet de blesser, tuer ou mettre hors de combat un être humain, indépendamment du fait d'avoir d'autres fonctions²³³. Le fait qu'une mine puisse être aussi utilisée pour une autre fin ne peut pas empêcher que les dispositions du Protocole II lui soient applicables²³⁴.

Face à cette situation, l'Allemagne a présenté une déclaration interprétative de l'article 2 du Protocole²³⁵ qui prétend établir très clairement que les mines ayant des caractéristiques d'armes antipersonnel (même les mines dites hybrides) peuvent être rattachées à la catégorie de mine antipersonnel de l'article 2, avec une seule exception, celle des mines antichar ayant des dispositifs antimanipulation. Dans ce cas, comme nous l'avons déjà mentionné, le danger de frapper des civils de manière indiscriminée subsiste. La mort de la victime devient pratiquement inévitable, car la quantité d'explosifs contenue dans les mines antichar est substantiellement supérieure à celle des mines antipersonnel²³⁶.

C) Restrictions à l'emploi de mines

L'article 3 du Protocole II modifié prévoit une responsabilité de chaque partie à un conflit pour toutes les mines qu'elle a employées. La

²³³ Eric ROETHLISBERGER, *Conférence d'examen des Etats parties à la Convention de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*. Déclaration de M. Eric Roethlisberger Vice-Président du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 3 mai 1996, p. 2, (<http://www.icrc.org/icrcnouv/3432.htm>).

²³⁴ CCW/CONF.I/SR.9, du 15 janvier 1996, p. 4, paragraphe 9, intervention par M. Peter HERBY en représentation du C.I.C.R.

²³⁵ Cette déclaration a été appuyée par les pays suivants: Afrique du Sud, Australie, Bulgarie, Canada, Etats-Unis d'Amérique, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Suède. Cf. CCW/CONF.I/SR.14, du 14 mai 1996, pp. 3 et 4, paragraphe 8.

²³⁶ On peut considérer que ces armes sont en contradiction avec le droit international humanitaire de deux façons: en violant le principe qui interdit les armes rendant la mort de la victime inévitable (principe qui appartient au droit coutumier et qui a été énoncé dans la Déclaration de Saint Pétersbourg pour la première fois) et en violant également le principe qui interdit les maux superflus (une charge explosive de 30 g, comme nous l'avons vu, est suffisante pour mettre un ennemi hors de combat. Toute quantité d'explosif supérieure à 30 g doit être considérée comme excessive).

partie s'engage à les enlever, retirer, détruire ou entretenir²³⁷. Nous aimerions faire deux observations à propos de cette disposition: en premier lieu, celle-ci est applicable non seulement aux Etats parties au conflit, mais également aux parties non étatiques impliquées dans un conflit armé non international. Et, comme nous l'avons déjà vu, cette application est automatique.

Une deuxième question est celle de savoir si cette disposition s'applique également aux mines qui ont été posées dans le passé. Une première lecture de l'article 3 § 2 peut nous faire penser oui, car selon cette disposition "chaque Partie contractante ou chaque partie à un conflit est responsable [...] des mines [...] qu'elle a employé[e]s et s'engage à les enlever [...]". Nous serions tentés de considérer qu'alors les Etats Unis seraient responsables des mines posés au Vietnam, le Royaume-Uni serait responsable des mines posées aux Malouines et le Portugal responsable des mines posées en Angola ou au Mozambique.

Mais, selon l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui appartient au droit coutumier,

"[à] moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne tout acte ou tout fait antérieur ou toute situation qui avait cessé d'exister à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie."

Ils nous semble que cette intention d'accorder des effets rétroactifs ne ressort pas des travaux de la Conférence d'examen. Il est évident qu'aucun des Etats qui a placé des mines antipersonnel ne veut être tenu responsable de ces actes antérieurs²³⁸.

L'article 3 § 3 du Protocole II modifié établit l'interdiction de toute mine, conçue "pour causer des maux superflus ou des souffrances inutiles, ou [qui est] de nature à causer de tels maux et de telles

²³⁷ Article 3 § 2 du Protocole II modifié.

²³⁸ Nous trouvons, quand même, que cette règle pourrait être rédigée de forme plus claire, comme par exemple, "chaque Partie contractante ou chaque partie à un conflit est responsable [...] des mines [...] qu'elle emploie après l'entrée en vigueur du présent Protocole et s'engage à les enlever."

souffrances”. Il nous semble, en premier lieu, que cette disposition est applicable, non seulement aux militaires, mais aussi aux civils ²³⁹. Deuxièmement, nous trouvons que cette disposition contient une *contradictio in termini*: l’utilisation normale de mines antipersonnel peut être considérée comme causant des maux superflus. Nous l’avons montré à travers les données recueillies dans les hôpitaux du C.I.C.R.: les blessures causées par les mines demandent plus d’opérations, entraînent une incapacité permanente, exigent plus de transfusions de sang que les autres blessures de guerre. Il est toutefois évident que ce n’était pas la signification que les rédacteurs du Protocole ont voulu donner à cette expression. Selon la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout traité international doit être interprété de bonne foi suivant le terme ordinaire à donner aux termes du traité ²⁴⁰. Mais cette règle ne doit pas nous conduire à attribuer un sens déraisonnable ou absurde à cette disposition, ni à lui enlever son effet utile. C’est pour cette raison qu’il nous faut trouver une autre interprétation à la disposition en cause.

A notre avis, les rédacteurs du Protocole n’ont pas voulu tout englober dans cette disposition – autrement tout emploi de mines serait interdit – mais seulement les situations qui peuvent indubitablement être considérées comme sources certaines de maux superflus. Nous savons que la quantité de métal suffisante pour “nécessiter l’amputation d’un pied, donc pour immobiliser un soldat, est d’environ 30 g”. Une augmentation de cette charge explosive peut provoquer des blessures supplémentaires (perte de membres, blessures à la région anale et aux parties génitales, à la moitié inférieure du corps) qui ne sont pas justifiées par la nécessité militaire. Au moins ces mines-là doivent être considérées comme causant des maux superflus.

Selon une interprétation *a contrario*, l’article 3 § 6 permet l’inclusion de mécanismes antimanipulation dans les mines antipersonnel avant que les mines cessent de l’être. Ces engins peuvent causer des maux superflus et des souffrances inutiles, même s’il y a des considérations d’ordre militaire qui sous-tendent cette permission.

²³⁹ Nous justifions cette position au chapitre 2.1.2.a).

²⁴⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, article 31.

L'article 3 § 7 est une réaffirmation du droit coutumier existant, qui interdit d'attaquer ces civils et oblige à faire en tout temps la distinction entre civils et militaires, entre biens civils et biens militaires.

Les dispositions de l'article 3 § 8 ont été reprises presque textuellement de la version de 1980 du Protocole II ²⁴¹. La seule innovation est l'inclusion dans le Protocole II de la présomption de l'absence d'utilité militaire des biens normalement affectés à un usage civil (cette présomption a été reprise de l'article 52 § 3 du Protocole additionnel I de 1977 ²⁴²). L'alinéa c) de l'article 3 § 8 interdit l'utilisation de mines dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes civiles excessives par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. Cette disposition réaffirme une règle de nature coutumière et contient, à notre avis, une nouvelle *contradictio in terminis*: Est-ce qu'il n'est pas inévitable qu'une mine antipersonnel cause accidentellement des pertes civiles excessives? Est-ce que ce risque n'est pas inhérent à tout usage courant des mines? Ce n'était vraisemblablement pas l'opinion des rédacteurs du Protocole.

L'article 3 § 9 introduit une précision importante. Selon cette règle, on ne doit pas considérer plusieurs objectifs militaires séparés comme un objectif militaire unique. Cette disposition a comme but de diminuer l'utilisation indiscriminée et massive des mines antipersonnel sur des régions très étendues.

L'article 3 §§ 10 et 11 contient des expressions qui rendent ses effets plus faibles, voire nuls. Ces expressions sont par exemple les termes 'possible', 'praticable', 'eu égard à toutes les circonstances du moment', 'considérations d'ordre militaire' et 'à moins que les circonstances ne s'y prêtent pas'. Elles servent à justifier l'absence de précautions pour protéger les civils des effets des hostilités et pour justifier également l'absence d'un préavis effectif lors de la mise en place de mines. L'article 3 § 10 reprend dans l'essentiel la version de 1980 de

²⁴¹ Article 3 § 3 du Protocole II, version de 1980.

²⁴² Même si nous trouvons l'article 52 § 3 du Protocole additionnel I de 1977 beaucoup plus claire que l'article 3 § 8 a) du Protocole II sous examen.

l'article 3 § 4, en lui ajoutant des exemples de ce qui peut être considéré comme 'condition du moment'. Le changement que l'article 3 § 11 apporte par rapport à la première version du Protocole II est que cette obligation de donner un préavis est non seulement applicable à la mise en place de mines mises en place à distance ²⁴³, mais également aux mines mises en place à la main.

L'article 4 du Protocole II, qui impose une interdiction d'employer des mines antipersonnel qui ne sont pas détectables, constitue une victoire de la Conférence d'examen de la Convention de 1980. Même si nous sommes de l'opinion que cette interdiction découle nécessairement du droit coutumier, il est important qu'une convention internationale inclue expressément cette interdiction. Nous soutenons que cette règle appartenait déjà au droit coutumier, car la non-détektabilité des mines antipersonnel rend le déminage trop lent, trop cher et trop difficile après la fin des hostilités. Cette situation apporte des pertes injustifiées dans la population civile et la survivance de mines actives après la fin des hostilités n'est justifiée par aucune nécessité militaire.

D) Mines autres que les mines mises en place à distance

Comme son titre l'indique, l'article 5 s'applique aux mines autres que celles mises en place à distance. L'article 2 § 2 définit ce qu'on doit entendre par mine mise en place à distance, et aussi le type de mines qui ne tombent pas sous cette catégorie, à savoir, "les mines lancées à moins de 500 mètres par un système basé à terre". L'article 5 § 2 établit une interdiction de principe: l'interdiction de l'utilisation des mines autres que les mines mises en place à distance si elles ne sont pas en conformité avec les exigences de l'annexe technique concernant l'autodestruction et l'autodésactivation. Mais cet article établit également des exceptions. La non-conformité des mines avec les dispositions de l'annexe technique concernant leur autodestruction et autodésactivation n'empêche pas qu'elles puissent être utilisées dans le cas où deux exigences sont respectées: les mines doivent être placées dans une zone marquée,

²⁴³ Article 5 § 2 du Protocole II, version de 1980.

surveillée par des militaires et protégée par une clôture. Il faut également que ces mines soient enlevées avant l'évacuation de la zone. Mais la disposition en cause prévoit aussi le cas de l'occupation du territoire par les forces armées d'un autre Etat. Dans ce cas, le premier Etat peut ne pas enlever les mines avant l'évacuation du territoire si le nouvel Etat "[accepte] la responsabilité de l'entretien des moyens de protection requis par le présent article et, ultérieurement, de l'enlèvement de ces armes." Nous présumons que, dans le cas où le nouvel Etat qui occupe le territoire n'est pas d'accord pour assumer la responsabilité d'effectuer le déminage, c'est au premier Etat qu'elle incombe ²⁴⁴, à moins que l'Etat occupant ne l'accepte pas non plus en invoquant le principe de la souveraineté. Dans ce cas, il n'y a pas de solution juridique et nous serions confrontés par des mines sans mécanismes d'autoneutralisation et d'autodestruction posées sur un territoire et qui pourraient frapper des civils de manière indiscriminée.

L'article 5 § 3 prévoit également une autre situation où une exception est faite aux obligations de l'alinéa 2: celle où la partie en cause est contrainte d'abandonner le contrôle de la zone à la suite d'une action militaire de l'ennemi. Dans ce cas, elle n'est plus responsable ni de surveiller les champs de mines ni de les enlever. Selon l'article 3 § 4, c'est aux parties qui acquièrent le contrôle de la zone d'entretenir les champs de mines jusqu'à ce que toutes ces armes aient été enlevées.

Selon cette même disposition, si la partie au conflit qui a perdu le contrôle d'un territoire regagne ce contrôle, elle est de nouveau responsable du déminage. Même si le marquage des champs de mines fonctionne très bien, qui peut contrôler et prouver que l'Etat qui a temporairement occupé le territoire n'a pas ajouté des mines ? Cette disposition exige que les parties négocient pour déterminer qui est responsable du déminage de quelle partie de territoire, ce qui peut être difficile pour deux Etats ex-ennemis. C'est un processus qui peut demander beaucoup de temps. Le problème est qu'entre-temps les mines restent activées.

²⁴⁴ Selon l'article 10 du Protocole il existe une obligation de fournir une assistance technique.

L'article 5 § 6 (permettant l'utilisation d'un certain type de mines mises en place à la main sans que les mesures déjà examinées soient prises, dans le cas où ces engins se trouvent à proximité d'une unité militaire ou d'une zone surveillée) fait référence aux mines antipersonnel directionnelles à fragmentation (les mines 'à effet horizontal') construites de façon que les fragments soient projetés dans une direction déterminée, dans un secteur d'environ 60°. Ces mines sont posées sur le sol normalement sur un trépied. Elles contiennent des fragments de métal qui sont projetés lors de l'explosion à une distance de l'ordre de 50 à 100 mètres. Les types plus populaires de ces mines sont les Claymore M18 et M18A1 américaines ²⁴⁵.

E) Les mines mises en place à distance

Les mines antipersonnel mises en place à distance ne sont pas interdites, mais leur emploi est restreint dans quelques situations. Pour pouvoir être légitimement utilisées, elles doivent être enregistrées, munies d'un mécanisme d'autoneutralisation ou d'autodestruction, et leur utilisation doit être précédée d'un préavis à moins que les circonstances ne s'y prêtent pas. Nous avons déjà indiqué les problèmes liés à l'enregistrement des mines mises en place à distance: elles bougent avec les mouvements de terrain, avec la pluie, et leur enregistrement devient automatiquement sans utilité.

L'utilisation des mines antichar dispersables est en principe interdite, à moins qu'elles ne soient équipées d'un mécanisme efficace d'autodestruction ou d'autoneutralisation, de sorte qu'elles ne fonctionnent plus lorsqu'elles ne servent plus aux fins militaires pour lesquelles elles ont été mises en place. Toutes ces exigences sont fortement mitigées par l'expression "dans la mesure du possible" qui permet de ne pas inclure un mécanisme d'autoneutralisation ou d'autodestruction dans une mine antichar ou d'une mine hybride mise en place à distance. Les obligations imposées par l'annexe technique à l'utilisation de mines antipersonnel dispersables sont plus exigeantes que

²⁴⁵ The Arms Project and Physicians for Human Rights, *op. cit. supra*, note 213, p. 20.

celles applicables aux autres mines dispersables. Dans le premier cas, les mines doivent s'autodétruire dans un délai de 30 jours et doivent être équipées d'un mécanisme d'autoneutralisation qui fonctionne 120 jours après la mise en place de la mine pour les cas où l'autodestruction n'a pas fonctionné. Par contre, dans le deuxième cas (qui reprend la rédaction de l'article 5 § 1b) de la version de 1980 du Protocole II), les mécanismes d'autodésactivation ou d'autodestruction doivent fonctionner lorsqu'il n'y a plus de nécessité militaire qui justifie l'existence d'une mine activée. Comme nous le savons, la nécessité militaire est un concept très imprécis, susceptible de plusieurs interprétations. Dans ces cas les Etats peuvent toujours prétendre ne pas être en train d'utiliser des mines principalement conçues pour blesser, tuer ou mettre hors de combat une personne, mais des mines hybrides – de cette façon seules les normes applicables aux mines antichar lui seront applicables.

F) Interdiction de pièges

L'article 7 § 1 reprend la rédaction de l'article 6 § 1 de la version de 1980 du Protocole II, qui prévoit l'interdiction de pièges associés à des objets inoffensifs.

G) Transferts

L'article 8 introduit d'importantes innovations: il détermine que les Parties doivent s'engager à ne pas transférer des mines dont l'emploi est interdit par le Protocole (par exemple les mines non-déTECTABLES), à ne pas transférer des mines à des entités autres que des Etats et à ne pas les transférer à des Etats non Parties au Protocole. Même si une partie diffère le respect des dispositions spécifiques relatives à l'emploi de certaines armes, elle doit cependant ne pas transférer ces mines interdites à d'autres Etats. Le paragraphe 3 de l'article 8 introduit une importante limitation: il interdit à toutes les Hautes Parties Contractantes d'entreprendre des actes contraires au paragraphe 1 a), c'est-à-dire de transférer des mines dont l'emploi est interdit par le présent Protocole. Cela veut dire que cette prohibition est valable à partir du 3 mai 1996, date de l'adoption du Protocole II modifié.

A propos de cette disposition, il faut noter que l'expression 's'engage' est beaucoup plus faible qu'une interdiction (proposée à l'article 6 *bis* du projet de protocole rédigé par le Groupe d'experts gouvernementaux²⁴⁶). Les dispositions de l'article 8 seront applicables seulement si les Etats parties 's'engagent' à les respecter et appliquer. Elles constituent quand même un important pas en avant pour ce Protocole, car il s'agit d'un traité de droit humanitaire qui comprend des dispositions du droit du désarmement, même si cet article n'est pas arrivé à interdire tout transfert de mines à des Etats non Parties au Protocole.

H) Enregistrement des mines

L'article 9 apporte un progrès par rapport à l'article 7 § 1a) du Protocole II dans sa version originale, qui se contentait d'exiger l'enregistrement des seuls champs de mines "préplanifiés". Nous avons déjà discuté, commenté et critiqué cette expression lors de notre analyse de la version originale du Protocole II. Il faut quand même noter que l'enregistrement de mines mises en place à distance est pratiquement impossible à réaliser. Nous avons aussi dit que l'enregistrement est une activité extrêmement complexe, et qu'elle a lieu rarement. Dans les cas où elle est faite, les enregistrements sont souvent perdus, car la compilation et la conservation de cartes de champs de mines sont souvent des tâches énormes du point de vue logistique²⁴⁷. Selon une étude déjà mentionnée sur l'utilité militaire des mines antipersonnel réalisée à la demande du C.I.C.R., les instruments et matériaux qui servent au marquage des champs de mines sont, dans les pays pauvres, très rapidement des souvenirs très recherchés: les fils de fer barbelés sont récupérés et utilisés pour les habitations des villageois et également pour enfermer leur bétail, et

“ les grands panneaux en plastique deviennent des objets de collection ou, s'ils sont imperméables, servent à recouvrir des toits ”²⁴⁸.

²⁴⁶ CCW/CONF.II/GE/23, 24 janvier 1995. Il faut noter que cette proposition n'avait pas atteint un consensus parmi les experts.

²⁴⁷ C.I.C.R., *op. cit. supra*, note 207, p. 58.

²⁴⁸ C.I.C.R., *idem*, p. 57.

Alors, même s'il peut être préférable d'établir une obligation d'enregistrement de tous les champs de mines, il ne faut pas non plus penser que cette obligation va résoudre tous les problèmes quant à l'incertitude de la localisation des mines. Dans la pratique tout est plus difficile.

I) Enlèvement des champs de mines

L'article 10 impose aux Hautes Parties Contractantes l'obligation de retirer, enlever, détruire ou entretenir les champs de mines qui se trouvent sur le territoire qu'elles contrôlent. Mais, au cas où une partie ne contrôlerait plus le territoire où elle a posé des mines, elle a l'obligation de fournir assistance technique et matérielle à l'Etat qui le contrôle désormais pour que celui-ci puisse s'acquitter de ses responsabilités de déminage. Il y a deux problèmes dans cette disposition: le premier concerne les problèmes matériels que rencontrent la plupart des parties à des conflits – spécialement à des conflits internes. L'autre problème concerne le manque de réalisme de cette disposition: dans les cas où chaque partie a posé des mines dans le territoire ennemi, il est envisageable qu'elles essaient de négocier et coopérer sur l'assistance technique et matérielle. Mais là où une seule partie a placé des mines dans une zone actuellement contrôlée par l'autre partie, il nous semble difficile de convaincre d'anciens ennemis de coopérer et de s'entraider.

L'article 11 invite les parties à échanger de l'aide, des renseignements et des techniques de déminage.

J) Protection du personnel humanitaire

Chaque partie au conflit doit protéger les missions ou forces de maintien de la paix des Nations Unies des effets des mines dans tout territoire sous son contrôle, "dans la mesure où elle le peut". Egalement "dans la mesure où elle le peut", la partie en question doit enlever ou rendre inoffensive toute mine ou tout piège si cela est nécessaire pour protéger de manière efficace le personnel en cause. Les parties au conflit doivent aussi informer les chefs de la mission de l'emplacement des mines qui se trouvent dans la zone où la mission s'acquitte de ses tâches.

La partie doit, également “dans la mesure du possible”, mettre à la disposition du chef de la mission tous les renseignements qu’elle détient sur tous les champs de mines, zones minées, pièges et autres dispositifs. La protection accordée à cette première catégorie de missions a été fortement réduite par rapport à la proposition d’une protection inconditionnelle contenue dans le Rapport intérimaire du Groupe d’experts gouvernementaux ²⁴⁹, fortement inspirée dans le Document de travail présenté par la France ²⁵⁰.

Dans le cas de forces ou missions d’établissements des faits ou de missions humanitaires d’un organisme des Nations Unies (par exemple le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ou le Département des affaires humanitaires des Nations Unies), chaque partie au conflit assure au personnel de la mission une protection similaire à celle accordée aux missions de maintien de la paix. La partie en cause doit également indiquer au chef de la mission une voie sûre pour avoir accès à un lieu sous son contrôle pour que la mission puisse s’acquitter de ses tâches. Si les renseignements existants ne permettent pas de déterminer une voie sûre, la partie au conflit dégage une voie à travers les champs de mines “pour autant que cela soit nécessaire et qu’il soit possible de le faire”.

Dans le cas des missions où le C.I.C.R. opère sous son mandat résultant des Conventions de Genève ou Protocoles additionnels, les parties au conflit “si elle[s] [sont] priée[s] par le chef d’une mission” assurent au personnel du C.I.C.R. une protection contre les mines et leur indiquent une voie sûre à travers les zones minées ou bien leur dégagent une voie à travers les champs minés dans les cas où cela est “nécessaire et [...] il [est] possible de le faire” pour que la mission puisse avoir accès aux victimes.

Lors d’autres missions humanitaires, comme par exemple celles de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, d’une Société nationale de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge, ou lors d’une autre mission humanitaire menée par une organisation impartiale à vocation humanitaire, les parties au conflit

²⁴⁹ CCW/CONF.I/GE/21, du 19 août 1994.

²⁵⁰ CCW/CONF.I/GE/3, du 2 mars 1994.

doivent prendre les mêmes mesures que celles mentionnées pour le C.I.C.R., mais ne doivent le faire qu’ “autant que faire se peut” (dans la version anglaise “so far as is feasible”).

K) Consultations périodiques des H.P.C.

Des consultations annuelles entre les Parties vont avoir lieu à partir de l’entrée en vigueur du Protocole. Ces consultations annuelles ont pour but d’examiner le fonctionnement du Protocole, les questions soulevées par les rapports présentés par les Parties ²⁵¹, la préparation des conférences d’examen et l’examen des technologies pour mieux pouvoir protéger “la population civile des effets des mines qui frappent sans discrimination” ²⁵². Les rapports présentés par les Hautes Parties contractantes ne devraient pas se borner à traiter un des sujets énoncés au paragraphe 3 de l’article 13 ²⁵³, mais les traiter. Une commission composée d’experts indépendants pourrait les examiner, poser des questions aux Etats et émettre des avis sur chaque rapport.

Malheureusement, ce Protocole laisse ouverte la question de la participation d’autres Etats (en tant qu’observateurs), d’agences des Nations Unies, du C.I.C.R., de la Fédération internationale et d’autres organisations non gouvernementales à caractère humanitaire. La décision doit être prise quand les réunions adoptent leurs règles de procédure. Une des propositions comprises dans le Rapport final du Groupe d’experts gouvernementaux sur les propositions sur la vérification et le respect du Protocole avait prévu des réunions annuelles auxquelles le C.I.C.R. serait invitée en qualité d’observateur ²⁵⁴.

²⁵¹ Ces rapports annuels doivent se reporter à une des questions suivantes: la diffusion d’information sur le présent Protocole à leurs forces armées et à la population civile, ou sur des programmes de déminage ou de réadaptation, sur les mesures propres à satisfaire aux exigences techniques du Protocole, sur les textes législatifs ayant un rapport avec le Protocole ou bien sur les mesures prises concernant l’échange de technique et la coopération internationale au déminage.

²⁵² cf. Article 13 § 3 a), b), c) et d) du Protocole II modifié.

²⁵³ Les Etats ont une liberté totale d’échapper aux sujets délicats en présentant un rapport tout simplement sur “d’autres points pertinents” – qui peuvent correspondre à tout sujet pertinent dans l’avis de l’Etat qui présente le rapport. Ce dernier alinéa, avec l’inclusion de la possibilité de présenter un rapport sur “d’autres points pertinents” retire toute importance et tout effet pratique au paragraphe 3.

²⁵⁴ CCW/CONF.I/GE/23, du 24 janvier 1995, Appendice I, Variante A, p. 25.

Nous ne pouvons expliquer cette attitude de non-accueil immédiat des organisations non-gouvernementales dans les prochaines réunions entre Etats parties avec une citation de Nguyen QUOC DINH selon laquelle

“ [s]i ces entités transnationales éveillent une certaine méfiance de la part des gouvernements, c’est parce qu’elles sont parfois en mesure de dénoncer certains de leurs comportements auprès de l’opinion publique interne ou internationale, ou au moins de gêner leur liberté d’action par la publicité donnée à certaines situations ou certaines initiatives”²⁵⁵.

L) Respect des dispositions

L’article 14, dernier article de ce Protocole II modifié, prévoit des mesures servant à assurer le respect des règles du présent Protocole – de simples “confidence building measures”. Selon le premier paragraphe de cette disposition, les Etats Parties doivent prendre²⁵⁶ des mesures pour prévenir et réprimer les violations des dispositions du Protocole – ces mesures doivent permettre d’appliquer des sanctions et de traduire en justice des individus qui intentionnellement tuent ou blessent gravement des civils dans le cadre d’un conflit armé. Cette règle exige des Parties de promulguer des dispositions pénales internes pour punir les individus ayant commis des violations au présent Protocole. Les Hautes Parties Contractantes ont également l’obligation de diffuser les règles du Protocole à leurs forces armées.

D’un autre côté cette disposition renonce à une juridiction pénale universelle pour des individus ayant commis une infraction grave due à une absence de consensus parmi les délégations des Etats parties à la Conférence. D’autres mesures de vérification n’ont pas été approuvées, car plusieurs Etats étaient opposés à ces mécanismes jugés non nécessaires et intrusives en affirmant qu’il fallait résister à la tentation

²⁵⁵ Nguyen QUOC DINH, *Droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, 5ème édition, p. 685. Ce résultat peut trouver une explication dans l’opposition irréductible de la Chine.

²⁵⁶ “Each High Contracting Party *shall* take all appropriate steps [...]”, version anglaise de l’article 14 § 1 du Protocole (notre souligné).

d'accroître davantage les prescriptions du Protocole ²⁵⁷. Pour l'Inde, ces mêmes mécanismes entraînaient le danger d'être utilisées à des buts politiques, tandis que le délégué de la Chine à la Conférence d'examen de la Convention de 1980 a estimé que

“ [I]l s'agit de l'approche la plus pratique à ce stade consiste sans doute à élaborer des mesures favorisant la transparence, plutôt que de mettre sur pied un mécanisme complexe et interventionniste. [...] [U]n mécanisme de vérification interventionniste [...] dissuaderait sans doute les Etats non Parties à adhérer à ces instruments” ²⁵⁸.

M) L'annexe technique

Cette annexe est divisée en quatre parties: la première s'occupe de l'enregistrement, la deuxième de la détectabilité des mines, la troisième l'autoneutralisation et l'autodestruction et la dernière la signalisation des champs de mines et des zones minées.

Nous avons déjà formulé des commentaires en ce qui concerne l'enregistrement des mines et des champs de mines et, pour cette raison, nous allons nous borner à mentionner qu'à partir de l'entrée en vigueur du présent Protocole sera interdite la fabrication de mines sur lesquelles le nom du pays d'origine, de mois et année de fabrication et le numéro de série ou numéro du lot ne seraient pas inscrits.

i) Détectabilité

Toutes les mines antipersonnel fabriquées à partir du 1er janvier 1997 (avant même l'entrée en vigueur du présent Protocole) doivent contenir une certaine quantité de métal qui les rende détectables “à l'aide d'un matériel courant de détection des mines [...]” ²⁵⁹. Pour les mines fabriquées avant le 1er janvier 1997, un matériau ou dispositif rendant la mine détectable doit lui être attaché ou incorporé dans la structure des mines.

²⁵⁷ CCW/CONF.I/SR.11, du 28 mai 1996, p. 7, paragraphe 27.

²⁵⁸ CCW/CONF.I/SR.4, du 3 octobre 1995, p. 7, paragraphe 32.

²⁵⁹ CCW/CONF.I/14, Annexe Technique, 2ème chapitre, alinéa a), p. 17.

Ces dispositions sont très importantes, car elles permettent en principe de rendre la tâche des démineurs moins difficile, coûteuse et dangereuse^{260, 261}. Mais le problème est que les Etats qui estiment ne pas pouvoir les appliquer peuvent différer le respect de ces règles pour une période de neuf ans. Ce délai constitue un échec (relatif) de la Conférence qui, au lieu de légiférer pour pouvoir régler les problèmes actuels de l'emploi de mines antipersonnel, "a légiféré pour l'avenir"²⁶². Cela est vrai, mais ce délai constitue quand même un échec relatif, car certains Etats avaient lutté pour un élargissement de cette période transitoire à 12 ou même 15 ans²⁶³. Car on estime que la Convention n'entrera en vigueur que dans deux ou trois ans. Ainsi ces dispositions concernant la détectabilité des mines ne seront applicables pour tous les Etats parties au Protocole que dans 11 ou 12 ans plus tard (c'est-à-dire, neuf ans après l'entrée en vigueur).

ii) Autodestruction et autodésactivation

Les mines antipersonnel, mines en place à distance et celles mises en place à la main qui se situent hors des zones marquées doivent s'autodétruire dans un délai de 30 jours (avec un taux de défaillance de 10%). Elles doivent être munies d'un dispositif complémentaire

²⁶⁰ Le chapitre (5) du Rapport du symposium de Montreux décrit des innovations techniques qui prétendent faire face aux problèmes posés par les mines en plastique, parmi lesquelles se trouve même un capteur biologique (fait à partir des muscles des intestins d'une vache) tenu comme le moyen du futur, très prometteur pour faciliter le déminage quand les mines ne sont pas détectables avec du matériel courant de détection de mines. Le fait d'avoir des mines avec du métal incorporé facilite de forme significative les coûts du déminage. Pour plus de détails sur le déminage (techniques, difficultés, progrès, entre autres), voir notamment: I.C.R.C., *Symposium on anti-personnel mines*, Montreux 21-23 April 1993, Report, I.C.R.C., 1994, pp. 117-201; I.C.R.C., *Landmines must be stopped. Special brochure*, I.C.R.C., September 1995, pp. 49-59, Gérald C. CAUDERAY, "Les mines antipersonnel", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n° 802, juillet-août 1993, pp. 302 - 306, Patrick M. BLAGDEN, "Le déminage", *Lettre de l'UNIDIR*, n° 28/29, décembre 1994/ mai 1995, pp. 77 - 80.

²⁶¹ M. Peter HERBY (membre de la délégation du C.I.C.R. à la Conférence des Parties chargées de l'examen de la Convention de 1980 sur les armes classiques) a affirmé, lors de cette Conférence, que les spécialistes de déminage remarquent qu'il y a quand même une grande difficulté à détecter des mines dans des terrains riches en fer et que le format de l'élément métallique qui se trouve dans la mine est plus important que son poids. Selon ce juriste, il faut obtenir plus de preuves empiriques pour prouver si l'actuelle formule du Protocole, qui fait référence au poids en oubliant la composition, est utile.

²⁶² Affirmation du Chef de la délégation suisse, M. Lucius CAFLISCH, in: CCW/CONF.I/SR.14, du 14 mai 1996, p. 16, paragraphe 76.

²⁶³ La Fédération russe a demandé une période transitoire de 15 ans. Cf. CCW/CONF.I/WP.3, du 13 octobre 1995, p. 5.

d'autodésactivation (avec un taux de défaillance de 0,1%) qui se déclenche 120 jours après la mise en place de la mine. Toutes ces mesures peuvent être différées de neuf ans par les Etats qui ne se jugent pas capables de les respecter.

Si on estime que chaque année il y a entre 2 et 5 millions de nouvelles mines qui sont posées²⁶⁴, et si toutes les mines ont un taux de défaillance non supérieur à 10%, il y a entre 200 000 et un demi million de mines qui restent actives. Même si, 90 jours plus tard, il y a un mécanisme d'autoneutralisation qui s'active, pour les civils le champ de mines en cause demeure dangereux et inutilisable, et pour les démineurs chacune de ces mines doit être considérée comme une mine activée car on ne sait pas si on se trouve face à une mine sur mille qui est restée activée.

iii) Signalisation

Selon cette partie de l'annexe, les champs de mines doivent être marqués avec des panneaux uniformes de couleur rouge ou orange à bord jaune, sur lesquels figure le dessin d'une personne qui marche et d'une autre amputée d'une jambe.

4. CONCLUSIONS

C'est clair qu'il y a une grande différence entre les propositions d'interdiction totale de l'utilisation, de la production et de l'exportation de mines antipersonnel et les résultats auxquels est arrivée la Conférence d'examen de la Convention de 1980. De cette perspective, les résultats de la Conférence ont été décevants, ne servent pas à résoudre les problèmes actuels, et constituent un échec. Quelques activistes des droits de l'homme, comme Tim CARSTAIRS qualifient le Protocole II révisé comme un "mine layer's treaty"²⁶⁵. Nous l'avons déjà vu, les points plus polémiques du Protocole II révisé résident surtout dans la définition de la

²⁶⁴ C'est le chiffre indiqué pour l'année 1994, in: C.I.C.R., *Les mines terrestres antipersonnel. Des armes indispensables? Emploi et efficacité des mines antipersonnel sur le plan militaire*, Etude réalisée à la demande du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, mars 1996, p. 11.

²⁶⁵ Tim CARSTAIRS, Conversation avec l'auteur au Palais des Nations, Genève, janvier 1996.

mine antipersonnel, dans la non-existence de mécanismes sérieux de vérification, et dans la période de grâce de 9 ans pendant laquelle les Etats parties au Protocole peuvent se soustraire de certaines obligations.

D'un autre côté, la Conférence de révision a également eu des points positifs: on est arrivé à élargir le champ d'application du Protocole aux conflits armés non-internationaux, à imposer quand même une obligation de déminage et une prohibition des mines antipersonnel non-munies de systèmes d'antimanipulation et d'autodestruction.

Quelle est l'explication que l'on peut donner alors des résultats obtenus? Ils nous semble exister deux forces principales qui ont exercé une influence avant et pendant les négociations.

D'une part, nous pouvons identifier des facteurs comme la doctrine et les lobbies militaires existants, les préoccupations de sécurité nationale, et l'inexistence de systèmes efficaces de substitution aux mines; d'autre part les intérêts économiques des nations produisant des mines antipersonnel et la technologie pour effectuer le déminage.

En commençant par le facteur économique, il faut noter que la production annuelle de mines antipersonnel oscille entre cinq et 10 millions d'unités. Il y a plus de 100 entreprises, dans environ 48 Etats qui produisent plus de 340 modèles de mines antipersonnel. Ce volume d'affaires peut atteindre entre 50 et 200 millions de dollars annuels. Il est également important de noter que le gain par mine peut atteindre un montant cinquante fois supérieur à la somme des différentes pièces qui la composent. De même on sait que quelques entreprises produisant des mines antipersonnel, sont également responsables du développement de la technologie pour effectuer le déminage. Elles ont, par conséquent des bénéfices, de deux côtés. De plus, leur succès est également dû au fait que ces armes ont des coûts très réduits et constituent, par conséquent, des armes de prédilection aux petites armées et guérillas.

En ce qui concerne l'argument militaire, l'avantage militaire apporté par les mines antipersonnel est tenu presque comme un dogme. Nous avons déjà analysé cette question et sommes arrivés à la conclusion

que les mines ont certes un avantage militaire important et ne sont pas susceptibles d'être substituées de forme efficace par d'autres armes. Mais, pour la doctrine militaire existante, les mines constituent des armes d'exception qui constituent les plus grands multiplicateurs de forces.

Pour terminer, il faut mentionner que les maigres résultats atteints ne sont pas de la responsabilité exclusive de certains pays, à savoir l'Inde, la Chine ou la Russie qui ont fait un blocage aux négociations sur certains points. Comme l'affirme Knut DÖRMANN, il faut se poser la question de savoir si cette responsabilité n'appartient pas également à d'autres Etats dits progressistes qui n'ont pas fait de leur mieux pour pousser les négociations plus en avant.

“Hiding behind the argument that one should be realistic when demanding potentially less effective measures can also be seen as an attempt to disguise that one is not willing to make significant steps forward”²⁶⁶.

Par ailleurs, l'autre force qui a exercé une pression et une influence importantes provient du changement de l'opinion publique internationale et de l'action de plusieurs organisations non-gouvernementales pour que la Conférence de révision arrive à des résultats effectifs et tangibles. Ce sont eux les responsables des progrès atteints.

²⁶⁶ Knut DÖRMANN, *op. cit. supra*, note 228, p. 209.

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCUMENTS

1. Travaux préparatoires

Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977), XVI volumes, Département de Politique Fédérale, Berne, 1978.

Conférence des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, Genève, 10-28 septembre 1979.

Groupe d'Experts gouvernementaux appelé à préparer la Conférence des parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (CCW/CONF.I/GE/[...]).

Conférence des parties chargée de l'examen de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (CCW/ CONF.I/[...]).

2. Rapports

CICR, *Symposium on Anti-Personnel Mines*, Report, Montreux, 21-23 April 1993.

CICR (Comité International de la Croix Rouge), Rapport du Comité International de la Croix Rouge pour la Conférence d'Examen de la Convention de 1980 des Nations Unies sur l'Interdiction ou la Limitation de Certaines Armes Classiques qui Peuvent Être Considérées Comme Produisant des Effets Traumatiques Excessifs ou Comme Frappant sans Discrimination (Février 1994), *Revue Internationale de la Croix Rouge*, mars-avril 1994, n° 806, pp. 131 - 201.

CICR, Rapport sur les travaux d'un groupe d'experts sur les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination, CICR, Genève, 1973.

CICR, Rapport de la Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes classiques, Lucerne, 24.9 - 18.10.1974.

CICR, Rapport de la Conférence d'experts gouvernementaux sur l'emploi de certaines armes classiques, Seconde Session, Lugano, 28.1 - 26.2.1976.

3. Résolutions

3.1. O.N.U.

Décision 44/430 de l'Assemblée générale, adoptée sur le rapport de la première Commission, 1989.

A/RES/45/64 Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes

classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets classiques traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination – 54ème séance plénière – 4 décembre 1990.

A/RES/46/40 Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets classiques traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination – 65ème séance plénière – 6 décembre 1991.

A/RES/47/56 Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets classiques traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination – 81ème séance plénière – 9 décembre 1992.

Résolution 2444 (XXIII) Respect des droits de l'homme en période de conflit armé – 19 décembre 1968.

Résolution 3076 (XXVIII) Le napalm et les autres armes incendiaires et tous les aspects de leur emploi éventuel – 6 décembre.

3.2. Autres

a) **Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge**

Résolution XXVIII, "Protection des populations civiles contre les dangers de la guerre indiscriminée", XXe Conférence internationale de la Croix-Rouge, Vienne, 1965.

Résolution XIV de la XXIe Conférence Internationale de la Croix Rouge, Instambul, 1969.

Résolution XIV de la XXIIe Conférence Internationale de la Croix Rouge, Téhéran, 1973.

4. Traités

The Lieber Code, Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field by order of the Secretary of War, Washington, D.C., April 24, 1863.

Declaration of Brussels, Concerning the Laws and Customs of War Adopted by the Conference of Brussels, Brussels, August 27, 1874.

Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne 23.5.1969, United Nations Treaty Series, volume 1155, p. 331.

CICR et Fédération Internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, *Manuel du Mouvement International de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, CICR et FISCR, Treizième Edition, Genève, 1994.

5. Autres

The International Law Association, Report of the Fiftieth Conference held at Brussels, August 19th to August 26th, 1962, *Cambrian News*, Great Britain, 1963, pp. 196 - 219.

Annuaire de l'Institut de Droit International, Session de Nice, Septembre 1967, tome II, Editions juridiques et sociologiques S.A., Bâle, 1967, pp. 73 - 94.

Conditions of application of humanitarian rules of armed conflicts to hostilities in which United Nations forces may be engaged, Resolution Adopted by the Institute of International Law at Zagreb, 2 September 1971.

Conditions for applications of rules, other than humanitarian rules, of armed conflict to hostilities in which United Nations forces may be engaged, Resolution adopted by the Institute of International Law in its session at Wiesbaden, 13 August 1975.

II. DOCTRINE

1. Dictionnaires, Encyclopédies et Commentaires

BERNHARDT (Ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, volumes 3, 4 et 7, North-Holland Publishing company, Amsterdam, 1982.

Michael **BOTHE**, Karl Joseph PARTSCH et Waldemar SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts – Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/ Boston/ London, 1982.

Trevor N. **DUPUY**, *International and Defense Encyclopedia*, volume 4, Brassey's Inc., Washington, New York, 1993.

Kenneth **MACKSEY**, *The Penguin Encyclopedia of Weapons and Military Technology Prehistory to the Present Day*, Viking, Penguin Books, London, 1993.

Yves **SANDOZ**, Christophe SWINARSKI, Bruno ZIMMERMAN (Eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff Publishers, Genève, 1987.

Jay M. **SHAFRITZ**, Todd A. **SHAFRITZ**, David B. **ROBERTSON**, *Dictionary of Military Science*, Facts on File, New York, Oxford, 1989.

Pietro **VERRI**, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1988.

2. Manuels

Igor **BLISCHENKO**, *Derecho Humanitario Internacional*, Editorial Progreso, Moscú, 1987.

Pedro Pablo **CAMARGO**, *Derecho Internacional Humanitario*, tomo I, Juridica Radar Ediciones, Santafé de Bogotá, 1995.

Erik **CASTRÉN**, *The Present Law of War and Neutrality*, Helsinki, 1954.

Eric **DAVID**, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 63-347.

Dieter **FLECK**, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

Morris **GREENSPAN**, *The Modern Law of Land Warfare*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1959.

Hilaire MC COUBREY, *International Humanitarian Law – The Regulation of Armed Conflicts*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot, 1990.

Nguyen QUOC DINH, *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, 5ème édition.

Esbjörn ROSENBLAD, *International Humanitarian Law of Armed Conflict – Some Aspects on the Principle of Distinction and Related Problems*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1979.

Edgardo R. SEMBEROIZ, *Derecho Internacional de la Guerra*, Circulo Militar, Buenos Aires, 1985.

Julius STONE, *Legal Controls of International Conflict*, Maitland Publications PTY, Ltd, Sydney, 1954.

3. Monographies

L'Association des Anciens Etudiants de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, *Annales d'Etudes Internationales, Droit humanitaire et protection de l'homme*, volume 8, 1977, publiés par l'Association des Anciens Etudiants de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève.

Arms Project For Human Rights and Physicians For Human Rights, *Landmines – A Deadly Legacy*, Human Rights Watch, New York, 1993.

Kevin M. CAHILL (Ed.), *A Framework for Survival*, Basic Books and the Council of Foreign Relations, New York, 1993.

C.I.C.R., *Les mines antipersonnel. Des armes indispensables? Emploi et efficacité des mines antipersonnel sur le plan militaire*, C.I.C.R., Genève, mars 1996.

Paul CORNISH, *Anti-Personnel Mines – Controlling the Plague of 'Butterflies'*, The Royal Institute of International Affairs, London, 1994.

Charles HEYMAN, *Trends in Modern Land Mine Warfare*, A Jane's Special Report, Jane's Information Group, August, 1995.

Theodor MERON, *Human Rights in Internal Strife: their international protection*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1987.

Theodor MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Jean PICTET, *Développement et Principes du Droit International Humanitaire*, Institut Henry-Dunant et Editions A. Pedone; Genève, Paris; 1983.

Eric PROKOSCH, *The Technology of Killing – A Military and Political History of Antipersonnel Weapons*, Zed Books, London and New Jersey, 1995.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, *Hidden killers – The global alndmine crisis*, Department of State Publications, Bureau of Political-Military Affairs, December, 1994.

Yvonne VAN DONGEN, *The Protection of Civilian Populations in Time of Armed Conflict*, 1991.

Gerold WÜRKNER-THEIS, *Fernverlegte Minen und humanitäres Völkerrecht*, Europäische Hochschulschriften, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1990.

4. Articles dans des Périodiques, dans des Ouvrages Collectifs, Annuaire ou Recueils

Georges ABI-SAAB, "The 1977 Additional Protocols and general international law: some preliminary reflexions", Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja (Eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1977, pp. 115-126.

Georges ABI-SAAB, "The Implementation of Humanitarian Law", Cassese (Ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1977, pp. 310-346.

Georges ABI-SAAB, "The specificities of humanitarian law", in Christophe Swinarski (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, C.I.C.R./ Martinus Nijhoff Publishers, Genève/ La Haye, 1984.

Maurice AUBERT, "Le Comité International de la Croix-Rouge et le problème des armes causant des maux superflus ou frappant sans discrimination", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nov. - déc. 1990, 72e Année, n° 786, pp. 521-541.

Richard BAXTER, "Criteria of the Prohibition of Weapons in International Law", *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Hrsg. von Horst Ehmke (et. al.), Berlin, Duncker & Humboldt, 1973.

Philippe BRETTON, "Le problème des 'méthodes et moyens de guerre ou de combat' dans les protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949", *Revue Générale de Droit International Public*, tome 82/ I, jan-juin, 1978, pp. 32-81.

Philippe BRETTON, "Principes Humanitaires et impératifs militaires dans le domaine des armes classiques à travers le droit international actuel", Société Française pour le Droit International, *Le Droit International et les armes, Colloque de Montpellier*, Editions A. Pedone, Paris, 1982.

Stephen D. BIDDLE et Julia KLARE, "L'utilité militaire et la maîtrise des mines terrestres", *Lettre de l'UNIDIR*, n° 28/29, déc. 1994/ mai 1995, pp. 80-83.

Burrus M. CARNAHAN, "The law of land mine warfare: Protocol II to the United Nations convention on certain conventional weapons", *Military Law Review*, vol. 105, 1984, pp. 73-95 ou *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XXII, 1-2, 1983, pp. 119-141.

Erik CASTRÉN, "Nécessité et possibilité de la protection juridique de la population civile dans la guerre moderne", *Estudios de Derecho Internacional - Homaje a D. Antonio de Luna*, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1968, pp. 496-507.

Antonio CASSESE, "The contribution of Italy at the diplomatic conference on the development of humanitarian law of armed conflicts", *The Italian Yearbook of International Law*, volume III, 1977, pp. 217-242.

Antonio CASSESE, "Means of Warfare: the Present and the emerging Law", *Revue belge de droit international*, volume XII, 1976-I.

Antonio CASSESE, "Means of Warfare: the traditional and the new law", Cassese (Ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Napoli, 19??, pp. 161-198.

Antonio CASSESE, "The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare", *Declarations on Principles. A Quest for Universal Peace. Liber Amicorum Discipulorumque Prof. Dr. Bert V. A. Röling*, Sijthoff International Publishers, Leiden, 1977.

Antonio CASSESE, "Weapons causing unnecessary suffering: are they prohibited?", *Rivista di Diritto Internazionale*, volume LVII, fasc. 1, 1975, pp. 12-42.

Gérald Caudery, "Les mines antipersonnel", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n.º 802, pp. 293-309.

E. J. CHALONER, S. J. MANNION, "Antipersonnel mines: the global epidemic", *Ann R Coll Surg Engl*, vol. 78, 1996.

François CHAUVANCY, "Mozambique: un succès pour l'ONU", *Défense Nationale*, pp. 151-154.

Dan CIOBANU, "The concept and the determination of the existence of armed conflicts not of an international character", *Rivista di Diritto Internazionale*, volume LVII, fasc. 1, 1975, pp. 43-79.

C.I.C.R. (Comité International de la Croix Rouge), Appel du CICR à l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, janv. - fév. 1984, Nº 745, p. 31.

Comité international de la Croix-Rouge, *Négociations sur les mines terrestres. L'impasse à Vienne met en lumière l'urgence de prendre des mesures nationales et régionales*. Communiqué et position du CICR, DP, (1995) 90.

Luigi CONDORELLI, "Le droit international humanitaire en tant qu'atelier d'expérimentation juridique", Walter Haller, Alfred Kölz, Georg Müller und Daniel Thürer (Eds.), *Im Dienst der Gemeinschaft. Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel/ Frankfurt a.M., 1989, pp. 193-200.

Robin COUPLAND, ADRIAAN KORVER, "Injuries from Antipersonnel Mines: the experience of the International Committee of the Red Cross", *British Medical Journal*, 14th December 1991, vol. 303.

Robin COUPLAND, "Mine Injury Statistics: an update from the I.C.R.C Surgical Office", ICRC, March 1995.

Robin COUPLAND, Remi RUSSBACH, "Victims of Antipersonnel mines: What is Being Done?", *Medicine and Global Survival*, March 1994, vol. I, nº 1.

Javier Pérez de CUÉLLAR, "Xe anniversaire de la Convention sur les armes inhumaines", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nov. - déc. 1990, 72e Année, nº 786; pp. 513-516.

Jost DELBRÜCK, "International traffic in arms – legal and political aspects of a long neglected problem of arms control and disarmament", *Jahrbuch für internationales Recht – German Yearbook of International Law*, volume 24, 1981, pp. 114-143.

Yoram **DINSTEIN**, "Siege warfare and the starvation of civilians", Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja (Eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 19??, pp. 145-152.

Knut **DÖRMANN**, "The first Review Conference to the 1980 Convention on prohibitions or restrictions on the use of certain conventional weapons which may be deemed to be excessively injurious or to have indiscriminate effects – a story of failure?", *Humanitäres Völkerrecht. Informationsschriften*, Nr. 4, 1995.

Louise **DOSWALD-BECK** et Gérald C. **CAUDERAY**, "Le développement des nouvelles armes antipersonnel", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nov. - déc. 1990, 72e Année, n° 786; pp. 620-635.

Louise **DOSWALD-BECK** et Sylvian **VITÉ**, "Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, mars-avril 1993, 75e Année, n° 800; pp. 99-128.

Louise **DOSWALD-BECK** et Peter **HERBY**, "Les mines terrestres: examen critique des instruments juridiques existants", *Lettre de l'UNIDIR*, n° 28/29, déc. 1994/ mai 1995, pp. 60-63.

Peter J. **EKBERG**, "Remotely delivered landmines and International Law", *Columbia Journal of International Law*, n° 33(1), 1995, pp. 149-178.

W. J. **FENRICK**, "La Convention sur les armes classiques: un traité modeste, mais utile", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nov. - déc. 1990, 72e Année, n° 786; pp. 542-555.

W. J. **FENRICK**, "New Developments in the Law Concerning the Use of Conventional Weapons in Armed Conflict", *The Canadian Yearbook of International Law*, volume XIX, 1981, pp. 229-256.

Horst **FISCHER**, "Limitation and Prohibition of the Use of Certain Weapons in Non-International Armed Conflicts", *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*, 1989-90, Giuffrè editore, Milano, 1992, pp. 117-171.

Judith Gail **GARDAM**, "Proportionality and Force in International Law", *American Journal of International Law*, vol. 87, n° 3, July 1993, pp. 391-413.

Hans-Peter **GASSER**, "Armed conflict within the territory of a state. Some reflections on the state of the law relative to the conduct of military operations in non-international armed conflicts", Walter Haller, Alfred Kölz, Georg Müller und Daniel Thüer (Eds.), *Im Dienst der Gemeinschaft. Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt a.M., 1989, pp. 225-240.

Boutros Boutros **GHALI**, "La communauté internationale face au problème des mines terrestres antipersonnel", *Lettre de l'UNIDIR*, N° 28/29, déc. 1994/ mai 1995, p. 58.

Boutros Boutros **GHALI**, "The land mine crisis. A humanitarian disaster", *Foreign Affairs*, vol. 73, n° 5, September/ October 1994, pp. 8-13.

Jozef **GOLDBLAT**, "The Convention on 'inhuman weapons'", *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 39, January 1983, n° 1, pp. 24-25.

Jozef GOLDBLAT, "Inhumane conventional weapons: efforts to strengthen the constraints", *SIPRI Yearbook 1995: Armaments, Disarmament and International Security*.

Stephen GOOSE, "L'économie des mines terrestres", *Lettre de l'UNIDIR*, n° 28/ 29, déc. 1994/ mai 1995, pp. 70-74.

David GOWDEY, "La crise des mines terrestres: la dimension humanitaire", *Lettre de l'UNIDIR*, n° 28/ 29, déc. 1994/ mai 1995, pp. 74-77.

Bernhard GRAEFRATH, "Implementation measures and international law of arms control", Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja (Eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 19??, pp. 351-363.

Baron von der HEYDTE, "Le problème des armes de destruction massive", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Nice, 52ème volume, Tome II, 1967, Editions juridiques et sociologiques, Bâle, 1967.

International Committee of the Red Cross (ICRC), *Landmines must be stopped. Special brochure*, September 1995.

Faiz KAKAR, Fabrizio BASSANI, C. J. ROMER, S. W. A. GUNN, "The consequence of Land Mines on Public Health", *Prehospital and Disaster Medicine*, volume 11, number 1, January-March 1996.

Frits KALSHOVEN, "Arms, armaments and international law", *RCADI*, volume 191, 1985 II, pp. 187-341.

Frits KALSHOVEN, "Reaffirmation and development of international humanitarian Law applicable in armed conflicts: the diplomatic Conference, Geneve, 1974-1977. Part II", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, vol. IX.

Frits KALSHOVEN, "The soldier and its golf clubs", in Christophe Swinarski (Ed.), *Etudes et essais sur le droit international et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, C.I.C.R./ Martinus Nijhoff Publishers, Genève/ La Haye, 1984.

Frits KALSHOVEN, "The conference of government experts on the use of certain conventional weapons, Lucerne, 24 September-18 October 1974", *Netherlands Yearbook of International Law*, volume VI, 1975, pp. 77-102.

Frits KALSHOVEN, "Les principes juridiques qui sous-tendent la Convention sur les armes classiques", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nov. - déc. 1990, 72e Année, n° 786; pp. 556-567.

Peter H. KOOJIMANS, "In the shadowland between civil war and civil strife: some reflections on the standard-setting process", Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja (Eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 19??, pp. 225-247.

Erich KUSSBACH, "Internationale Bemühungen um die Beschränkung des Einsatzes bestimmter konventionelles Waffen", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28, 1977.

Hersch LAUTERPACHT, "The problem of the revision of the law of war", *The British Yearbook of International Law*, XXIX, 1952, pp. 360-382.

Patrick LEAHY, "Landmine moratorium: a strategy for stronger international limits", *Arms Control Today*, n° 23(1), Jan./ Feb. 1993, pp. 11-14.

Janet E. LORD, "Legal restraints in the use of landmines: humanitarian and environmental crisis", *California Western International Law Journal*", volume 25, n° 2, Spring 1995, pp. 311-355.

Jack H. MCCALL, Jr, "Infernal machines and hidden death: International Law and limits on the indiscriminate use of land mines", *Georgia Journal of International Law*, volume 24, n° 2, 1994, pp. 229-280.

Georges MALINVERNI, "Armes Conventionnelles Modernes et Droit International", Tirage à part de l'*Annuaire Suisse de Droit International*, volume XXX, 1974, pp. 23-54.

Theodor MERON, "Internal strife: applicable norms and a proposed instrument", Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja (Eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 19??, pp. 249-266.

Theodor MERON, "Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War", *American Journal of International Law*, vol. 86, n° 1, January 1992, pp. 1-45.

Henri MEYROWITZ, "Buts de guerre et objectifs militaires", *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XXII, 1-2, 1983, pp. 95-112.

Henri MEYROWITZ, "Le Principe des Maux Superflus", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, mars-avril 1994, n° 806, pp. 107-130.

Henri MEYROWITZ, "Réflexions à propos du centenaire de la Déclaration de Saint-Pétersbourg", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, décembre 1968, n° 600, pp. 541-555.

Antonio MIAELLO, "L'interdiction et la limitation de l'emploi des armes dans le *jus in bello*", *Estratto de la 'Comunità Internazionale'*, fasc. 1, 1979.

Johan MOLANDER, "Le renforcement du droit international humanitaire: la conférence d'examen de la Convention sur certaines armes classiques", *Lettre de l'UNIDIR*, n° 28/ 29, déc. 1994/mai 1995, pp. 64-67.

Bernd MÜTZELBURG, "Das UN Waffenübereinkommen der jüngste Erfolg eines alten Ansatzes weltweiter Rüstungskontrolle", *Europa-Archiv*, Folge 16, 1981, pp. 493-502.

Myron H. NORDQUIST and Margaret G. WACHENFELD, "Legal aspects of reflagging kuwaiti tankers and laying of mines in the Persian Gulf", *Jahrbuch für Internationales Recht – German Yearbook of International Law*, volume 31, 1988, pp. 138-164.

Konstantin OBRADOVIC, "La protection de la population civile dans les conflits armés internationaux", Cassese (Ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Napoli, 19??, pp. 128-160.

Brian OWSLEY, "Landmines and Human Rights: holding producers accountable", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, volume 21, Spring 1995, pp. 203-228.

Anita PARLOW, "Banning Land Mines", *Human Rights Quarterly*, vol. 16, 1994, pp. 715-739.

Anita **PARLOW**, "Towards a global ban on landmines", *International Review of the Red Cross*, July-August 1995, n° 307, pp. 391-409.

Jordan J. **PAUST**, "Controlling prohibited weapons and the illegal use of permitted weapons", *Mc Gill Law Journal*, vol. 28, 1982-1983, pp. 608-627.

Jordan J. **PAUST**, "Does your police force use illegal weapons? A configurative approach to decision integrating international and domestic law.", *Harvard International Law Journal*, volume 18, number 1, Winter 1977, pp. 19-54.

Denise **PLATTNER**, "La Convention de 1980 sur les armes classiques et l'applicabilité de règles relatives aux moyens de combat dans un conflit armé non international", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nov. - déc. 1990, 72e Année, n° 786, pp. 605-619.

Eric **PROKOSCH**, "Arguments en faveur de l'introduction de restrictions concernant les armes à sous-munitions: Protection humanitaire contre 'nécessité militaire'", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, mars-avril 1994, n° 806, pp. 202-215.

Elmar **RAUCH**, "Attack restraints, target limitations and prohibitions or restrictions of use of certain conventional weapons", volume XVIII, 1-2, 1979, pp. 53-64.

Elmar **RAUCH**, "The protection of the civilian population in international armed conflict and the use of landmines", *Jahrbuch für Internationales Recht – German Yearbook of International Law*, volume 24, 1981, pp. 262-287.

J. Ashley **ROACH**, "Certain conventional weapons Convention: arms control or humanitarian law?", *Military Law Review*, vol. 105, Summer 1984, pp. 3-72.

A. P. V. **ROGERS**, "A commentary on the Protocol on prohibition or restrictions on the use of mines, booby-traps and other devices", *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XXVI, 1-2-3, 1987, pp. 185-206.

A. P. V. **ROGERS**, "Conduct of Combat and Risks Run by the Civilian Population", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, n°s 1-2-3-4, vol. XXI, 1982.

A. P. V. **ROGERS**, "Mines, pièges et autres dispositifs similaires", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nov. - déc. 1990, 72e Année, n° 786, pp. 568-583.

Bert V. A. **RÖLING**, "Aspects of the criminal responsibility for violations of the laws of war", Cassese (Ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Napoli, 19??, pp. 199-231.

Yves **SANDOZ**, "Nouveau développement du droit international: interdiction ou restriction d'utiliser certaines armes classiques", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, janv.-fév. 1981, n° 727, pp. 3-19.

Yves **SANDOZ**, "Interdiction et Restriction de l'Usage de Certaines Armes – trois questions clés", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, mars-avril 1994, n° 806, pp. 101-106.

Yves **SANDOZ**, "Problématique de l'interdiction ou de la limitation de l'emploi de certaines armes classiques", *Revue Internationale de la Croix Rouge*, nov. - déc. 1990, 72e Année, n° 786; pp. 517-520.

Philippe SAUNIER, “Les règles fondamentales sur l’usage de méthodes et moyens de combat et les règles du Protocole I de 1977 sur les dommages excessifs causés aux civils”, Frits Kalshoven et/ and Yves Sandoz (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 359-373.

Dietrich SCHINDLER, “L’évolution du droit de la guerre des Conventions de la Haye aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève”, *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, n°s 1-2-3-4, vol. XXI, 1982.

Dietrich SCHINDLER, “State of war, belligerency, armed conflict”, Cassese (Ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Napoli, 19??, pp. 3-20.

Jukian J. E. SCHUTTE, “The system of repression of breaches of Additional Protocol I”, Astrid J. M. Delissen and Gerard J. Tanja (Eds.), *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 19??, pp. 177-196.

Cedric SLOAN, “Land mines – an appraisal”, *Military Technology*, volume X, issue 2, 1986, pp. 74-85.

Gino STRADA, “The Horror of Land Mines”, *Scientific American*, May 1996.

Su WEI, “The application of rules protecting combatants and civilians against the effects of the employment of certain means and methods of warfare”, Frits Kalshoven et/ and Yves Sandoz (Eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 375-393.

David WEISSBRODT et Peggy L. HICKS, “Mise en oeuvre des droits de l’homme et du droit humanitaire dans les situations de conflit armé”, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, mars-avril 1993, 75e Année, n° 800, pp. 129-150.

Jody WILLIAMS, “Landmines and the measures to eliminate them”, *International Review of the Red Cross*, July-August 1995, n° 307, pp. 375-390.

Jody WILLIAMS, “Les mesures et législations nationales visant à limiter et à restreindre la production, l’emploi et le transfert des mines terrestres”, *Lettre de l’UNIDIR*, n° 28/ 29, déc. 1994/ mai 1995, pp. 67-69.

Jim WURST, “Mozambique disarms”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, n° 50 (5), Sept/ Oct. 1994, pp. 36-39.

Jim WURST, “Ten million tragedies, one step at a time”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, n° 49 (6), July/ August 1993, pp. 14-21.

6. Documents obtenus dans Conférences, Colloques

CICR (Comité International de la Croix Rouge), “Anti-Personnel Mines and the Law. Possible steps to strengthen the law”, NGO Conference on Anti-Personnel Mines, London, 24-26 May 1993.

Françoise HAMPSON, “Anti-Personnel Mines and the Law: the Legal Background”, NGO Conference on Anti-Personnel Mines, London, 24-26 May 1993.

Marie **JACOBSSON**, “Weapons and Humanitarian Norms”, Paper presented at the Second Regional Conference on International Humanitarian Law, Canberra, 12-14 December 1994.

Nickolai **KHLESTOV**, “Does the 1980 Convention on “Inhumane Weapons” have the Future: Verification and Compliance – Naked Thoughts”, Paper presented at the Second Regional Conference on International Humanitarian Law, Canberra, 12-14 December 1994.

DIREITOS DO HOMEM

**NORMAS DE JUSTIÇA PENAL
DAS NAÇÕES UNIDAS
PARA AS FORÇAS DE POLÍCIA
DE MANUTENÇÃO DA PAZ ***

* Tradução efectuada pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado (Dr.^a Maria Teresa Pereira Martins), Lisboa, Portugal.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Polícia

A força deve ser usada unicamente quando tal se mostre estritamente necessário e em caso algum de forma excessiva.

As armas de fogo só devem ser utilizadas a título excepcional e apenas como medida de último recurso.

A captura deve ser efectuada unicamente com fundamento na lei e quando tal se mostre necessário.

As pessoas detidas devem ser tratadas com humanidade.

Vítimas

Deve ser garantida assistência às vítimas de crimes.

Deve ser assegurada protecção às vítimas de conflitos armados, motins ou de outras alterações à ordem.

SUMÁRIO

Prefácio

O papel da Polícia

1. Captura
2. Utilização da força e de armas de fogo
3. Julgamentos
4. Vítimas
5. Pessoas detidas ou presas
6. Tortura e outros tratamentos cruéis
7. Execuções abusivas
8. Genocídio
9. Normas de carácter humanitário
10. Protecção dos refugiados

Fontes

PREFÁCIO

As normas e princípios internacionais que sucintamente se enunciam, constituem os princípios básicos de justiça penal, direitos do homem e de direito humanitário e destinam-se aos membros da polícia civil das Nações Unidas no âmbito das operações de manutenção da paz. Cabe-lhes, entre as suas principais atribuições, supervisionar as actividades de aplicação da lei por parte dos funcionários locais, de forma a garantir que o desempenho das suas funções seja conforme aos princípios universalmente aceites em matéria de direitos humanos e de justiça penal. Dada a importância destas funções, pretende-se que o pessoal das Nações Unidas constitua um exemplo, aderindo sem reservas ao espírito e à letra dos princípios aqui enunciados e fiscalizando a respectiva aplicação.

Pretende-se dar uma visão global e completa das normas e princípios internacionais pertinentes, de forma facilmente acessível para todas as pessoas com funções de supervisão no domínio da justiça penal. Nessa medida, este documento destina-se a constituir um ponto de referência tanto na elaboração de relatórios sobre as actividades desenvolvidas a nível local pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, quanto no trabalho que estes venham a desenvolver. Poderá, ainda, servir como fonte de inspiração para a planificação e realização de cursos de formação, ou para o desenvolvimento de curricula de formação.

O valor jurídico das normas e princípios aqui mencionados é variável. As disposições incluídas nos tratados multilaterais concluídos

sob os auspícios das Nações Unidas, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, impõem obrigações específicas para os Estados partes que os hajam ratificado ou a eles tenham aderido. Estes tratados têm, por isso, força vinculativa.

Outras normas, como as constantes do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, destinam-se a prevenir eventuais abusos e a garantir que se aja com humanidade, tendo sido amplamente aceites pela comunidade internacional. Na sua maior parte foram elaboradas no âmbito dos congressos para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes, que se realizam quinzenalmente por iniciativa das Nações Unidas, e adoptadas pelos governos no seio da Assembleia Geral ou do Conselho Económico e Social. São, assim, dotadas de uma força moral inegável, assegurando aos Estados uma orientação de carácter prático, no âmbito da respectiva actuação.

Algumas das disposições, nomeadamente as das Convenções de Genebra, gozam do estatuto de direito internacional consuetudinário. Deste modo, impõem a todos os Estados obrigações legais, e as normas de carácter humanitário por elas enunciadas devem ser observadas também em tempo de conflito armado.

Para uma lista completa das normas e princípios aplicáveis, devem ser consultadas as “fontes”, na parte final da brochura. Os respectivos textos estão publicados no Compêndio de Normas e Princípios das Nações Unidas no domínio da Prevenção do Crime e Justiça Penal (publicação das Nações Unidas, número de venda E.92.IV.1.), ST/CSDHA/16, e em Direitos do Homem: Compilação de Instrumentos Internacionais (publicação das Nações Unidas, número de venda E.93.XIV.1), vol. 1, parte 1.

Contou-se com a valiosa contribuição de muitos colegas que colaboram neste domínio, designadamente membros da CIVPOL da Força de Protecção das Nações Unidas na Ex-Jugoslávia (UNPROFOR) e da Autoridade de Transição das Nações Unidas no Camboja (UNTAC). Espera-se que possa vir a ser igualmente útil no quadro de outras operações das Nações Unidas de manutenção da paz, quer como

catalisador de mudança em matéria de aplicação da lei e conduta da polícia, quer como guia para uma administração da justiça penal efectiva e justa. Se estes propósitos forem alcançados, ter-se-á então indubitavelmente contribuído para garantir uma acção mais eficaz de promoção e protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

O PAPEL DA POLÍCIA

“Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem cumprir, a todo o momento, o dever que a lei lhes impõe, servindo a comunidade e protegendo todas as pessoas contra actos ilegais, em conformidade com o elevado grau de responsabilidade que a sua profissão requer”¹.

“Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, manter e apoiar os direitos fundamentais de todas as pessoas”².

“Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem cometer qualquer acto de corrupção”³.

“A expressão ‘funcionários responsáveis pela aplicação da lei’ inclui todos os agentes da lei, quer nomeados, quer eleitos, que exerçam poderes de polícia, especialmente poderes de prisão ou detenção”⁴.

“Nos países onde os poderes policiais são exercidos por autoridades militares, quer em uniforme, quer não, ou por forças de segurança do Estado, a definição de funcionários responsáveis pela aplicação da lei incluirá os funcionários de tais serviços”⁵.

¹ Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (Código de conduta), artigo 1.º

² Código de conduta, artigo 2.º

³ Código de conduta, artigo 7.º

⁴ Código de conduta, alínea *a*), do comentário ao artigo 1.º

⁵ Código de conduta, alínea *b*), do comentário ao artigo 1.º

1. CAPTURA

1.1. “Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa” ⁶.

1.2. “Todo o indivíduo tem o direito de circular livremente” ⁷.

1.3. “Toda a pessoa tem direito à protecção da lei contra intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, e contra atentados ilegais à sua honra e à sua reputação” ⁸.

1.4. “**Captura** designa a privação da liberdade de uma pessoa ou, por outras palavras, ‘o acto de deter um indivíduo por suspeita da prática de infracção ou por acto de uma autoridade’⁹. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não podem efectuar capturas ilegais ou arbitrárias” ¹⁰.

1.5. “A pessoa capturada deve ser informada, no momento da captura, dos motivos desta” ¹¹.

1.6. “A pessoa capturada deve ser prontamente notificada das acusações contra si formuladas” ¹².

1.7. “Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infracção penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias” ¹³.

1.8. “Todo o indivíduo que se encontrar privado da liberdade por prisão ou detenção terá o direito de intentar um recurso perante um tribunal a

⁶ Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (Pacto), artigo 9.º, n.º 1.

⁷ Pacto, artigo 12.º, n.º 1.

⁸ Pacto, artigo 17.º

⁹ Conjunto de Princípios para a Protecção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (Princípios de protecção), terminologia, alínea a).

¹⁰ Pacto, artigo 9.º, n.º 1.

¹¹ Pacto, artigo 9.º, n.º 2; Princípios de protecção, Princípio 10.

¹² Pacto, artigo 9.º, n.º 2; Princípios de protecção, Princípio 10.

¹³ Pacto, artigo 9.º, n.º 3.

fim de que este estatua sem demora sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação se a detenção for ilegal”¹⁴.

1.9. “Todo o indivíduo preso ou detido deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado”¹⁵.

1.10. Quando o tribunal ou outra autoridade concluir pela ilegalidade da detenção, deve ordenar a imediata libertação da pessoa detida¹⁶.

1.11. A pessoa detida ou presa tem o direito de obter a sua libertação, se entre outras razões, não for julgada em prazo razoável. As condições da sua libertação devem ser razoáveis, acautelando a sua presença no julgamento¹⁷.

1.12. “Todas as pessoas que se encontram presas ou detidas, estejam ou não acusadas da prática de um crime, devem ter acesso imediato a um advogado, comunicar com ele e dispor do tempo e dos meios necessários para este efeito”¹⁸.

1.13. As autoridades públicas, incluindo os funcionários responsáveis pela aplicação da lei, “devem assegurar que os advogados possam desempenhar as suas funções profissionais sem intimidações, obstáculos, coacção ou interferência indevida”¹⁹.

1.14. Quando é efectuada uma captura, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem registar toda a informação pertinente, de forma particular²⁰:

1. As razões da captura;
2. O momento da captura;

¹⁴ Pacto, artigo 9.º, n.º 4.

¹⁵ Pacto, artigo 9.º, n.º 3.

¹⁶ Pacto, artigo 9.º, n.º 4.

¹⁷ Pacto, artigo 9.º, n.º 3; Princípios de protecção, Princípio 11, n.º 3.

¹⁸ Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados (Princípios básicos relativos aos advogados), Princípios 1, 7, 8; Princípios de protecção, Princípios 17 e 18.

¹⁹ Princípios básicos relativos aos advogados, Princípio 16.

²⁰ Princípios de protecção, Princípio 12, n.º 1.

3. O momento em que a pessoa capturada foi conduzida a um local de detenção;
4. O momento da primeira comparência dessa pessoa perante um juiz ou outra autoridade judiciária;
5. A identidade dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei que hajam intervindo;
6. Indicações precisas sobre o local de detenção.

1.15. As informações atrás mencionadas devem ser comunicadas de forma compreensível à pessoa detida ou ao seu advogado ou representante legal ²¹.

1.16. “Imediatamente após a captura, a pessoa detida poderá avisar os membros da sua família da sua captura ou detenção e do local em que se encontra detida” ²².

1.17. “Imediatamente após cada transferência de um local de detenção ou de prisão para outro, a pessoa detida ou presa poderá avisar ou requerer à autoridade competente que avise os membros da sua família, ou outras pessoas por si designadas, da sua transferência” ²³.

1.18. Nenhuma pessoa acusada de uma infracção penal pode ser coagida a confessar-se culpada ou a testemunhar contra si própria ²⁴. Durante o interrogatório de pessoa detida ou presa, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não podem empregar contra ela a violência, ameaças, drogas ou métodos susceptíveis de comprometer a sua capacidade de decisão ou de discernimento ²⁵.

1.19. “A duração de qualquer interrogatório a que seja sujeita a pessoa detida ou presa deve ser registada” ²⁶.

²¹ Princípios de protecção, Princípio 12, n.º 2.

²² Princípios de protecção, Princípio 16, n.º 1.

²³ Princípios de protecção, Princípio 16, n.º 1.

²⁴ Pacto, artigo 14.º, n.º 3, alínea g).

²⁵ Princípios de protecção, Princípio 21, n.º 2.

²⁶ Princípios de protecção, Princípio 23, n.º 1.

1.20. “A duração dos intervalos entre os interrogatórios a que seja sujeita a pessoa detida ou presa deve ser registada”²⁷.

1.21. A identidade dos funcionários que conduziram os interrogatórios a que seja sujeita a pessoa detida ou presa, bem como a de outros indivíduos presentes devem ser registadas²⁸.

1.22. Os registos atrás referidos devem ser examinados e autenticados por um funcionário responsável pela aplicação da lei de categoria superior, por um magistrado ou advogado.

1.23. A pessoa detida ou presa ou o seu advogado, quando a lei o previr, devem ter acesso às informações mencionadas nas normas 1.14. a 1.22.²⁹

1.24. A pessoa detida ou presa terá direito a fazer-se assistir de um intérprete durante o interrogatório, se não compreender ou não falar a língua utilizada³⁰.

1.25. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei deverão cumprir o preceito que estabelece uma idade mínima abaixo da qual se presume que as crianças não têm capacidade para infringir a lei penal³¹.

2. UTILIZAÇÃO DA FORÇA E DE ARMAS DE FOGO

2.1. “Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa”³².

2.2. Toda a pessoa tem o “direito de reunião pacífica e o de se associar livremente com outras”³³.

²⁷ Princípios de protecção, Princípio 23, n.º 1.

²⁸ Princípios de protecção, Princípio 23, n.º 1.

²⁹ Princípios de protecção, Princípio 23, n.º 2.

³⁰ Pacto, artigo 14.º, n.º 3.

³¹ Convenção sobre os Direitos da Criança (Convenção da Criança), artigo 40.º, n.º 3, alínea *a*).

³² Pacto, artigo 9.º

³³ Pacto, artigos 21.º e 22.º

2.3. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força se outros meios se mostrarem ineficazes, e somente na medida exigida para o cumprimento do seu dever ³⁴.

2.4. “Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só devem recorrer intencionalmente à utilização letal de armas de fogo quando isso seja estritamente indispensável para proteger a própria vida ou a vida de terceiros” ³⁵.

2.5. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem fazer uso de armas de fogo contra pessoas, salvo nas circunstâncias a seguir indicadas e somente quando medidas menos extremas se mostrem insuficientes para a realização dos seguintes objectivos ³⁶:

1. No caso de legítima defesa ou para defesa de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave;
2. para prevenir um crime particularmente grave que ameace vidas humanas;
3. para proceder à captura de pessoa que represente uma ameaça para a vida e que resista aos esforços para pôr termo a essa ameaça;
4. para impedir a fuga de pessoa que represente uma ameaça para a vida.

2.6. No caso de utilização de armas de fogo nas circunstâncias atrás referidas, os agentes da polícia ou membros das forças de segurança do Estado devem ³⁷:

1. Identificar-se como funcionários responsáveis pela aplicação da lei;
2. fazer uma advertência clara da sua intenção de utilizarem armas de fogo;

³⁴ Código de Conduta, artigo 3.º; Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo), Princípio 4.

³⁵ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 9.

³⁶ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 9.

³⁷ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 10.

3. deixar um prazo suficiente para que o aviso possa ser respeitado, excepto se esse modo de proceder

- a) colocar indevidamente em risco a sua segurança;
- b) implicar um perigo de morte ou lesão grave para outras pessoas; ou
- c) se se mostrar manifestamente inadequado ou inútil, tendo em conta as circunstâncias do caso.

2.7. Sempre que o uso legítimo da força ou de armas de fogo seja indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem:

- 1. Utilizá-las com moderação e a sua acção deve ser proporcional ao objectivo legítimo a alcançar ³⁸;
- 2. respeitar a vida humana e esforçar-se por reduzir ao mínimo as lesões pessoais ³⁹;
- 3. reduzir ao mínimo os danos materiais ⁴⁰;
- 4. assegurar a prestação de assistência às pessoas feridas e, sempre que tal se mostre necessário, socorros médicos, tão rapidamente quanto possível ⁴¹;
- 5. assegurar a comunicação da ocorrência à família ou pessoas próximas da pessoa ferida ou afectada, tão rapidamente quanto possível ⁴².

2.8. Sempre que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei utilizem armas de fogo devem enviar aos seus superiores um relatório da ocorrência, em prazo tão breve quanto possível ⁴³.

2.9. “As pessoas contra as quais sejam utilizadas a força ou armas de fogo, ou os seus representantes autorizados, devem ter acesso a um

³⁸ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 5.

³⁹ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípios 5, alínea b), e 11, alínea b).

⁴⁰ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 5, alínea b).

⁴¹ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 5, alínea c).

⁴² Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 5, alínea d).

⁴³ Código de Conduta, alínea c), do comentário ao artigo 3.º; Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípios 6 e 22.

processo de investigação ou de inquérito independente (em particular, um processo judicial). Em caso de morte dessas pessoas, a presente disposição aplica-se às pessoas a seu cargo”⁴⁴.

2.10. Os funcionários superiores devem ser “responsabilizados se, sabendo ou devendo saber que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei sob as suas ordens utilizam ou utilizaram ilicitamente a força ou armas de fogo, não tomaram as medidas ao seu alcance para impedir, fazer cessar ou comunicar este abuso”⁴⁵.

2.11. “A obediência a ordens superiores não pode ser invocada como meio de defesa, se os responsáveis pela aplicação da lei sabiam que a ordem de utilização da força ou de armas de fogo de que resultaram a morte ou lesões graves era ilegal e se tinham uma possibilidade razoável de recusar cumpri-la. Em qualquer caso, também existe responsabilidade da parte do superior que proferiu a ordem ilegal”⁴⁶.

3. JULGAMENTOS

3.1. Qualquer pessoa acusada de uma infração penal tem direito “a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial”. “É dever de todas as instituições governamentais”, incluindo a polícia, “respeitar e acatar a independência da magistratura”⁴⁷.

3.2. Não haverá, em especial por parte dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, quaisquer interferências, restrições, aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas nas decisões judiciais, por qualquer motivo⁴⁸.

⁴⁴ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 23.

⁴⁵ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 24.

⁴⁶ Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 26. Ver, ainda, *Sentença do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga*, 1946, 41 A.J.I.L. 172 (1947).

⁴⁷ Pacto, artigo 14.º, n.º 1; Princípios Básicos Relativos à Independência da Magistratura (Princípios básicos da Magistratura), Princípio 1.

⁴⁸ Princípios básicos da Magistratura, Princípio 2.

3.3. Quando houver motivos para suspeitar que as provas recebidas foram obtidas por métodos ilícitos, devem ser tomadas as medidas necessárias para que seja feita justiça em relação à pessoa que recorreu a esses métodos ⁴⁹.

4. VÍTIMAS

“Entendem-se por ‘vítimas’ as pessoas que, individual ou colectivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de actos ou de omissões violadores da legislação penal nacional” ⁵⁰.

4.1. “As vítimas têm direito ao acesso às instâncias judiciais e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional” ⁵¹.

4.2. As vítimas devem ser informadas dos meios disponíveis que lhes permitam a obtenção da reparação ⁵².

4.3. As vítimas devem ser informadas das “possibilidades de recurso abertas, das datas e da marcha dos processos e da decisão das suas causas” ⁵³.

4.4. Devem ser tomadas medidas para “proteger a vida privada das vítimas e garantir a sua segurança, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias” ⁵⁴.

⁴⁹ Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público (Princípios orientadores do Ministério Público), Princípio 16.

⁵⁰ Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (Declaração relativa às vítimas), Princípio 1 (vítimas da criminalidade), Princípio 18 (vítimas de abuso de poder).

⁵¹ Declaração relativa às vítimas, Princípios 4 e 8.

⁵² Declaração relativa às vítimas, Princípio 5.

⁵³ Declaração relativa às vítimas, Princípio 6, alínea *a*).

⁵⁴ Declaração relativa às vítimas, Princípio 6, alínea *d*).

4.5. “As vítimas devem ser informadas da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis”⁵⁵.

4.6. Ao prestar serviços e ajuda às vítimas, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem dispensar uma atenção particular às vítimas que tenham necessidades especiais em razão da natureza do prejuízo sofrido ou de factores, tais como o sexo, a idade, a capacidade física, a origem étnica ou social e as suas crenças ou práticas culturais⁵⁶.

5. PESSOAS DETIDAS OU PRESAS

Detido ou “**pessoa detida** designa a pessoa privada da sua liberdade, excepto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de uma infracção”⁵⁷.

Recluso ou “**pessoa presa** designa a pessoa privada da sua liberdade em consequência de condenação pela prática de uma infracção”⁵⁸.

5.1. “Todos os indivíduos privados da sua liberdade devem ser tratados com humanidade”⁵⁹.

5.2. As pessoas detidas devem ser mantidas em lugares publicamente reconhecidos. A família e o representante autorizado do detido devem ser informados sem demora da situação em que o mesmo se encontra⁶⁰.

5.3. As formas de detenção ou prisão devem ser decididas por um juiz ou outra autoridade judiciária⁶¹.

⁵⁵ Declaração relativa às vítimas, Princípio 15.

⁵⁶ Declaração relativa às vítimas, Princípios 3 e 17.

⁵⁷ Princípios de protecção, terminologia, alínea *b*).

⁵⁸ Princípios de protecção, terminologia, alínea *c*).

⁵⁹ Pacto, artigo 10.º, n.º 1.

⁶⁰ Princípios de protecção, Princípio 16.

⁶¹ Princípios de protecção, Princípio 4.

5.4. Na aplicação da detenção ou prisão não é permitida qualquer discriminação fundada na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra situação⁶². As crenças religiosas e os preceitos morais da pessoa detida devem ser respeitados⁶³.

5.5. As diferentes categorias de reclusos devem ser mantidas separadas. Os jovens reclusos devem ser mantidos separados dos adultos, os homens devem ser mantidos separados das mulheres; e os presos preventivos devem ser mantidos separados dos condenados⁶⁴.

5.6. “A pessoa detida deve receber notificação, pronta e completa, da ordem de detenção, bem como dos seus fundamentos”⁶⁵.

5.7. “A pessoa detida ou presa tem o direito de receber visitas dos membros da sua família e deve dispor de oportunidades adequadas para comunicar com o mundo exterior”⁶⁶.

5.8. “A pessoa detida ou presa tem direito a comunicar, pessoalmente e em regime de absoluta confidencialidade, com o seu advogado”⁶⁷.

5.9. Todas as pessoas detidas em tempo de conflito armado têm o direito de comunicar com o delegado da Comissão Internacional da Cruz Vermelha⁶⁸.

5.10. O local de detenção dos reclusos, especialmente o local onde dormem, deve ser concebido de forma a preservar a sua saúde. Os reclusos têm direito a receber alimentação, alojamento e vestuário adequados, e devem ter a possibilidade de acesso, em condições de igualdade, aos serviços médicos, ao exercício e a objectos de higiene pessoal⁶⁹.

⁶² Pacto, artigo 26.º; Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos (Regras Mínimas), Regra 6, n.º 1.

⁶³ Regras Mínimas, Regra 6, n.º 2.

⁶⁴ Regras Mínimas, Regra 8.

⁶⁵ Princípios de protecção, Princípio 11.

⁶⁶ Regras Mínimas, Regras 92 e 37; Princípios de protecção, Princípio 19.

⁶⁷ Princípios básicos relativos aos Advogados, Princípios 7 e 8; Princípios de protecção, Princípios 17 e 18

⁶⁸ Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar, Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, artigo 9.º

⁶⁹ Regras Mínimas, Regras 10-20.

5.11. A imposição de restrições e a vigilância dos reclusos só são permitidas quando o requeiram necessidades da administração da justiça, ou quando tal se mostre necessário para manter a segurança e a boa ordem no local de detenção ⁷⁰.

5.12. As sanções disciplinares impostas na prisão devem ser aplicadas em conformidade com as disposições relativas aos direitos do homem ⁷¹. Desta forma, um recluso

1. Só pode ser punido de acordo com a lei ou regulamentação emanada da autoridade administrativa competente ⁷²;
2. não pode ser punido sem ter sido informado da infracção de que é acusado e sem que lhe seja dada uma oportunidade adequada para apresentar a sua defesa. A autoridade competente examinará o caso exaustivamente ⁷³;
3. nunca poderá ser punido duas vezes pela mesma infracção ⁷⁴;
4. não pode ser sujeito a “penas corporais, colocação em ‘segredo escuro’, ou outras punições cruéis, desumanas ou degradantes” ⁷⁵.

5.13. A sujeição a instrumentos, tais como algemas e coletes de força, não deve ser prolongada para além do tempo estritamente necessário, e nunca deve ser aplicada como sanção ⁷⁶. Estes instrumentos de coacção só podem ser utilizados nas seguintes circunstâncias ⁷⁷:

- “1. Como medida de precaução contra uma evasão durante uma transferência, desde que sejam retirados logo que o recluso compareça perante uma autoridade judicial ou administrativa;
2. por razões médicas, sob indicação do médico;
3. por ordem do director, depois de se terem esgotado todos os outros meios de dominar o recluso, a fim de o impedir de

⁷⁰ Regras Mínimas, Regra 27.

⁷¹ Código de conduta, artigo 2.º

⁷² Regras Mínimas, Regras 30, n.º 1, 28 e 29, alínea *c*).

⁷³ Regras Mínimas, Regra 30, n.º 2.

⁷⁴ Regras Mínimas, Regra 30, n.º 1.

⁷⁵ Regras Mínimas, Regra 31.

⁷⁶ Regras Mínimas, Regras 33 e 34.

⁷⁷ Regras Mínimas, Regra 33, alíneas *a*), *b*) e *c*).

causar prejuízo a si próprio ou a outros ou de causar estragos materiais; nestes casos, o director deve consultar o médico com urgência e apresentar relatório à autoridade administrativa superior”.

5.14. O modelo e o modo de utilização dos instrumentos de coacção devem ser decididos pela administração penitenciária central ou por uma autoridade superior⁷⁸.

6. TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS CRUÉIS

6.1. Ninguém, incluindo as pessoas detidas ou presas, será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes⁷⁹.

6.2. As penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, físicos ou morais, são proibidos. A tortura constitui uma forma agravada e deliberada de pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante⁸⁰.

6.3. “**Tortura** significa qualquer acto pelo qual uma dor violenta ou sofrimento físico ou mental é infligido a uma pessoa por um funcionário público ou funcionário responsável pela aplicação da lei, ou por sua instigação, para:

1. Obter dela ou de uma outra pessoa confissão ou informação⁸¹;
2. puni-la por um acto que tenha cometido ou se supõe que tenha cometido⁸²;
3. intimidá-la ou a outras pessoas”⁸³.

⁷⁸ Regras Mínimas, Regra 34.

⁷⁹ Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Convenção contra a tortura), artigo 1.º; Declaração sobre a Protecção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Declaração contra a tortura), artigo 2.º

⁸⁰ Convenção contra a tortura, artigo 1.º; Código de conduta, artigo 5.º

⁸¹ Convenção contra a tortura, artigo 1.º; Princípios de protecção, Princípio 21, n.º 2.

⁸² Convenção contra a tortura, artigo 1.º

⁸³ Convenção contra a tortura, artigo 1.º; Princípios de protecção, Princípio 21, n.º 2.

6.4. Nenhuma declaração que se prove ter sido feita como resultado de tortura ou de outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes poderá ser invocada como prova contra quem a proferiu ou contra qualquer outra pessoa em nenhum procedimento ⁸⁴.

6.5. Os funcionários públicos têm o dever de impedir qualquer acto de tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ⁸⁵.

6.6. Nenhuma circunstância excepcional, tal como o estado de guerra, a instabilidade política, o estado de excepção, uma ordem de um superior ou de uma autoridade pública, pode ser invocada para justificar a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ⁸⁶.

6.7. Os funcionários superiores devem fiscalizar a aplicação das disposições relativas à guarda e ao tratamento das pessoas detidas, a fim de evitar qualquer caso de tortura ou outros actos que constituam penas ou tratamentos não permitidos por lei ⁸⁷.

7. EXECUÇÕES ABUSIVAS

7.1. Todos têm direito à vida; “ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida” ⁸⁸.

7.2. Todas as execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias são proibidas por lei ⁸⁹. Qualquer execução que não tenha sido ordenada por um tribunal é proibida, não podendo ser levada a cabo. “Não poderão ser invocadas para justificar essas execuções circunstâncias excepcionais, como por exemplo o estado de guerra ou de risco de guerra, a instabili-

⁸⁴ Declaração contra a tortura, artigo 12.º; Princípios orientadores do Ministério Público, Princípio 16.

⁸⁵ Código de conduta, artigo 5.º

⁸⁶ Convenção contra a tortura, artigo 2.º; Código de conduta, artigo 5.º; Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, Princípio 8.

⁸⁷ Convenção contra a tortura, artigo 11.º; Princípios de protecção, Princípio 4.

⁸⁸ Pacto, artigo 6.º, n.º 1.

⁸⁹ Princípios Relativos a uma Prevenção Eficaz e à Investigação das Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias ou Sumárias (Princípios relativos à investigação de execuções abusivas), Princípio 1º

dade política, situações de conflito armado interno ou outra emergência pública”⁹⁰.

7.3. Não poderá ser invocada uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública para justificar a participação numa execução abusiva⁹¹.

7.4. “Os Governos proibirão os funcionários superiores ou as autoridades públicas de darem ordens autorizando ou incitando qualquer pessoa a levar a cabo execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias”⁹².

7.5. “Proceder-se-á a uma investigação exaustiva, imediata e imparcial de todos os casos em que haja suspeita de execuções abusivas”⁹³.

7.6. “Os familiares da pessoa falecida e os seus representantes legais terão acesso a toda a informação pertinente à investigação”⁹⁴.

7.7. “Será feito em tempo razoável um relatório escrito sobre os métodos e as conclusões das investigações que será publicado imediatamente”⁹⁵.

7.8. Os Governos velarão por que as pessoas que a investigação tenha identificado como participantes em execuções abusivas sejam entregues às autoridades competentes a fim de serem julgadas⁹⁶.

8. GENOCÍDIO

8.1. A prática de genocídio é proibida. **Genocídio** designa, entre outras

⁹⁰ Princípios relativos à investigação de execuções abusivas, Princípio 1.

⁹¹ Princípios relativos à investigação de execuções abusivas, Princípio 19.

⁹² Princípios relativos à investigação de execuções abusivas, Princípio 3.

⁹³ Princípios relativos à investigação de execuções abusivas, Princípio 9.

⁹⁴ Princípios relativos à investigação de execuções abusivas, Princípio 16.

⁹⁵ Princípios relativos à investigação de execuções abusivas, Princípio 17.

⁹⁶ Princípios relativos à investigação de execuções abusivas, Princípio 18.

coisas, o acto praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, nomeadamente ⁹⁷:

1. Homicídio de membros do grupo;
2. ofensa à integridade física ou psíquica de membros do grupo;
3. sujeição do grupo a condições de existência susceptíveis de virem a provocar a sua destruição total ou parcial;
4. impedimento da procriação ou dos nascimentos no grupo;
5. transferência por meios violentos de crianças do grupo para outro grupo.

8.2. A prática de genocídio e a tentativa de prática de genocídio, em particular a conspiração, a participação e o incitamento à prática de genocídio, devem ser punidos depois de julgados por um tribunal competente ⁹⁸.

9. NORMAS DE CARÁCTER HUMANITÁRIO

9.1. “As pessoas que não tomem parte directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo” ⁹⁹.

⁹⁷ Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Convenção sobre o genocídio), artigos I e II.

⁹⁸ Convenção sobre o genocídio, artigos IV, III e VI.

⁹⁹ Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar, Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, Convenção de Genebra relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, artigo 3.º

9.2. São proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente a civis e militares:

1. As ofensas contra a vida, a integridade física ou mental, o bem-estar dos não combatentes, especialmente:
 - a) O homicídio;
 - b) a tortura física ou mental;
 - c) as sanções corporais;
 - d) as mutilações.
2. As ofensas à dignidade pessoal, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes, a violação, o lenocínio e todas as formas de atentado ao pudor;
3. a tomada de reféns;
4. as sanções colectivas;
5. a pilhagem;
6. a ameaça com a prática de algum dos actos descritos nos números anteriores ¹⁰⁰.

9.3. É necessário desenvolver todos os esforços de forma a que as mulheres e as crianças sejam protegidas contra os efeitos da guerra, em especial a perseguição, a tortura, medidas punitivas ou tratamentos degradantes, e a violência ¹⁰¹.

10. PROTECÇÃO DOS REFUGIADOS

Refugiado designa a pessoa que, receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo

¹⁰⁰ Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I); Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados não Internacionais (Protocolo II), artigo 4.º

¹⁰¹ Declaração sobre a Protecção das Mulheres e das Crianças em Situações de Emergência ou de Conflito Armado, artigo 4.º

social, ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade (ou no qual tinha a sua residência habitual, tratando-se de apátrida) ¹⁰².

A expressão “pessoa deslocada no interior do país” designa a pessoa que fugiu ou teve de abandonar o domicílio, frequentemente por motivos análogos aos do refugiado, não tendo porém atravessado as fronteiras do seu país. A pessoa deslocada no interior do país, não obstante, beneficia da protecção e goza dos direitos fundamentais reconhecidos pelos instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem ou de carácter humanitário.

10.1. Os refugiados e as pessoas deslocadas no interior do país devem ser autorizados a contactar o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (UNHCR), o principal órgão internacional responsável pela protecção e assistência aos refugiados.

10.2. Nenhum refugiado poderá ser repatriado ou expulso para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas ¹⁰³.

10.3. Os refugiados devem ter a possibilidade de requerer o estatuto de asilo ou de refugiados. Devem ser autorizados a impugnar a decisão que ordena a sua expulsão do país de acolhimento ¹⁰⁴.

10.4. Os refugiados que tenham entrado ou permaneçam irregularmente no território de um Estado não poderão ser sujeitos a sanções penais ou ser detidos arbitrariamente como consequência da sua entrada ou presença irregular, quando tenham vindo directamente do país em que receiam ser perseguidos e se tenham apresentado às autoridades do país de acolhimento ¹⁰⁵.

¹⁰² Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de 1951), artigo 1.º - A, n.º 2.

¹⁰³ Convenção de 1951, artigo 33.º, n.º 1.

¹⁰⁴ Convenção de 1951, artigo 33.º, n.º 2.

¹⁰⁵ Convenção de 1951, artigo 31.º

10.5. Os refugiados gozam dos direitos cívicos fundamentais, em particular:

- a) O direito à vida e à segurança pessoal;
- b) o direito de não serem privados da liberdade de forma arbitrária;
- c) o direito de não serem submetidos a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes;
- d) o direito à protecção contra intromissões arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, no seu domicílio ou correspondência;
- e) o direito à igualdade perante os tribunais e as demais entidades responsáveis pela administração da justiça;
- f) o direito à liberdade de pensamento, de expressão, de consciência e de religião;
- g) o direito de preservarem a sua língua, a sua cultura e as suas tradições ¹⁰⁶.

10.6. Os refugiados devem ter a possibilidade de aceder às instâncias judiciais ¹⁰⁷.

10.7. Os refugiados devem beneficiar dos direitos cívicos fundamentais reconhecidos aos outros cidadãos, em particular os direitos económicos e sociais fundamentais. A título de exemplo, quando exista um sistema de racionamento destinado a regular a repartição pela generalidade da população de um produto de que há escassez, os refugiados, especialmente as mulheres, as crianças e os idosos, devem receber tratamento igual ao dos restantes cidadãos ¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Declaração sobre os Direitos Fundamentais dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem, artigos 5.º e 6.º

¹⁰⁷ Convenção de 1951, artigo 16.º

¹⁰⁸ Convenção de 1951, artigo 20.º

FONTES

1. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (aprovado em 16 de Dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas; entrada em vigor: 23 de Março de 1976).

2. Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (aprovada em 9 de Dezembro de 1949 pela Assembleia Geral das Nações Unidas; entrada em vigor: 1951).

3. Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (aprovada em 10 de Dezembro de 1984 pela Assembleia Geral das Nações Unidas; entrada em vigor: 26 de Junho de 1987).

4. Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (aprovada em 28 de Julho de 1951; entrada em vigor: 22 de Abril de 1954).

5. Declaração sobre os Direitos Fundamentais dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 40/144 de 13 de Dezembro de 1985).

6. Princípios Relativos a uma Prevenção Eficaz e à Investigação das Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias ou Sumárias (aprovados em 24 de Maio de 1989 pela Resolução 1989/65 do Conselho Económico e Social).

7. Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos (aprovadas em 31 de Julho de 1957 pela Resolução 663 XXIV do Conselho Económico e Social).

8. Conjunto de Princípios para a Protecção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 43/173 de 9 de Dezembro de 1988).

- 9.** Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (aprovado pela Resolução 34/169 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de Dezembro de 1979).
- 10.** Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (adoptados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, aprovados pela Resolução 45/121 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1990).
- 11.** Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (aprovada pela Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de Novembro de 1985).
- 12.** Princípios Básicos Relativos à Independência da Magistratura (adoptados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, aprovados pela Resolução 40/32 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 29 de Novembro de 1985, confirmada pela Resolução 40/146 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de Dezembro de 1985).
- 13.** Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público (adoptados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, aprovados pela Resolução 45/121 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1990).
- 14.** Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados (adoptados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, aprovados pela Resolução 45/121 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1990).
- 15.** Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 12 de Agosto de 1949; entrada em vigor: 21 de Outubro de 1950).

16. Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 12 de Agosto de 1949; entrada em vigor: 21 de Outubro de 1950).

17. Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 12 de Agosto de 1949; entrada em vigor: 21 de Outubro de 1950).

18. Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I) (adoptado, em 8 de Junho de 1977, pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Humanitário Internacional aplicável às Situações de Conflito Armado, por ocasião da 4.^a Sessão, que teve lugar em Genebra de 17 de Março a 10 de Junho de 1977).

19. Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados não Internacionais (Protocolo II) (adoptado, em 8 de Junho de 1977, pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Humanitário Internacional aplicável às Situações de Conflito Armado, por ocasião da 4.^a Sessão, que teve lugar em Genebra de 17 de Março a 10 de Junho de 1977).

20. Declaração sobre a Protecção das Mulheres e das Crianças em Situações de Emergência ou de Conflito Armado (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 3318 XXIX, de 14 de Dezembro de 1974).

DIREITOS DA CRIANÇA

**CONSULTA EUROPEIA
CONTRA A EXPLORAÇÃO SEXUAL DA CRIANÇA**

INTRODUÇÃO

No âmbito da preparação do Congresso Mundial Contra a Exploração Sexual da Criança, o Conselho da Europa organizou uma reunião regional, no decurso da qual se avaliaram os passos dados pelos Estados membros e o próprio Conselho da Europa para a erradicação desta forma contemporânea de escravatura.

Publica-se, em seguida, o texto introdutório e as conclusões adoptadas na mesma reunião.

MARTA SANTOS PAIS

Rapporteur of the Committee on the Rights of the Child

**EUROPEAN CONSULTATION
AGAINST
COMMERCIAL SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN**

**organised by the Council of Europe
and UNICEF**

Strasbourg, 25 - 26 April 1996

The meeting of today reaffirms the importance attached by the European region to the consideration of meaningful steps to prevent and combat situations of sexual exploitation of children.

It also shows the relevance of creating a space for an open exchange of national and regional experiences, to feel motivated by successful achievements, but also encouraged to search for better policies to overcome existing difficulties, recognising the need for a close cooperation between Governmental authorities and non-governmental organisations. On the basis of such a strong platform, the present meeting will be a meaningful stage to prepare and anticipate the success of the World Congress against the Commercial Sexual Exploitation, which will be held next August in Stockholm.

Our aim is to improve and develop our actions, at the national and regional levels, and thus to contribute to the wider global movement designed to protect children and to prevent their involvement in any unlawful sexual activity that may imply the neglect or abuse of their fundamental rights.

We naturally recognise that the European region has since long devoted its attention to the plight of children involved in sexual exploitation, prostitution and pornography. *Recommendation (91)11*, largely considered during the first day of the Conference, is a clear illustration of such an interest. But various other important instruments adopted by the Council of Europe in different areas of activities confirm the same commitment, as revealed by *Recommendations R(85)4* on violence in the family, and *R(89)7* concerning principles on the distribution of ideograms having a violent, brutal or pornographic content, the *European Convention on Transfrontier Broadcasting*, as well as *Recommendation R(93)2* on the Medical Social Aspects of Child Abuse.

In various texts, there has been an undeniable expression of a constant area of concern. Furthermore, they reveal an informed analytical capacity to identify precise and practical strategies for action, from prevention to detection, notification, intervention, treatment or research. And they clearly indicate the need for a multidisciplinary approach to address the sexual exploitation of children. For this reason, all these instruments constitute a source of inspiration and an essential reference for the recommendations we will adopt at the end of the day.

It is decisive to place this question in the context of human rights. First of all, because it constitutes one of the premises of the Council of Europe, as meaningfully reflected in the Statute of the Organisation according to which every of its members “must accept the principles of the rule of law and the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of that aim”. The vocation of the Council of Europe is in fact, as recognised by the Vienna Summit of Heads of State and Government, “to construct a vast area of democratic security, based on the indivisibility and universality of human rights, and a common heritage enriched by its pluralism and diversity and reinforced by tolerance and solidarity”.

Moreover, should we forget the important message of the European Convention on Human Rights, namely the prohibition of slavery or of any form of inhuman or degrading treatment, or should we deny that sexual exploitation of children is a paradigmatic example of such acts?

Secondly, because one of the fundamental challenges we face when addressing the situation of children, not less when we study the forms of preventing and combating their sexual exploitation, is to be able to clearly and seriously recognise that, in spite of the fact that children are evolving in their personality and maturity, they are full-fledged subjects of rights, with an inherent right for the respect of their human dignity, entitled to the protection of their fundamental rights and freedoms. Conversely, any form of child abuse, neglect or exploitation, including child pornography or prostitution, is a clear violation of human rights, thus making impunity unacceptable. It is because we do not seriously respect children in their individuality and fundamental human value that we still fail to recognise the real dimension of situations of sexual exploitation of children, including child pornography and

prostitution, we lack reliable data on these realities and we feel tempted to put the blame of such violations on children, forgetting they are the victims and not the perpetrators. The protection of the child against such forms of exploitation should therefore not be seen in isolation but in the broader context of the realisation of the rights of the child.

This was the fundamental message brought by the United Nations Convention on the Rights of the Child, an instrument which has been ratified by 38 Member States of the Council of Europe and which has constituted an essential framework for various activities developed within the Organisation. In this regard, mention should be made of the multidisciplinary project on Childhood Policies, which will soon organise in Leipzig an important Conference on the participation of children in family, school and social life, as well as of the recently adopted European Strategy for Children which, we all hope, will pave the way for future and meaningful steps for the promotion and protection of children's rights in the European continent. The underlying principles of these two important projects should therefore equally constitute an important reference for our deliberations.

We necessarily also have to take into consideration existing universal bodies, programmes and mechanisms which are devoted to the same aim. Europe is in fact not isolated from the rest of the world, rather actively involved in the activities of universal organisations competent in this field. Our policies and strategies should therefore strive to enhance global action designed to prevent and combat child pornography and prostitution, benefiting from such universal experience to strengthen our own regional and national mechanisms. Such an approach is also due to the fact that there is a clear international dimension in the area of sexual exploitation of children, which in fact knows no boundaries and makes international cooperation absolutely indispensable. This in turn will allow us to find solutions for cases where Europeans perpetrate such violation of children's rights, in Europe or elsewhere, or where European children are the victims of those same acts.

In our deliberations, let us thus note the relevant steps undertaken within the United Nations system, by the Committee on the Rights of the

Child, as well as by the Commission on Human Rights¹ the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice², and by UNICEF following the World Summit for Children and in the light of the Declaration and Plan of Action on the Survival, Protection and Development of Children³. Reference should be further made to the activities developed by INTERPOL, namely through its Standing Working Party on Offences against Minors, *inter alia* with a view to encouraging a close cooperation between national police and an effective training of law enforcement personnel.

Finally it is important to stress the decisive role played by non governmental organisations, at the national, regional or international levels. If sexual exploitation has become an issue in the political agenda of today this is greatly due to their persistent action as advocates for children rights, as promoters of public awareness about the risks faced by children in situations of exploitation, as well as responsible partners in the activities undertaken to prevent and combat child pornography and child prostitution. Their participation in the World Congress and in the regional consultations is a tribute to their commitment, but further stresses how essential it is to ensure the involvement of the civil society if effective action is desired.

Yet, we are forced to recognise that, in spite of all these meaningful and positive measures, the phenomenon of child sexual exploitation seems to increase and leaves us confronted with a strong sense of imperfection.

Why have we not yet been able to eradicate situations where children are used in sexual activities for profit-making purposes? Why do such realities remain to a large extent hidden? Why do they constitute a social taboo, and yet are persistently present and damaging for the lives of so many children, in Europe and elsewhere? How can we improve

¹ See in particular the two Programmes of Action for the Elimination of Child Labour and for the Prevention of the sale of children, child prostitution and child pornography, as well as the activities undertaken by thematic Special Rapporteurs, including on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography and on violence against women.

² In this connection mention should be made of the current drafting of an international Convention on the Illicit Traffic of Children, as well as of the request to the Secretary General to organise a meeting of an Expert Group on the Prevention of the Sexual Exploitation of Children for Commercial Purposes within the context of international travel (sex tourism).

³ See in particular paragraph 22 of the Plan of Action.

our policies and programmes and meaningfully translate our commitments into effective action?

These and other similar questions constitute the agenda of today. They will inspire the discussions and recommendations of the three working groups and they will later lead us to agree on an agenda for priority action, to guide European policies and strategies in the future and similarly to strengthen the World Congress Agenda for Action, next August.

I. Working Group I will consider priorities and strategies for action. In a certain manner, its challenge is to identify ways by which children's rights are to be seriously reaffirmed in every day's life, providing the opportunity for childhood to be experienced and for the child to be prepared to live an individual life in society.

a) First, it is important to consider measures designed to raise awareness on the value of children as subjects of rights, as active participants in family, school and social life. Only when their fundamental rights are recognised as such, will it be possible to ensure their respect and protection and act towards the prevention of their violations. This is also the way of strengthening the value of our common responsibility for children and our accountability before them.

To achieve such a purpose, it seems important to ensure the availability of information and documentation on successful experiences as well as on solutions which have proved to be ineffective, on existing abuses, on numbers of prosecutions and convictions, on programmes and services developed to investigate, assist or rehabilitate, on the prevailing prejudices and traditions that facilitate sexual exploitation of children.

Reliable information will decisively contribute to give visibility to the phenomena of sexual exploitation of children, thus fighting public passivity and indifference and making an irresistible call for action.

How can we be effective? How can public information campaigns become meaningful and convincing? How can the media be encouraged to promote awareness and feel as an ally in this endeavour, truly committed to the promotion and protection of children's rights, including their right to privacy? How to ensure the confidentiality and anonymity of the victims? How to promote the mobilisation of society around children, and around programmes and strategies designed to ensure a true respect for the child's human dignity, and to discourage all forms of

sexual exploitation of children? How to enhance the cooperation with non governmental organisations in advocacy and awareness campaigns? How to ensure a responsible parenting role which can meaningfully prevent the involvement of children in any form of sexual exploitation, as well as be prepared to share with children their fears and listen to their unspoken suffering? How to prevent the stigmatisation of children victims of such acts and contribute to their social reintegration and physical and psychological recovery, in an environment which fosters their self-respect and dignity? How to prevent adults from becoming perpetrators?

b) Recognising the fundamental value of children also means envisaging them as active promoters and defenders of their own rights. Children should be systematically and meaningfully informed about their rights and freedoms. In an accessible manner, using simple language, it is of paramount importance to involve children in the strategies designed to prevent their sexual exploitation. How should we act? What measures should be foreseen? What role should the family play? How can the school intervene? How to create awareness on the fundamental human value of each and every child as well as on the risks arising from child prostitution and child pornography, including HIV/AIDS? How to listen and take into due consideration the views and suggestions of children, those who are victims of sexual exploitation as well as those we are trying to protect against it? How to promote a child to child approach?

c) Professional groups working with and for children should be given special education and training on children's rights. How should their training curricula incorporate such values? How to encourage the adoption of Codes of Conduct guided by ethical principles reflecting respect for the human dignity of the child, ensuring non discriminatory attitudes or prejudices, being guided by the best interests of the child and providing to the child an opportunity to express the way he or she feels? How to prepare teachers, lawyers, judges, law enforcement officials, medical doctors, psychologists, social workers, travel agents, peace keeping forces with a view to ensuring a real sense of responsibility towards children?

How to encourage them to prevent, report, investigate, treat and promote the rehabilitation of children? Children rely on adult's capacity and creativity and trust them, namely when performing an official

function. How to avoid deceiving them, knowing in advance that they do not have a second chance in their development?

d) Enacting legislation and ensuring its enforcement are of decisive importance to prevent and combat child's sexual exploitation. By considering sexual exploitation of children as a criminal offence, and foreseeing measures to investigate and punish existing cases, laws are discouraging the occurrence of any form of inducement or coercion of children to engage in a sexual activity, as well as of the exploitative use of children in prostitution or in pornographic performances or materials. How can the legal framework be improved in this regard? How to extend national jurisdiction to nationals or legal residents who commit such offences abroad? How to ensure the enforcement of such provisions?

Similarly, how to fully safeguard the fundamental rights of children in any proceeding or hearing where they may participate either as the victim or the witness? How to create a reassuring environment for the child to feel supported and for his or her statements to be accurate and reliable? How to ensure the respect for the privacy of the child in all stages of the proceedings and prevent the child's stigmatisation? How to provide legal information and legal aid to the child, as well as legal or other appropriate assistance, with a view to ensuring the child's participation in the proceedings and preventing the traumatising effects arising therefrom? Which remedies should be made available? How to ensure a system of compensation to the child victim of any form of sexual exploitation? How to protect the child against retaliations and reprisals? How to develop special units within the police and judicial authorities to be specially trained to deal with such realities? How to ensure the establishment of appropriate centres to assist child victims of sexual exploitation and promote their physical and psychological recovery and social reintegration to promote their self-esteem and sense of dignity?

These are the basic challenges Group I will be faced with.

II: Working Group II will address the question of data collection and monitoring mechanisms to allow for the evaluation of national and international experiences. It allows to fight the invisibility of children who are sexually exploited and to study their situation with a view to shaping a national strategy to protect them and to prevent such violations

of their fundamental rights. It further allows to evaluate and monitor progress or lack of progress on a periodic basis.

If there is a clear commitment to fight these phenomena, then it becomes essential to ensure a systematic gathering of information on the different realities faced by children induced to or exploited in pornography or prostitution. But serious challenges lie ahead.

How to overcome the curtain of silence around such hidden areas? How to build a complete and accurate network of information, complete to cover all relevant areas and consider all groups of children victims, as well as of perpetrators, accurate to ensure that the data used is specific, reliable and objective? How to choose meaningful indicators, which may be objective, disaggregated and non politicised? How to encourage research on the victims and perpetrators and on the situations that more often pave the way to situations of child prostitution and child pornography? How to consider the specially vulnerable situation of the most disadvantaged groups, including girls, children living and/or working in the streets, children belonging to minorities, migrant children in illegal situation, asylum seekers or refugee children, children deprived of liberty or placed in institutions who are too frightened to complain fearing reprisals and feeling powerless? How to address the situation of children speaking a different language or surviving in a clandestine environment, fearing to bring a complain or to ask for the protection of the authorities? How to gather all this information, making it available for research and policy-making and publishing it regularly with a view to encouraging social mobilisation and support in preventive, protective and rehabilitative measures?

Some steps seem instrumental in this regard. It seems important to ensure that all relevant authorities systematically collect information, both competent Governmental departments and non governmental organisations, either working at the national or local levels, with a view to providing for an accurate and comprehensive understanding of the reality. Close and permanent cooperation between these entities is therefore of essence and paves the way for a permanent, multidisciplinary and coherent approach to the policies and strategies undertaken to prevent and combat situations of sexual exploitation of children.

But how can we encourage mutual trust and collaboration? Which steps should be undertaken to ensure that all competent entities feel concerned, join efforts to enhance effectiveness and accept that no one has a leading role? Who should guide this process and how to ensure that the situations of sexual exploitation of children are considered within the wider context of children's human rights? How to provide adequate resources to ensure that envisaged strategies are translated into visible action and reflect the priority children are entitled to?

The development of such a system plays an undeniable role at the national level – to understand the reality, to shape a comprehensive and effective strategy and to monitor progress in a periodic and meaningful manner.

But it equally enables international cooperation to be enhanced, allowing for relevant information and research to be exchanged, for positive experiences to be taken into consideration, for mistakes not to be repeated, as well as for the competent authorities to cooperate in a closer way. It is in fact important to ensure that inter alia law enforcement officials, immigration officers, judicial authorities from the various European countries effectively collaborate in the protection of children, in the investigation of their exploitation and in the dismantling of networks of child's sexual exploitation.

It is further necessary that regional and international organisations competent in the field of the rights of the child in general, or in the specific area of their sexual exploitation, bring together their efforts and meaningfully prevent and combat child prostitution and child pornography. They can in fact build together an important centre of information, facilitating an exchange of information, encouraging improvement and monitoring progress.

Who should be involved? What particular role should be played by the Council of Europe, in its intergovernmental and parliamentary dimensions? How to build a partnership with UNICEF; INTERPOL, relevant NGOs?

This is the main agenda for Working Group II.

III. *Working Group III* will consider the ways by which coordination will be improved and coalitions built with a view to strengthening of national and regional strategies. It is clear that effective

action cannot neither rely on the activities of a single entity nor on simple governmental intervention. As a social phenomenon, it calls for the mobilisation and genuine participation of a wide spectrum of social groups. Families, communities, professional associations, children's rights organisations, as well as parliamentarians, Ombudspersons, the media, travel agencies or the private sector are, among others, essential partners.

All of them will play an essential role to advocate for the protection of, and respect for, children's fundamental rights, to mobilise action around their implementation, encouraging change of attitudes, investigating prevailing cases of child's sexual exploitation and fighting impunity.

How can we improve such cooperation? How to build a partnership based on a frank dialogue and enriched by the diversity of experience of its members? How to achieve a successful and shared campaign against the sexual exploitation of children? How can we all become real children's rights defenders? How can we put the protection of children's rights and the prevention of sexual exploitation of children at the core of aid development programmes?

And then at the regional level, how to fight against sexual exploitation of children in the European political agenda and envisage it as a clear priority and as a serious violation of human rights? How to ensure that periodic meetings between relevant entities, such as parliamentarians, responsible governmental officials, Ombudspersons, NGOs consider progress achieved and identify difficulties encountered with a view to steadily improve the situation? How to make the results of the action undertaken sufficiently visible to encourage further improvement and widen the movement of social support? How to build a network of institutions devoted to promote and protect children's rights and thus to combat children's sexual exploitation? What role could be played by the Council of Europe, namely through the Childhood policies multidisciplinary project and the European Strategy for Children, including as a follow-up to the World Congress?

Such is the agenda for Working Group III.

These three groups will necessarily have much in common. They all face the same essential challenges and their deliberations might naturally overlap. This will only confirm that action to prevent child

prostitution and pornography and to protect children against such forms of exploitation is by nature multidisciplinary and should always be considered in a holistic manner. In any case the consideration of these realities and the recommendations adopted by the Working Groups will certainly be a meaningful and renewed opportunity to demonstrate our true commitment to the fundamental rights of children.

Conclusions and recommendations of the European Consultation

I. General part

1. The World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children together with its six Regional Consultations constitute an important event but further represent a wide process of participation and exchange of experiences, thus firmly contributing to creating awareness and making an irresistible call for action, paving the way for the development of important research, for gathering relevant information and for galvanising the public opinion in favour of children.

2. The European Consultation was a meaningful opportunity to reaffirm a commitment to human rights and in particular to the human rights of children. In fact, the sexual exploitation of children is incompatible with the dignity and worth of the human person. It constitutes a modern form of violence and humiliation with long term effects on children's lives.

3. The European Consultation provided a special occasion to evaluate European achievements in the prevention and combat of sexual exploitation of children. It further constituted a special opportunity to express a clear willingness to act, join efforts, redefine priorities, adopt all necessary and appropriate measures to prevent such violations of human rights, as well as to protect children's rights, specially of children victims of sexual exploitation, and to ensure their physical and psychological recovery and social reintegration.

4. Sexual exploitation of children knows no boundaries, of a geographical, cultural or social nature. It is a hidden and clandestine phenomenon, often highly organised, extremely profitable and carrying low risks, particularly of prosecution and punishment.

5. In all actions undertaken to prevent sexual exploitation of children, to protect the fundamental rights of victims and to ensure their physical and psychological recovery and social reintegration, the best interests of the child should constitute a primary consideration, thus enabling for a child-centred approach to be always envisaged.

6. Non discrimination of the child should be at the core of all policies, programmes and strategies designed to protect children against sexual exploitation, particularly those who belong to the most vulnerable groups of the population and who constitute the most common victims of such practices. In this regard, girls, particularly of a younger age, asylum seekers, children belonging to minorities, abandoned children and children who are forced to live and /or work in the streets, should be paid special attention.

7. Children are full-fledged subjects of rights and should never be treated as mere commodities. Children's participation in decision-making is essential to prepare each and every child for an individual and responsible life in a free society, to allow him/her to make informed choices and to prevent violations of his/her fundamental rights. For this purpose, it is essential to provide adequate information to the child about his/her rights and to create awareness about the risks arising from their violation.

8. In the consideration of policies to prevent and combat the sexual exploitation of children, the views of the child should be taken in due consideration, both the child who is victim of sexual exploitation, and the child who should be protected against such practices. Children should be provided the opportunity to be heard in proceedings and hearings in a fair manner, particularly with a view to:

– Listening to the child in a reassuring environment which will not further traumatise him/her;

- respecting the child’s privacy;
- preventing the child’s stigmatisation;
- ensuring legal information and legal aid, whenever appropriate free of charge;
- ensuring to the child the right to bring complaints in case of sexual exploitation, including before an international instance, including the European Commission and Court on Human Rights, as well as the Human Rights Committee;
- protecting the child against reprisals or retaliation.

II. Specific action

9. Identification of priorities and strategies for action

- European public opinion should be mobilised in favour of the fundamental rights of children, including through meaningful and convincing awareness campaigns, in a combination of efforts of Governments, Parliamentarians, local authorities, national institutions, communities, religious groups, non-governmental organisations and families. The media have a decisive role to play to promote wider understanding about the value of children as subjects of rights, to prevent the stigmatisation of victims, as well as to combat any form of sexual exploitation of children, including child pornography and child prostitution.

- Availability of information should be ensured with a view to fighting the invisibility of the phenomena of child sexual exploitation and preventing the perpetuation of the vulnerability of children. Children should be informed about their fundamental rights, as well as about the risks arising from their sexual exploitation, including HIV/AIDS. Professional groups working with and for children should be trained about the rights of the child, an area which should be included in their training curricula and in relevant Codes of Conduct.

- Relevant international conventions should be ratified and effectively enforced and appropriate legislation should be enacted and improved, particularly with a view to ensure:

- The recognition of sexual exploitation of children as a serious crime and a form of slavery;

- the extension of national jurisdiction to national and legal residents committing such offences abroad;

- the availability of remedies and of compensation for children victims of sexual exploitation;

- the criminalisation of money laundering arising from sexual exploitation of children.

- Special liaison-officers should be established within law enforcement agencies and the judiciary to deal with children victims of sexual exploitation.

- Special units of officials should be established to be sent to and to act in third countries where sexual exploitation of children occur.

- Prosecution and punishment of offences should be effectively carried out, promptly achieved and given due publicity with a view to preventing invisibility and impunity.

10. Identification of indicators and mechanisms for information gathering and monitoring.

- The national, regional and international reality of the phenomena of sexual exploitation of children should be accurately studied, progress achieved duly evaluated and appropriate resources should be made available for that purpose.

- A national agenda to prevent and combat children's sexual exploitation should be developed, with time-framed activities.

- Close and permanent cooperation should be ensured between all competent governmental departments, and collaboration should be encouraged with non-governmental entities.

- A permanent and multidisciplinary monitoring action should be ensured by a national focal point where all relevant entities should be represented.

- Relevant information should be systematically gathered by all competent entities, either at the Governmental or non-governmental levels, on all groups of children and perpetrators involved in situations of child pornography and child prostitution. In the process of information gathering, children should be involved and information collected should be made accessible to them.

- Information gathered should be disaggregated by meaningful indicators, including by gender, age, rural and urban areas, vulnerable groups of the population, according to clear methodological guidelines to be made available in advance.

- Collection of information and conclusions drawn therefrom should be linked to the provision of material, financial and technical aid.

- Research on sexual exploitation of children should be encouraged and developed, and should pave the way for law reform and policy-making.

- A national and regional Observatory on sexual exploitation of children should be developed with a view to facilitating the access to, and exchange of information, research and of relevant experiences, including legal reform and judicial practice, in the field of sexual exploitation of children.

- Consideration should be given to the development of an European registration, containing all relevant information on networks of child's sexual exploitation and individual perpetrators.

11. Coordination of efforts and building up of coalitions for implementation and follow-up actions.

- The development of coalitions and the coordination of efforts should be encouraged at the local, national, regional and international levels, where various governmental departments and non-governmental groups should participate – such as children’s rights organisations, including the NGO Group on the implementation of the Convention on the Rights of the Child, professional associations, parliamentarians, religious groups, the media, etc. At the regional and international levels, consideration should be given to using existing meetings to consider the phenomena of sexual exploitation of children – including European Ministerial Conferences and Round Tables of Ombudspersons.

- Quick and accurate exchange of information should be ensured between national authorities, including law enforcement agencies and the judiciary, with a view to ensuring the thorough investigation, prosecution and punishment of perpetrators and the protection of victims. For this purpose, consideration should be given to the conclusion of bilateral or multilateral agreements.

- Official development assistance should include programmes designed to protect the fundamental rights of children, including against any form of sexual exploitation of children.

- Periodic evaluation of progress in the prevention of sexual exploitation of children should be ensured at the European level, within the framework of the European Union and of the Council of Europe through its intergovernmental and Parliamentary action. Sexual exploitation should be specifically included in the agenda of the annual report on the European Strategy for Children, to be submitted to the Parliamentary Assembly pursuant to its Recommendation 1286 (1996).

- As a preparation for the Stockholm World Congress:

- The media should be sensitised and trained on children’s rights and on the need to prevent child’s sexual exploitation and a media package should be prepared for that purpose;

- a child-oriented anti-crime initiative should be launched on Internet;

- a precise information campaign should be launched on television and within the airlines network;
- an information kit should be prepared to be distributed to all participants in the World Congress.

- The World Congress should identify leadership for follow-up action, in partnership with the Committee on the Rights of the Child, the Special Rapporteur on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, UNICEF and other relevant United Nations bodies, the NGO Group on the Convention on the Rights of the Child, ECPAT, INTERPOL and, at the regional level, the Council of Europe.

MARTA SANTOS PAIS

Rapporteur of the Committee on the Rights of the Child

**INTERNATIONAL SEMINAR
ON WORLDWIDE STRATEGIES
AND PROGRESS TOWARDS ENDING
ALL PHYSICAL PUNISHMENT OF CHILDREN**

Dublin, August 1996

Allow me to start by saying how pleased I am to participate in this important International Seminar on the strategies towards ending corporal punishment of children. It is extremely rewarding to be associated with your committed and successful action. I am speaking today for already convinced minds whose action is clearly not dependent on any new argument I might bring to reaffirm the fundamental right of children to physical and mental integrity. But sharing your experience and devotion will certainly be an important encouragement for me and a decisive source of inspiration for my work in the Committee on the Rights of the Child.

1. I would like to focus on the way the Committee on the Rights of the Child has envisaged the question of the corporal punishment of children, how it has expressed its deep concern at situations of violence against children in institutions, in schools or within the family, and how it has constantly stressed the importance of the adoption of a clear legislation forbidding all forms of violence and abuse, as well as of the development of educational campaigns and policies designed to change the negative prevailing social attitudes which lead to consider that the upbringing, education and discipline of children are interdependent and at the same time that discipline can only be real and effective when it is associated with a certain form of punishment.

Before that let me in a few words describe who the Committee is and the role it plays in ensuring the implementation of the Convention and promoting the protection of children's rights, including against corporal punishment.

2. The *Committee* on the Rights of the Child is a monitoring body established by the Convention on the Rights of the Child to assess the progress achieved by States Parties in the realisation of the fundamental

rights of children. The mandate of the Committee arises from the Convention itself. In a certain manner it gives voice to the principles and provisions of this international instrument.

The Committee is composed of *ten* experts with recognised experience in the field covered by the Convention. They symbolically represent the various geographical regions and the different legal systems of the world. The members of the Committee are elected by States Parties, in a meeting held in New York. But this is in fact the only case where one might say they have a certain dependence from Governments. In fact, the ten Experts do not in any way represent their Government, their country or region, or even the Organisation to which they may belong. They act, in fact, in their personal capacity and should always perform their duties and exercise their powers in an impartial manner. As the Committee has pointed out, the members of the Committee are solely accountable to the children of the world.

3. The Committee has important tasks. Some of them are designed to ensure a better understanding of the principles and provisions of the Convention, creating a wider awareness on States Parties obligations and on the measures they are required to adopt to ensure full compliance with the Convention. It is in this spirit that the Committee has organised *annual public thematic discussions* on specific areas addressed by the Convention.

In these discussions, the Committee is not addressing the specific reality of a particular country, but in the light of the experience it has gained from the consideration of States Parties reports, it rather focus on the global situation of the rights of the child. It assesses how a right is generally enjoyed by children and gives guidance on the way their universal respect and protection should be achieved.

In this framework, attention has also been paid to the question of the corporal punishment of the child. In fact, when the Committee considered the role of the family in the protection of children's rights, it recognised that the child has been traditionally perceived as a dependent, invisible and passive family member. Children are still often abused and

neglected and their right to physical integrity ignored *on the assumption that the privacy of the family automatically confers on parents the ability to make correct and informed judgements with respect to the “responsible upbringing of future citizens”*. It however stressed that there is today a growing trend to give to the child the needed space to be heard and respected, through dialogue, negotiation and participation.

Similarly, in the context of its discussion on the administration of juvenile justice, the Committee noted with deep regret that *whipping and flogging were still used as educational and punitive measures* and that insufficient attention was paid to the need for the promotion of an effective system of physical and psychological recovery and social reintegration of the child, in an environment that fostered his or her health, self-respect and dignity.

Thus the Committee recommended the launching of systematic *campaigns of information and awareness* on the rights of the child, together with *training activities* to be provided to relevant professional groups working with and for children. Moreover, it emphasised the importance of bringing an end to the lack of transparency in institutions for children, including through the establishment of *independent mechanisms* to ensure periodic visits to and an effective monitoring of such institutions, including in relation to complaints that might have been introduced.

The next discussion will be on the role of the media and it will certainly shed further light on this reality. On the one hand, information can clearly contribute to create awareness on the rights of the child, including on the right to be protected against any form of abuse, violence or neglect. It can influence attitudes towards children, perceptions about their value as full-fledged persons and their human dignity. It can stress how wrong it is to punish them violently or to cause any mental harm or physical injury, and conversely show how important it is to make use of forms of dialogue, negotiation and peaceful conflict resolution. On the other hand, the media can express respect for children when reporting on situations affecting them, adopting appropriate guidelines for the protection of the child from information and material injurious to his or

her well-being, developing a code of ethics consistent with the rights of the child and ensuring the protection of the privacy of the child.

4. Aiming at widely disseminating information about the Convention and in general about the rights of the child, the Committee has organised as an important and distinctive method of work the realisation of annual meetings outside the United Nations headquarters in Geneva – thus having visited Latin American, Asian and African countries. This has provided a special opportunity to address the situation of children, very often an *unnoticed existence*, understanding the challenges they face, *mobilising action* for the protection of their rights and promoting a national debate on policies and strategies designed to improve their situation. Such visits have also constituted an important occasion to *foster cooperation* between the Government, international organisations and national institutions, who often realise how effective and complementary the combination of their efforts may be in the light of the diversity and individuality of their action. The constant media coverage of these missions generate public attention and support and contribute to put children in the national political agenda!

5. Apart from its promotional activities, the Committee plays a decisively important role as a treaty monitoring body. In fact, it is entrusted with the task of assessing the steps undertaken by States Parties to fulfil their international obligations arising from the Convention. With this purpose, it considers periodic reports submitted by States Parties.

States Parties are in fact required to submit reports containing comprehensive information on all the measures they have adopted to ensure the effective implementation of the Convention – which laws have been enacted or reviewed, which structures have been established to collect information, assess progress and define strategies for the protection of children, what portion of the budget has been allocated to children's policies, which awareness and public campaigns have been launched, etc.

Reports should present a realistic picture of the national reality in the area of children's rights, indicating positive developments and progress made in the enjoyment of children's rights, and further identifying

the factors and difficulties encountered in the implementation of the Convention. Reporting is in fact designed to improve the situation of children on the basis of a frank and objective assessment, and not simply a tool of political promotion for the country or Government concerned.

The consideration by the Committee of a State Party's report allows the Committee to evaluate the extent to which children's rights have become a priority in the national political agenda and how serious the commitment of the State is in this regard. But in view of the constructive and frank dialogue held by the Committee with national delegations, it is also an opportunity to assist the State in its action, namely through the formulation of suggestions and recommendations designed to improve the situation of children. The essential aim of the international monitoring system is in fact to strengthen the national capacity and not to replace it! This is exactly the purpose of the concluding observations adopted by the Committee at the end of the examination of each State Party's report. They are published as a public document and set a priority agenda for the State's action in favour of children's rights.

6. The Convention is a real charter on the rights of the child. It has brought together different norms and standards previously adopted by a variety of international instruments and further improved them.

However, the Convention is not a simple set of norms. It has a philosophical and ethical message which constitutes a challenge and should be captured to allow for its serious implementation. In fact, the Convention has a holistic approach to children's rights, stressing that each and every of them, civil, political, economic, social or cultural, are inherent to the human dignity of the child and all are essential to his or her harmonious development. All of them are in fact interrelated, and the realisation of each right will undoubtedly affect the enjoyment of all the others.

Moreover, the Convention has introduced a new vision of the child who is no longer to be only envisaged as a vulnerable human being needing special protection and assistance, but also as a person with fundamental rights and freedoms, entitled to participate in the decision-making processes affecting his or her life and progressively evolving

toward an active and visible citizen, prepared for an individual and responsible life in a free society. These basic values of the Convention influence the way its implementation will be ensured, including in the field of the right of the child to physical integrity.

Moreover, the Convention is a binding instrument. Hence, it should not be perceived simply as a set of well-intended programmatic guidelines. In this spirit, States may freely decide whether or not to become bound by its principles and provisions. But when decide to do so, they undertake a special responsibility and commitment before the international community, the national civil society and before children themselves to be actively and effectively engaged in the promotion and protection of children's rights. Ratifying the Convention is therefore not a simple lip service to children but a serious system of action and accountability.

The Convention recognises that children have the fundamental rights and freedoms which are inherent to the human dignity of each and every person. These rights are not special. They are not gained against the rights of parents or as an alternative to the rights of adults. Such rights exist simply because children exist and they are inherent to their human nature. The fundamental rights of children are universal, inalienable and interdependent, all being essential for the full and harmonious development of the child. But just like the fundamental rights of any other person, these rights are not mere gifts or favours, they constitute an entitlement to action in favour of children, from the State, from the society and from the family.

The realisation of the rights of the child, including from any form of abuse or violence, is to be ensured in the light of the essential principles including of non discrimination, the best interests of the child and the participation of the child in all matter affecting his or her life. *Non discrimination* means that no child should be privileged, punished or deprived of any right on the ground of his or her race, colour, religion, gender, birth or any other status. *The best interests* of the child means that the best possible solution for the child should always be sought and should guide the way children are treated. *Participation* for its part means

that the views of the child should be considered and respected in all actions affecting their lives. Children should be recognised the capacity of influencing decisions affecting them and supported in the process of becoming active, tolerant and democratic.

Participation implies dialogue, mutual respect and tolerance. It facilitates the negotiation of solutions and promotes the growing responsibility of children. Similarly, participation in family life is a form of dialogue which leads to the ability for negotiation and peaceful conflict resolution.

7. It is in this general framework set forth by the Convention that the right not to be subject to any form of physical punishment has been considered by the Committee on the Rights of the Child. It flows as a consequence of the consideration of the child as a person whose human dignity should be respected, who should develop his or her personality, talent and mental and physical abilities to their fullest potential, who should be protected and at the same time recognised and supported in a growing degree of autonomy.

The Convention makes a clear statement against the use of any form of violence, abuse or neglect, degrading or inhuman treatment or punishment. In fact, in no less than *three different provisions* it addresses such an important reality – in article 19, on the protection from abuse and neglect in relation to those having the care or being responsible for the child; in article 28 concerning school discipline and in article 37 a) addressing the situation of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment. The combination of these three articles cannot but reinforce such a prohibition and indicates a constant and decisive willingness to ensure and respect the physical and personal integrity of the child.

a) States usually agree that torture, foreseen in article 37 of the Convention, should not be admitted and measures should be adopted to prevent any of its forms. However, they often identify it only with extremely serious and massive cases. In reality, however, torture may cover a wide degree of situations. As the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Liberty stresses, acts of torture can provoke visible and

harsh physical pain and also unperceivable mental suffering, they can imply solitary confinement in a dark place or a disciplinary measure which may be degrading or inhuman. In relation to these apparently less grave cases, States do not always express the same censorship.

Several States Parties to the Convention have not included in their national legislation a clear prohibition of those offences, they fail to identify and adopt the necessary measures to prevent and eradicate them and do not clearly recognise that they do apply to children, either when placed in institutions for their treatment, care and protection, or in any other setting. Their silence can be interpreted in different manners, but it surely reflects a lack of political and social priority given to this phenomenon, while missing the opportunity of using legislation as an official means of spreading a clear message of condemnation. For some, silence is even replaced by the inclusion in their criminal justice system of a call for the use of whipping and flogging as an educational and disciplinary measure. There, the opportunity is lost to use legislation as an education tool, but both solutions are incompatible with the Convention.

By presenting this reality in *article 37* as a general and absolute right, which in the light of relevant international standards does not admit any kind of derogation, the Convention shows that any form of treatment or punishment covered by this article should be prevented and combated in all circumstances of the life of a child, including in family life or in the school system.

States also often lack to foresee appropriate complaint procedures for cases of violation of this right. Yet, the realisation of a right is only ensured when sufficient safeguards are made available and remedies provided, and they do work in case of violation. However, children subject to acts of torture, or to any inhuman or degrading treatment or punishment, particularly when placed in institutions, are frequently led to keep silent in their hidden environment. Even when such procedures exist, children lack awareness about their fundamental rights and about available measures designed to protect them, and above all they lack confidence in the system, feeling abandoned and being too frightened to use them for the reprisals they might encounter.

Similarly, children victim of such acts should benefit from measures designed to promote their physical and psychological recovery and social reintegration in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child. The harmonious development of the child to his or her fullest potential to be fully prepared to live an individual life in society should therefore inspire the action to be undertaken by States. Moreover, children should be given information about their rights in a simple and accessible language, while officials working with and for children should benefit from systematic training activities designed to give them the needed preparation and ethical attitude and ensure quality to their work.

8. What has been said also applies to educational institutions. But in this specific area the Convention has included in *article 28* an innovative provision. It stresses that school discipline should be administered in a manner consistent with the child's dignity and in conformity with the principles and provisions of the Convention.

Education should therefore be inspired by certain values based on the recognition of the child as a subject of rights and designed to promote the development of his or her respect for human rights and fundamental principles and the preparation of the child for a responsible life in a free society. Together with knowledge about essential substantive areas, children should gain experience in personal decision-making, problem-solving and planning, assuming responsibilities and participating in informed decision-making with those responsible for their education and gaining an enriching democratic experience. As it has been stressed by the Council of Europe, "democracy is best learned in a democratic setting where participation is encouraged, where views can be expressed openly and discussed, where there is freedom of expression for pupils and teachers and where there is fairness and justice"¹.

As stressed by the Committee in the case of the Republic of Korea, the United Kingdom or Zimbabwe, education is a process where

¹ Recommendation of the Committee of Ministers R(85)7 on teaching and learning about human rights in schools.

exchange and participation assume a priority role and where authoritative teaching should be abandoned. It should be guided by the best interests of the child and create conditions for the enjoyment of the child's fundamental rights and freedoms, including freedom of opinion and expression and the right to privacy.

Thus, bullying should be banned and disciplinary measures, including of suspension or expulsion of a student, should only be decided following a participatory process where the child is given the opportunity to be heard, either directly or through a representative, as required by article 12 of the Convention.

Although contrary to article 28, corporal punishment in schools is admitted in several countries studied by the Committee on the Rights of the Child. In fact there is a prevailing consideration that it constitutes a necessary educational tool. Such a solution does not really know any geographical barrier. In fact, in Zimbabwe, the Republic of Korea or Canada, teachers may lawfully use corporal punishment, even if it may be required that it is administered under certain conditions.

In an illustrative manner, the Korean report informs that “according to the *Confucian culture and tradition*, parents’ and teachers’ corporal punishment is considered as educational discipline and has been called “spanking of love”. The report goes on to recognise that such a reality has led to a confusion between abuse and discipline and to the lack of awareness concerning such problems.”

In the report submitted by Zimbabwe it was recognised that “the principle of the best interests of the child is in conflict with the administering of corporal punishment”. But in the light of the Education Act, “corporal punishment at a government or non-government school may be inflicted in cases of continued or grave neglect of work, (of lying, of bullying, insubordination, indecency, truancy or other offences of like gravity”).

Only boys can be subject to corporal punishment and such a treatment must be inflicted according to a detailed number of conditions - on the buttocks, with a suitable strap cane or smooth light switch. Details that in a certain manner transform this apparently exceptional

measure into a formal and solemn ritual of discipline ... And while corporal punishment is admitted in schools, teachers are requested to be on alert to cases of child abuse and neglect ...

In Canada the use of corporal punishment in schools is lawful when reasonable, non excessive and when the circumstances so request. The question naturally arises as to *what* those expressions mean, *who* is supposed to define them or *under which circumstances* such an interpretation will intervene. As we will see later, the same problem arises in relation to the use of corporal punishment within the family.

The case of the United Kingdom is also quite interesting. This country has introduced a ban to the use of corporal punishment in public schools. However, *privately funded schools* are still permitted to administer it, although in a non degrading or inhuman manner. This difference of treatment has raised deep concern when the Committee considered the State Party's report. It was perceived as incompatible with article 28 of the Convention, it did not take the best interests of the child as a primary consideration and raised doubts as to its conformity with the principle of non discrimination, including on the basis of the property of the parents - clearly forbidden by article 2 of the Convention.

9. And what happens in the family context? The Convention has envisaged the family as the fundamental environment for the harmonious development of the child. Parents have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. In such a role, they should be guided by the best interests of the child, perceiving children's rights in their individuality and ensuring visibility to the perspective of the child. The interests of parents and children may not necessarily coincide, but they should not be envisaged in opposition. In a balanced manner, parents are expected to give appropriate direction and guidance to the child, but at the same time take into consideration the evolving capacities of the child, as well as the child's age and maturity. Dialogue, negotiation and mutual respect should therefore prevail in all situations.

In a simple manner we could simply say *that children are not the property of their parents*. And it is interesting to recall that in the drafting process of the Convention such a perspective was in fact proposed in a

text stating that “children belong to their parents”. As a matter of principle, people generally disagree with this wording, although at that time not many took the floor to criticise it. But still today, several civil codes around the world express the content of the rights of parents by simply referring to the duty of the child to be obedient and by allowing the use of a certain degree of physical correction.

In the light of the Convention, the rights of the child within the family should be envisaged as a democratic learning process and such a perspective reflected both in law and in practice. States Parties are generally required to adopt all necessary and appropriate measures to ensure and respect the rights set forth in the Convention. Such a requirement is reinforced by the wording of article 19, which specifically addresses the protection of the child against mental and physical integrity. Pursuant to this article, States have to adopt all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to ensure the adequate protection of the child against any form of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse.

In view of this article, the Committee has constantly stressed that the list of forms of ill-treatment enumerated therein is merely indicative, thus implying a clear and absolute prohibition, no matter what its degree or type may be, and it clearly states that it applies to family life. When any violation of this right occurs, the principle of the privacy of the family gives way to the intervention of the State in the best interests of the child.

When the Committee started to raise questions about the implementation of this article, Governmental delegations indicated a certain surprise. They obviously agreed that children should not be tortured or severely ill-treated by their parents, but the State should not interfere into the private relations to assess the extent to which parents exercised their responsibilities within the margin of discretion they were entitled to. Some recognised *that injuries to children were left unpunished because society regarded them as guiltless* (Indonesia, Madagascar and Latin American countries) or simply as a result of the violence prevailing in the society

itself, as a consequence of civil strife and social instability. But such a tradition makes it difficult for such situations to be perceived as an illustration of the consideration of children as less “important citizens”, not deserving the same level of protection.

Until the present decade, this attitude was very much the same in relation to women. It was only recently, in fact, that the international community adopted a Declaration stressing that women should also be protected against any form of “physical, sexual and psychological violence occurring in the family, including battering, sexual abuse of female children in the household, non-spousal violence,” etc. (GA Resolution 48/104 of 1993).

Yet, the success achieved in relation to women shows that it can also happen with children!

Only through the adoption of a variety of measures will article 19 of the Convention be fully implemented. And “those in authority in each country are to find the most effective way in their own societies to break cycles of violence perpetuated from generation to generation under the cover of tradition and custom” (Burkina Faso).

a) *Legislation* is naturally important although not sufficient. It is necessary to give a *clear legal message* that corporal punishment is not admitted, and does not constitute an appropriate or effective means of child rearing. Since silence can give the wrong signal of admittance, a *prohibition* should be inserted in the law. As stressed in relation to the Philippines and Germany, laws are not a complete solution, but they send a message to the public and may constitute an important preventive tool, educate and change attitudes.

The legal *message should leave no room* to hesitation or doubt, presented within the criminal context, usually applied in very serious circumstances, and as a civil reality and a parental responsibility. “Not for the purposes of prosecution, not to punish parents, but to give a signal to society that children should not be subject to ill-treatment by bigger and older people”. Child rearing should in fact be redefined with a view

to abolishing any connotation of hierarchy or authoritarianism, and understood as an educational process designed to promote the harmonious and full development of the child.

Until today, only very few States have included such a civil ban. In fact, in several countries the existing legislation rather addresses the question of child ill-treatment within the family to consider that it is acceptable if it does not exceed certain limits, in reality being presumed that only in very few and exceptional cases it will in fact be excessive.

With this approach, the law in various countries like Argentina, Italy, Spain, Canada, UK or Zimbabwe makes use of expressions such as “punishment in moderation”, “reasonable chastisement” or “treatment without excessive harshness”. In reality, all of them lead to encourage, accept or undermine forms of child rearing or discipline of children based on physical punishment. In the opinion of the Committee they are inadequate, insufficient and even incompatible with the Convention and in particular its article 19. Moreover, they lack precision and clarity and leave room for possible discretionary or arbitrary interpretations which are contrary to the best interests and the human dignity of the child. Confirming this interpretation, the Minister of Health of Zimbabwe, Head of the Delegation presenting the report before the Committee, meaningfully stated that “the degree of moderation admitted by the present law depended not on the seriousness of the offence, but on the mood of the person inflicting the punishment”.

It was in its recent session of June that the Committee considered the report of this country. There, the question of corporal punishment has raised a serious social and political debate.

Breaking the traditional assumption of the lawfulness of corporal punishment, the *Supreme Court* ruled in 1989 that the imposition of a sentence of judicial corporal punishment upon a juvenile male was inherently cruel, inhuman and degrading and as such unconstitutional. It was then stressed that such a form of punishment was incompatible with contemporary standards of humanity, decency, justice and fairness. Soon, by a *Constitutional Amendment Act of 1990*, such a decision was reversed

and it was made impossible to challenge it as unconstitutional. The adoption of such a new position was explained by the following argument:

”The term inhuman and degrading punishment is a *relative* concept and, as such, the fact that corporal punishment of an adult person is inhuman and degrading does not *per se* mean that the same form of punishment should be viewed as inhuman and degrading when applied to a juvenile”.

This political solution as a direct reversal of the decision of the Supreme Court decision serious doubts, including as to the value of the independence of the judiciary. But the important aspect is that in view of the divergence of positions between the two branches of power, the debate continues.

b) The Zimbabwe case further showed how important may be in this process of change the open attitude of the judiciary, who can interpret the law in an evolving manner and guided by the best interests of the child. This was also the case in a recent decision of the Court of Cassation in Italy. There it is stressed that:

“The judiciary plays a decisive role in ensuring the implementation of commitments that the State has assumed. Not only is it required to *apply* all the provisions which do not require legislative intervention but, in the *interpretation* of pre-existing legislation, it is also required to use the values and principles of the Convention as criteria on the basis of which to interpret previous provisions, insofar as they should not be considered to have been tacitly abrogated.”

c) Yet we all know that social attitudes do not change by magic. Awareness and information campaigns are therefore required to support legislative solutions. Campaigns designed to install in society a sense of censorship against the use of corporal punishment, to foster the acceptance of the legal prohibition and to inform families, communities and professionals about other ways of ensuring discipline without humiliation, abuse or violence, but rather through the development of mutual understanding, trust and confidence.

d) Such steps are of decisive importance if we want to have lasting results. But it is further necessary to support the child and the family where such cases occur to prevent them to happen again. Moreover, measures should be adopted to ensure the physical and psychological recovery and social reintegration of the child victim in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child.

What has been said shows that measures adopted here and there are not yet fully successful. Only a steady action will bring us to a stage where corporal punishment as an educational or disciplinary measure, or as a means of child rearing of children belongs to a distant past. But the legal and ethical framework given by the Convention on the Rights of the Child, and the fact that it has been freely and officially accepted by almost universality of States shows that we may already be hopeful!

Together we can make it happen and the year 2000 is certainly a challenge and an opportunity we should not miss!

**A EXPERIÊNCIA SUECA
NA LUTA
CONTRA OS MAUS TRATOS A CRIANÇAS ***

* Tradução realizada pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado (Maria Teresa P. Martins), Lisboa, Portugal.

PREFÁCIO

A pedido do Ministério da Segurança Social, Statistics Sweden (SCB) realizou dois inquéritos junto do grande público e, de modo particular, junto de estudantes com idades entre 13 e 15 anos, de modo a obter informações sobre a opinião, a experiência e os conhecimentos dos inquiridos acerca da utilização de castigos físicos. O primeiro inquérito teve lugar na Primavera de 1994 e o segundo na Primavera de 1995.

Os resultados destes inquéritos foram publicados nos Relatórios Demográficos 1996.1.1 e 1996.1.2, respectivamente, nas versões sueca e inglesa.

A elaboração dos relatórios coube a Asa Sandén, sendo a tradução da responsabilidade de Pat Dean.

Statistics Sweden, Junho de 1996.

Jan Carling

Elisabeth Landgren Möller

BATER E OUTRAS FORMAS DE MALTRATAR A CRIANÇA

Introdução

Antigamente, ninguém punha em causa o direito dos pais de baterem nos filhos como forma de os educar. Havia mesmo disposições regulamentares susceptíveis de serem interpretadas no sentido de os pais se verem obrigados a bater nos filhos. Nos termos da legislação de 1929 que regula a filiação legítima (filhos nascidos do casamento) “se tal se mostrar necessário, os pais devem disciplinar a criança de modo adequado à idade desta e tendo em conta outras circunstâncias”. Depois da Segunda Guerra Mundial, houve um debate sobre a proibição de bater nas crianças e, em 1952, o recurso aos castigos corporais foi proibido nas escolas. Em 1952, em virtude de uma alteração legislativa, passou a ser proibido bater nos filhos, tal como é proibido bater em qualquer pessoa. Em 1979, todas as formas de castigo físico aplicado às crianças foram proibidas. Pretendeu-se, deste modo, primordialmente, mostrar com clareza que nenhum tipo de agressão física contra as crianças era permitido, incluindo a palmada. Esta alteração visava, igualmente, informar e educar os pais acerca da importância de os filhos beneficiarem de cuidados adequados.

Na Suécia, bater é proibido por lei há quinze anos. Que se passou, então, desde a entrada em vigor da legislação pertinente? Pouco se sabe quer acerca do uso da palmada, quer acerca da opinião do público a este respeito. O último inquérito realizado em matéria de recurso a castigos físicos remonta a 1979 (Edfelt).

Existem sinais que apontam para um aumento da violência e uma maior condescendência perante o recurso aos castigos físicos, o que leva a reear uma maior utilização da palmada desde que a lei entrou em vigor. Nos últimos anos, têm aumentado as declarações prestadas à comunicação social, em defesa de uma autorização para bater nas crianças. A sociedade actual evidencia uma propensão cada vez mais acentuada para a violência. Nos inquéritos levados a efeito sobre vitimização, os jovens queixam-se da exposição à violência e da ameaça

de violência. Na maior parte das vezes, os jovens são vítimas de outros jovens¹. A atitude dos imigrantes chegados há pouco tempo à Suécia face à questão de se bater nas crianças parece ser mais tolerante do que a dos Suecos em geral. As pessoas mais sujeitas a situações de *stress* mostram uma maior tendência para usar a violência. Vê-se, com apreensão, aumentar o número de refugiados com grandes traumas, bem como o número de pessoas com problemas económicos causados pelo desemprego e por outros factores. Foi neste quadro que se realizou o inquérito sobre a utilização dos castigos físicos na educação das crianças. Os resultados deste inquérito não confirmam a tese da vulgarização do uso da palmada. Mau grado alguns sinais inquietantes, bater nas crianças tornou-se de facto menos comum.

O estudo elaborado por *Statistics Sweden* (SCB) teve como base dois inquéritos efectuados nas Primaveras de 1994 e de 1995. Aquele estudo refere-se à experiência dos jovens estudantes com idades entre 13 e 15 anos no que respeita aos castigos físicos, ao conhecimento que têm da sua proibição legal, e às respectivas opiniões e atitudes face ao uso de palmadas e de outros métodos educativos.

O presente estudo pretende servir de orientação a todas as pessoas que necessitam de mais informação sobre este assunto. Ao mesmo tempo, procura dar a conhecer o período que medeia entre a adopção da legislação proibindo que se batesse nas crianças e os dias de hoje, na perspectiva aqui abordada. Poderá obter-se informação suplementar através da análise comparativa dos resultados deste inquérito e das conclusões de inquéritos anteriormente realizados.

Os resultados do inquérito dirigido aos adultos, que revelam as atitudes e opiniões destes relativamente a vários métodos educativos, são apresentados atendendo ao sexo, à idade e ao grau de instrução. Quanto ao inquérito efectuado junto dos jovens estudantes, os resultados são apresentados segundo o sexo, o ano de frequência escolar, o local de nascimento, isto é, se o jovem nasceu na Suécia ou no estrangeiro e, neste caso, o ano em que o menor veio para a Suécia, atendendo-se ainda ao estado civil dos

¹ Inquérito às condições de Vida (ULF). SCB.

pais, designadamente se são divorciados ou não, ao local de residência, ou seja, se o jovem vive numa zona urbana, e o tipo de escola frequentada; por outras palavras, se na respectiva turma existem filhos de imigrantes.

No que se refere ao grupo dos jovens nascidos no estrangeiro, importa ter em atenção que o número de respostas é relativamente pequeno e que as estimativas baseadas nesses dados serão porventura menos fiáveis. Assim sendo, não deve atribuir-se demasiada importância aos números, mas antes olhar às diferenças e às tendências.

A lei que proíbe que se bata nas crianças, código das responsabilidades parentais, estabelece no n.º 1 do seu artigo 6.º:

As crianças têm direito à protecção, à segurança e a uma boa educação. As crianças devem ser tratadas com respeito pela sua pessoa e individualidade e não devem ser sujeitas a castigos corporais ou outras formas de tratamento que, de algum modo, as possa violentar.

Atitudes

A maior parte das pessoas é contra a utilização da palmada

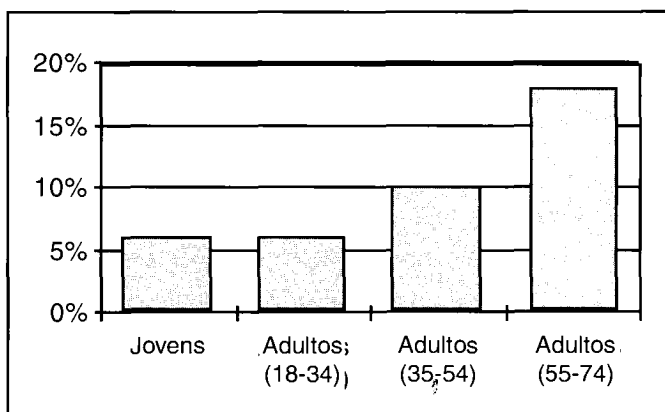
Uma sondagem, efectuada em 1965, permitiu concluir que 53% da população sueca considerava indispensável bater nas crianças para assegurar a sua educação. No início dos anos 70, idêntica sondagem concluiu que 1/3 da população considerava necessário bater nas crianças.

O inquérito levado a efeito em 1994/95 revela que a maior parte dos jovens inquiridos (70%) e mais de metade dos adultos (56%) são contra todas as formas de castigo físico aplicado às crianças. A posição manifestada relativamente ao acto de bater nas crianças tem a ver com a *geração* a que pertence cada um dos inquiridos. Os jovens do ensino secundário manifestaram maior oposição ao uso da palmada do que os adultos. Mas, mesmo no que toca aos adultos, as posições diferem: os mais novos (18-34) revelam-se mais contrários do que os mais velhos (55-74). Os adultos com um nível básico de *instrução* mostram-se mais inclinados a aceitar, ou aceitam melhor o uso da palmada do que os adultos com um nível de instrução superior. As

atitudes, neste domínio, diferem também em razão do *sexo*. Os homens aceitam melhor, ou tendem a aceitar melhor, o recurso à palmada do que as mulheres. O mesmo se aplica aos jovens inquiridos: bater nas crianças tem maior aceitação entre os rapazes do que entre as raparigas.

Figura 1

**Aceitação dos castigos físicos,
pelo menos nas suas formas mais leves,
por grupo etário (%)**



Quadro 1

Atitude dos adultos em relação ao uso de castigos físicos, por grupo etário e por tipo de método (%)

“Com qual dos grupos a seguir indicados se identifica mais?”

	Inclinados a aceitar os castigos físicos mais leves	Em princípio, contra todo o tipo de castigo físico, mas podem utilizar este método se estiverem muito perturbados (as)	Contra todo o tipo de castigo físico, só utilizam outros métodos educativos	Não sabe/ /Não responde	Total
Adultos	11	22	56	10	100
Sexo:					
Masculino	16	24	50	9	100
Feminino	6	20	62	12	100
Idade:					
18 - 34	6	20	59	13	100
35 - 54	10	25	58	7	100
55 - 74	18	21	49	11	100
Grau de instrução:					
Básico	18	17	51	12	100
Superior	4	25	65	6	100

Quadro 2

Atitude dos jovens em relação ao uso dos castigos físicos, por grupo etário e por tipo de método (%)

“Na tua opinião, em qual dos grupos a seguir identificados te incluis e incluis os teus pais?”

	Aceitam os castigos físicos mais leves			Em princípio, são contra todo o tipo de castigo físico, mas podem utilizar este método se estiverem muito perturbados (as)			Contra todo o tipo de castigo físico, só utilizam outros métodos educativos			Não sabe Não responde Não vive com os pais		
	Pai	Mãe	O próprio	Pai	Mãe	O próprio	Pai	Mãe	O próprio	Pai	Mãe	O próprio
Estudantes	9	7	6	21	19	17	60	67	70	7	4	4
Sexo:												
Masculino	11	6	8	22	20	22	56	65	63	9	6	5
Feminino	8	7	4	21	18	12	63	70	78	6	2	3
Ano de frequência escolar:												
7.º	9	7	6	22	20	18	62	68	72	10	4	5
8.º	9	7	7	22	17	18	56	66	66	8	5	7
9.º	10	6	6	20	20	16	61	68	71	5	3	1
Nascido(a) na Suécia	9	6	6	21	19	17	60	68	70	7	4	4
Nascido(a) no estrangeiro	15	12	9	22	24	22	54	57	71	14	3	2
Chegado(a) à Suécia:												
Antes de 1985	11	5	5	22	24	22	59	59	68	8	3	3
1985 - 1989	16	4	12	16	32	16	56	60	76	24	0	4
Depois de 1990	25	33	13	33	17	29	42	46	62	8	4	0
Pais divorciados	11	11	7	21	22	19	52	63	67	14	3	4
Pais não divorciados	9	5	5	21	18	17	63	70	72	5	4	4
Vive em zona urbana	5	6	5	21	17	18	64	72	72	7	3	2
Aulas com mais de 50% de imigrantes	11	10	10	21	27	23	49	53	60	17	5	3
Nascido(a) na Suécia	10	9	9	18	24	21	52	57	64	61	4	2
Nascido(a) no estrangeiro	13	12	12	27	32	26	44	46	52	17	6	5
Chegado(a) à Suécia:												
Antes de 1985	8	10	10	15	32	30	52	42	45	18	2	2
1985 - 1989	13	9	9	31	33	28	37	46	60	18	4	6
Depois de 1990	17	16	16	29	30	25	48	51	51	17	9	4

A amostragem comporta um número muito pequeno de imigrantes. Por consequência, o grupo dos inquiridos nascidos fora da Suécia tem de ser visto com cuidado, devendo preferencialmente ter em conta as tendências e não os números percentuais. Com esta reserva, e no que diz respeito à questão de bater nas crianças, os jovens nascidos no estrangeiro manifestam uma atitude mais condescendente do que a revelada pelos jovens nascidos na Suécia. No grupo dos jovens filhos de *imigrantes*, existe uma grande diferença entre a posição dos jovens que *nasceram na Suécia*, não estudam na língua materna e frequentam uma turma com um elevado número de alunos, e a posição daqueles que *nasceram no estrangeiro*, estudam na língua materna e frequentam uma turma com um elevado número de alunos. Em síntese, pode afirmar-se que a aceitação do recurso aos castigos físicos no caso das crianças diminui na medida em que aumenta o tempo de permanência na Suécia. No grupo dos jovens nascidos no estrangeiro, os resultados diferem, consoante se trate ou não de jovens que estudam na língua materna e frequentam uma turma com elevado número de alunos, isto é, jovens que vivem na periferia das cidades, numa grande comunidade de imigrantes. Isto pode ficar a dever-se a uma mera coincidência, tendo em conta o número reduzido do grupo em análise, mas é bastante credível que os imigrantes que vivem em comunidades periféricas não se encontrem ainda suficientemente integrados para encarar como os Suecos a questão dos castigos físicos sobre as crianças.

Pode, seguramente, afirmar-se que a criança que foi vítima de castigos corporais tende a tornar-se um pai ou uma mãe que bate nos seus filhos. Os jovens inquiridos que sofreram castigos físicos têm uma atitude mais condescendente em relação à utilização da palmada do que aqueles que não foram sujeitos a esse método (ver fig. 2).

Bater como reacção emotiva ou como método educativo?

Há duas circunstâncias diversas em que uma criança sofre castigos físicos; numa, o bater é provocado pela irritação, na outra, o acto de bater constitui um método educativo ponderado e deliberadamente aplicado. Verifica-se uma maior percentagem, quer de adultos, quer de jovens do ensino secundário, que aceitam mais facilmente que se bata na criança

Quadro 3

Concordância com as circunstâncias que justificam que se bata na criança (%)

“Concorda plenamente, em parte, ou nada com as afirmações que se seguem?”

	É aceitável bater na criança quando se está muito zangado(a) com ela					Às vezes é necessário bater leve ou moderadamente como método educativo, mas tal deve ser bem ponderado e nunca utilizado como reacção emotiva				
	Plena-mente	Em parte	Nada	N/ sabe	Total ²	Plena-mente	Em parte	Nada	N/ sabe	Total
Adultos	7	18	61	11	100	16	18	52	11	100
Sexo:										
Masculino	9	21	57	10	100	20	21	47	10	100
Feminino	4	15	66	13	100	12	15	58	13	100
Idade:										
18 - 34	3	19	66	10	100	12	19	56	12	100
35 - 54	7	15	66	11	100	14	15	59	10	100
55 - 74	12	20	50	13	100	24	20	40	12	100
Grau de instrução:										
Básico	10	18	50	18	100	23	18	40	15	100
Superior	2	16	73	7	100	7	17	68	6	100
Estudantes	3	12	68	15	100	10	22	47	17	100
Sexo:										
Masculino	5	14	62	17	100	13	26	42	15	100
Feminino	1	11	74	13	100	8	18	52	20	100
Ano de frequência escolar:										
7.º	2	12	68	18	100	14	20	43	20	100
8.º	4	12	67	15	100	8	22	50	16	100
9.º	4	13	69	14	100	9	23	48	16	100
Nascido(a) na Suécia	3	12	70	15	100	10	21	48	18	100
Nascido(a) no estrangeiro	6	18	51	25	100	18	27	37	15	100
Chegado(a) à Suécia:										
Antes de 1985	5	14	68	14	100	16	22	43	16	100
1985 - 1989	12	20	48	20	100	16	40	36	4	100
Depois de 1990	0	29	29	42	100	25	25	25	25	100
Pais divorciados	3	9	70	17	100	11	21	48	17	100
Pais não divorciados	3	14	67	15	100	10	22	47	17	100
Vive em zona urbana	3	10	70	16	100	7	21	53	14	100
Aulas com mais de 50% de imigrantes	7	27	52	12	100	17	24	35	17	100
Nascido(a) na Suécia	5	26	57	11	100	14	25	39	16	100
Nascido(a) no estrangeiro	11	31	43	13	100	22	22	28	20	100
Chegado à Suécia:										
Antes de 1985	12	32	45	10	100	28	18	35	12	100
1985 - 1989	7	33	51	6	100	16	28	30	19	100
Depois de 1990	9	30	38	19	100	22	17	23	25	100

² “Informação inexistente” incluída no total.

como método educativo do que como reacção emotiva. Um terço dos inquiridos acredita que se mostra por vezes necessário recorrer ao castigo físico com moderação, mas somente depois de muita ponderação este método deve ser utilizado. Um em cada quatro adultos e em cada sete jovens tolera o recurso ao castigo físico como reacção emotiva.

Aceita-se melhor bater em casa do que fora de casa

Os que apoiam a legislação que proíbe que se bata na criança afirmaram que esperavam ainda efeitos positivos decorrentes da adopção da lei. Reconhecem a dificuldade de identificar e punir as violações à lei. Não obstante, a pressão social e o conhecimento de que é proibido bater na criança tendem a dissuadir os pais de baterem nos seus filhos. Ambos os inquéritos efectuados revelam que a maior parte dos inquiridos considera que é mais apropriado utilizar os castigos físicos em casa, sejam leves ou moderados, nomeadamente dar um abanão ou agarrar a criança quando se porta mal, do que fazê-lo fora de casa. Dar uma bofetada numa criança não parece muito aconselhável, e não é atitude que se tenha prazer em exhibir fora de casa. A pressão social tem certamente algum peso nestas considerações. As *raparigas* inquiridas consideram será mais aceitável bater se a criança se coloca numa situação de risco. Os *rapazes*, por seu lado, entendem que bater é mais facilmente aceite quando a criança estraga qualquer coisa, depois de ter sido admoestada. Os *adultos* com um nível de instrução elevado consideram mais justificável bater na criança quando esta se coloca em situação de risco, ao passo que os adultos com um nível de *instrução básico* defendem que é mais justificado bater na criança quando ela faz algo de errado.

Quadro 4

Situações em que deveria ser permitido aos pais bater nos filhos, de forma leve ou moderada, nomeadamente dar um abanão ou agarrar a criança (%)

“Na sua opinião, em que circunstâncias pode um pai ou uma mãe bater na criança, leve e moderadamente, como por exemplo, dar um abanão ou agarrar a criança?”

	Quando a criança se porta mal em casa, de propósito			Quando a criança se porta mal fora de casa, de propósito			Quando a criança estraga uma coisa, depois de ter sido avisada			Quando a criança se coloca em risco, depois de ter sido avisada		
	Sim	Duvidosa	Não	Sim	Duvidosa	Não	Sim	Duvidosa	Não	Sim	Duvidosa	Não
Adultos	35	26	34	26	29	41	41	27	28	39	26	31
Sexo:												
Masculino	40	28	28	30	31	34	48	26	22	41	27	27
Feminino	30	24	40	21	26	48	34	27	35	37	25	36
Idade:												
18 - 34	32	28	37	23	30	43	40	28	28	35	29	33
35 - 54	31	28	38	22	29	44	36	26	34	37	25	35
55 - 74	46	22	26	33	27	34	48	26	21	47	24	24
Grau de instrução:												
Básico	43	22	28	28	28	36	45	23	25	41	23	30
Superior	26	25	47	16	25	57	32	28	38	38	24	37
Estudantes	20	34	41	16	31	49	34	28	35	35	29	33
Sexo:												
Masculino	24	33	37	20	29	46	39	25	32	34	27	35
Feminino	16	35	45	11	33	52	30	31	37	35	32	31
Ano de frequência escolar:												
7.º	19	34	42	14	30	51	30	27	38	33	28	34
8.º	21	33	42	18	30	46	36	29	32	34	30	33
9.º	21	35	40	15	32	50	37	28	34	36	30	32
Nascido(a) na Suécia	20	33	42	15	30	50	35	28	34	34	30	33
Nascido(a) no estrangeiro	27	43	27	22	35	40	29	24	42	47	19	33
Chegado(a) à Suécia:												
Antes de 1985	27	38	32	22	35	41	30	19	46	43	27	30
1985 - 1989	28	48	24	24	32	44	36	28	36	64	4	32
Depois de 1990	33	42	17	17	42	33	29	21	38	46	25	29
Pais divorciados	21	33	40	16	29	50	34	28	34	37	30	34
Pais não divorciados	20	34	42	16	31	49	35	27	35	34	30	34
Vive em zona urbana	18	37	39	15	33	45	36	26	32	38	25	33
Aulas com mais de 50% de imigrantes	28	32	36	24	32	39	33	26	36	41	31	24
Nascido(a) na Suécia	26	35	36	22	34	40	34	25	36	40	30	27
Nascido(a) no estrangeiro	31	25	37	27	30	38	29	27	37	41	33	20
Chegado(a) à Suécia:												
Antes de 1985	32	18	45	18	28	52	35	22	38	40	28	30
1985 - 1989	27	30	37	25	31	39	28	33	33	42	42	15
Depois de 1990	32	28	32	30	30	30	25	25	43	42	30	17

Métodos punitivos “aceites”

O castigo material, como, por exemplo, não dar a semanada à criança, é uma forma de castigar que, na opinião da maior parte dos inquiridos, os pais devem utilizar. Isolar a criança, separando-a do grupo (família ou amigos) é um castigo recomendado pelos homens mais *novos*, mas absolutamente rejeitado pelos mais *velhos*. Uma elevada percentagem de jovens nascidos no *estrangeiro* aceita melhor que se bata na criança do que os jovens nascidos na *Suécia*. Neste ponto, nota-se uma grande diferença entre os jovens nascidos no estrangeiro que vivem em comunidades *imigrantes* e os jovens nascidos na Suécia que não vivem em comunidades imigrantes.

Quadro 5

Receptividade aos diferentes métodos punitivos (%)

“Na sua opinião, qual dos métodos a seguir indicados devem os pais utilizar?”

	Castigos físicos	Ameaças verbais (ex: “não há presentes no Natal se ...”)	Castigo material (ex: não dar a semanada)	Separação do grupo (ex: almoçar / jantar no quarto)
Adultos	11	22	78	10
Sexo:				
Masculino	18	27	73	10
Feminino	4	17	83	10
Idade:				
18 - 34	7	30	78	12
35 - 54	11	22	84	11
55 - 74	16	14	70	6
Grau de instrução:				
Básico	14	17	78	6
Superior	9	22	75	17
Estudantes	4	39	66	43
Sexo:				
Masculino	6	40	63	41
Feminino	2	39	70	46
Ano de frequência escolar:				
7.º	4	34	66	40
8.º	4	41	64	37
9.º	4	43	69	50
Nascido(a) na Suécia	4	40	68	43
Nascido(a) no estrangeiro	10	33	53	44
Chegado(a) à Suécia:				
Antes de 1985	5	32	59	38
1985 - 1989	20	36	48	52
Depois de 1990	8	38	42	42
Pais divorciados	5	35	61	42
Pais não divorciados	4	41	68	44
Vive em zona urbana	3	31	70	45
Aulas com mais de 50% de imigrantes	11	34	54	45
Nascido(a) na Suécia	8	34	57	48
Nascido(a) no estrangeiro	15	32	47	39
Chegado(a) à Suécia:				
Antes de 1985	12	38	55	50
1985 - 1989	15	39	54	34
Depois de 1990	16	26	39	41

Conhecimento

A maior parte dos *jovens* inquiridos sabe que a lei não permite que se bata na criança; cerca de 90% afirma ter conhecimento da legislação aplicável neste domínio. Em contrapartida, esta legislação é menos conhecida entre os jovens *nascidos fora da Suécia*. Neste grupo, conhecem-na tanto menos quanto menor é o tempo de *residência* dos inquiridos na Suécia. Em relação aos jovens que sofreram castigos físicos, 50% afirma saber que aquela legislação existe, 50% desconhece a existência da mesma.

Quadro 6

Compreensão da violação da lei revelada pelos jovens (%)

“O que te parece ser contrário à lei que proíbe que se bata nas crianças?”

	Castigos físicos	Ameaças verbais (ex: ficar sem presentes no Natal)	Ficar sem semana	Proibido(a) de sair com os amigos
Estudantes	89	8	5	5
Sexo:				
Masculino	87	10	6	6
Feminino	91	6	4	4
Ano de frequência escolar:				
7.º	86	5	6	7
8.º	86	9	7	4
9.º	94	10	2	5
Nascido(a) na Suécia	90	8	4	5
Nascido(a) no estrangeiro	80	11	10	6
Chegado(a) à Suécia:				
Antes de 1985	92	0	3	0
1985 - 1989	84	8	12	8
Depois de 1990	54	25	17	12
Pais divorciados	86	8	6	7
Pais não divorciados	90	8	4	5
Vive numa zona urbana	87	8	6	6
Aulas com mais de 50% de imigrantes	50	11	9	12
Nascido(a) na Suécia	81	11	8	11
Nascido(a) no estrangeiro	77	13	9	13
Chegado(a) à Suécia:				
Antes de 1985	82	10	5	10
1985 - 1989	81	15	4	13
Depois de 1990	70	13	12	14

Experiência própria

As crianças que foram vítimas de castigos físicos constituem uma minoria

Cerca de 30% dos *jovens* abordados e uma percentagem ligeiramente superior dos *adultos* afirmam que pai e mãe lhes bateram em igual percentagem, antes de entrar na adolescência. Cerca de um sétimo dos inquiridos, tanto adultos como jovens do ensino secundário, sofreu castigos físicos durante a adolescência. Na geração anterior, a proporção é mais elevada. No inquérito de 1979³, cerca de metade dos pais revelava que batia nos filhos; destes, 9% reconhecia dar-lhes palmadas todas as semanas ou de quinze em quinze dias. Muito embora estes dois estudos não se prestem a uma análise verdadeiramente comparativa, pode afirmar-se que se caminha para uma acentuada diminuição dos casos em que se bate na criança.

³ Ake Edfeldt's SUSA Survey.

Quadro 7

Adultos que afirmam que a mãe e o pai lhes bateram *antes* de atingirem os treze anos de idade (%)

“Quantas vezes foi sujeito a castigos físicos?”

	Pela mãe antes da adolescência						Pelo pai antes da adolescência					
	Nunca	1 ou 2 vezes	Ocasionalmente	Semanalmente ou quinzenalmente	Não lembra nenhuma informação	Total	Nunca	1 ou 2 vezes	Ocasionalmente	Semanalmente ou quinzenalmente	Não lembra nenhuma informação	Total
Adultos	53	23	7	1	16	100	52	26	7	1	14	100
Sexo:												
Masculino	52	23	9	1	15	100	43	35	8	1	13	100
Feminino	54	23	6	1	16	100	62	16	6	1	15	100
Idade:												
18 - 34	56	27	4	1	12	100	56	25	4	0	15	100
35 - 54	55	19	9	0	17	100	53	25	9	1	12	100
55 - 74	48	25	10	1	16	100	46	30	8	1	15	100
Grau de instrução:												
Básico	51	21	9	0	19	100	48	23	8	1	20	100
Superior	56	26	8	0	10	100	59	26	7	0	8	100
Estudantes	66	25	4	1	4	100	65	25	4	1	5	100
Sexo:												
Masculino	67	24	4	1	4	100	64	26	4	1	5	100
Feminino	66	25	5	1	3	100	66	25	5	1	3	100
Ano de frequência escolar:												
7.º	68	22	5	0	5	100	66	21	5	1	7	100
8.º	69	23	4	2	2	100	70	22	3	1	4	100
9.º	64	28	4	0	4	100	61	30	4	1	4	100
Nascido(a) na Suécia	67	24	4	1	4	100	65	25	4	1	5	100
Nascido(a) no estrangeiro	54	30	12	1	3	100	58	28	8	3	3	100
Chegado(a) à Suécia:												
Antes de 1985	70	22	8	0	0	100	62	30	3	3	2	100
1985 - 1989	36	44	12	0	8	100	48	40	8	0	4	100
Depois de 1990	42	38	21	0	0	100	58	21	17	4	0	100
Pais divorciados	65	25	4	2	4	100	67	20	4	2	7	100
Pais não divorciados	67	25	4	0	4	100	64	27	4	0	5	100
Vive em zona urbana	63	29	3	0	5	100	63	26	4	2	5	100
Aulas com mais de 50% de imigrantes	48	34	11	2	5	100	57	27	7	2	7	100
Nascido na Suécia	51	34	9	2	4	100	61	25	6	1	7	100
Nascido no estrangeiro	42	34	16	3	5	100	48	29	9	4	10	100
Chegado(a) à Suécia:												
Antes de 1985	35	38	12	8	7	100	52	22	8	8	10	100
1985 - 1989	49	37	12	0	2	100	52	34	7	0	7	100
Depois de 1990	41	28	22	1	8	100	43	26	12	6	13	100

Quadro 8

Adultos que afirmam que a mãe e o pai lhes bateram *durante* a adolescência (%)

	Mãe durante a adolescência					Pai durante a adolescência						
	Nunca	1 ou 2 vezes	Ocasionalmente	Semanalmente ou quinzenalmente	Não lembra nenhuma informação	Total	Nunca	1 ou 2 vezes	Ocasionalmente	Semanalmente ou quinzenalmente	Não lembra nenhuma informação	Total
Adultos	71	11	2	0	16	100	71	10	4	0	15	100
Sexo:												
Masculino	71	11	1	0	17	100	68	11	5	0	16	100
Feminino	72	11	3	0	14	100	75	8	3		14	100
Idade:												
18 - 34	75	14	1	0	10	100	76	9	3	0	12	100
35 - 54	70	10	4	0	16	100	70	12	6	0	12	100
55 - 74	69	10	1	0	20	100	68	8	3	0	21	100
Grau de instrução:												
Básico	64	9	3	0	24	100	62	8	7	0	23	100
Superior	77	10	2	0	11	100	81	9	2	0	8	100
Estudantes	79	12	2	1	6	100	77	13	2	1	7	100
Sexo:												
Masculino	81	9	2	1	7	100	77	13	2	1	7	100
Feminino	78	16	2	1	3	100	78	13	3	1	5	100
Ano de frequência escolar:												
7.º	81	10	2	1	6	100	78	2	1	1	7	100
8.º	79	14	2	1	4	100	80	13	2	1	4	100
9.º	78	13	2	1	6	100	75	14	3	1	7	100
Nascido(a) na Suécia	80	12	2	1	5	100	78	12	2	1	7	100
Nascido(a) no estrangeiro	72	16	5	2	5	100	66	22	4	2	6	100
Chegado(a) à Suécia:												
Antes de 1985	78	14	8	0	0	100	76	16	0	5	3	100
1985 - 1989	60	28	4	0	8	100	52	36	0	0	12	100
Depois de 1990	75	12	4	4	5	100	62	17	17	0	4	100
Pais divorciados	77	15	1	2	5	100	78	8	2	1	11	100
Pais não divorciados	81	12	3	0	4	100	77	15	3	1	4	100
Vive em zona urbana	81	12	1	1	5	100	75	14	1	1	9	100
Aulas com mais de 50% de imigrantes	71	14	5	1	9	100	73	12	4	2	9	100
Nascido na Suécia	74	14	4	1	7	100	77	9	4	1	9	100
Nascido no estrangeiro	66	13	8	2	11	100	65	16	4	2	13	100
Chegado(a) à Suécia:												
Antes de 1985	65	15	2	2	16	100	62	15	2	0	21	100
1985 - 1989	73	13	4	0	10	100	75	16	1	0	8	100
Depois de 1990	59	13	13	3	12	100	55	16	9	4	16	100

Apenas uma pequena percentagem dos *jovens* agora inquiridos afirma que os pais lhes bateram com uma frequência semanal ou quinzenal. É igual a percentagem de *mães* e de *pais* que batem nos filhos. As raparigas são tão castigadas fisicamente quanto os rapazes. É importante assinalar que a maioria daqueles que dizem ter sido castigados fisicamente em qualquer momento da sua infância afirmam tê-lo sido raras vezes.

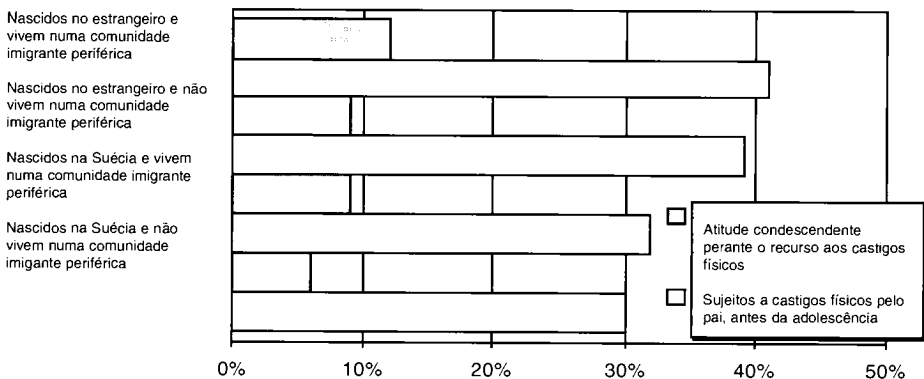
A experiência das crianças descendentes de imigrantes

Os jovens estudantes abordados que nasceram no *estrangeiro* revelam que os pais lhes bateram com mais frequência do que os seus colegas nascidos na *Suécia*. Nas turmas com muitos alunos que falam diferentes *línguas maternas*, mais de metade dos alunos nascidos no estrangeiro afirmou que a mãe ou o pai lhes havia batido *antes* da adolescência. É menor a percentagem (43%) dos jovens nascidos no *estrangeiro*, não estudando na língua materna e frequentando uma turma com elevado número de alunos, que afirmam que a mãe ou o pai lhes bateram antes de entrarem na adolescência.

Entre os jovens que chegaram à Suécia *depois de 1990*, a percentagem daqueles que referem ter sido vítimas de castigos físicos é maior do que no grupo dos jovens que chegaram à Suécia antes de 1985. Isto presta-se a várias interpretações. Desde já, é preciso não esquecer que as questões que se prendem com a experiência de ser sujeito a castigos físicos afectam toda uma vida. Para o indivíduo, não se altera nada com o tempo. As diferenças culturais poderão constituir uma explicação. Aqueles que vieram para a Suécia em anos mais recentes revelam ter sofrido mais castigos físicos do que os jovens que os precederam. Épocas diferentes assistiram à chegada de imigrantes provenientes de diversos países e de diversas culturas. Outra explicação residirá no facto de que a nova geração de imigrantes é constituída sobretudo por refugiados provenientes de ambientes de insegurança que, uma vez chegados à Suécia, acabam por ter de enfrentar situações de *stress* como o desemprego, a incerteza quanto ao futuro, etc.

Figura 2

Percentagem de jovens do ensino secundário vítimas de castigos corporais por parte do pai antes da adolescência e respectiva atitude perante este método. Jovens nascidos na Suécia e jovens nascidos no estrangeiro que vivem na periferia (%)



Os castigos físicos leves ou moderados constituem a forma mais frequente de bater

Os castigos físicos leves, como beliscar, puxar os cabelos e dar uma bofetada são as formas mais comuns de castigar fisicamente as crianças. Quase 40% do total de jovens inquiridos foi castigado assim. Um quinto dos jovens apanhou bofetadas leves (dadas pelos pais com a mão) e 3% apanhou bofetadas mais enérgicas, dadas com a mão. 1% dos estudantes inquiridos foi agredido com um objecto, por exemplo, uma bengala ou um cinto.

No estudo de 1979 a que já se fez referência, os pais revelaram o modo como castigavam os filhos: 63% afirmou ter sido alguma vez severo ou violento com os filhos; 51% reconheceu ter batido nos filhos, sem no entanto revelar a força com que o fizera; e 8% tinha utilizado um objecto. Daqui pode inferir-se que os pais recorreram a formas mais leves de castigo físico.

Quanto aos jovens nascidos no *estrangeiro*, os resultados apontam para um recurso mais frequente a formas mais violentas de castigos físicos.

Quadro 9

Experiência de diferentes tipos de castigos físicos (%)

“Se já foste castigado fisicamente - a que tipo de castigo te sujeitaram?”

	Bofetadas, beliscões, abanões, puxar os cabelos	Bofetadas leves com a mão	Palmadas fortes, s/recurso a qualquer objecto	Bater com um objecto (cinto, bengala)
Estudantes	39	19	3	1
Sexo:				
Masculino	38	15	2	1
Feminino	39	23	5	2
Ano de frequência escolar:				
7.º	34	18	2	1
8.º	40	15	2	1
9.º	41	22	5	2
Nascido(a) na Suécia	39	18	3	1
Nascido(a) no estrangeiro	39	27	11	8
Chegado(a) à Suécia:				
Antes de 1985	46	11	8	3
1985 - 1989	44	40	16	8
Depois de 1990	33	38	8	12
Pais divorciados	43	19	4	2
Pais não divorciados	37	19	3	1
Vive em zona urbana	38	18	5	1
Aulas com mais de 50% de imigrantes	38	38	6	8
Nascido(a) na Suécia	39	32	4	6
Nascido(a) no estrangeiro	36	47	9	12
Chegado(a) à Suécia:				
Antes de 1985	52	40	10	5
1985 - 1989	37	51	4	12
Depois de 1990	29	51	13	16

A experiência e a atitude dos adultos face à educação das crianças

A maioria dos adultos inquiridos (71%) tem experiência no campo da educação de crianças. Destes, três quartos, na sua maioria mulheres, considera ser difícil educar uma criança. Quanto mais velho é o progenitor, maior facilidade afirma ter em educar as crianças. Cerca de um terço daqueles que têm experiência no domínio da educação de crianças entende que a sociedade deve assegurar uma assistência mais adequada aos pais no exercício das responsabilidades que lhes cabem de educar os filhos.

Quadro 10

Adultos com experiência directa na educação de crianças

“Tem experiência de educação de crianças?”

(%)	
Adultos	71
Sexo:	
Masculino	65
Feminino	76
Idade:	
18 - 34	42
35 - 54	88
55 - 74	83
Grau de instrução:	
Básico	80
Superior	73

Quadro 11

Atitudes dos adultos em relação à educação das crianças (%)

“No seu entender, é fácil ou difícil educar crianças?”

Para aqueles com experiência na educação dos filhos	Fácil	Difícil	N/sabe	Total
Adultos	17	74	9	100
Sexo:				
Masculino	23	67	10	100
Feminino	11	80	9	100
Idade:				
18 - 34	10	83	7	100
35 - 54	18	76	4	100
55 - 74	20	68	12	100
Grau de instrução:				
Básico	21	6	10	100
Superior	15	78	7	100

Quadro 12

Percentagem de adultos que consideram que os pais devem receber maior apoio da sociedade na educação dos filhos

“No seu entender, os pais devem receber mais apoio da sociedade na educação dos filhos?”

Para aqueles com experiência na educação dos filhos	
Adultos	29
Sexo:	
Masculino	25
Feminino	33
Idade:	
18 - 34	34
35 - 54	27
55 - 74	29
Grau de instrução:	
Básico	28
Superior	37

CONSELHO DA EUROPA

DIREITOS DO HOMEM

ANDREW DRZEMCZEWSKI
*Responsable de l'Unité de "monitoring" du Secrétaire Général
du Conseil de l'Europe*

LE PROTOCOLE N° 11 À LA CEDH:

APERÇU DU PROCESSUS DE NÉGOCIATION *

* Cette étude ne présente qu'une partie des cours donnés à l'Académie de Droit Européen de l'Institut Universitaire Européen de Florence en juillet 1995, qui ont été publiés en anglais: "A major overhaul of the European Human Rights Convention control mechanism: Protocol No. 11", dans le volume VI, Livre 2, du *Recueil des Cours de l'Académie de droit européen*, 1995 (1997, Kluwer Academic Publishers, Pays-Bas), pp. 121-244.

Les éditeurs de ce Bulletin ainsi que l'auteur de cette étude remercient les directeurs de l'Académie de Droit Européen d'avoir donné leur accord pour la publication de cette étude en français.

Le Protocole No. 11 ratifié par tous les trente-huit Etats Parties à la Convention européenne des Droits de Homme (CEDH) entrera en vigueur le 1er novembre 1998.

SOMMAIRE

	Page
I. Propositions de réforme	
A) L'idée de créer une Cour unique siégeant à temps plein («fusion» de la Commission et de la Cour)	379
B) La transformation de la Commission en une Cour: un mécanisme de contrôle (judiciaire) à deux niveaux	383
C) Les autres propositions	385
II. Le processus de négociation	
A) Remarques préliminaires	390
B) Première période: de mars 1992 au «compromis de Stockholm» du 26 mai 1993	391
C) Deuxième période: la rédaction du texte du Protocole et du rapport explicatif	396
III. Le Protocole lui-même	
A) Observations générales	413
B) Dispositions-clés	414
1. Les requêtes individuelles et les affaires interétatiques	414
2. La réduction (considérable) du rôle du Comité des Ministres	415
3. Les nouveaux articles 43 et 30 de la Convention (le compromis politique)	415
C) Questions particulières	418
- Nationalité, élection, limite d'âge et révocation des juges	418
- Choix d'un protocole d'amendement plutôt que d'un protocole additionnel	420
- Avocats généraux	421
- Référendaires	422
- Aspects financiers	422
- Autres points	423
D) Dispositions transitoires	425
- Article 4 du Protocole n° 11	425
- Article 5 du Protocole n° 11	425
IV. Conclusions générales	
A) Pratique et perspectives	426
B) Et l'avenir?	430
Annexe I: La CEDH et ses protocoles: état des signatures et des ratifications.	434
Annexe II: Le Conseil de l'Europe et les pays d'Europe centrale et orientale.	438
Bibliographie sélective	440

I. Propositions de réforme

A) L'idée de créer une Cour unique siégeant à temps plein («fusion» de la Commission et de la Cour)

1. Il semble que la possibilité d'une fusion de la Commission et de la Cour en un organe unique ait été évoquée pour la première fois à l'occasion de la huitième réunion du Comité d'experts pour l'amélioration de la procédure de la Convention européenne des Droits de l'Homme (DH-PR) ¹, en juillet 1982, au cours d'un échange de vues avec des représentants de la Commission, MM. Frowein et Trechsel. À partir de ce moment, elle figura sur la liste, dressée par ce Comité, des réformes envisageables à long terme. Il fallut toutefois attendre la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme, qui allait se tenir à Vienne en 1985, pour que l'idée d'une "fusion" soit, pour la première fois, évoquée au niveau politique.

2. En effet, la possibilité de mettre en place une Cour unique siégeant à plein temps était abordée dans le rapport sur le «Fonctionnement des organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme» que la délégation suisse présenta lors de cette Conférence (voir doc. MDH (85) 1) et elle fut évoquée – avec des degrés variables de soutien ou d'opposition – dans plusieurs autres communications.

3. Dans la Résolution n.º 1 de la Conférence, les Ministres, après avoir considéré «la nécessité d'examiner la possibilité d'apporter de nouvelles améliorations [au système de contrôle institué par la Convention] comprenant, si besoin est, des mesures de caractère plus radical», soulignaient que le comité d'experts ayant pour tâche d'examiner de telles améliorations «devrait avoir à l'esprit les vues exprimées dans le rapport de la délégation suisse, ainsi que les observations faites par d'autres délégations».

4. Par la suite, en juin 1985, les Délégués des Ministres ² chargèrent le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) «d'examiner en priorité la possibilité d'apporter de nouvelles améliorations au système de contrôle de la Convention européenne des Droits de l'Homme, en ayant à l'esprit le rapport de la délégation suisse à la Conférence ministérielle ainsi que les observations et propositions faites par ... d'autres délégations». Quelques mois plus tard, à l'occasion de sa 17e réunion tenue du 16 au 20 décembre 1985, le DH-PR commença à étudier de manière approfondie l'idée d'une fusion, à partir d'un document de réflexion élaboré par le Secrétariat.

¹ Le Comité DH-PR s'appelle désormais «Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme». Pour un exposé sur le fonctionnement de ce comité dans le cadre de l'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe, consulter l'article de l'auteur intitulé «Les activités de la Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe», dans *La Revue Universelle des Droits de l'Homme (RUDH)*, vol. 2 (1990), pp. 192-204, ainsi que P.-H. Imbert, «L'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme: sauvegarde ou développement?», dans *Protecting Human Rights: the European dimension. Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*. Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda, édités par F. Matscher et H. Petzold, 1988, pp. 259-271.

² Il s'agit des ambassadeurs des États membres - dont la plupart résident à Strasbourg -, qui prennent des décisions au nom des ministres des Affaires étrangères (c'est-à-dire du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe) lorsque ceux-ci ne sont pas présents à Strasbourg.

5. Les principales caractéristiques de cette proposition sont bien connues et de nombreuses publications scientifiques en font état³. Nous nous contenterons donc de fournir ici un bref aperçu de ladite proposition, telle qu'elle fut introduite par les autorités suisses, puis affinée au cours des débats qui eurent lieu au sein du DH-PR. Il s'agissait de créer une Cour unique siégeant à plein temps, qui serait le seul organe de contrôle institué au titre de la Convention. Elle serait compétente à la fois pour les affaires interétatiques et pour les affaires introduites par des requérants individuels. Des référendaires (*legal secretaries*) seraient mis à la disposition des juges. En outre, un certain nombre de ceux qui proposaient cette réforme étaient favorables à l'institution d'avocats généraux près la Cour. Certains partisans de cette réforme auraient admis (à contrecœur) la variante qui consistait à ce que le Comité des Ministres puisse également conserver une compétence en matière d'affaires interétatiques. La Cour siègerait en sessions plénières lorsqu'elle aurait à examiner des affaires interétatiques ainsi que pour la plupart des affaires importantes qui lui seraient déférées par des Chambres fixes de 7 ou de 9 juges. Les Chambres seraient habilitées à déférer une affaire à la Cour plénière, ou peut-être à une Cour plénière «modifiée» de 15 ou 17 juges, lorsqu'une affaire soulèverait une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou qu'une Chambre envisagerait de s'écarter de la jurisprudence constante de la Cour.

Des comités de trois juges seraient constitués, sur le modèle de la procédure en vigueur à la Commission telle que la prévoit le Protocole n° 8 à la Convention. Ces comités auraient le pouvoir de déclarer une requête irrecevable ou rayée du rôle. Le Comité des Ministres conserverait le rôle important qu'il exerce en matière de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour.

6. L'idée de créer une Cour unique siégeant à plein temps fit l'objet de débats fort approfondis au sein du DH-PR pendant une période de deux années, qui débuta en décembre 1985, lorsque le CDDH le saisit officiellement de la question. Les débats se prolongèrent jusqu'en décembre 1987, après quoi le DH-PR rédigea sur ce sujet un document destiné au CDDH. Dans ce rapport, le DH-PR arrivait à la conclusion qu'«aucun argument unique et décisif pour ou contre la fusion» n'avait été trouvé⁴ et il demandait au CDDH s'il était souhaitable de poursuivre l'examen de la question, auquel cas un mandat spécifique lui était nécessaire. Ce ne fut malheureusement pas possible à ce stade, car il ne se dégagait aucun consensus sur ce point au sein du CDDH. Par contre, en janvier 1989, c'est-à-dire treize mois plus tard, le Comité des Ministres décida, à la demande du CDDH, de déclassifier le rapport du DH-PR en vue de faciliter l'examen par les milieux intéressés de l'idée de «fusion»⁵.

7. Entre-temps, tandis que les débats se poursuivaient au sein du DH-PR, l'intérêt pour ce sujet s'intensifia dans d'autres lieux de débat et, en particulier, dans les

³ Voir, par exemple, les actes du colloque de Neuchâtel, l'excellent article de H. Petzold et J. Sharpe (cités dans la *Bibliographie sélective*, respectivement dans la 2e et la 1re parties), J. Meyer-Ladewig, «Reform of the [ECHR] control machinery», dans *The European System for the Protection of Human Rights* (édité par R. St. Macdonald, F. Matscher et H. Petzold, 1993), pp. 909-926, et H. Turk, «The European Ministerial Conference on Human Rights», dans *Protecting Human Rights* (voir note 11), pp. 647-655.

⁴ Paragraphe 57 du rapport (doc. H(89)2, déclassifié en janvier 1989).

⁵ Doc. H(89)2, également publié dans le *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, vol. 14 (1993), pp. 31-38 et dans *RUDH*, vol. 4 (1992), pp. 503-510.

milieux académiques et – ce qui fut probablement d’une plus grande importance pour le processus de négociation – au sein de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe. C’est ainsi que l’idée de créer une unique Cour européenne des Droits de l’Homme (que l’on évoquait encore, à l’époque, sous l’appellation de «fusion») fut débattue lors du 6^e colloque international sur la Convention européenne des Droits de l’Homme qui se tint à Séville en novembre 1985⁶. C’est ainsi également que la «fusion de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l’Homme» fut le thème d’un colloque important – voire décisif – qui se tint en mars 1986 à l’Université de Neuchâtel et auquel participèrent des hommes politiques, des membres des organes de la Convention, des hauts fonctionnaires, des juristes et d’autres personnes concernées ou intéressées par la réforme envisagée⁷.

8. En outre, en juin 1986 – et ce fut, jusqu’à un certain point, la conséquence directe du colloque de Neuchâtel –, un groupe de membres de l’Assemblée parlementaire présenta une proposition de recommandation relative à la fusion de la Cour et de la Commission. Cette proposition fut ensuite soumise à la Commission des questions juridiques de l’Assemblée, laquelle prépara un texte que l’Assemblée adopta à son tour le 7 octobre 1988⁸.

9. Dans sa recommandation 1087 (1988) relative à l’amélioration des procédures de la Convention européenne des Droits de l’Homme, l’Assemblée se déclarait «convaincue» qu’il importait notamment d’examiner la possibilité de remplacer la Commission et la Cour par un tribunal unique avec des juges permanents résidant à Strasbourg. Elle demandait également que la Commission et la Cour soient consultées sur la réforme envisagée.

10. Comme exposé précédemment, il était difficile, dans les années 1987 à 1989, d’évaluer l’ampleur du soutien dont bénéficiait l’idée d’une Cour unique.

11. En ce qui concerne le cadre intergouvernemental, la position adoptée à la Conférence ministérielle européenne sur les Droits de l’Homme a déjà été évoquée ci-dessus. Tant au sein du DH-PR qu’au sein du CDDH, certains experts avaient indiqué qu’ils étaient, en principe, favorables à la réforme, tandis que certains autres avaient exprimé de sérieuses réserves et que d’autres encore s’étaient montrés réticents à adopter une position ferme en la matière. Quant à la Commission et à la Cour, la Commission – dès ce stade! – avait fait part, à plusieurs reprises, de son soutien à l’idée d’une fusion. Dès 1983, dans une note sur ce qui était alors le projet de Protocole n° 8, la Commission avait fait observer qu’«à son avis, les réformes de structures affectant le mécanisme de la Convention devraient, à long terme, aboutir à une fusion des deux organes pour constituer une Cour européenne à laquelle les requérants auraient immédiatement accès». Par la suite, la Commission avait confirmé son adhésion à l’idée d’une «fusion» dans ses observations à l’occasion de la Conférence ministérielle sur les droits de l’homme et dans son Avis sur le projet de Protocole n° 9 (au sujet d’un

⁶ Voir *Actes du 6^e colloque international sur la CEDH / Proceedings of the 6th International Colloquy about the ECHR* (1988).

⁷ Les actes de ce colloque ont été publiés en anglais et en français. Voir la *Bibliographie sélective*, 2^e partie.

⁸ Recommandation 1087 (1988). Le texte intégral en est reproduit dans Conseil de l’Europe, *Feuille d’information* n° 23, doc. H/Inf (88) 2, aux pages 119 et 120.

droit pour les requérants individuels de déférer à la Cour des affaires déclarées recevables). La Cour, quant à elle, s'était montrée plus circonspecte dans ses commentaires relatifs à l'idée de fusion, bien qu'elle ait déclaré dans ses observations à la Conférence ministérielle qu'«elle mérite à coup sûr une étude et une réflexion approfondies».

12. Quoi qu'il en soit, l'accord était général, au sein du CDDH, pour considérer qu'il y avait lieu de poursuivre l'examen de la possibilité d'une réforme du mécanisme de contrôle de la Convention. En octobre 1989, le CDDH chargea donc le DH-PR d'établir la structure détaillée d'un éventuel système fondé sur une Cour unique, d'en examiner les méthodes de mise en oeuvre et, au moment opportun, de rechercher les informations sur les implications budgétaires d'une telle proposition. Le DH-PR mena cette tâche à bien et un extrait de son rapport d'avril 1990, que le Comité des Ministres avait déclassifié en décembre 1992, fut publié dans le *Human Rights Law Journal* et dans la *Revue universelle des droits de l'homme*⁹. Sa proposition peut se résumer comme suit: la Cour serait composée d'un nombre de juges égal à celui des États membres du Conseil de l'Europe; ceux-ci seraient élus pour une durée de six ou neuf ans et exerceraient leur fonction à temps plein à Strasbourg; la Cour siègerait en Cour plénière (pour l'examen des requêtes interétatiques, des demandes d'avis consultatifs et de toutes les affaires qui lui seraient déférées par les Chambres), en chambres de neuf juges et en comités composés chacun d'au moins trois membres (ces derniers étant chargés de se prononcer, dans la plupart des cas, sur la recevabilité des requêtes); chaque requête enregistrée serait confiée à un juge rapporteur chargé de suivre l'évolution du dossier et de chercher à en promouvoir un règlement amiable.

Le DH-PR avait fait observer que lors de l'élaboration de cette «structure détaillée», les experts s'étaient divisés sur un certain nombre de points et que les choix provisoires qu'ils avaient opérés méritaient un examen plus approfondi, notamment en ce qui concerne l'opportunité ou non d'avoir des avocats généraux (et, si oui, en quel nombre et avec quelles fonctions?), le maintien ou non d'une procédure distincte sur la recevabilité et sur le bien-fondé (une ou deux audiences?), l'institution de modalités pour la procédure de règlement amiable et l'introduction ou non d'un motif supplémentaire de recevabilité inspiré de la règle «*de minimis non curat praetor*». Par ailleurs, pour ce qui est de la délicate question de la procédure à suivre pour les requêtes interétatiques, les experts avaient proposé un système dans lequel les États concernés pourraient choisir de saisir la Cour unique, à défaut de quoi l'affaire serait tranchée à la majorité simple par le Comité des Ministres (éventuellement après intervention des avocats généraux).

13. Lors de sa 28e réunion, en juin 1990, le CDDH examina la «structure détaillée d'un éventuel système fondé sur une Cour unique» du DH-PR, mais suspendit à nouveau les discussions sur ce sujet et demanda au DH-PR de ne pas approfondir l'étude des méthodes de mise en oeuvre et la question des implications budgétaires.

⁹ Conseil de l'Europe, doc. H (92)14. Voir note 5 ci-dessus. En fait, un groupe de travail du DH-PR avait préparé cette étude en octobre 1989 et en mars 1990.

B) La transformation de la Commission en une Cour: un mécanisme de contrôle (judiciaire) à deux niveaux

14. Entre-temps, des initiatives avaient été prises par les autorités néerlandaises et suédoises pour élaborer d'autres propositions de réforme afin de sortir de l'impasse. Les propositions présentées presque simultanément par les Pays-Bas et la Suède en octobre 1990 se révélèrent très similaires.

15. L'idée centrale, dans les deux cas, était de faire des avis formulés par la Commission dans le cadre de l'article 31 – dans le cas des requêtes individuelles – des décisions juridiquement contraignantes. En d'autres termes, on aurait établi un système judiciaire à deux niveaux: la Commission agissant comme une juridiction de première instance, les requérants individuels et les États ayant le droit de faire appel devant la Cour des décisions de la Commission statuant sur le fond, sous réserve que la Cour autorise le recours. Ces propositions ne prévoyaient pas de modifications au régime actuel des requêtes étatiques et – comme le Protocole n° 9 à la Convention l'a fait en partie – auraient placé les requérants individuels et les États sur un pied d'égalité s'agissant de la saisine de la Cour. En outre, ces propositions auraient entraîné l'abandon du rôle joué par le Comité des Ministres en vertu de l'article 32 de la Convention à l'égard des requêtes individuelles.

16. Il y a lieu de rappeler dans quel contexte ces deux propositions ont vu le jour et de fournir un bref aperçu des différences qui existaient entre elles.

17. Le document soumis par les autorités néerlandaises était, en fait, un rapport élaboré en janvier 1990 par le Comité consultatif néerlandais des droits de l'homme et de la politique étrangère, à la demande du ministre néerlandais des Affaires étrangères. Le président de ce comité consultatif était P. Van Dijk, l'actuel juge néerlandais, récemment élu à la Cour européenne des Droits de l'Homme. Dans une lettre du 21 décembre 1988, le ministre avait demandé au Comité consultatif d'analyser en profondeur les procédures actuelles de contrôle du respect des droits de l'homme selon la Convention et de recommander des mesures à court et à long termes susceptibles d'aider le gouvernement néerlandais à formuler un point de vue sur les différents moyens d'accélérer et d'améliorer les procédures devant la Commission et la Cour, surchargées de travail l'une et l'autre¹⁰.

18. Le document de travail informel présenté par la Suède avait été soumis au CDDH lors de sa 29e réunion, en octobre 1990. Il représentait une tentative pour sortir de l'impasse créée par l'absence d'accord au sein du CDDH sur la proposition de fusionner la Commission et la Cour, c'est-à-dire de créer un organe judiciaire fonctionnant à plein temps. Ce document témoignait également des préoccupations de ses auteurs quant au fait que le Protocole n.º 9 (qui n'était, à l'époque, qu'un projet) ne plaçait pas le requérant individuel sur un pied d'égalité avec l'État mis en cause en ce qui concernait la saisine de la Cour (cf. article 5, paragraphe 2, du Protocole n° 9).

¹⁰ Rapport élaboré par le Comité consultatif néerlandais des droits de l'homme et de la politique étrangère, doc. CDDH(93)30 du 6 septembre 1990. Pour plus d'informations, voir De Vey Mestdagh (*Bibliographie sélective*, 3e partie). Sur le rôle de ce Comité consultatif, voir C. Flinterman et Y. S. Klerk, dans *NQHR*, vol. 11 (1993), pp. 283-292.

19. Les deux documents soulignaient l'urgente nécessité de trouver une solution rapide à une situation devenue critique.

20. Ni l'une ni l'autre de ces propositions n'envisageaient de changement en ce qui concerne les affaires interétatiques. En effet, les affaires interétatiques ne posaient pas de problèmes sérieux aux organes responsables en termes de charge de travail. De plus, il était difficile de songer à modifier notablement les procédures concernant les affaires interétatiques, qui portent généralement sur des questions politiquement sensibles. Dans de telles procédures, le Comité des Ministres aurait donc conservé son rôle.

21. La pierre angulaire de la proposition néerlandaise était l'idée selon laquelle l'avis non contraignant de la Commission, conformément à l'article 32, paragraphe 1, de la Convention, deviendrait une décision juridiquement contraignante vis-à-vis de toute requête introduite en vertu de l'article 25 de la Convention. En outre, le requérant individuel se serait vu reconnaître le *locus standi* – à égalité avec le ou les État(s) concerné(s) – devant la Cour: il aurait pu faire appel de la décision de la Commission devant la Cour et la Commission aurait perdu sa faculté de saisir la Cour. Si la Cour n'était pas saisie de l'affaire dans un certain délai, la décision de la Commission devenait définitive.

22. Pour éviter que la Cour ne soit submergée de recours, il était proposé que la Cour, ou un comité de membres de la Cour, ait la faculté de décider de l'opportunité, pour cette juridiction, d'examiner le fond de l'affaire. En d'autres termes, on envisageait un système d'autorisation de faire appel.

23. Le document de travail suédois – qui, en fait, ne comptait que six pages de texte ¹¹ – proposait que l'avis de la Commission devienne une décision définitivement contraignante – c'est-à-dire ayant le même statut qu'un arrêt de la Cour – sauf en cas de recours admis par la Cour. En d'autres termes, la Commission serait devenue première et dernière instance dans la plupart des affaires déclarées recevables. Cette proposition était semblable à celle du Comité consultatif néerlandais, en ce sens que le requérant individuel était placé sur un pied d'égalité avec les États parties à la Convention contre lesquels plainte était déposée, que la Commission n'avait pas la faculté de saisir la Cour et que tous les recours feraient l'objet d'un examen préliminaire par un comité de membres de la Cour, selon des critères rigoureux, afin qu'on ait la garantie que la Cour ne s'occupe que d'affaires qui soulèvent de graves questions touchant à l'interprétation ou à l'application de la Convention et de ses protocoles.

24. Ces propositions, désormais connues sous le nom d'«initiative néerlandosuédoise», furent examinées de manière approfondie par le DH-PR, qui soumit son rapport sur cette question au CDDH en mars 1992 ¹². Même si une majorité d'experts, au sein des deux comités, étaient favorables à un éventuel système à deux niveaux tel que le proposaient les Pays-Bas et la Suède, ils ne purent arriver à un consensus sur une telle réforme. Pourquoi en fut-il ainsi?

¹¹ Doc. CDDH(90)36 du 2 octobre 1990.

¹² Doc. H(92)14, également publié dans *HRLJ*, vol. 14 (1993) et dans *RUDH*, vol. 4 (1992). Voir, en particulier, les paragraphes 20 à 49 du rapport du DH-PR, où sont énumérés avec une certaine précision les avantages et les inconvénients de cette proposition.

25. Sans vouloir reprendre tous les arguments qui ont été avancés à l'encontre de l'initiative néerlandaise-suédoise, il semble que six facteurs aient pesé contre elle: si le système ainsi proposé visait à ce que la grande majorité des affaires soit traitée uniquement par la Commission, ce qui aurait permis de réaliser un important gain de temps et des économies de ressources humaines, des doutes se sont exprimés sur le point de savoir s'il en serait bien ainsi. Il était vraisemblable que toutes les affaires soient portées devant la Cour, laquelle, à son tour, allait sans doute avoir des difficultés à refuser l'autorisation de recours. Par ailleurs, si les avis de la Commission devenaient juridiquement contraignants, la procédure devant la Commission pouvait fort bien prendre plus de temps qu'actuellement, et s'il fallait qu'un collège de juges accorde l'autorisation de recours, l'ensemble de la procédure pouvait, dans certains cas, s'en trouver considérablement allongée, jusqu'à représenter, en fait, l'équivalent de deux examens complets de l'affaire devant la Cour, ce qui entraînerait inutilement une double charge de travail. En troisième lieu, le comité consultatif néerlandais proposait que la Cour, en principe, ne revienne pas sur les questions de recevabilité tranchées par la Commission et qu'elle se limite à statuer sur les seuls points de droit, une idée qui n'allait pas dans le sens de la jurisprudence actuelle de la Cour dans ce domaine.

26. En quatrième lieu, ni la proposition néerlandaise ni la proposition suédoise n'envisageaient de modifier le système actuel d'examen des affaires interétatiques, la proposition suédoise suggérant même qu'il était nettement préférable de laisser les choses en l'état. Le nouveau système n'aurait donc pas été complètement «judiciarisé». Enfin, deux difficultés d'un caractère plus général faisaient penser que la mise en oeuvre de ces propositions pourrait s'avérer problématique. Si la proposition suisse n'abordait pas la question des modalités de mise en oeuvre du nouveau système, le comité consultatif néerlandais proposait que celle-ci s'opère par le jeu d'un protocole facultatif. La perspective de voir les Parties contractantes divisées en deux groupes dont chacun serait soumis à un système de contrôle différent, parallèle, soulevait toutefois des objections de principe ainsi que des difficultés d'ordre pratique. Enfin, *last but not least*, vu la probabilité d'une substantielle augmentation du nombre de Parties à la Convention, le DH-PR faisait observer que «la question de l'importance des organes de la Convention et la question de la nécessité pour la Commission – et peut-être, par la suite, pour la Cour – de devenir, à terme, un organe à plein temps mérite plus ample discussion» (paragraphe 56).

27. S'étant à nouveau efforcé, toujours sans succès, de parvenir à un accord sur des propositions qui avaient trait à une réforme désormais considérée comme urgente, le CDDH décida, en octobre 1992, de soumettre ces deux propositions (Cour unique siégeant à plein temps ou juridiction à deux degrés) au Comité des Ministres dans le but d'obtenir un mandat explicite pour la suite de ses travaux sur la réforme, ce qu'il obtint effectivement le 28 mai 1993, comme cela sera exposé plus en détail au chapitre II ci-après.

C) Les autres propositions

28. Pendant les négociations qui aboutirent à l'adoption du Protocole n° 11, un certain nombre d'autres efforts furent déployés afin de sortir de l'impasse à laquelle on avait abouti au niveau des experts (au niveau intergouvernemental).

29. Outre l'impulsion politiquement importante apportée par l'Assemblée parlementaire en faveur d'une Cour unique siégeant à temps plein et l'existence d'un projet de texte – le mérite en revenant à MM. Petzold et Sharpe, qui l'avaient rédigé – que le secrétariat du DH-PR allait mettre à profit au moment de préparer les documents de base de la réunion du DH-PR qui eut lieu au printemps 1993, un certain nombre d'initiatives plus ou moins importantes allaient être prises, dont certaines n'ont, jusqu'ici, pas été rapportées comme il se devait dans les commentaires qui ont été formulés sur ce sujet. L'une d'entre elles fut soumise pour examen au DH-PR, toutes les autres allant apparaître dans le débat qui se déroula devant le Comité des Ministres au début du printemps 1993.

30. La première de ces initiatives est celle de l'expert grec du DH-PR, le professeur K. Ioannou, dont la «Contribution au débat sur la réforme institutionnelle du mécanisme de la CEDH» fut soumise pour examen au DH-PR en février 1992¹³. Même si la proposition du professeur Ioannou ne fut pas accueillie par le DH-PR, certaines des idées qu'il soulevait dans son document peuvent, en fait, avoir jeté les bases du «compromis politique» qui fut négocié par la suite à Stockholm en mai 1993.

31. L'idée maîtresse de la proposition du professeur Ioannou était de tenter de combiner les deux propositions qui se trouvaient sur la table plutôt que de les comparer en bloc comme on l'avait fait jusque-là. Pour le professeur Ioannou, il était plus ou moins admis par la majorité des experts du DH-PR que l'avantage évident d'un système de juridiction unique résidait dans la réduction drastique du nombre de personnes et d'organes participant au mécanisme de contrôle de la Convention et que cet avantage avait acquis une importance décisive compte tenu de l'augmentation du nombre d'États membres du Conseil de l'Europe à laquelle on pouvait s'attendre. Toutefois, le principal inconvénient d'une juridiction unique aurait été l'inexistence d'une «seconde réflexion» sur l'affaire, c'est-à-dire d'une procédure d'appel. À l'opposé, le principal avantage de la proposition «néerlandais-suédoise» résidait dans la suppression du système de rapports prévu par l'article 31 de la Convention et dans la disposition prévoyant que les décisions de la Commission deviendraient juridiquement contraignantes. Cet avantage perdait toutefois une bonne part de son mérite dès lors qu'il présupposait l'existence de deux organes, avec tous les problèmes que cela entraînait inévitablement.

32. Sa proposition était, dès lors, la suivante:

«Une Cour unique, composée d'un juge de chaque État membre, structurée et fonctionnant sur le fondement du système de Chambres. Les Chambres auront compétence pour rendre des décisions juridiquement contraignantes concernant à la fois la recevabilité et le bien-fondé, susceptibles d'appel auprès de la Cour plénière mais uniquement pour des questions de droit et non pour des questions d'appréciation des faits par la Chambre. L'autorisation d'interjeter appel pourra être examinée par un comité de la Cour plénière. Les membres de la Chambre dont la décision fera l'objet d'un recours siégeront à la Cour plénière sans droit de vote. Pour la recevabilité, on pourra retenir l'idée du Protocole n° 8, en remplaçant les Comités de la Commission par des Comités des Chambres de la Cour.

¹³ Doc. DH-PR(92)9, addendum II du 23 mars 1992.

Néanmoins, si l'affaire est déclarée recevable, on pourra s'attendre à ce que le raisonnement sur la recevabilité soit joint à celui qui concerne le fond dans une décision unique. Les considérations relatives à l'article 50 de la Convention seront jointes à la décision sur le fond. Le règlement amiable sera maintenu selon les modalités actuelles du règlement amiable devant la Cour (suppression de l'avis provisoire en raison de son incompatibilité avec une procédure judiciaire). Seule la Cour plénière pourra être saisie des affaires interétatiques et elle seule pourra les juger.»

Le professeur Ioannou plaidait avec force en faveur de la suppression des pouvoirs de décision du Comité des Ministres dans les affaires interétatiques, arguant du fait que «la prise en main immédiate d'une requête interétatique par des organes purement judiciaires (non pas quasi-judiciaires, non pas politiques avec des fonctions judiciaires, mais véritablement judiciaires) dédramatise le recours interétatique et permet de se concentrer exclusivement sur des considérations juridiques, c'est-à-dire sur la question de savoir si, en l'espèce, la Convention a été violée ou non».

34. Quiconque a l'expérience de négociations internationales sait que les initiatives se prennent souvent «en coulisses», en quelque sorte, le résultat obtenu étant ensuite soumis à l'examen des instances de décision internationales compétentes. Les négociations relatives au Protocole n° 11 ne dérogeaient pas à la règle. Or l'imminence du Sommet des Chefs d'État et de Gouvernement du Conseil de l'Europe, qui, pour la première fois dans l'histoire, devait se tenir à Vienne en octobre 1993, conférait à cette question une urgence accrue: la pression pour que l'on trouve une solution appropriée devenait très forte.

35. Encore qu'un État, l'Italie, ait tenté sans succès, en date du 17 mars 1993, de soumettre sa propre proposition – assez particulière – au Comité des Ministres, un sérieux travail émanant de deux «blocs» d'États aboutit à deux projets distincts: la première proposition, en faveur d'une Cour unique, fut déposée au Comité des Ministres le 31 mars par douze États: l'Autriche, la Belgique, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Hongrie, le Lichtenstein, la Norvège, le Portugal, Saint-Marin, l'Espagne et la Suisse (proposition «suisse») ¹⁴. La seconde proposition, qui soutenait l'initiative néerlandaise et suédoise, était avancée par quatre États: le Danemark, les Pays-Bas, la Suède et le Royaume-Uni (proposition «néerlandaise»). Elle fut déposée au Comité des Ministres en date du 6 avril 1993.

36. La proposition «suisse», en faveur d'une Cour unique, consistait en un remarquable document de 43 pages inspiré, dans une large mesure, par les projets élaborés par MM. Petzold et Sharpe (cf. *bibliographie sélective*, Ire partie) et par la «structure détaillée d'un éventuel système fondé sur une Cour unique» du DH-PR (déjà évoquée ci-dessus). La proposition elle-même consistait en quelques remarques préliminaires suivies d'un projet de texte (chaque disposition y étant assortie d'un

¹⁴ Il est intéressant de noter que deux des États de ce groupe, la France et la Norvège, avaient, jusqu'alors, laissé entendre qu'ils préféraient un système de juridiction à deux niveaux.

commentaire approprié). En annexe figurait une version du texte de la Convention et de ses protocoles incorporant les changements proposés¹⁵. Elle comportait une proposition formulée sur le modèle des articles 25 et 46 de la Convention, mais suggérait l'abandon du rôle joué par le Comité des Ministres en vertu de l'article 32 à l'égard des requêtes individuelles. Le commentaire précisait toutefois qu'«on pourrait se demander si un système de déclarations facultatives [...] demeure vraiment nécessaire maintenant que des déclarations acceptant le recours individuel ont été faites par tous les États contractants et qu'elles ont toujours été, le cas échéant, régulièrement renouvelées. [...] Cette question mérite un examen plus approfondi.»¹⁶

37. La proposition «néerlandaise» semblait constituer une réplique directe au texte «suisse» et se concentrait sur la façon dont on aurait pu mettre en place le système dit «à deux niveaux». Les quatre gouvernements étaient «convaincus qu'on peut fortement augmenter la capacité du mécanisme de surveillance et améliorer nettement ses procédures sans bouleverser pour autant le système actuel [...] [et qu'] il est possible de prendre, dans le cadre du système actuel, des mesures pour améliorer et accélérer les procédures entraînant une amélioration immédiate et indispensable de la situation et s'intégrant harmonieusement dans le système proposé par [leur] projet de Protocole»¹⁷. Le texte mettait en lumière les dispositions qui nécessitaient une réadaptation: il s'agissait de rendre contraignantes les décisions de la Commission, à l'exception – importante – des affaires interétatiques, qui, si elles n'étaient pas déferées à la Cour plénière, devaient continuer à être traitées par le Comité des Ministres (après une procédure à huis clos devant la Commission). Il est assez intéressant de constater que cette proposition comprenait une disposition (le nouvel article 41, paragraphe 5) prévoyant, «dans des cas exceptionnels» le renvoi ou le dessaisissement en faveur de la Cour plénière composée de juges de tous les États membres¹⁸.

¹⁵ Voir le document DH-PR(93)2 du 10 mai 1993 intitulé *Réforme de la Convention européenne des Droits de l'Homme: collection de documents transmise au Comité des Ministres en mars et avril 1993*, aux pp. 22-64. La note introductive soulignait que les idées des délégations des douze États concernés n'étaient pas définitivement arrêtées sur certains points, comme la question de savoir s'il fallait ou non doter la Cour d'avocats généraux.

¹⁶ Doc. DH-PR(93)2, p. 32.

¹⁷ Doc. DH-PR(93)2, p. 65. Ce dernier point était également un argument en faveur d'une position «intermédiaire» adoptée par certains États comme le Royaume-Uni, qui, jusqu'au début 1993, plaidait pour ce à quoi on avait donné le nom de «*statu quo*» amélioré. Voir à ce propos De Vey Mestdagh (*Bibliographie sélective*, 3e partie), pp. 348-351, la déclaration de la délégation de la Suède transmise au Comité des Ministres le 20 avril 1993 (doc. DH-PR(93)2, pp. 75-76), les points de vue de Geus et Schermers (*Bibliographie sélective*, 3e partie) ainsi que les points de vue de certains membres de la Commission et de la Cour dans les avis des deux organes (cf. *HRLJ*, vol. 14, p. 45 et *RUDH*, vol. 4, p. 518), dont il sera question ci-après.

Dans sa série de conférences données en 1991 à l'Académie de Droit Européen, le président de la Commission, C. A. Nørgaard, mettait l'accent sur le fait qu'un accroissement adéquat des ressources humaines était une condition absolue (p. 95. Cf. *Bibliographie sélective*, 3e partie). Voir également les statistiques fournies à ce sujet par l'auteur dans "A major overhaul of the European Human Rights Convention control mechanism: Protocol N° 11", dans *Collected Courses of the Academy of European Law / Recueil des Cours de l'Académie de Droit Européen*, (ADE) 1995, vol. VI, livre 2 (1997), pp. 121-244.

¹⁸ Doc. DH-PR(93)2, pp. 65-74, aux pages 70 et 72-73. Ce projet différait de l'initiative néerlandaise et suédoise sur un point important: on préférait ici qu'il soit mis en oeuvre par le biais d'un Protocole apportant des amendements à la Convention.

38. Quelques mots, enfin, du texte que les autorités italiennes avaient soumis au Comité des Ministres en date du 17 mars 1993. L'idée principale des autorités italiennes était, semble-t-il, de permettre (s'agissant d'affaires introduites par des requérants individuels, lesquelles devaient être tranchées de façon définitive par la Commission) qu'une affaire soit déférée à la Cour soit à l'initiative de l'État concerné soit à l'initiative d'une institution nouvellement créée, celle des avocats généraux. L'originalité de cette procédure (compte tenu des éventuelles discordances qui pouvaient apparaître dans la jurisprudence des deux organes décisionnels, à savoir la Commission et la Cour¹⁹) était qu'un tel appel formé «dans l'intérêt de la loi» n'aurait eu aucun effet sur le cas d'espèce. L'autorité de la chose jugée aurait été maintenue. Toutefois, si une personne lésée obtenait gain de cause devant la Commission et que l'avocat général formait appel devant la Cour, la «satisfaction équitable» était allouée au requérant mais l'exécution des «mesures de caractère général» était suspendue jusqu'à ce que la Cour se soit prononcée sur le point de droit concerné²⁰. S'agissant des affaires interétatiques, la Cour pouvait être saisie soit par l'une des parties concernées soit par l'avocat général, à la requête de la Commission. Cette procédure, ainsi que s'en prévalait le document italien, assurait à la Cour le rôle d'une véritable «Cour constitutionnelle» européenne des droits de l'homme, gardienne prestigieuse du droit européen dont la jurisprudence constituerait pour tous un point de référence.

39. Durant cette délicate phase de négociations «en coulisses» (qui devenaient vraiment intenses, avec la convocation d'un certain nombre de «brainstormings» et de réunions informelles, comme celles qui se tinrent le 9 février 1993 à Berne et les 10 et 11 mars 1993 à Genève), le Groupe de rapporteurs du Comité des Ministres (des Délégués des Ministres) sur les Droits de l'Homme chargea le Secrétariat de préciser, entre autres, comment la Cour unique que l'on envisageait de mettre en place pourrait filtrer de manière satisfaisante des centaines de milliers de requêtes individuelles et préserver l'avantage que représentait la procédure de règlement amiable devant la Commission telle qu'elle existait. Il lui demanda également une estimation sommaire

¹⁹ F. Sudre et son équipe, de l'Université de Montpellier, publient dans la *RUDH* des aperçus semestriels et annuels des délais dans lesquels sont rendus les arrêts de Strasbourg. En 1992 et 1993, par exemple, le parcours complet d'une affaire devant les juridictions de Strasbourg prenait en moyenne, respectivement, 5 ans et 6 mois et 5 ans et 8 mois, une situation totalement inadmissible si l'on y ajoute le temps que nécessite l'épuisement des voies de recours internes requis par l'article 26 de la Convention. (Ces statistiques ne tiennent évidemment pas compte des décisions d'irrecevabilité de la Commission. Voir aussi Sudre - cité dans la 3e partie de la *Bibliographie sélective* -, p. 231). On observera avec intérêt la fréquence des cas dans lesquels la Cour a abouti à des conclusions différentes de celles de la Commission (constatation ou non constatation d'une violation): en 1987, 6 des 25 affaires ayant fait l'objet d'un jugement sur le bien-fondé, soit 24 %; en 1988, 6 des 18 affaires ayant fait l'objet d'un jugement sur le bien-fondé, soit un tiers; en 1989, 7 des 22 affaires ayant fait l'objet d'un jugement sur le bien-fondé, soit 32 %; en 1990, 13 des 26 affaires ayant fait l'objet d'un jugement sur le bien-fondé, soit la moitié; en 1991: 14 des 53 affaires ayant fait l'objet d'un jugement sur le bien-fondé, soit près de 26,5 %. Pour les années antérieures, voir l'article de M.-A. Eissen dans *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1986), pp. 1598 et 1773-1774.

²⁰ Voir doc. DH-PR(93)2, pp. 3-21.

des coûts envisagés pour la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention ²¹. Au sein du Comité des Ministres, on considérait comme essentiel qu'une décision se prenne aussi rapidement que possible au niveau politique. Vers la mi-avril 1993, les difficultés étaient essentiellement concentrées sur trois aspects du nouveau mécanisme à mettre en place: le filtrage des requêtes, les règlements amiables et la nécessité d'une sorte de procédure d'appel dans la structure de la Cour. Le sort en était jeté.

II. Le processus de négociation

A) Remarques préliminaires

40. Si l'on peut faire remonter jusqu'à la réunion de juillet 1982 du Comité DH-PR le débat sur la possibilité de mettre en place une Cour unique oeuvrant à plein temps, il y a sans doute lieu de considérer que le véritable processus de négociation a, quant à lui, connu deux périodes distinctes. La pression en faveur d'une réforme du système se fit clairement sentir au cours de la réunion de mars 1992 du Comité DH-PR, qui fut l'occasion d'un «tour de table» sur les principales propositions présentées, et elle s'intensifia considérablement au cours de la période qui précéda le Sommet des Chefs d'État et de Gouvernement qui se tint à Vienne les 8 et 9 octobre 1993. À cet égard, on peut considérer le «compromis de Stockholm» du 26 mai 1993 comme le point d'aboutissement du travail préparatoire qui a précédé la rédaction d'un projet définitif (première période). La préparation du texte du Protocole lui-même prit ensuite environ 10 mois, y compris la consultation non seulement de la Commission et de la Cour mais aussi de l'Assemblée parlementaire ²² (seconde période). Cette seconde période avait commencé le 28 mai 1993, date à laquelle les experts ont reçu le mandat de rédiger un nouveau protocole d'amendement, pour s'achever le 11 mai 1994, date à laquelle le Protocole n° 11 a été officiellement ouvert à la signature des États contractants.

41. Il y a, à l'évidence, plusieurs manières de décrire la façon dont a été mené le processus de négociation. L'une d'entre elles consisterait à scinder le travail en plusieurs parties et à présenter séparément le rôle qu'a joué chacun des «acteurs», c'est-à-dire le DH-PR, le CDDH, l'Assemblée parlementaire, le Comité des Ministres, etc. Nous avons toutefois préféré retenir ici une approche différente: celle qui consiste à retracer les événements dans l'ordre chronologique, tels qu'ils se sont réellement produits. Si une telle façon de présenter les choses peut parfois dérouter quelque peu le lecteur peu familier des rouages du Conseil de l'Europe, elle a le mérite de donner une idée du rythme et de l'«ambiance» des négociations. Quoi qu'il en soit, il existe bien entendu, pour qui souhaiterait mener une recherche plus approfondie, une présentation distincte des travaux entrepris par chacun des «acteurs», détaillée et bien documentée, dans les travaux préparatoires au Protocole n° 11 qui sont déposés aux archives de la Direction des Droits de l'Homme.

²¹ Voir pp. 77-83 du doc. DH-PR(93)2, où figurent des extraits des rapports des réunions du 17 mars et du 7 avril 1993 du Groupe de rapporteurs. Un «sommaire des coûts envisagés pour la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des Droits de l'Homme» (en prix de 1992) figure à la page 80 du document DH-PR(93)2.

²² Voir à ce propos le point de vue de O. Jacot-Guillarmod, «Observations sur quelques critiques récentes adressées au Protocole n° 11 à la CEDH», dans *8e Colloque international sur la CEDH, Budapest, 20-23 septembre 1995*, 1996, à la page 188.

B) Première période: de mars 1992 au «compromis de Stockholm» du 26 mai 1993

42. En novembre 1991, le Comité des Ministres, au niveau des ministres des Affaires étrangères, avait attribué une priorité absolue à la question de la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention. Le débat restait cependant dans l'impasse au niveau des experts. Lorsque le président du DH-PR proposa, au cours de la réunion de mars 1992, que l'on procède à un «tour de table» sur les principales propositions présentées, il s'avéra que quatorze experts exprimaient leur préférence pour la proposition néerlandaise-suédoise et que neuf experts estimaient que la solution «fusion / Cour unique» était la plus indiquée. En la circonstance, les experts exprimaient ainsi, dans la plupart des cas, un avis qui leur était personnel et n'était pas nécessairement celui de leurs autorités nationales ²³.

43. Sur les quatorze experts favorables à la proposition néerlandaise-suédoise, les experts tchécoslovaque et maltais estimaient que la solution «Cour unique» serait la meilleure mais optaient néanmoins en faveur de l'autre proposition car ils pensaient que la solution «Cour unique» serait trop longue à mettre en oeuvre si elle était adoptée. L'expert norvégien indiquait qu'elle pourrait «s'accommoder des deux propositions», mais avait une légère préférence pour la solution néerlandaise-suédoise. L'expert irlandais n'était, en fait, pas opposé au maintien du système existant. Quant aux experts de la France et du Royaume-Uni (qui se prononçaient également en faveur de cette proposition), ils indiquaient qu'il était probablement prématuré de se mettre à examiner des propositions de rechange avant d'avoir pleinement apprécié les effets du Protocole n° 8. L'expert du Royaume-Uni ajoutait que l'instance d'appel prévue dans la proposition néerlandaise-suédoise devrait, si elle était créée, être une institution à temps partiel et non permanente. Cette idée était effectivement soutenue par les experts néerlandais et suédois, qui indiquaient tous deux que l'organe de première instance devrait probablement être permanent. L'expert turc ajoutait que l'on pouvait également envisager, dans le cadre du système existant, de faire de la Commission un organe permanent. L'expert italien soulignait les avantages potentiels d'un double examen au fond et une plus grande flexibilité dans l'appréciation des cas d'espèce. Les experts belge, danois, luxembourgeois et polonais se montraient également favorables à la proposition néerlandaise-suédoise. Enfin, certains experts exprimaient leur préférence pour un organe d'appel plus restreint, siégeant à temps partiel.

44. Sur les neuf experts qui se prononçaient pour la proposition «fusion / Cour unique», l'expert autrichien indiquait que son pays soutenait cette proposition, ajoutant qu'à son avis, le rôle potentiel des avocats généraux pourrait être particulièrement utile. Selon l'expert grec, il ne fallait envisager un recours à la Cour plénière que pour des questions de droit. Les experts chypriote et portugais se disaient favorables à un réexamen / dessaisissement de certains types d'affaires au profit de la Cour plénière ²⁴. L'expert finlandais précisait que son gouvernement avait fait un choix politique en faveur de la solution «Cour unique»: l'incorporation de la Convention dans le droit

²³ Doc. DH-PR(92)9 du 23 mars 1992, paragraphes 22-24. Voir aussi L.-E. Pettiti, «L'évolution de la CEDH et son application», dans *ADE*, vol. III (1992), livre 2, pp. 1-90, aux pages 73 à 74.

²⁴ Voir à ce propos les propositions formulées par l'expert grec du DH-PR, telles que décrites ci-dessus.

finlandais, l'augmentation du nombre des États Parties, la forte croissance du nombre des requêtes actuelles et futures, ainsi que les «défauts» inhérents à l'existence de deux organes créant des jurisprudences distinctes et peut-être divergentes étaient autant d'éléments expliquant ce choix. L'expert allemand soulignait, en appuyant la solution «Cour unique», qu'il pourrait être difficile pour son gouvernement d'être d'accord sur l'ouverture à la signature de la proposition néerlandais-suédoise par le biais d'un protocole facultatif, dans le cas où cette solution serait sérieusement envisagée. L'expert espagnol, également en faveur de la Cour unique, soulignait, outre d'autres raisons déjà exprimées, qu'il ne pouvait pas être d'accord avec l'existence d'un recours dont l'acceptation serait laissée à l'appréciation de l'organe supérieur. Les autres experts favorables à la proposition «Cour unique» étaient les experts hongrois, portugais et suisse.

45. On chercha alors à sortir rapidement de cette impasse au niveau du CDDH, à l'occasion de la réunion extraordinaire que celui-ci tint dans les premiers jours d'avril 1992. Le Comité directeur décida de transmettre (officiellement) à la Commission et à la Cour le travail accompli par le Comité DH-PR en invitant les deux organes de contrôle de la Convention à lui faire part de leurs avis sur les deux propositions, si possible au plus tard le 15 septembre 1992.

46. Deux autres points ont été débattus lors de cette réunion.

47. Le président insista auprès des membres pour qu'ils obtiennent de leurs autorités des instructions précises, afin de pouvoir indiquer laquelle des deux options de réforme (voire, éventuellement, une troisième) leur gouvernement préférerait, si possible pour la réunion suivante, laquelle devait avoir lieu en mai 1992. En outre, le secrétariat fut prié de fournir au CDDH une estimation des coûts (incidences budgétaires) des deux principales propositions qu'il avait devant lui. Le secrétariat était également prié de lui fournir des informations sur les besoins logistiques actuels de la Commission et de la Cour, particulièrement en matière de personnel, en tenant compte de la charge de travail et les délais qui pesaient d'ores et déjà sur elles ainsi que de l'augmentation probable, dans un avenir très proche, du nombre des États Parties à la Convention.

48. Lors de la 90^e session du Comité des Ministres (7 mai 1992), qui faisait suite à l'adhésion de la Bulgarie, les ministres des Affaires étrangères mirent l'accent sur l'importance qu'ils accordaient à la réforme institutionnelle de la Convention et exprimèrent le souhait que ce travail leur soit soumis à bref délai.

49. Quelques semaines plus tard, au cours de la réunion plénière que le CDDH tint en mai 1992, les délégations furent à nouveau instamment priées d'obtenir les instructions voulues, de telle sorte qu'une décision officielle sur la question de la réforme puisse être prise à l'occasion de la réunion suivante, laquelle était prévue pour octobre 1992.

50. Entre-temps, l'Assemblée parlementaire, à l'initiative de l'un de ses membres, M. Vogel, avait entrepris une démarche importante en vue de sortir de l'impasse: suite à la séance que la commission des questions juridiques et des droits de l'homme avait consacré à ce sujet en date du 15 juin 1992, l'Assemblée, sur proposition de la commission, avait adopté, le 6 octobre 1992, la recommandation 1194 (1992), dans laquelle elle priait le Conseil des Ministres de «réformer sans tarder le

mécanisme de contrôle», de «donner nettement la préférence à la proposition tendant à mettre en place une cour unique, fonctionnant en permanence» et de «ne pas opter pour une solution provisoire qui ne ferait que retarder encore l'indispensable réforme»²⁵. Cette recommandation avait été adoptée à l'unanimité moins quatre abstentions, aucun vote négatif n'ayant été exprimé.

51. Le Comité DH-PR fut à nouveau saisi de l'affaire en septembre 1992, lorsqu'il eut à examiner les avis de la Commission et de la Cour sur ce sujet²⁶. Pour ne pas répéter inutilement des choses qui sont dorénavant tombées dans le domaine public, nous nous contenterons de fournir ici un bref aperçu des principaux points évoqués dans les deux avis. Les organes de la Convention soulignaient tous deux la nécessité d'une réforme, la majorité des membres de la Commission et de la Cour étant en faveur d'un système de contrôle par deux organes. Il existait une certaine convergence de vues entre les deux avis: ils convenaient que le système de protection devait être de nature judiciaire, que les particuliers devaient avoir un accès direct à une Cour (quel que soit le système retenu en définitive) et que le Comité des Ministres ne devait plus être compétent pour se prononcer sur le fond des affaires, tout au moins pour les requêtes individuelles. Les deux organes insistaient également sur la nécessité d'améliorer les conditions de travail des organes de contrôle et de leurs secrétariats respectifs²⁷.

52. Comme les points de vue étaient demeurés inchangés depuis la dernière réunion que le DH-PR avait tenue en mars 1992, «le Comité estimait qu'en tant que comité d'experts, il avait maintenant discuté pleinement des aspects les plus importants des deux principales solutions examinées et qu'il existait un accord général pour reconnaître le besoin urgent de réforme, point de vue partagé par la majorité des membres de la Commission et de la Cour» (paragraphe 18 du rapport de réunion). Il considérait donc qu'il avait terminé ses travaux sur ce sujet et proposait que ces travaux soient déclassifiés, comme cela avait été le cas pour la «fusion» quelques années auparavant.

53. Cette fois, c'était au tour du CDDH d'arrêter définitivement, à l'occasion de sa réunion d'octobre 1992, sa position sur la question de la réforme: il disposait non

²⁵ Voir également le rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme (doc. 6659 de l'Assemblée parlementaire. Rapporteur: M. Vogel). Pour disposer d'une vue plus complète, consulter également la réponse intérimaire du Comité des Ministres à la recommandation 1194 (1992) de l'Assemblée (adoptée le 20 janvier 1993 par les Délégués des Ministres) ainsi que la réponse supplémentaire adoptée le 16 juin 1993 (ces deux textes figurent dans le document DH-PR(93)9).

²⁶ Ces avis, qui n'avaient pas été rendus publics à l'époque, ont, depuis, été publiés dans *HRLJ* et dans *RUDH* (cf. note 12 ci-dessus).

²⁷ À plusieurs reprises, certains experts (tant au sein du DH-PR qu'au sein du CDDH) avaient considéré qu'un renforcement du personnel et des ressources de secrétariat assorti des réformes entreprises à l'occasion de l'entrée en vigueur du Protocole n° 8 constituerait en soi une réponse adéquate à l'arriéré judiciaire et au nombre toujours croissant des requêtes. C'est à cette «solution» que l'on avait décerné l'appellation de «*statu quo* amélioré». En réponse directe à ce groupe de pression, de nouvelles mesures tendant à l'amélioration et à l'accélération de la procédure avaient même fait l'objet d'un point spécifique à l'ordre du jour de la réunion de septembre 1992 du DH-PR, ce que certains milieux considéraient comme une manœuvre visant à éluder le débat sur une réforme radicale. Pour plus d'informations sur ce point, consulter les documents DH-PR(92)17 et DH-PR(93)12.

seulement des avis de la Cour et de la Commission (assortis des commentaires du DH-PR) et des deux documents donnant un aperçu des incidences financières des propositions de réforme envisagées, mais également de la recommandation 1194 (1992) que l'Assemblée parlementaire avait adoptée le 6 octobre 1992 (à l'unanimité moins quatre abstentions) et dans laquelle elle recommandait de donner nettement la préférence à la proposition tendant à mettre en place une cour unique. Il avait également procédé à un échange de vues avec les présidents de la Commission et de la Cour, accompagnés de délégations des deux organes de contrôle constituées de façon à refléter les points de vue divergents exprimés dans leurs avis respectifs.

54. À l'issue de cet échange de vues avec les délégations de la Cour et du bref débat qui y avait fait suite, le président du CDDH demanda aux membres d'indiquer laquelle des deux solutions leur gouvernement préconisait.

55. *Onze* pays (Chypre, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Suède, Tchécoslovaquie et Turquie) se prononcèrent pour la proposition néerlandaise-suédoise, tandis que *neuf* pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Finlande, Hongrie, Lichtenstein, Norvège, Portugal et Suisse) préconisaient la solution «organe judiciaire unique». *Six* pays (Bulgarie, Danemark, Espagne, France, Islande et Royaume-Uni) estimaient qu'il fallait maintenir le système de contrôle existant, à condition de mettre en oeuvre des améliorations importantes (tant en termes de procédure qu'en termes de soutien logistique). Un État (Saint-Marin) n'indiqua pas quelle solution il préférerait.

56. En outre, le membre français avait précisé que les consultations interministérielles étaient très avancées mais que son gouvernement n'avait pas encore pris de décision définitive. Par ailleurs, au cas où une réforme radicale s'avérerait nécessaire, les gouvernements de la Bulgarie, du Danemark et du Royaume-Uni se disaient prêts à soutenir la proposition néerlandaise-suédoise tandis que ceux d'Espagne et d'Irlande étaient disposés à appuyer l'idée d'une solution «organe judiciaire unique». Ceux d'Irlande et de Turquie, pour leur part, pouvaient également accepter le maintien du système en vigueur («*statu quo amélioré*»).

57. Sur la base de ce «tour de table», le président conclut qu'aucune indication décisive ne pouvait être fournie au Comité des Ministres quant au choix du CDDH entre les deux propositions de réforme du mécanisme de contrôle, à savoir la proposition néerlandaise-suédoise et la proposition «organe judiciaire unique». Il en découlait la nécessité de prendre une décision sur cette question à un niveau politique.

58. Enfin, le CDDH exprima le vœu que le Comité des Ministres déclassifie les documents concernés, en vue d'en faciliter l'examen par les milieux intéressés. Comme indiqué plus haut, une telle décision fut effectivement prise dès décembre 1992²⁸.

59. Sur demande expresse des Délégués des Ministres, le CDDH élaborait également une liste des mesures susceptibles d'améliorer et d'accélérer les procédures prévues par la Convention et qui, selon lui, méritaient d'être immédiatement examinées. Cette liste fut annexée au rapport de la réunion du CDDH. Il fut relevé, à cet égard, qu'une augmentation du personnel et des ressources matérielles constituerait une aide considérable. D'autres mesures, telles que l'idée d'inclure dans la Convention la

²⁸ Doc. H(92)14, publié par la suite dans *RUDH*, vol. 4 (1992) et dans *HRLJ*, vol. 14 (1993). Cf. *Bibliographie sélective*, 3e partie.

possibilité, pour la Commission et pour la Cour, de prendre des mesures provisoires contraignantes, étaient considérées comme des questions ne présentant pas un caractère d'urgence et pouvant mériter un examen à une date ultérieure.

60. Enfin, note était prise du fait que, de l'avis général du CDDH, le rôle dévolu jusqu'alors au Comité des Ministres par l'article 32 de la Convention devait être supprimé et que cela constituait un aspect commun des deux propositions de réforme. Il y avait toutefois divergence sur le point de savoir si cette question devait être examinée dans le contexte des autres mesures ou si elle méritait un examen à part. Le CDDH décidait de renvoyer la question de savoir s'il convenait d'abolir le rôle dévolu au Comité des Ministres par l'article 32 de la Convention pour décision au niveau politique, afin d'obtenir un mandat clair à cet égard.

61. Le Comité des Ministres se réunit alors à nouveau, au niveau des ministres des Affaires étrangères, le 5 novembre 1992. On sut par la suite que lors de cette réunion, la balance avait penché en faveur de la Cour unique. L'Espagne, La France, Saint-Marin s'ajoutaient désormais aux neuf autres pays favorables à une Cour unique. De façon surprenante, une demi-douzaine d'États seulement avaient ouvertement fait part, à cette réunion, d'une nette préférence pour l'initiative néerlandaise-suédoise, tandis que les États restés indécis ou n'ayant pas indiqué leur préférence pendant les débats étaient encore plus nombreux.

62. Avant la fin de l'année le nombre d'États favorables à une Cour unique passa à quinze, la Bulgarie, le Luxembourg et la Pologne ayant rejoint leurs rangs (des indications en ce sens se faisaient jour dans les débats qui avaient lieu au niveau des Délégués des Ministres). Pour autant qu'on veuille se risquer à une telle estimation, on peut considérer que fin 1992, quinze États étaient favorables à une Cour unique et qu'un nombre faiblissant d'États – peut-être quatre ou six – étaient encore favorables à l'initiative néerlandaise-suédoise²⁹.

63. Comme cela a déjà été évoqué au point I ci-dessus, il semblerait qu'avec l'année nouvelle, les négociations se soient déplacées vers la sphère diplomatique, les débats ayant tendance à se tenir plus souvent par-delà les structures officielles du Conseil de l'Europe qu'en leur sein. Il était évident que des discussions «en coulisses» progressaient. Preuve en est que fin juin 1993, tant les autorités danoises que les autorités suédoises indiquèrent – à Strasbourg – que s'il devait apparaître qu'un consensus soit possible sur l'idée d'une Cour unique, elles n'y feraient pas obstacle.

64. Au cours des mois de février et mars 1993 notamment, un certain nombre de réunions *ad hoc* furent organisées par les tenants des deux propositions opposées, les autorités suisses ayant, semble-t-il, pris la tête dans ce domaine. On ne trouve dans les archives du Conseil de l'Europe aucun compte-rendu officiel de ces réunions ou de ces séances de rédaction de projets. Il se peut que des détails sur ce qui s'est réellement passé au cours de ces réunions tombent un jour dans le domaine public. Il se peut aussi que tel ne soit jamais le cas.

²⁹ Ceci ne saurait être considéré comme une évaluation approximative. Comme toujours, de tels «comptages» peuvent être assez artificiels, dès lors qu'un haut fonctionnaire du ministère des Affaires étrangères peut fort bien répercuter par les canaux diplomatiques des instructions ou des indications reflétant un point de vue particulier, lequel ne correspond pas nécessairement toujours à un consensus ou à une décision prise au niveau interne.

65. Quoi qu'il en soit, le Comité des Ministres se retrouva témoin d'un phénomène inhabituel, qui voulait qu'il se trouve au centre nerveux d'initiatives officielles prises en marge des circuits intergouvernementaux normaux et des comités d'experts: on songe ici aux trois initiatives plus amplement décrites au chapitre I ci-dessus, à savoir la proposition italienne du 17 mars 1993, la proposition présentée par la Suisse et onze autres États le 31 mars 1993 et la proposition présentée par les Pays-Bas et trois autres États le 6 avril 1993. Ces trois projets se succédèrent l'un l'autre en fort peu de temps.

66. Lors de la 92^e session du Comité des Ministres, à nouveau tenue, le 14 mai 1993, par les Ministres eux-mêmes, ceux-ci notèrent que dans les semaines récentes, leurs Délégués avaient fait des progrès significatifs quant à la préparation d'un mandat pour le CDDH et ils les chargèrent «d'achever ces travaux en urgence, de manière à ce qu'ils soient prêts pour la réunion du [...] CDDH débutant le 7 juin 1993, en vue de la préparation d'un projet de protocole d'amendement à la Convention européenne des Droits de l'Homme devant être soumis aux Chefs d'État et de Gouvernement à Vienne en octobre 1993».

67. À ce stade – à l'approche du Sommet de Vienne – et, en particulier, à la lumière des débats au sein du Groupe de rapporteurs des Délégués des Ministres sur les Droits de l'Homme ³⁰, il devint évident que le point de vue des partisans d'une Cour unique prédominait, mais que l'une ou l'autre concession devrait être faite à ceux qui étaient favorables au projet néerlandais-suédois. C'est effectivement ce qui se produisit à Stockholm, sous la conduite experte des hauts fonctionnaires du ministère suédois des Affaires étrangères, qui avait convoqué, le 26 mai 1993, une «réunion au sommet» spéciale au cours de laquelle fut concoctée une formule de «compromis» appropriée. Outre les hauts fonctionnaires suédois, des représentants de l'Allemagne, du Danemark, de la Finlande, de la France, de l'Italie, des Pays-Bas, du Royaume-Uni et de la Suisse prirent part à cette réunion, qui déboucha sur ce qu'on appelle, depuis lors, le «compromis de Stockholm». Point d'aboutissement de négociations prolongées, cette réunion constitua la percée majeure à l'occasion de laquelle l'idée de créer une Cour unique fut finalement acceptée par des États qui, jusque-là, s'y étaient opposés. Mais à quel prix? ³¹

C) Deuxième période: la rédaction du texte du Protocole et du rapport explicatif

68. Le 28 mai 1993, lors d'une réunion spéciale, les Délégués des Ministres prirent officiellement la décision de confier aux experts un mandat occasionnel reprenant, mot pour mot, la formulation du «compromis de Stockholm». Le texte de ce mandat se lit comme suit:

«Le Comité des Ministres met l'accent sur la nécessité d'une réforme du mécanisme de surveillance de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, ayant pour but d'améliorer

³⁰ Voir note 22 ci-dessus. Voir également le document présenté par la délégation danoise au Comité des Ministres le 13 mai 1993 (doc. DH-PR(93)7, pp. 2-3).

³¹ Voir, à ce propos, la *Bibliographie sélective, passim*, et notamment les commentaires de Mowbray, dans *Public Law*, 1994, p. 552.

l'efficacité et de diminuer le temps mis au traitement des requêtes individuelles, au coût minimum.

Pour cette raison, le Comité des Ministres charge le CDDH de préparer un projet de protocole d'amendement à la Convention, portant restructuration du mécanisme de surveillance existant en le remplaçant par:

- une Cour qui:
- devrait se composer d'un nombre de juges égal à celui des membres du Conseil de l'Europe;
- devrait travailler en comités et en Chambres; et
- doit être munie:
- d'un mécanisme effectif pour le filtrage des requêtes;
- d'une procédure effective permettant des règlements amiables;
- d'une structure appropriée assurant la qualité et la cohérence de sa jurisprudence et permettant un réexamen dans des cas exceptionnels, par exemple ceux soulevant des questions graves relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention; une disposition devrait être élaborée pour la présence d'un juge national lors d'un quelconque réexamen de cette sorte.

Le Comité des Ministres gardant compétence que lui confère l'article 54, étant entendu que sa compétence d'examiner les requêtes individuelles en vertu de l'actuel article 32 de la Convention est abolie.

Le CDDH devrait également examiner:

- la question de savoir si le droit de recours individuel devrait ou non rester facultatif;
- la manière dont les requêtes interétatiques devraient être traitées;
- le rôle et les fonctions d'éventuels Avocats Généraux.»

69. En outre, le mandat du CDDH stipulait qu'il devait être exécuté au plus tard le «30 septembre 1993, en vue de soumettre le projet de Protocole d'amendement à la Convention européenne des Droits de l'Homme aux Chefs d'État et de Gouvernement à Vienne les 8 et 9 octobre 1993».

70. Début juin 1993, le CDDH demanda au DH-PR, comité d'experts qui lui est subordonné, de préparer, en toute priorité, un projet de protocole conformément au mandat que lui avaient assigné les Délégués des Ministres. Le DH-PR s'attaqua alors à la mission impossible qui consistait à préparer une révision majeure du mécanisme de contrôle de la Convention en disposant pour cela d'une période d'à peu près quatre mois (y compris les vacances d'été)!

71. La rédaction du projet prit un excellent départ, en raison, principalement, de trois facteurs liés entre eux: le DH-PR bénéficiait d'une présidence de tout premier plan en la personne de son président norvégien, M. Ruud, et il disposa, dès son premier jour de réunion, d'un projet de Protocole n.º 11 (assorti d'un projet de rapport explicatif) ³²

³² Voir doc. DH-PR(93) 8 du 21 juin, lequel est essentiellement - mais pas uniquement - basé sur la proposition de réforme que la Suisse et onze autres États avaient soumise au Comité des Ministres en date du 31 mars 1993 (cf. doc. DH-PR(93)2 et note 16 ci-dessus).

rédigé par le secrétariat ainsi que d'un document de travail présenté par l'expert allemand, J. Meyer-Ladewig, lequel allait se révéler être le document-clé qui permettrait de résoudre les difficultés juridiques épineuses que le compromis politique soulevait en exigeant une possibilité de réexamen au sein d'une structure ne comportant qu'une seule Cour³³. Les travaux de rédaction détaillée commencèrent donc véritablement.

72. S'il est, au cours du processus de négociation, une réunion qui devait ressortir comme la plus importante – en termes de collaboration constructive, de découverte de compromis réalistes et d'obtention de résultats spécifiques – c'est sans doute la réunion que le Comité DH-PR tint du 21 au 25 juin 1993.

73. Les points qui furent traités au cours de cette réunion sont les suivants: en ce qui concernait l'agenda des travaux, il fut convenu qu'un groupe de travail ouvert à tous les membres et présidé par l'expert allemand (à l'époque vice-président du DH-PR) se réunirait les 5 et 6 août, puis les 1er et 2 septembre, et qu'une réunion plénière se tiendrait peu de temps après, du 7 au 10 septembre (un cauchemar pour le secrétaire du DH-PR!). L'idée qui sous-tendait l'adoption d'un tel agenda était que le Comité «s'efforcera de rédiger un rapport final d'activité sur la question pour le 15 septembre 1993, comme il en a été chargé»³⁴. Le Comité avait, en outre, fixé au 8 septembre la date à laquelle il entendrait des représentants du secrétariat de la Commission et du Greffe de la Cour.

74. Quant au fond des questions examinées, un accord provisoire se dégagait sur des propositions ayant trait à la composition de la Cour (y compris un mandat de six ans, renouvelable), aux critères de recevabilité (qui resteraient les mêmes) et aux procédures de règlement amiable (le texte final allait être légèrement modifié, sur proposition de l'expert néerlandais).

75. En outre, le Comité convint que les questions de savoir si le droit de recours individuel devait rester optionnel et si la compétence de la Cour devait rester facultative étaient toutes deux à trancher au niveau politique. Le DH-PR n'avait donc pas à se prononcer sur ces deux questions importantes. Le compte rendu de la réunion montre toutefois qu'il y avait unanimité (moins une abstention) pour rendre le droit de recours individuel obligatoire, même s'il fallait prévoir, dans le texte en cours de préparation, l'éventualité de déclarations facultatives. Quant aux affaires interétatiques, le Comité convint qu'il y avait lieu, à un stade de négociation aussi précoce, de retenir trois variantes: juridiction obligatoire de la Cour, nécessité d'une déclaration séparée et «*opting out*».

76. La question du rôle et des fonctions d'éventuels avocats généraux fut laissée ouverte, étant entendu qu'un texte séparé et un projet de rapport explicatif seraient préparés en vue de leur éventuelle inclusion dans le rapport final d'activité. Deux autres questions importantes, à savoir les modalités d'entrée en vigueur du Protocole proposé

³³ Abraham (cf. *Bibliographie sélective*, 3e partie), p. 625, qualifiait cet exercice de «quadrature du cercle». Le document de travail informel de l'expert allemand - document DH-PR(93)10 - était intitulé «Réforme du système de contrôle de la Convention européenne des Droits de l'Homme: réexamen». On trouvera un bon commentaire sur cet important document dans l'article de M. Ruud (cf. *Bibliographie sélective*, 3e partie), à qui l'on doit l'une des rares vues rapprochées du processus de négociation dont on dispose, notamment en ce qui concerne les articles clés que sont les articles 27, 30 et 43 de la Convention, tels que modifiés par le Protocole n° 11.

³⁴ Voir le rapport de réunion du DH-PR (doc. DH-PR(93)11 du 25 juin 1993), paragraphe 5.

et les dispositions transitoires applicables aux affaires pendantes devaient faire l'objet d'une réflexion approfondie. Le groupe de travail fut chargé de trouver une formule aux termes de laquelle les requêtes déclarées recevables par la Commission seraient transmises aux Chambres nouvellement mises en place (composées de sept ou de neuf juges), les autres requêtes étant transmises aux comités de trois juges.

77. Le problème le plus fondamental et le plus délicat – que cette réunion allait déjà virtuellement résoudre – était celui du «réexamen» par la Grande Chambre (désignée à l'époque sous l'appellation de «Chambre grande / mixte»), dont il avait été décidé qu'elle devrait se composer de 17 juges. Dans son document de travail informel, l'expert allemand proposait d'opter pour l'une des trois variantes suivantes: la *première* consistait à habiliter une chambre de la Cour à formuler un avis provisoire sur le fond, les parties ayant la faculté de demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. Il appartiendrait alors à la Grande Chambre d'accepter ce renvoi. La *deuxième* variante consistait à ce qu'une chambre prenne une décision qui revêtirait la forme d'un jugement mais ne serait pas définitive (cf. les rapports rédigés par la Commission au titre de l'actuel article 31). Ladite chambre devrait, d'office, renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre lorsque celle-ci soulèverait une question importante affectant l'interprétation de la Convention, lorsqu'elle aurait l'intention de s'écarter d'un jugement précédemment rendu par la Cour ou lorsque l'affaire mériterait d'être examinée par la Grande Chambre pour toute autre raison sérieuse. Les parties pourraient également demander un tel renvoi, dans un délai de trois mois. À défaut d'une telle demande ou au cas où celle-ci serait rejetée par la chambre, la décision de la chambre deviendrait définitive. En cas d'acceptation d'une demande en «réexamen», la Grande Chambre se prononcerait alors sous forme d'arrêt.

78. La *troisième* variante que proposait l'expert allemand consistait à prévoir que les parties puissent faire appel d'une décision d'une chambre devant la Grande Chambre. En d'autres termes, il y aurait double examen judiciaire d'une même affaire par une même Cour. À la demande de l'une des parties, une chambre, «dans des cas exceptionnels», autoriserait l'appel lorsque l'affaire soulèverait une question importante affectant l'interprétation de la Convention, que sa décision s'écarterait d'un arrêt précédemment rendu par la Cour ou que l'affaire mériterait d'être examinée par la Grande Chambre pour toute autre raison sérieuse. Comme le relevait le document de l'expert allemand, le choix de cette dernière variante soulevait un problème délicat, à savoir la participation du «juge national», qui devait siéger à l'occasion de deux procédures séparées et distinctes, même si le droit de vote ne lui était pas accordé. Les États membres devaient, de ce fait, avoir deux juges au sein de la nouvelle Cour, ce qui était contraire aux termes du mandat que le Comité des Ministres avait confié au CDDH. Le juge siégeant à la Grande Chambre serait en quelque sorte un magistrat de juridiction supérieure, il n'entrerait en fonction que dans des affaires exceptionnelles qui ne concerneraient que son pays et son intervention effective dans le fonctionnement quotidien de la Cour demeurerait assez marginale.

79. Comme cela ne surprend guère au vu du «compromis de Stockholm», le DH-PR opta pour la deuxième variante. La première et la troisième étaient sans doute plus logiques, mais il apparaissait clairement que le choix de la deuxième variante était une formule permettant de «concilier» commodément à la fois les préoccupations de ceux qui mettaient l'accent sur la nécessité d'une Cour unique et celles de ceux qui privilégiaient un système à deux niveaux. Comme devait l'expliquer par la suite l'un de

ceux qui avaient pris part au processus de décision, c'était «un compromis [...] parfaitement indéfendable sur le plan intellectuel (mais n'est-ce pas dans la nature de tout compromis?)»³⁵.

80. À ce stade, il restait, en ce qui concerne les «réexamens», une question non encore résolue: lorsque l'une des parties demanderait que la décision de la chambre fasse l'objet d'un renvoi, était-ce à la chambre elle-même ou à la Grande Chambre qu'il appartiendrait de se prononcer sur cette demande (dans une procédure apparentée à l'«autorisation de faire appel» que connaissent les juridictions de droit commun), encore que la seconde variante du projet figurant dans le document de l'expert allemand prévoyait qu'une telle décision soit prise par la chambre elle-même³⁶.

81. Cette réunion avait vraiment été exceptionnelle: comme on l'a vu, de multiples questions avaient été résolues en l'espace d'une semaine. Un nombre non négligeable de propositions retenues en juin 1993 allaient survivre au tumulte du processus de négociation et se maintenir jusqu'à l'adoption du texte définitif du Protocole n.º 11, le 11 mai 1994.

82. Comme le DH-PR le lui avait demandé, le groupe de travail prépara, pendant les mois d'été, un projet de Protocole d'amendement à la Convention européenne des Droits de l'Homme ainsi qu'un texte et un rapport explicatif séparés sur le rôle et les fonctions des avocats généraux, les deux textes étant annexés aux trois pages de son rapport. Bien qu'il n'ait pas eu le temps d'étudier en détail le projet de rapport explicatif préparé par le secrétariat (ni les commentaires relatifs aux avocats généraux), le groupe de travail décida de les transmettre également au DH-PR, étant entendu qu'ils seraient complétés et examinés de manière approfondie lors de la réunion plénière que le Comité allait tenir en septembre³⁷.

83. Un certain nombre de propositions faites en cours de débat n'étaient pas incorporées dans le texte transmis au DH-PR, mais furent mentionnées dans le rapport de réunion. Tel est le cas, par exemple, d'une proposition émanant de l'expert du Royaume-Uni et qui consistait à ajouter au projet d'article 35 (devenu entre-temps, dans le texte du Protocole n.º 11, l'article 38) un paragraphe supplémentaire disposant que «lorsqu'un membre d'une Chambre participe aux débats concernant ou ayant pour but d'assurer un règlement amiable, il ne participe ni par un vote ni d'une autre manière à aucune décision ultérieure concernant la requête examinée par la Chambre». Tel était également le cas d'une autre proposition émanant elle aussi de l'expert du Royaume-Uni et qui consistait à ajouter au projet d'article 40 / variante de l'article 40 (devenu entre-temps, dans le texte du Protocole n.º 11, l'article 43) une circonstance supplémentaire dans laquelle une affaire pourrait être déferée à la Grande Chambre, à savoir lorsqu'elle «soulève un point d'intérêt public général pour l'État concerné»³⁸.

³⁵ Abraham. *AFDI*, p. 631.

³⁶ Voir l'article 43 de la Convention telle qu'amendée par le Protocole n.º 11 et le document DH-PR(93)10. La question du dessaisissement fut à peine évoquée au cours de la réunion de juin 1993 du DH-PR.

³⁷ Pour plus de détails, consulter le document DH-PR(93)15 du 6 septembre 1993. Voir aussi, à cet égard, les observations écrites que la Commission internationale des Juristes avait présentées au groupe de travail en date du 30 août 1993 (doc. DH-PR-IS(93) misc. 3, en anglais uniquement).

³⁸ Cette proposition, sous une forme légèrement modifiée, fut ultérieurement reprise dans le texte du nouvel article 43 mais non dans celui du nouvel article 30. Voir le rapport explicatif du Protocole n.º 11, paragraphe 102.

84. Le groupe de travail n'avait pas non plus disposé d'assez de temps pour étudier comme il se devait la proposition émanant de l'expert suédois et qui consistait à ajouter un paragraphe à l'article 5 du projet de Protocole. Ce texte fut donc repris dans le rapport de réunion, étant entendu qu'il devrait être discuté à la réunion plénière du DH-PR. Cela devait s'avérer une sage décision, puisque les idées qu'il contenait allaient refaire surface, sous une formulation remaniée, en tant qu'article 5, paragraphe 4, du Protocole n° 11.

85. Les avis des experts divergeaient sur un certain nombre de points, dont les plus importants – outre ceux que l'on avait laissés entre crochets dans le texte du Protocole lui-même – étaient les suivants:

- un certain nombre d'experts n'étaient pas favorables au maintien de la disposition du projet d'article 28 aux termes de laquelle une Chambre devrait statuer sur la recevabilité d'une requête dans une décision séparée (cf. Article 29 tel que prévu par le Protocole n.º 11);
- certains experts estimaient qu'une Chambre devrait toujours pouvoir se dessaisir au profit de la Grande Chambre, une proposition qui ne fut (malheureusement) pas retenue par le groupe de travail.

86. Le groupe de travail notait également que le texte de l'article 2 du projet de Protocole ne tenait pas compte des difficultés éventuelles qui pourraient surgir par rapport au Protocole n.º 4 (article 6) et au Protocole n° 7 (article 7) à la Convention³⁹. La question de savoir si le droit de requête individuelle devait rester facultatif en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, comme c'était le cas jusque-là (voir l'article 63 de la Convention), fut également évoquée dans la discussion.

87. Là-dessus, lors de sa 35e réunion plénière, tenue du 7 au 10 septembre 1993, le DH-PR établit, à titre de tâche hautement prioritaire, le projet de Protocole que le CDDH l'avait chargé de préparer. Il organisa par ailleurs, le 8 septembre 1993, une entrevue avec M. H.-C. Krüger, Secrétaire de la Commission. Aucun membre du Greffe de la Cour ne put (ou ne fut autorisé) à prendre part à cette entrevue.

88. Lors de cette réunion, une large majorité d'experts estimèrent que le droit de recours individuel devait être obligatoire. Quant au problème du renvoi, les experts étaient partagés, presque à égalité, quant à la question de savoir si la décision de renvoyer une affaire devant la Grande Chambre devait être prise par la chambre ayant prononcé le jugement ou par un collège de la Grande Chambre (projet d'article 40 ou variante de l'article 40, entre-temps devenu, dans le texte du Protocole no 11, l'article 43). Le DH-PR décida de transmettre cette question pour décision au CDDH.

89. Comme il en avait déjà convenu en juin 1993, le DH-PR retenait trois variantes possibles (obligatoire, facultative et «*opting out*») quant au traitement des affaires interétatiques. De façon peut-être surprenante, la plupart des experts ne marquèrent pas leur soutien pour la mise en place d'avocats généraux (cinq experts favorables, 10 experts opposés et 6 abstentions). Finalement, le texte du projet de rapport explicatif qu'avait préparé le Secrétariat fut transmis au CDDH pour examen, sous réserve que l'on dispose du temps nécessaire⁴⁰.

³⁹ Cette question fut résolue par l'article 2, paragraphes 5 à 7, du Protocole n° 11. Ceci pourrait, éventuellement, occasionner des difficultés pour l'Italie et la Grèce.

⁴⁰ Doc. DH-PR(93)16 du 13 septembre 1993.

90. Le CDDH tint une réunion extraordinaire sur ce sujet du 20 au 24 septembre 1993, sous la présidence de M. E. Møse, juge norvégien. Il examina attentivement le projet de Protocole no.º 11 que le DH-PR avait préparé et eut un échange de vues avec MM. Nørgaard et Ryssdal, respectivement présidents de la Commission et de la Cour.

91. À la fin de sa réunion, le CDDH adopta un rapport d'activité, à l'intention du Comité des Ministres, qui contenait notamment le projet de Protocole n.º 11 tel qu'amendé au cours de la réunion. Dans son rapport, le CDDH invitait le Comité des Ministres à:

- «– soumettre, pour information, le projet de Protocole n.º 11 à la Convention européenne des Droits de l'Homme aux Chefs d'État et de Gouvernement qui se réuniront à Vienne les 8 et 9 octobre 1993;
- prolonger le délai d'exécution du mandat occasionnel du CDDH afin de permettre au CDDH de finaliser le projet de Protocole n.º 11 et d'examiner le projet de rapport explicatif préparé par le Secrétariat.»

92. Même si des progrès considérables avaient été faits, le CDDH estimait qu'une réflexion s'imposait au sujet de certaines questions: il n'avait pas eu assez de temps pour examiner les règles relatives à la période de transition (articles 2, 4 et 5) ni pour savoir s'il convenait d'élaborer des dispositions à caractère statutaire en vue de leur inclusion dans le projet de Protocole, dans un Statut de la Cour ou dans le Règlement de la Cour. En outre, il fallait encore élaborer un projet de rapport explicatif. De plus, la Cour et la Commission des Droits de l'Homme n'avaient pas encore été officiellement consultées.

93. L'attention du Comité des Ministres était attirée sur les questions spécifiques suivantes ⁴¹:

1. *Composition de la Cour.* Le mandat confié par le Comité des Ministres au CDDH prévoyait, suivant en cela l'article 38 de la Convention, que la Cour devrait se composer d'un nombre de juges égal à celui des membres du Conseil de l'Europe. Toutefois, le CDDH avait retenu la proposition du DH-PR aux termes de laquelle le nouveau texte (article 20 tel que le prévoit le Protocole n.º 11) devrait être «la Cour se compose d'un nombre de juges égal à celui des Hautes Parties contractantes».

2. *Requêtes individuelles.* Vingt-trois membres du CDDH étaient d'avis que le droit de recours individuel devrait être obligatoire, trois estimaient qu'il devait rester facultatif et un expert s'était abstenu, en expliquant que le recours individuel ne devrait être obligatoire qu'après une période de transition qui permettrait aux nouvelles Parties contractantes d'aligner leur législation nationale sur les exigences de la Convention. Le CDDH avait donc inclus dans le texte une disposition prévoyant que le droit de recours individuel serait obligatoire, tout en maintenant un projet de variante (projet d'article 34) dans le «rapport d'activité» soumis au Comité des Ministres.

3. *Requêtes étatiques.* Le CDDH avait examiné les trois variantes présentées par le DH-PR: la variante obligatoire, la variante facultative et la clause d'«*opting out*». Quinze experts s'étaient exprimés en faveur de la variante obligatoire, aucun expert n'était contre et onze experts n'avaient pas pris position. Le CDDH avait donc décidé de retenir cette variante et de l'inclure, en tant qu'article 34, dans le projet de Protocole.

⁴¹ Voir le document CDDH(93)24 du 28 septembre, en particulier aux pages 15 à 17. Voir aussi J. Rozenberg, *The Search for Justice (An Anatomy of the Law)*, 1994, Hodder and Stoughton, pp. 212-213.

Sept experts s'étaient exprimés en faveur de la variante facultative, sept experts étaient contre et douze experts n'avaient pas pris position. Trois experts souhaitaient que le texte de cette version soit maintenu dans le projet de Protocole ⁴². Trois experts s'étaient exprimés en faveur de la clause d'«*opting out*», neuf experts étaient contre et treize experts n'avaient pas pris position.

4. *Avocats généraux*. Le CDDH prenait note des travaux du DH-PR sur le rôle et les fonctions d'éventuels avocats généraux. Quatre experts s'étaient déclarés favorables à la création de cette institution, dix-neuf estimaient qu'elle n'était pas nécessaire et cinq n'avaient pas pris position sur ce point. Il avait donc été décidé de ne pas retenir cette proposition en vue de son examen par le Comité des Ministres.

* * *

94. Les Délégués des Ministres convinrent, le 4 octobre 1993, «de soumettre à l'approbation politique des Chefs d'État et de Gouvernement qui se réuniront à Vienne les 8 et 9 octobre 1993 les grandes orientations de la réforme contenues dans le projet de Protocole n° 11 à la Convention européenne des Droits de l'Homme» et de prolonger le délai d'exécution du mandat occasionnel du CDDH jusqu'à une date à déterminer à la lumière des décisions du Sommet.

95. Dans leur Déclaration de Vienne du 9 octobre 1993, les Chefs d'État et de Gouvernement du Conseil de l'Europe déclarèrent solennellement ce qui suit:

«Nous donnons mandat au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'achever la préparation d'un projet de Protocole d'amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, sur lequel des progrès substantiels ont été accomplis, en vue d'adopter un texte et de l'ouvrir à la signature lors de sa réunion ministérielle en mai 1994. Nous veillerons ensuite à ce que le Protocole soit soumis à ratification dans les plus brefs délais.» ⁴³

96. Par la suite, lors d'une réunion tenue à la mi-octobre 1993, les Délégués des Ministres convinrent de prolonger jusqu'au 31 mars 1994 le délai d'exécution du mandat occasionnel attribué au CDDH par leur décision du 28 mai 1993, afin de permettre à ce dernier de finaliser le projet de Protocole n.º 11 et d'adopter le projet de rapport explicatif préparé par le Secrétariat, en vue de l'adoption d'un Protocole et de son ouverture à la signature lors de la réunion ministérielle de mai 1994. À la même réunion, les Délégués décidèrent de consulter officiellement l'Assemblée parlementaire ainsi que la Commission et la Cour en vue de recueillir leur avis sur ce texte. Ils s'engagèrent également à tenir les trois organes régulièrement informés de l'avancement des travaux des experts.

⁴² Cette variante aux termes de laquelle la reconnaissance de la juridiction de la Cour était facultative fut, elle aussi, maintenue dans le «rapport d'activité» soumis au Comité des Ministres (p. 16).

⁴³ Voir également le Rapport explicatif du Protocole n° 11 (*Bibliographie sélective*, 1re partie), et, en particulier, les paragraphes 5, 23 et 56. Le texte intégral de la déclaration est reproduit dans les éditions de 1993 du *HRLJ*, de la *RUDH* et de l'*EuGRZ* (voir *Bibliographie sélective*, 1re partie).

97. En outre, lors de sa 93e session tenue le 4 novembre 1993 au niveau des ministres des Affaires étrangères, le Comité des Ministres déclara dans son communiqué final que «les Ministres ont noté avec satisfaction que leurs Délégués avaient déjà pris les dispositions nécessaires pour que les experts puissent finaliser un projet de Protocole à la Convention en temps utile pour son ouverture à la signature à l'occasion de leur 94e session, en mai 1994».

* * *

98. De retour à leur ouvrage, les experts se remirent à y travailler durement, forts de l'indispensable impulsion politique que les Chefs d'État et de Gouvernement y avaient donnée en rappelant l'urgence d'une réforme aussi nécessaire. Fin octobre 1993, le DH-PR disposait d'une version révisée du projet de Protocole no 11, assortie d'un projet de rapport explicatif remis à jour ⁴⁴. Ce document allait être l'outil de base de la 36e réunion plénière du DH-PR, qui se tint du 8 au 12 novembre 1993. Lors de cette réunion, des efforts concertés furent déployés en vue de résoudre des questions sur lesquelles le CDDH n'avait pas eu la possibilité de conclure lors de sa réunion extraordinaire de septembre.

99. On traita, au cours de cette réunion, d'un certain nombre de questions techniques qui ne sauraient être abordées ici, essentiellement par manque de place ⁴⁵. Nous nous contenterons donc de retenir que le Comité convint de tenir une réunion extraordinaire début 1994, afin d'achever son travail après s'être donné l'occasion d'étudier les observations de l'Assemblée parlementaire, de la Commission et de la Cour ⁴⁶.

100. Le secrétariat du DH-PR reçut les observations de la Commission européenne des Droits de l'Homme sur la proposition de réforme le 21 janvier 1994 et celles de la Cour le 31 janvier 1994. L'avis n° 178 (1994) de l'Assemblée parlementaire avait été officiellement adopté le 25 janvier 1994⁴⁷. Si ce dernier est, bien évidemment, un document public, les avis de la Commission et de la Cour n'ont, quant à eux, pas encore été rendus publics ⁴⁸, de telle sorte qu'il y a lieu de procéder ici à un bref «aperçu comparatif» de leurs points de vue.

⁴⁴ Doc. DH-PR(93)17 du 22 octobre 1993.

⁴⁵ Voir doc. DH-PR(93)19 du 17 Novembre 1993. Il y a toutefois lieu de relever les communications soumises à l'attention du DH-PR par deux organes qui n'étaient pas directement impliqués dans le processus de négociation: la Commission internationale des Juristes (qui avait déjà fait parvenir une communication au groupe du travail du DH-PR le 30 août - cf. note 38 ci-dessus) et le Conseil des Barreaux de la Communauté européenne (CCBE). L'utilité de cette dernière communication était contestable (et l'on peut même considérer que les représentants de 'la profession de l'avocat' ont manqué là l'occasion d'apporter une contribution *substantielle* aux négociations). Les deux textes ont été reproduits dans le document DH-PR(93)20 du 22 novembre 1993.

⁴⁶ Le DH-PR estimait que la Commission et la Cour devraient, notamment, étudier attentivement l'article 5 du projet de Protocole n° 11 (c'est-à-dire son propre projet et celui qui avait été soumis par la délégation danoise - doc. DH-PR(93)17 misc. 5, également reproduit dans le doc. DH-PR(93)20 du 22 novembre. Voir également la proposition de la délégation suisse en ce qui concerne le collège de juges de la Grande Chambre: doc. DH-PR(93)17 misc. 2, également reprise dans le doc. DH-PR(93)20).

⁴⁷ Voir les documents DH-PR(94)2 et DH-PR(94)4. Les trois textes sont reproduits dans le doc. CDDH(94)3.

⁴⁸ Cf. la première série d'avis qui ont été déclassifiés et publiés dans *HRLJ* et dans *RUDH* (voir notes 12 et 26 ci-dessus).

101. Tandis que l'Assemblée parlementaire réitérait son soutien total au système de Cour unique, la Commission notait que le projet contenait des éléments des deux modèles de réforme originaux qui s'avéraient difficiles à concilier. Cependant, chacun des trois organes se félicitait de l'acceptation du principe selon lequel, outre le caractère impératif du droit de requête individuelle, la Cour (c'est-à-dire, à ce stade, la Grande Chambre) aurait obligatoirement compétence pour connaître des affaires interétatiques.

102. Les critiques les plus sévères portaient sur deux aspects interdépendants du projet: les articles ayant trait au dessaisissement et au renvoi pour nouvel examen. Chacun des trois organes proposait de supprimer les termes «... à moins que l'une des parties s'y oppose» à la fin du projet d'article relatif au dessaisissement (nouvel article 30 tel qu'il figure dans le Protocole n.º 11). La Commission considérait que les dispositions relatives au dessaisissement par une Chambre et au renvoi pour ré-examen après jugement d'une Chambre étaient incompatibles entre elles. Toutefois, si cette dernière disposition devait être maintenue, elle recommandait que ce soit la Chambre ayant statué sur l'affaire qui se prononce sur la demande de renvoi. La Cour était fermement opposée au système de renvoi tel qu'il était proposé: ce système n'était pas seulement inhabituel; il soulevait de graves objections. La Cour ajoutait cependant que si ce projet devait être maintenu, le collège décidant d'accepter ou non une demande de renvoi devrait comprendre le président et les vice-présidents de la Cour ainsi que les présidents des chambres⁴⁹.

103. Chacun des trois organes exprimait également son désappointement quant à la formulation du projet d'article 25, dont le texte, à l'époque, était: «Les juges peuvent être assistés par des référendaires choisis par eux». L'assemblée demandait que soient supprimés les mots «choisis par eux», tandis que la Cour considérait que c'était à la Cour elle-même et non à chacun des juges qu'il fallait laisser le soin de fixer le statut des «référendaires» (désormais rebaptisés *legal secretaries* dans la version définitive du texte anglais de cet article). Quant à la Commission, elle estimait qu'il y avait lieu de supprimer purement et simplement le projet d'article 25: «La relation de travail entre des membres individuels du personnel et des juges individuels, de même que la désignation, le statut et les fonctions du futur Greffe de la Cour, ne devraient pas être définis dans le Protocole mais devraient être réservés à des dispositions relevant du Règlement de la Cour, sur lesquelles les futurs juges se prononceront eux-mêmes en se basant sur leur expérience».

104. Comme on pouvait s'y attendre, la Cour estimait que l'élection des juges pour un mandat renouvelable de 9 ans, comme c'était le cas, était préférable au mandat (renouvelable) de six ans que proposait le projet d'article 23. L'Assemblée était d'avis que la durée du mandat des juges devait rester la même que dans le système actuel (neuf ans), mais sans possibilité de réélection. La Cour ajoutait, en outre, que la limite d'âge de 70 ans, nouvellement imposée, n'était pas appropriée, à tout le moins pour la période de transition. Pour elle, proposer une telle limite d'âge de 70 ans risquait, en soi, de priver la Cour du concours de juges particulièrement qualifiés.

⁴⁹ La Cour présumait que le président et les vice-présidents seraient probablement aussi présidents de chambres. Les collègues se composeraient donc, en pratique, d'un nombre restreint de juges très représentatifs de l'ensemble des membres de la Cour. Voir également, à cet égard, la proposition de la délégation suisse au DH-PR (citée ci-dessus à la note 47).

105. Tant la Commission que la Cour estimaient que la nouvelle Cour aurait dû avoir le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires, ce à quoi le texte de la Convention aurait dû pourvoir explicitement. La Cour songeait ici à l'article 63, paragraphe 2, première phrase, de la Convention américaine de 1969 relative aux Droits de l'Homme⁵⁰, la Commission estimant, pour sa part, que le texte de la Convention devrait prévoir des mesures provisoires à effet obligatoire voisines des règles présentement contenues dans les Règlements intérieurs de la Commission et de la Cour⁵¹. L'Assemblée (comme l'avait fait la Commission internationale des Juristes⁵²) demandait également que le texte du projet de Protocole soit plus facile à comprendre pour des non-juristes, suggérant, par exemple, d'insérer des intitulés de rubrique.

106. Enfin, un certain nombre d'observations étaient faites à propos de l'entrée en vigueur du Protocole (les rédacteurs du projet envisageaient, à ce stade, une période de six mois) et à propos des mesures de transition proposées. S'agissant de l'entrée en vigueur du Protocole, la Commission proposait que la période la précédant soit étendue à un an, de façon à disposer d'assez de temps pour élire les juges et installer la nouvelle Cour. Par ailleurs, elle formulait quelques propositions relatives au projet d'article 5, paragraphes 2 et 3. La Cour, quant à elle, suggérait que ses juges actuels (ainsi que son greffier et son greffier adjoint) puissent rester en fonction au sein de la nouvelle Cour jusqu'au terme du mandat pour lequel ils avaient été élus. Afin de permettre à la Commission et à la Cour existantes de mener à son terme l'examen des affaires pendantes devant elles, l'Assemblée parlementaire suggérait que le projet d'article 5 (dispositions transitoires) soit amendé de façon à accorder un délai supplémentaire de dix-huit mois à la Cour et de deux ans et demi à la Commission pour y parvenir. La nouvelle Cour pourrait ainsi, selon ce que suggérait l'Assemblée, entamer ses travaux avec un rôle vierge.

107. La réunion extraordinaire du DH-PR se déroula du 31 janvier au 4 février 1994 et le texte définitif de son rapport de réunion fut adopté le 11 mars 1994, à la suite d'une procédure écrite⁵³.

108. Lors de cette réunion, le Comité, sous la présidence de M. J. Meyer-Ladewig, son nouveau président, acheva ses travaux relatifs au projet de Protocole no 11 à la Convention, conformément au mandat que lui avait confié le CDDH. Ce faisant, il accorda une attention particulière aux observations formulées à ce propos par la Commission et par la Cour ainsi qu'à l'avis n° 178 (1994) de l'Assemblée parlementaire. À partir des propositions formulées par ces institutions, le Comité

⁵⁰ Cette disposition est ainsi libellée: «Dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'un différend dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes».

⁵¹ Voir l'article 36 du règlement intérieur de la Commission et l'(ancien) article 36 du règlement de la Cour, qui prévoient tous deux la possibilité d'*indiquer* des mesures provisoires aux parties. Aucune de ces deux propositions ne put voir le jour. Cf. les efforts déployés en vain par la délégation suisse à cet égard, dans le doc. DH-PR(93)20, transmis à l'attention du DH-PR le 8 novembre 1993. Voir également les commentaires de Bratza et O'Boyle et de Mahoney (*Bibliographie sélective*, 3e partie).

⁵² Voir doc. DH-PR(93)20 et la note 46 ci-dessus.

⁵³ Doc DH-PR(94)7. L'adoption définitive du texte de ce rapport avait été postposée afin de pouvoir prendre en considération des changements de dernière minute, et notamment l'insertion d'intitulés pour chacun des articles à laquelle procéda un groupe de travail qui se réunit les 3 et 4 mars 1994.

apporta effectivement un certain nombre de modifications importantes. C'est ainsi qu'il ajouta des intitulés aux articles et aux titres de la Convention et de ses Protocoles, de façon à répondre au souci qu'avait l'Assemblée de voir le texte rendu plus aisément compréhensible.

109. Toutefois, l'essentiel de la structure, du contenu et, surtout, de l'interdépendance entre ce qui allait finalement devenir les articles 28, 30 et 43 était maintenu, malgré les critiques formulées par la Cour et la Commission. Comme la Commission l'avait relevé à juste titre, le dessaisissement et le renvoi pour nouvel examen constituaient la base du compromis politique sur lequel reposait le mandat du Comité. Bien que les dispositions relatives au dessaisissement et au renvoi pour nouvel examen ne puissent rencontrer l'approbation de tous, le DH-PR considérait le texte adopté comme la seule solution acceptable, dans de telles circonstances, par tous les États parties.

110. Comme le CDDH et le DH-PR l'avaient reconnu au cours de leurs précédentes réunions, ces dispositions étaient considérées comme l'élément-clé sur lequel reposait le compromis politique et sans lequel il était entendu que l'établissement d'une Cour unique eût été impossible. Cela étant, la plupart des experts estimaient que ces dispositions donneraient en pratique à la nouvelle Cour permanente une marge d'appréciation suffisante pour pouvoir surmonter toute incohérence apparente.

111. En ce qui concerne l'idée selon laquelle une demande de réexamen devrait être examinée par un collège qui comprendrait le président et les vice-présidents de la Cour ainsi que les présidents des Chambres, le DH-PR estimait qu'il valait mieux ne pas spécifier la composition exacte du collège dans la Convention elle-même. Il proposait que, pour garantir une certaine souplesse à cet égard, le collège soit composé de cinq juges – plutôt que de trois juges, comme il l'avait envisagé dans un premier temps –, ce qui permettait à la nouvelle Cour de former le collège comme la Cour l'avait proposé dans son avis.

112. Plusieurs amendements étaient apportés au texte final, à la lumière des suggestions formulées par la Cour, la Commission et l'Assemblée parlementaire:

- en ce qui concerne les dispositions transitoires (articles 5 et 4), le DH-PR avait réécrit le texte du projet d'article 5 et porté à un an le délai préalable à l'entrée en vigueur du Protocole (article 4)⁵⁴;
- une disposition relative aux «interventions de tiers» était insérée dans le texte, ainsi que l'avait proposé la Commission⁵⁵;
- la proposition de la Cour visant à ce que la durée d'existence des Chambres et comités de la Cour unique ne soit pas précisée dans le texte des articles 26 et 27 avait été acceptée. La nouvelle version du texte faisait apparaître clairement que les Chambres et comités seraient constitués pour une période déterminée, étant entendu que la Cour réglerait ces points dans son règlement;

⁵⁴ Les débats sur ce point avaient été assez complexes et assez longs. Parmi les autres documents y ayant directement trait figuraient les propositions du président (doc. DH-PR(94)4) et le document de la délégation danoise (doc. DH-PR(94)7 misc. 2).

⁵⁵ Voir l'article 36 de la Convention tel que modifié par le Protocole n° 11 ainsi que les paragraphes 90 et 91 du rapport explicatif.

- eu égard aux critiques formulées par les trois institutions au sujet de la version initiale du texte mentionnant les «référendaires» (rebaptisés désormais «*legal secretaries*» dans la version anglaise) dans le projet d'article 25, les mots «choisis par eux» avaient été supprimés⁵⁶;
- Compte tenu des observations que la Cour avait formulées, dans son avis, à propos de la deuxième phrase du projet d'article 30, cette disposition avait été reformulée de manière à prévoir que, dans des cas exceptionnels, une décision séparée sur la recevabilité ne soit pas nécessaire⁵⁷;
- à la demande tant de l'Assemblée parlementaire que de la Commission, une disposition spécifique avait été incluse dans le texte pour indiquer que les audiences de la Cour devraient être publiques et que les documents devraient, en principe, être accessibles au public⁵⁸.

113. Sur la base d'instructions précises émanant du CDDH, le Comité avait également étudié un certain nombre de propositions supplémentaires non mentionnées ci-dessus. Une nouvelle disposition — l'article 5 bis, devenu article 6 dans la version finale du texte — avait été insérée dans le projet de Protocole au sujet de la question de la compétence *ratione temporis* de la nouvelle Cour (non-rétroactivité des déclarations faites sur la base des articles 25 et 46 de la Convention). Par ailleurs, après réflexion, les projets d'articles 46 à 48 (à propos des avis consultatifs)⁵⁹ n'avaient pas été modifiés. Cela dit, un certain nombre d'experts avaient souhaité voir supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 46 (devenu désormais l'article 47) ou la dernière partie de ce paragraphe. Un expert souhaitait que cette possibilité de solliciter des avis consultatifs soit étendue à l'Assemblée parlementaire. Un autre encore suggérait que l'on étudie la possibilité que le Secrétaire général puisse en faire autant.

114. Il était également apparu au cours des débats que le texte de l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme ainsi que les Protocoles n^{os} 2, 4 et 5 à l'Accord général sur les Privilèges et Immunités nécessitaient une révision (voir, pour plus de détails, une étude récente faite par l'auteur: "Protocole n^o 11 à la CEDH: préparation à l'entrée en vigueur: dans Vol. 8 *Journal européen de droit international*, 1997, pp. 59 à 76, aux pp. 64-67).

115. Enfin, outre le point de vue de l'expert danois selon lequel l'article 5, paragraphe 4, du projet de Protocole n^o 11 n'était toujours pas libellé de façon

⁵⁶ Voir l'article 25 de la Convention tel que modifié par le Protocole n^o 11 ainsi que les paragraphes 31 et 67 du rapport explicatif.

⁵⁷ Le projet d'article 30 allait devenir l'article 29 tel que modifié par le Protocole n^o 11. Ce projet d'article 30 disposait que «La décision sur la recevabilité est prise séparément». La Cour relevait qu'à n'en pas douter, pareille décision serait utile, voire nécessaire dans nombre d'affaires, mais que dans d'autres, elle pourrait entraîner des effets dommageables et des pertes de temps. Ainsi, la question de l'épuisement des voies de recours était parfois étroitement liée au bien-fondé d'une cause, au point de ne pas se prêter à un examen et à une décision distincts. La Cour estimait que le libellé du projet d'article 30 devait pour le moins ménager des exceptions ou, mieux encore, qu'il faudrait laisser à la nouvelle Cour le soin de résoudre cette question dans son futur règlement.

⁵⁸ Voir l'article 40 de la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n^o 11, ainsi que le paragraphe 96 du rapport explicatif.

⁵⁹ Dans la version finalement adoptée, les articles 46 à 48 allaient devenir les articles 47 à 49.

satisfaisante, le dernier paragraphe du rapport de réunion du DH-PR faisait état, à la demande expresse de deux experts (qui avaient vraisemblablement reçu des instructions dans ce sens), de deux points assez importants (et potentiellement très embarrassants). Pour citer mot pour mot le rapport,

«est rejetée la proposition *italienne* tendant à exclure la possibilité pour les juges ayant pris part au jugement d'une affaire dans une Chambre de siéger une seconde fois lors du renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, ainsi qu'à prévoir le remplacement du «juge national» dans la procédure de réexamen. L'expert italien considère que la rédaction actuelle est contraire à un certain nombre de principes juridiques importants et solidement établis dans les États membres;

l'experte du *Royaume-Uni* indique qu'on ne peut exclure que sa délégation rouvre, dès la prochaine réunion du CDDH, le débat sur le point de savoir si le droit de recours individuel doit être obligatoire et s'il est opportun pour une chambre de connaître d'une affaire étatique et, par là même, prévoir une possibilité de réexamen»⁶⁰.

116. Le dernier obstacle dans le processus de négociation, tout au moins pour ce qui est de l'aspect officiel des négociations intergouvernementales, fut la (deuxième) réunion extraordinaire que le CDDH tint sur ce sujet du 21 au 25 mars 1994⁶¹. Ce fut une réunion à forte intensité dramatique, en ce sens qu'à l'avant-plan du débat transparaissaient désormais ouvertement des considérations politiques jusque-là relativement bien camouflées sous des controverses à caractère technique. L'heure de vérité avait sonné. Au vu des deux points que les experts de l'Italie et du Royaume-Uni avaient expressément soulevés à l'occasion de la réunion que le DH-PR avait tenue fin janvier 1994, on pouvait présager que cette réunion-ci amènerait l'une ou l'autre surprise désagréable. C'est effectivement ce qui allait se produire.

117. Après avoir passé entièrement en revue le texte du projet de Protocole et de rapport explicatif, le CDDH était occupé à régler quelques détails et à apporter aux textes, le cas échéant, l'un ou l'autre changement de dernière minute, lorsque, le 22 mars, les représentants de l'Italie et du Royaume-Uni demandèrent officiellement au Secrétariat – par l'entremise de la présidence – que celui-ci ajoute au rapport de réunion du CDDH les déclarations qu'ils s'apprêtaient à faire (deux déclarations officielles émanant des délégations suisse et turque allaient suivre). C'était là un événement inhabituel et qui prit au dépourvu plus d'une délégation, dès lors que jusqu'à ce stade de négociation, aucun expert, aucune délégation n'avait jamais exigé que la retranscription *in extenso* d'une de ses déclarations figure dans un rapport de réunion⁶².

La déclaration de la délégation du Royaume-Uni

118. L'expert du Royaume-Uni indiqua que le caractère obligatoire du droit de recours individuel, retenu à l'article 34, n'était pas acceptable, précisant que ce point

⁶⁰ Voir doc. DH-PR(94)7 du 14 mars 1994, paragraphe 13.

⁶¹ Doc. CDDH(94)11 du 30 mars 1994.

devrait être examiné séparément et suivant un calendrier plus lâche ⁶³. Si l'experte turque exprima son intérêt pour cette prise de position, une large majorité de délégations réagirent en soulignant l'importance qu'elles attachaient au caractère obligatoire du droit de recours individuel.

119. Par ailleurs, après avoir rejeté, lors d'un vote indicatif, la proposition présentée par la délégation du Royaume-Uni quant aux affaires interétatiques, à savoir

⁶² Pour plus de détails, consulter le document CDDH(94)11 du 30 mars 1994, en particulier aux pages 15 à 18.

Un autre sujet (potentiellement) important, à savoir les avis consultatifs, faisait également l'objet d'une mention spécifique dans le rapport de réunion. Étant donné que le Protocole n° 2 se référait à «la Commission», le texte en fut dûment modifié (l'autre possibilité, qui consistait à amender séparément le Protocole n° 2, avait été considérée comme beaucoup plus difficile à mettre en oeuvre que la simple incorporation du texte amendé dans le Protocole n° 11). Plusieurs experts s'étaient toutefois interrogés sur la portée pratique et juridique du système des avis consultatifs et avaient recommandé qu'un comité d'experts examine l'opportunité de le maintenir. Pour des commentaires plus approfondis sur ce sujet, consulter A. Drzemczewski, «Advisory jurisdiction in the European Court of Human Rights: a procedure worth retaining?», dans *The Modern World of Human Rights. Essays in honour of Thomas Buergenthal* (1996), pp. 493-514. Une version française de cet article, moins à jour, figure dans *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article* (Éd. E. Decaux, P.-H. Imbert et L.-E. Pettiti, 1995), pp. 1027-1036.

⁶³ Le texte complet de la déclaration de l'expert du Royaume-Uni se lit comme suit:

«Comme l'a déjà prévenu ma délégation, nous voulons maintenant réexaminer la question du passage de l'actuel système d'un droit facultatif et renouvelable de recours individuel à un régime dans lequel ce droit est permanent et obligatoire.

Les ministres britanniques ont étudié attentivement cette question lors d'une réunion la semaine dernière. Je m'exprime donc désormais avec les pleins pouvoirs du Gouvernement britannique. Nous estimons qu'il est malavisé de changer le système en vigueur, pour un certain nombre de raisons impérieuses.

La première, la plus importante de ces raisons, tient à l'équilibre entre l'autorité de la Cour et celle des régimes représentatifs des États membres. Nos gouvernements doivent rendre compte devant nos parlements et nos peuples des pouvoirs qu'ils exercent. Par contre, la Cour, ici à Strasbourg, n'a de compte à rendre à personne, alors qu'elle peut prononcer et prononce effectivement des décisions contraignantes sur des questions d'ordre intérieur, qui peuvent obliger les parlements à légiférer. C'est là une énorme responsabilité. C'est pourquoi mon gouvernement est très fermement convaincu que la possibilité de réexaminer périodiquement l'action de la Cour et de prendre en connaissance de cause la décision de reconduire le droit de recours individuel est juste et rationnelle en tant que garantie démocratique. Il considère donc le maintien du statu quo à cet égard comme absolument essentiel.

La deuxième raison est que la nouvelle Cour que nous sommes en train de créer sera très différente de l'ancien système. Nous espérons préserver tout ce qui est bon dans l'ancien système, tout en le rendant propre à répondre aux problèmes que posera la protection des droits de l'homme au XXI^e siècle. Mais nous ne sommes pas à même de savoir que nous avons atteint ce but. La nouvelle Cour n'a pas été mise à l'épreuve. C'est pourquoi mon gouvernement pense que ce n'est vraiment pas le moment de franchir une étape radicale supplémentaire en rendant obligatoire le droit de recours individuel.

Cette idée d'une étape radicale supplémentaire me conduit à l'observation suivante: le changement proposé n'a, en vérité, rien à voir avec la réforme à laquelle nous avons tant travaillé. Il s'y ajoute. De nombreux États membres y voient une adjonction souhaitable, et nous le comprenons. Comme je l'ai dit, mon gouvernement désapprouve fermement cette idée. Mais indépendamment de cela, le fait est que la modification proposée n'a aucun intérêt pour le fonctionnement de la nouvelle Cour et que rien dans la réforme ne la rend indispensable.

Comme je l'ai dit, mon gouvernement comprend les points de vue catégoriquement affirmés des autres États membres sur cette question. Puisque celle-ci n'a aucun rapport avec la réforme de la Cour, je propose donc, d'ordre de mon gouvernement, qu'elle soit examinée séparément et suivant un calendrier plus lâche. En attendant, si nous maintenons le système en vigueur, rien n'empêche un État membre de faire une déclaration pour préciser que le droit est ouvert indéfiniment à toute personne relevant de sa juridiction».

qu'il convenait de prévoir une possibilité de réexamen dans les affaires interétatiques (outre les possibilités de réexamen de requêtes individuelles dans des cas exceptionnels), une large majorité d'experts finit par se rallier à cette proposition. Une fois l'accord atteint sur ce point, l'expert suisse intervint opportunément pour y ajouter une précision importante: sa délégation avait accepté la proposition britannique par souci de recherche d'un compromis, étant donné que le CDDH avait accepté le caractère obligatoire du droit de recours individuel!⁶⁴ En outre, à l'occasion de la réouverture du débat sur le texte de l'article 33 (c'est-à-dire lorsque le Royaume-Uni avait demandé que la procédure de réexamen soit étendue aux affaires interétatiques), l'experte turque avait indiqué qu'il convenait d'insérer dans le texte du projet d'article 33 la possibilité pour un État partie de déclarer qu'il ne reconnaissait pas, pour une durée déterminée, la juridiction obligatoire de la Cour en ce qui concerne les affaires interétatiques⁶⁵.

La déclaration de la délégation italienne

120. La délégation italienne considérait que les termes du projet d'article 27 paragraphes 2 et 3 – précisant que le président de la chambre ayant rendu l'arrêt et le «juge national» siègeraient d'office à la Grande Chambre lorsqu'une affaire lui serait déférée – étaient contraires à un certain nombre de principes juridiques importants et solidement établis dans les États membres⁶⁶. La proposition italienne, qui tendait à exclure la possibilité pour les juges ayant pris part au jugement d'une affaire dans une Chambre de siéger à nouveau lors du renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre et à prévoir le remplacement du «juge national» dans la procédure de réexamen, fut rejetée au CDDH à une large majorité.

* * *

121. Suit alors une nouvelle période de négociations intensives «en coulisses», au cours desquelles les autorités du Royaume-Uni décidèrent, apparemment, de

⁶⁴ La déclaration suisse se lit comme suit:

«La délégation suisse note que cette proposition a été refusée, lors d'un premier vote indicatif, par 13 voix contre 9. La délégation suisse, qui a voté contre (en partant de l'idée que de toute façon, les affaires étatiques seront en pratique traitées devant la Grande Chambre), a été d'accord, par souci de compromis, de tenir compte des préoccupations britanniques sur ce point, et a voté en faveur de cette proposition lors d'un second vote indicatif.

Il ne saurait être question, à ses yeux, de prétendre vouloir rouvrir le compromis devant le Comité des Ministres sur un point clairement écarté par le CDDH: la proposition britannique (pour laquelle seule la délégation turque a marqué un intérêt) remettant en cause le caractère obligatoire et automatique de la reconnaissance du droit de recours individuel. À cet égard, la délégation suisse voudra rappeler que plusieurs éléments du compromis ne la satisfont pas: l'idée même du réexamen, la possibilité (article 30 in fine) pour les parties de s'opposer au dessaisissement, le cas échéant en le proposant ultérieurement, contrairement à l'estoppel, le renvoi devant la Grande Chambre (article 43 paragraphe 1), etc. Mais il s'agit d'un compromis, acceptable comme tel pour autant que l'on ne le remette pas ultérieurement en cause sur des éléments politiquement plus essentiels, indispensables à l'ouverture - souhaitable et nécessaire - du Protocole n.º 11 à la signature le 11 mai 1994».

⁶⁵ On trouvera le texte de la déclaration turque à la p. 17 du document CDDH(94)11.

reconsidérer leur point de vue sur le droit de recours individuel ⁶⁷. Le Protocole fut officiellement adopté par le Comité des Ministres (Délégués des Ministres) le 20 avril 1994, puis signé le 11 mai 1994 par 31 des 32 États membres du Conseil de l'Europe, à l'occasion d'une cérémonie spécialement organisée dans l'hémicycle de l'Assemblée parlementaire ⁶⁸. L'Italie fut seule à ne pas signer, le 11 mai 1994, le Protocole n° 11 ⁶⁹.

* * *

122. Un dernier mot sur le rôle joué dans ce processus par deux acteurs établis à Strasbourg, Catherine Lalumière, alors Secrétaire général du Conseil de l'Europe (dont les opinions personnelles sur ce sujet étaient bien connues ⁷⁰) et Peter Leuprecht, alors Directeur des Droits de l'Homme et, jusque'en septembre 1997, Secrétaire général

⁶⁶ Les passages pertinents de la déclaration italienne sont les suivants:
«La délégation italienne a déjà soulevé, à plusieurs reprises, la question de la participation - à la procédure de réexamen devant la Grande Chambre - des juges (président de la Chambre et juge «national») ayant participé à la décision de la Chambre.

Il s'agit d'un point qui relève, comme nous l'avons dit, des principes fondamentaux du droit procédural qu'à nos yeux notre futur protocole ne saurait négliger (...).

La proposition que nous avançons à ce sujet est donc celle de prévoir dans notre texte l'interdiction, pour tous les juges ayant participé à la décision de la Chambre, de prendre part à la procédure de réexamen devant la Grande Chambre (...).

Notre idée serait donc d'instaurer l'interdiction absolue de participation que j'ai évoquée. Cela pose, naturellement, le problème de la présence du juge «national» dans la procédure de réexamen, ce que nous impose notre mandat. Par contre, la nécessité de renoncer à la présence du président de la Chambre, toute regrettable qu'elle soit, ne semble pas poser de problèmes insurmontables et, surtout, semble tout à fait proportionnée à la nécessité de sauvegarder les importants principes qui inspirent la position que nous défendons.

Le problème du juge «national» serait donc résolu, dans notre perspective, par la désignation par l'État intéressé, d'un juge remplaçant. Ce juge pourrait être désigné soit pour un certain temps et pour un nombre indéterminé d'affaires soit sur une base ad hoc.

... notre proposition vise à supprimer la partie finale de la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 27, ce qui poserait l'interdiction pour tous les juges ayant participé à la décision de la Chambre de siéger à la Grande Chambre lors de la procédure de réexamen.

Mes autorités attachent la plus grande importance à cette question... Je dois également vous faire part de l'intention de mes autorités d'évaluer soigneusement les résultats de nos travaux sous cet angle particulier. Elles se réservent, le cas échéant, de prendre leur décision au sujet de l'adoption du Protocole, de sa signature et de sa ratification en fonction des résultats de cette évaluation».

⁶⁷ La presse britannique semble avoir suivi les événements de près. Voir, à ce sujet, les articles de D. Rose dans le journal «The Observer» (du dimanche) des 16 mai 1993 et 6 février 1994, de M. Dean dans le journal «The Guardian» du 18 mars 1994, p. 8 et de F. Gibb dans le journal «The Times» du 9 mai 1994, sous le titre «Howard defeat on European Court rights». Voir également Hansard, House of Commons, U.K., 20 octobre 1993, pp. 364-370, J. Rozenberg, note 42 ci-dessus et *New Law Journal* (1993), p. 1489. De la même façon, ce sujet avait, à une époque antérieure, suscité un intérêt considérable dans la presse néerlandaise. Voir, par exemple, l'interview de E. Myjer dans le journal «De Telegraaf» du 15 décembre 1992, «Plan voor één klachteninstantie: Bescherming van mensenrechten in Europa stukt», ainsi que les autres articles de Myjer cités dans la troisième partie de la *Bibliographie sélective*.

⁶⁸ Voir *HRLJ*, vol. 15 (1994), pp. 81, 101 et 115; *RUDH*, vol. 6 (1994), pp. 81, 101 et 115; *EuGRZ*, vol. 21 (1994), p. 317.

⁶⁹ Elle le fit par la suite, le 21 décembre 1994. Pour un commentaire plus approfondi sur la position italienne, voir S. Sonelli, *Bibliographie sélective*, 3e partie.

⁷⁰ Voir C. Lalumière (*Bibliographie sélective*, 3e partie).

adjoint du Conseil de l'Europe ⁷¹. Comme un commentaire tel que celui-ci n'est pas le cadre approprié pour décrire la contribution considérable qu'ils ont apportée à l'ouvrage accompli, nous nous contenterons d'y relever leur conviction quant à la nécessité de la création d'une Cour des Droits de l'Homme unique siégeant à temps plein à Strasbourg, une conviction qu'ils ont indubitablement communiquée, tout au long du processus de négociation, aux nombreux interlocuteurs qu'ils avaient dans les capitales des États membres.

III. Le Protocole lui-même

A) Observations générales

123. Le texte du Protocole n° 11 doit se lire conjointement avec celui du rapport explicatif qui fut rédigé en même temps que le Protocole lui-même. Le texte de ce rapport a, lui aussi, été publié par le Conseil de l'Europe et il figure également dans un certain nombre de publications commerciales (voir la bibliographie sélective, 1^{re} partie).

124. Dès lors que les dispositions du Protocole n.º 11 ont été minutieusement étudiées dans un certain nombre de publications scientifiques et qu'il va de soi que chacune d'entre elles mérite une analyse attentive, ce qui irait au-delà du cadre de la présente étude, celle-ci sera limitée à trois observations de nature générale, suivies d'une brève description d'un certain nombre de dispositions — on conviendra que le choix en est arbitraire — du texte lui-même.

125. La première de ces trois observations générales est que le titre du Protocole fait état de la «restructuration du mécanisme de contrôle» de la Convention. Ainsi, les changements structurels introduits, quoique profonds, ne touchent aucun des droits garantis dans le corps de la Convention ou dans ses protocoles. Toutefois, le mécanisme de contrôle a été radicalement transformé: une institution entièrement nouvelle a été créée.

126. En second lieu, l'occasion a été saisie de perfectionner certaines des dispositions de la Convention à la lumière de nombreuses années d'expérience. C'est le cas, par exemple, du nouvel article 38 (présentement article 28) concernant la procédure de règlement amiable et du nouvel article 41 (présentement article 50) sur la satisfaction équitable. En outre, des intitulés ont été donnés aux titres et aux articles, y compris à tous les autres articles de la Convention et de ses protocoles. Ces derniers figurent dans une annexe au Protocole n° 11. Il va sans dire que ces titres ont été incorporés au texte sous réserve qu'ils ne soient pas considérés comme des interprétations des clauses de la Convention et n'aient pas d'effet juridique. Ils ont été ajoutés au texte simplement afin de le rendre plus compréhensible pour le profane. La nécessité de le faire avait été soulignée, notamment, par l'Assemblée parlementaire, lorsque celle-ci avait formulé, en janvier 1994, ses observations sur le texte du projet de Protocole ⁷².

⁷¹ Voir P. Leuprecht (*Bibliographie sélective*, 3^e partie, dans la II^e partie de son article). «Sans l'habileté politique et la pugnacité [de M. Leuprecht], la réforme n'aurait que difficilement pu franchir les obstacles qui se sont continuellement dressés sur son chemin» (paroles prononcées par R. Ryssdal, président de la Cour européenne des Droits de l'Homme, doc. Cour (94)276, p. 17, paragraphe 7).

⁷² Voir la note 48 et, ci-dessus, le résumé des débats qui ont eu lieu au cours de la réunion extraordinaire du DH-PR.

127. Une clause spéciale s'applique aux «territoires dont un État assure les relations internationales». Le nouvel article 56 reprend, dans l'ensemble, la teneur de l'actuel article 63. Les États (le Royaume-Uni et les Pays-Bas) pourront continuer à faire des déclarations distinctes pour ces territoires, à distinguer d'une seconde catégorie de déclarations acceptant la compétence de la Cour en matière de requêtes individuelles. Ici, le caractère facultatif du droit de requête individuelle devant la nouvelle Cour sera donc (malheureusement) maintenu.

B) Dispositions-clés

1. *Les requêtes individuelles et les affaires interétatiques*

128. À cet égard, les deux dispositions-clés du nouveau texte de la Convention, telle qu'amendée par le Protocole n° 11, sont évidemment les articles 34 et 33.

129. Le texte du nouvel article 34 est fondé sur celui de l'actuel article 25 de la Convention. On peut rappeler que dans le système actuel, les affaires tirant leur origine de requêtes introduites par des personnes physiques ou des organisations non gouvernementales ne peuvent se présenter que si l'État intéressé a déclaré qu'il acceptait la compétence de la Commission en la matière et ne peuvent être tranchées par la Cour que si l'État en question a déclaré, de surcroît, qu'il reconnaissait la juridiction de la Cour. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au chapitre I ci-dessus, l'acceptation totale du mécanisme de contrôle instauré par la Convention est devenue, *de facto*, une condition de l'admission à l'Organisation. De ce fait – et dans le contexte de négociations qui, à ce sujet, se sont prolongées jusqu'au moment même de l'adoption du texte par le Comité des Ministres, en avril 1994 –, la compétence de la Cour, en vertu de l'article 34, est devenue obligatoire.

130. Pour l'instant, une affaire susceptible de faire l'objet d'une décision judiciaire (lorsque la juridiction de la Cour est reconnue) peut fort bien ne pas faire l'objet d'une telle décision: si elle n'est pas déférée à la Cour par la Commission ou par l'État en cause (ou encore par un requérant, au titre du Protocole n° 9), c'est au Comité des Ministres qu'il revient de se prononcer. Cette situation, liée au fait que le requérant individuel n'a pas la faculté de saisir lui-même la Cour, a été changée par le Protocole n° 9, lequel, par son mécanisme de filtrage, maintient toutefois une procédure discriminatoire vis-à-vis du requérant individuel. Dans le nouveau système, les requérants auront la faculté de saisir directement la Cour sans restrictions d'aucune sorte. Par ailleurs, et ceci est un point important, le texte actuel entraîne l'abandon du rôle que le Comité des Ministres jouait en vertu de l'article 32 de la Convention.

131. Le texte de l'article 33 est fondé sur celui de l'actuel article 24 de la Convention. Le nouveau texte reprend le système actuel, selon lequel une procédure peut être engagée devant la Commission par un ou plusieurs États contre un autre État ayant ratifié la Convention, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier ait procédé, par surcroît, à une quelconque reconnaissance de compétence. L'innovation importante, apportée (en dernière minute) à l'instigation des autorités du Royaume-Uni, en mars 1994, est que – contrairement au souhait «réel» de la plupart des membres du DH-PR et du CDDH – la procédure de réexamen sera, en principe, applicable aux affaires interétatiques, ce qui, de l'avis d'un certain nombre d'observateurs avertis, constitue une complication supplémentaire susceptible de faire inutilement traîner la procédure

en longueur devant la Cour, dès lors qu'on voit difficilement comment, après une décision prononcée par une Chambre de sept juges, l'État concerné ne demanderait pas un réexamen et comment le collège de cinq juges de la Grande Chambre pourrait, à son tour, s'opposer à un renvoi.

2. La réduction (considérable) du rôle du Comité des Ministres

132. Comme cela a déjà été exposé de façon assez détaillée ci-avant, le Comité des Ministres n'aura plus de rôle décisionnel à jouer dans le nouveau dispositif⁷³. Il conservera bien entendu le rôle important qu'il joue en matière de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour⁷⁴.

3. Les nouveaux articles 43 et 30 de la Convention (le compromis politique).

133. Les nouveaux articles 43 et 30, qui traitent respectivement du renvoi et du dessaisissement d'une Chambre de sept juges en faveur de la Grande Chambre de dix-sept juges, tant pour les requêtes individuelles que pour les affaires interétatiques, sont au coeur du compromis politique par lequel il avait fallu passer pour parvenir à un accord entre l'ensemble des États membres qui permette d'affiner l'actuel mécanisme de contrôle et de le remplacer par une Cour unique. Il y a lieu de noter, dans ce contexte, que le Protocole n.º 11, en tant que protocole d'amendement, ne peut entrer en vigueur qu'une fois que toutes les Parties à la Convention ont exprimé leur consentement (cf. *infra*, à propos de l'article 4 du Protocole n.º 11), si bien qu'il était indispensable de trouver un compromis. L'article 43 en est l'élément principal.

134. Bien que cette solution ne soit ni conforme aux modèles juridiques traditionnels ni toujours facile à saisir (voir, par exemple, l'article 30, qui prévoit la possibilité du dessaisissement de la Chambre de sept juges «à moins que l'une des parties ne s'y oppose») et qu'il faille reconnaître que les charges y sont plutôt mal réparties (lire l'article 43 en liaison avec les articles 27 et 44), on peut espérer que la nouvelle Cour à temps plein utilisera sa marge de discrétion et, surtout, fera preuve d'assez de bon sens pour surmonter toute apparence incohérence. En particulier, il faut garder à l'esprit que le renvoi pour réexamen dans des cas exceptionnels – en présence du juge élu au titre de l'État concerné – dans le cadre de la Cour unique était un élément-clé du mandat dans le cadre duquel les experts étaient contraints d'agir⁷⁵.

⁷³ Voir les paragraphes 26, 50 et 106 (ainsi que les paragraphes 122 et 124 en ce qui concerne son rôle au cours de la période de transition). Voir également les articles 47 à 49 du nouveau texte de la Convention, telle que modifiée par le Protocole no 11, la note 16 ci-dessus, ainsi que les chapitres 27 (par C. Ravaud) et 32 (par A. Drzeczewski), dans *The European System for the Protection of Human Rights*, édités par R. St.J. Macdonald, F. Matscher et H. Petzold, 1993, pp. 645-655 et pp. 733-754.

⁷⁴ Pour une critique de ce changement, voir Pettiti, *Bibliographie sélective*, 3e partie (Bilan et perspectives, en p. 22). Cf. l'opinion de Jacot-Guillarmod, note 23 ci-dessus.

⁷⁵ À l'intention des universitaires: avant de critiquer le texte, il convient d'accorder l'attention voulue aux paramètres, juridiques et politiques, dans le cadre desquels les experts ont dû travailler, pour aboutir finalement à un texte approuvé par des gouvernements réticents, à l'origine opposés à la réforme. Voir en particulier, à cet égard, les articles de Rudolf, Ruud, Sudre et Wachsmann (*Bibliographie sélective*, 3e partie).

135. La réussite du système dépendra dans une large mesure de la manière dont fonctionnera le collège de cinq juges de la Grande Chambre. La charge de travail croissante et la complexité des affaires dont sont présentement saisis la Commission, la Cour et le Comité des Ministres, ainsi que l'augmentation notable – réelle et potentielle – du nombre d'États parties à la Convention obligeront probablement le collège à interpréter la formule «dans des cas exceptionnels» de manière plutôt restrictive ⁷⁶.

136. Quelques remarques, encore, sur les articles 43 et 30. L'article 43 est libellé comme suit:

«1. Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

2. Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave d'intérêt général.

3. Si le collège accepte la demande, la Grande Chambre se prononce sur l'affaire par un arrêt.»

137. La Grande Chambre, composée de dix-sept juges, se prononcera sur les requêtes individuelles comme sur les requêtes étatiques qui lui seront déferées. Elle examinera également les demandes d'avis consultatifs, pour autant qu'elle ait un jour à répondre à de telles demandes. Le président de la Cour, les vice-présidents, les présidents des Chambres et le juge élu au titre de l'État contre lequel la requête a été introduite seront, d'office, membres de la Grande Chambre. Les autres juges seront désignés conformément au règlement de la Cour (article 27, paragraphe 3). Afin de s'assurer que la Grande Chambre examinera d'un regard nouveau les affaires qui lui seront renvoyées en vertu de l'article 43, les juges de la Chambre qui aura rendu le premier arrêt seront exclus, à l'exception du président de la Chambre et du juge ayant siégé au titre de l'État concerné. Tout cela est évident, ainsi qu'il a été dit précédemment, à l'occasion, notamment, de la description du processus de négociation, mais nécessite tout de même l'un ou l'autre éclaircissement.

138. Encore qu'il soit difficile de la saisir de prime abord, la composition un peu particulière de la Grande Chambre a sa logique propre. Les rédacteurs du Protocole ont estimé nécessaire, afin d'assurer la cohérence de la jurisprudence de la Cour, de faire en sorte que les présidents de toutes les Chambres siègent à la Grande Chambre. Ils ont, par ailleurs, considéré que la présence du juge élu au titre de l'État concerné était nécessaire pour empêcher – autant que possible – la désignation de «juges nationaux» *ad hoc* pour siéger dans les affaires soumises à la Grande Chambre.

⁷⁶ Les parties ont la faculté de demander le renvoi d'une affaire devant la Grande Chambre dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre. Le Protocole n° 11 ne confère pas aux parties le droit d'interjeter appel, mais la faculté d'obtenir un «réexamen», l'arrêt de la Chambre n'étant pas définitif. (Cf. la procédure actuelle, s'agissant des avis de la Commission). Cette faculté d'obtenir le renvoi n'est pas inconditionnelle, puisque le collège de cinq juges doit statuer sur le point de savoir s'il y a lieu d'accepter la demande (voir l'article 43 ainsi que les paragraphes 98 à 104 du rapport explicatif).

139. Un réexamen de l'affaire, comme prévu à l'article 43, ne pourra avoir lieu qu'*exceptionnellement*, lorsque (i) l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou (ii) à l'application de la Convention ou (iii) une question grave de caractère général. Ces conditions sont reprises en partie à l'article 5, paragraphe 2, alinéa 2, du Protocole n.º 9 à la Convention (à l'entrée en vigueur du Protocole n.º 11, le Protocole n.º 9 à la Convention sera abrogé: voir l'article 2 du Protocole n.º 11). Le rapport explicatif précise clairement l'intention des auteurs du texte: que ces conditions soient appliquées rigoureusement. Ce même rapport explicatif fournit par ailleurs des indications sur ce que sont les cas «exceptionnels»:

- des questions graves relatives à l'interprétation de la Convention sont soulevées «lorsqu'un point important, sur lequel la Cour ne s'est pas encore prononcée, est en jeu ou lorsque la décision revêt de l'importance pour les affaires futures et pour l'évolution de la jurisprudence de la Cour» (paragraphe 100). Ceci peut être particulièrement évident lorsque l'arrêt d'une Chambre n'est pas compatible avec un arrêt précédent de la Cour;
- une question grave relative à l'application de la Convention peut se poser «lorsque l'arrêt impose une modification notable du droit national ou de la pratique administrative mais ne soulève pas en lui-même une question grave d'interprétation de la Convention» (paragraphe 101);
- enfin, une «question grave» peut être une question considérée comme «de caractère général» qui pourrait impliquer «une question importante d'intérêt politique ou d'intérêt public» (paragraphe 102)⁷⁷.

140. La procédure effectivement envisagée est plus directe que l'actuel mécanisme tripartite. Les parties au litige pourront demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt de la Chambre de sept juges. Pour être certain que les parties soient en mesure d'observer ce délai, elles devront être informées au préalable de la date à laquelle l'arrêt doit être rendu. Les modalités concernant le prononcé et la prompte notification aux parties des textes des arrêts devront être spécifiées dans le règlement de la Cour. Si l'une des trois conditions de renvoi précitées est remplie, un collège de cinq juges de la Grande Chambre acceptera l'affaire et la Grande Chambre sera appelée à se prononcer définitivement sur l'existence d'une violation de la Convention, après une procédure écrite et, si la Cour le décide ainsi, orale⁷⁸. Si ces conditions ne sont pas remplies, le collège rejettera la demande et l'arrêt de la Chambre deviendra définitif (article 44, paragraphe 2 c).

141. Les décisions prises par le collège de cinq juges de la Grande Chambre ne devront pas être motivées (voir le paragraphe 105 du rapport explicatif).

⁷⁷ Voir, à ce propos, la note 39 pour des indications sur la façon dont cette dernière condition a été, à l'origine, ajoutée au texte.

⁷⁸ La question de savoir s'il y a (toujours) lieu, en pareil cas, de recourir à la procédure orale sera sans doute tranchée par le règlement de la Cour, lequel est susceptible de s'adapter avec le temps, selon la façon dont évolue cette procédure. Voir à ce propos les articles de Bratza et O'Boyle et de Mahoney (*Bibliographie sélective*, 3e partie).

L'article 30 est libellé comme suit:

«Si l'affaire pendante devant une Chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles, ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la Chambre peut, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt, se dessaisir au profit de la Grande Chambre, à moins que l'une des parties ne s'y oppose.»

142. On peut formuler, à propos de cet article, les remarques qui suivent: contrairement à ce qui était le cas pour les renvois visés à l'article 43, seules deux des trois conditions citées ci-dessus à propos des renvois sont explicitement mentionnées dans le texte. Il s'ensuit qu'une «question grave de caractère général» ne constitue pas, dans l'article 30, un motif de dessaisissement. Par ailleurs, comme un lecteur attentif l'aura constaté dans les pages qui précèdent, cette disposition fait l'objet de critiques pratiquement unanimes, en particulier en ce qui concerne la proposition «à moins que l'une des parties ne s'y oppose»⁷⁹. Comme l'indique le texte du rapport explicatif, l'article 30, s'il dérive de l'article 51 du règlement de la Cour, n'oblige pas une chambre à se dessaisir d'une affaire. Et d'ajouter que le fait d'avoir subordonné le dessaisissement à l'approbation des parties «doit être apprécié dans le contexte de l'introduction du concept de "réexamen"... Cette disposition vise à faire en sorte qu'un tel "réexamen" ne soit pas affecté négativement». En raison de changements apportés au texte en dernière minute, cette procédure s'appliquera non seulement aux requêtes individuelles mais également aux affaires interétatiques⁸⁰.

C) Questions particulières

– *Nationalité, élection, limite d'âge et révocation des juges*

143. Le Protocole n° 11 a introduit un certain nombre de changements assez importants. Contrairement à ce qui est le cas dans le texte actuel de l'article 38 de la Convention, la condition qui voulait qu'il ne puisse pas y avoir deux juges ressortissants d'un même État a été supprimée dans le nouveau texte de la Convention tel qu'amendé par le Protocole n° 11 (article 20). Un État Partie aura donc la possibilité de présenter la candidature d'un juge ressortissant d'un autre État Partie, plutôt que de proposer un juge d'un État n'ayant pas ratifié la Convention.

144. Par ailleurs, dans le nouveau système, la Cour se composera d'un nombre de juges égal à celui des Parties contractantes et non, comme c'est le cas actuellement, égal à celui des membres du Conseil de l'Europe. À cet égard, les auteurs du Protocole

⁷⁹ Outre les critiques émanant des milieux académiques, voir, en particulier, les observations formulées lors de la réunion plénière de septembre 1993 du DH-PR ainsi que les opinions exprimées tant par la Commission que par la Cour dans leurs avis de janvier 1994 (décrits ci-dessus au chapitre II, sous c, paragraphe 102).

⁸⁰ Schermers a, de façon assez avisée, découvert une voie par laquelle on pourrait, en réalité, contourner cette procédure. Voir son article dans *Eur. L. Rev.*, 1995, en p. 569.

ont jugé préférable de suivre la procédure relative à la nomination des membres de la Commission (voir l'article 20 du texte actuel de la Convention).

145. Les conditions d'exercice des fonctions prévues à l'article 21 du nouveau texte s'inspirent du paragraphe 3 de l'article 39 et du paragraphe 7 de l'article 40 de la Convention. En outre, un nouveau paragraphe (le paragraphe 3) dispose que les juges «ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec les exigences d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité requise par une activité exercée à plein temps ...». Comme le précise le rapport explicatif, cela signifie que les juges doivent être à même d'exercer pleinement toutes les attributions découlant de leur qualité de membres de la nouvelle Cour permanente; c'est une condition indispensable au fonctionnement efficace de la Cour ⁸¹.

146. Si les juges de la nouvelle Cour permanente seront élus au titre de chaque État Partie, selon les mêmes modalités que pour la Cour actuelle, les rouages effectifs de la procédure électorale changeront vraisemblablement de façon substantielle.

147. L'Assemblée parlementaire a introduit une procédure spéciale d'examen des candidatures en vue de l'élection de juges à la nouvelle Cour. Comme la nouvelle Cour est appelée à être exclusivement constituée de juges professionnels siégeant de façon permanente à Strasbourg, l'Assemblée a décidé d'améliorer sa propre procédure – jusqu'ici plutôt empirique – de sélection des candidats.

148. Afin de faire en sorte que les informations fournies par les candidats soient présentées d'une façon systématique et selon un schéma identique, ce qui facilitera la comparaison entre eux, l'Assemblée parlementaire a établi un *curriculum vitae* type qui sera envoyé à chaque candidat. Les candidats seront invités à compléter, en tant que dossier de candidature, ce document qui devrait reprendre des informations telles que les études, diplômes et qualifications académiques (y compris les principales publications), les activités professionnelles (y compris l'expérience acquise dans le domaine des droits de l'homme), les connaissances et niveaux de maîtrise des langues et – ce que certains estiment inopportun – les activités politiques (fonctions exercées au sein d'un parti politique, durée et mandats exercés) ⁸².

149. Au moment d'adopter cette nouvelle procédure spéciale, l'Assemblée décida également (pour autant que les crédits nécessaires soient inscrits au budget ⁸³) que tous les candidats seraient appelés à participer à un entretien personnel organisé à Strasbourg par la sous-commission des droits de l'homme ou par une sous-commission *ad hoc* de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme.

⁸¹ Peut-on ne pas y déceler une critique implicite de certains juges de la Cour de justice européenne de Luxembourg? Les questions que soulève l'application de ce paragraphe seront réglées par la Cour de Strasbourg elle-même.

⁸² Résolution n° 1082(1996) du 22 avril 1996. Voir également le rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme (rapporteur: Lord Kirkhill, doc. 7439).

⁸³ Voir la recommandation 1295 (1996) du 22 avril 1996. En outre, dans sa directive n.º 519 (1996), l'Assemblée, se référant à sa résolution 1082 (1996) sur la procédure d'examen des candidatures à l'élection de juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme, a chargé sa commission des questions juridiques et des droits de l'homme d'examiner la question des qualifications et le mode de nomination des juges à la Cour européenne des Droits de l'Homme en vue de parvenir à une représentation équilibrée des deux sexes (texte également adopté le 22 avril 1996). Voir aussi les docs. 7530 de l'Assemblée (proposition de directive présentée par Mme Err) et AS/Jur (1996) 67 rév. du 9 décembre 1996 (mémoire de Lord Kirkhill).

150. Les juges seront élus pour une durée de six ans et non plus de neuf ans, comme c'est le cas actuellement (cf. nouvel article 23 et voir l'article 22, paragraphe 1, du texte actuel de la Convention). Les dispositions relatives au renouvellement des mandats ont donc été amendées en conséquence. Un problème pourrait toutefois se poser à cet égard. Si le nombre de juges est impair, les paragraphes 1 et 3, comme l'indique le rapport explicatif, devraient être interprétés comme suit: le nombre entier immédiatement inférieur à la moitié du nombre de juges.

151. Le nouveau paragraphe 6 de l'article 23 ajoute l'exigence pour les juges d'abandonner leurs fonctions à l'âge de 70 ans. Le règlement de la Cour déterminera dans quelles conditions un juge pourra, au-delà de l'âge de 70 ans, continuer de connaître d'une affaire dont il a été saisi. Les débats sur ce point, tant au sein du DH-PR qu'au sein du CDDH, ont pris un peu plus de temps que prévu. Une minorité peu nombreuse, mais influente, plaida avec force en faveur du maintien des dispositions antérieures. D'autres eussent préféré que l'âge limite soit fixé à 72 ou à 75 ans. Un certain nombre de votes indicatifs eurent lieu à ce sujet et, finalement, l'accord se fit sur l'âge de 70 ans. L'argument le plus important en faveur de cette décision était que puisque la Cour allait fonctionner sur une base permanente, il était naturel d'introduire une limite d'âge, comme c'est le cas dans les juridictions suprêmes de la plupart des systèmes juridiques internes.

152. Enfin une disposition entièrement nouvelle, ayant trait à la révocation des juges, a été insérée dans le texte à l'instigation de l'expert néerlandais du DH-PR. Le nouvel article 24 s'inspire de l'article 18, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice. Toutefois, contrairement à ce dernier texte, en vertu duquel l'unanimité est requise pour relever un juge de ses fonctions, le nouveau texte de la Convention ne requiert à cet effet qu'une majorité des deux tiers de tous les juges de la nouvelle Cour. Ce fut là, à notre sens, une décision judicieuse, non tant, comme le précise le rapport explicatif, parce que cela aura pour effet d'assurer l'indépendance de la Cour, mais, qui plus est, parce qu'on disposera ainsi d'un système réellement fonctionnel au cas improbable – mais néanmoins possible – où il faudrait écarter discrètement un juge de la Cour. Il n'eût pas été approprié de laisser subsister la possibilité qu'un seul juge (outre celui dont la révocation est envisagée) puisse bloquer la manœuvre. En pratique, ce système permet d'être certain que le juge concerné, si besoin est, renoncera «spontanément» à ses fonctions avant même qu'on n'entreprenne une procédure formelle au titre de cet article de la Convention.

– Choix d'un protocole d'amendement plutôt que d'un protocole additionnel

153. Le caractère fondamental de la réforme du mécanisme de contrôle nécessite l'accord de tous les États Parties à la Convention. C'est pourquoi le Protocole n° 11 a été conçu comme un protocole d'amendement, dont l'entrée en vigueur est conditionnée par l'obligation pour tous les États Parties d'exprimer leur consentement à être liés par ce Protocole. À ce jour, deux d'entre eux doivent encore le faire, c'est-à-dire l'Italie et la Turquie.

154. De plus, comme l'indique le rapport explicatif, seul un protocole d'amendement permet d'éviter la coexistence de deux mécanismes de contrôle parallèles. Un tel parallélisme n'eût pas été souhaitable en principe, car le développement d'une jurisprudence homogène et conséquente constitue une base

importante de la protection des droits de l'homme assurée par la Convention. De plus, l'existence de deux groupes d'États soumis à des systèmes de contrôle différents entraînerait immanquablement des complications procédurales considérables, par exemple pour le greffe ou pour les juges siégeant dans l'ancienne Cour et dans la nouvelle (encore qu'il y ait lieu de relever à cet égard, en toute honnêteté, qu'un certain nombre de difficultés de cet ordre ne manqueront pas de surgir pendant la période de transition: il en sera question ci-après). L'existence de deux mécanismes de contrôle fonctionnant simultanément eût, à l'évidence, été à l'encontre de l'objectif de la réforme, à savoir une augmentation de l'efficacité. Par ailleurs, ce parallélisme de deux mécanismes de contrôle eût indubitablement créé la confusion chez un certain nombre de requérants individuels, un résultat qui serait contraire à l'un des buts poursuivis: mettre en place à Strasbourg un système de contrôle plus transparent.

– *Avocats généraux*

155. Comme cela a été exposé au chapitre II ci-dessus, la décision de ne pas instituer d'avocats généraux a été prise à un stade relativement tardif des négociations, à savoir lors de la réunion extraordinaire du CDDH de septembre 1993, au cours de laquelle une large majorité d'experts estima que cette institution n'était pas nécessaire⁸⁴.

156. Si le texte proposé (préparé par le DH-PR) avait dû être accepté, la nouvelle Cour aurait probablement compté (tout au moins initialement) six avocats généraux élus par le Comité des Ministres. Leurs missions principales eussent été de préparer des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour – une fois franchie la barrière de la recevabilité – et de conduire les négociations en vue de parvenir à un arrangement amiable. Ces deux missions auraient correspondu à de nombreux égards à celles qu'exerce actuellement la Commission.

157. Selon le nouvel article 38, paragraphe 1 b, la nouvelle Cour se mettra – probablement par l'intermédiaire du juge rapporteur et/ou de son greffe⁸⁵ – «à la disposition des intéressés» (cf. l'actuel article 28, paragraphe 1, de la Convention), mais elle ne pourra pas, en tant qu'organe judiciaire, être elle-même en mesure de faire usage d'un instrument tel qu'un avis provisoire sur le bien-fondé, à l'instar de ce que la Commission fait pour le moment⁸⁶ (parfois de façon pro-active). Il est intéressant de relever, à cet égard, que le texte rejeté par le CDDH confiait spécifiquement aux avocats généraux la tâche de conduire les négociations en vue de parvenir à un arrangement

⁸⁴ Voir la note 42 (et les notes 3 et 9) ci-dessus. Il n'est guère facile de spéculer sur le point de savoir pourquoi cette idée a reçu un écho aussi négatif. Il y avait certes à cela des raisons diverses, mais je ne puis exclure complètement l'idée (sur la base d'une intuition plutôt que d'une preuve quelconque) que parmi les facteurs qui ont influencé au premier chef un grand nombre d'experts gouvernementaux figurent des considérations d'ordre financier. Pour dire les choses simplement, cette institution aurait coûté fort cher (voir, à ce propos, la note 22).

⁸⁵ Voir l'article 38 tel qu'amendé par le Protocole n° 11 ainsi que les paragraphes 51 et 91 à 95 du rapport explicatif au Protocole n° 11.

⁸⁶ Pour des informations sur la façon dont les procédures d'arrangement amiable sont menées à l'heure actuelle, voir l'article de C. A. Nørgaard et H. C. Krüger dans *La Convention européenne des Droits de l'Homme* (1995, édité par E. Decaux, P.-H. Imbert et L.-E. Pettiti), pp. 661-679 (on trouvera une version plus ancienne de cet article, en anglais, dans *Protecting Human Rights* (1988), pp. 329-334).

amiable. L'avocat général eût reçu tous les mémoires concernés et toutes les pièces du dossier et il eût assisté aux négociations armé, au moins, de son projet de conclusions. Qui plus est, peut-être, il eût été investi du rôle de «conduire» ces négociations, c'est-à-dire, en d'autres termes, d'y jouer un rôle actif.

158. Comment la Cour nouvellement instituée envisagera le volet «arrangement amiable» de sa mission, voilà qui est évidemment difficile à savoir. Peut-être le futur rôle de juge rapporteur se rapprochera-t-il en fait de celui que joue pour l'instant la Commission ou de celui que le texte rejeté par le CDDH se proposait de confier à des avocats généraux.

– *Référendaires*

159. Les fonctions de ces employés (sous contrat à durée déterminée pour une période limitée?) sont, très honnêtement, plutôt difficiles à imaginer, en ce sens que dans la pratique, leur rôle tel qu'il est défini dans le texte n'est pas différent de celui des «référendaires» (juristes) qui existent déjà dans les secrétariats de la Commission et de la Cour⁸⁷. Tel semble bien être le cas, notamment, lorsqu'on étudie l'histoire de la rédaction de cette disposition, dont le libellé actuel est le suivant:

«Article 25 - Greffe et référendaires

La Cour dispose d'un greffe dont les tâches et l'organisation sont fixées par le règlement de la Cour. Elle est assistée de référendaires.»

160. Le rapport explicatif mentionne les référendaires à deux reprises. Dans la description générale des principales caractéristiques de la nouvelle Cour, il est fait état du fait que les juges peuvent être assistés par des référendaires, c'est-à-dire des collaborateurs nommés pour une période déterminée afin de travailler sur des dossiers. Dans les commentaires spécifiquement consacrés à la deuxième phrase de l'article 25, il est expliqué que celle-ci est «une nouvelle disposition insérée dans le texte de la Convention afin de permettre que les membres de la Cour soient, le cas échéant, assistés par des référendaires. De tels collaborateurs, qui peuvent être nommés sur proposition des juges, devront avoir les qualifications requises et l'expérience pratique nécessaire à l'accomplissement des tâches qui leurs seraient confiées par les juges» (paragraphe 67).

– *Aspects financiers*

161. Il y a lieu de noter ici que la Cour et son greffe sont liés au Conseil de l'Europe par un lien organique⁸⁸. Le nouvel article 50, basé sur l'actuel article 58 de la Convention, dispose que les frais de fonctionnement de la Cour sont à charge du

⁸⁷ Voir le chapitre II, *passim*, et en particulier la note 57. Cette question est également discutée dans un article par l'auteur de cette étude intitulé «Protocole n° 11 à la CEDH: préparation à l'entrée en vigueur», dans *Journal Européen de Droit International (JEDI)*, vol. 8 (1997), p. 59-76 aux pp. 69 et 71 à 72.

⁸⁸ Voir également l'article dans *JEDI* (cité ci-dessus) en ce qui concerne la question des privilèges et immunités, aux pp. 64-66 et p. 67.

Conseil de l'Europe. Ceux-ci comprendront évidemment, en plus des postes relatifs au personnel et au matériel, les traitements qui seront versés aux juges et les cotisations de sécurité sociale qui seront payées pour eux à la place des indemnités (honoraires et *per diem*) actuellement versées tant aux membres de la Commission qu'à ceux de la Cour.

Il appartiendra au Comité des Ministres, l'organe exécutif de l'Organisation, de déterminer plusieurs questions budgétaires et administratives comme, par exemple, les conditions de travail des nouveaux juges (cadre réglementaire, rémunérations), ainsi que le 'transfert' au greffe de la nouvelle Cour des agents du greffe de la présente Cour et du Secrétariat de la Commission.

162. Si l'actuel texte de la Convention, à l'article 37, spécifie que le secrétariat de la Commission est assuré par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, le texte est muet en ce qui concerne les agents du greffe de la Cour actuelle⁸⁹. Le nouveau texte, tel qu'amendé par le Protocole n.º 11, ne traite pas spécifiquement de ce sujet. Par contre, il est question du lien entre les membres du personnel de la nouvelle Cour et l'Organisation dans le rapport explicatif, au paragraphe 66, où il est précisé que le greffe de la nouvelle Cour sera assuré par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Ceci peut être important, pour au moins deux raisons. Tout d'abord, la nouvelle Cour – qui est, bien entendu, un organe judiciaire indépendant, autonome – ne constituera pas une entité juridique distincte sur le plan international. De ce fait, elle pourra fonctionner sans que cela nécessite un accord avec les autorités françaises quant à son siège. En second lieu, dès lors que les membres du personnel du greffe (au même titre que les juristes susceptibles de faire l'objet de mutations internes entre le greffe de la Cour et d'autres services) sont des agents du Conseil de l'Europe, cela signifie qu'outre toute règle qui les affecterait spécifiquement en tant qu'agents du greffe de la Cour, les règles en vigueur pour le personnel de l'Organisation s'appliquent également à eux.

163. C'est donc clairement au Conseil de l'Europe qu'incombe la responsabilité financière des salaires, pensions, etc. pour l'ensemble des agents du nouveau greffe. Quant à savoir si la nouvelle Cour devrait avoir un budget distinct, présenté de façon indépendante de ceux d'autres services du Conseil de l'Europe lorsque le Comité des Ministres est appelé à débattre des affaires budgétaires, c'est évidemment une autre question.

– *Autres points*

164. La liste des questions particulières évoquées ci-dessus étant limitée, on n'aura pas accordé l'attention qu'ils méritent à un certain nombre d'autres sujets sur lesquels il est possible de s'informer en consultant le rapport explicatif du Protocole et ses travaux préparatoires. Sans prétendre être exhaustif, il y a donc lieu de citer brièvement ici plusieurs autres points qui, outre la toile de fond que constituent les *observations générales* du présent chapitre, viendront compléter ce dont il a été question ci-dessus.

⁸⁹ Voir cependant l'article 13 du règlement de la Cour. Pour un exposé sur la manière dont les secrétariats respectifs ont vu le jour, consulter A. Drzemczewski, note 1 ci-dessus, notamment aux pp. 192 à 195.

165. Le rôle particulier de l'Assemblée plénière de la Cour (tel qu'envisagé dans l'article 26)⁹⁰, la nécessité, pour les Chambres, de prendre séparément la décision sur la recevabilité, sauf décision contraire de la Cour dans des cas exceptionnels (ainsi que le prévoit le nouvel article 29 paragraphe 3)⁹¹ et la juridiction consultative de la Cour (voir les articles 47 à 49)⁹² sont autant de questions qui méritent sans doute un examen distinct. Semblablement, avoir fait figurer la possibilité d'une tierce intervention dans le corps du texte (à l'article 36)⁹³ et y avoir énoncé le principe – soutenu avec force par la Suède et d'autres pays nordiques – selon lequel tous les documents déposés au greffe de la Cour sont accessibles au public à moins que le président de la Cour n'en décide autrement (nouvel article 40)⁹⁴ sont autant d'éléments positifs apportés au texte et qui devraient valoir à ceux qui l'ont rédigé tous les honneurs que ceux-ci méritent.

166. L'article 6 du Protocole n° 11, qui explique clairement que les déclarations faites en vertu des articles 25 et 46 du texte actuel de la Convention relatives à l'applicabilité de la Convention *ratione temporis* doivent continuer à s'appliquer à la juridiction de la nouvelle Cour, a été inséré à la demande expresse des experts bulgare et polonais du DH-PR. Enfin, il y a également lieu de mentionner les efforts déployés par la délégation suisse en vue de faire insérer dans le corps du texte nouvellement rédigé une disposition prévoyant que «la Cour peut ... ordonner toute mesure provisoire nécessaire», sur le modèle de l'article 36 du règlement intérieur de la Commission. Cette initiative n'a, malheureusement, pas eu de succès⁹⁵.

⁹⁰ L'Assemblée plénière s'occupera principalement de questions d'organisation: voir les paragraphes 32, 68 à 70 et 116 du rapport explicatif (ce dernier paragraphe ayant trait à la période de transition). Pendant que se déroulaient les négociations sur le Protocole n° 11, la Cour actuelle «copia» l'idée de créer une Grande Chambre composée de 19 juges: voir l'article 51 du règlement A et l'article 53 du règlement B (modifications apportées le 27 octobre 1993) ainsi que les commentaires formulés à ce propos par J.-F. Flauss dans *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 6 (1995), pp. 3-12.

⁹¹ Voir également le nouvel article 45 et les paragraphes 78 et 105 du rapport explicatif. Consulter aussi la note 75 ci-dessus.

⁹² Voir les notes 60 et 63 ci-dessus.

⁹³ Voir les références qui figurent à la note 56. Pour des indications sur l'importance (potentielle) de tierces interventions, voir l'article de A. Lester intitulé «*Amici curiae*: third-party interventions before the European Court of Human Rights», dans *Protecting Human Rights in Europe: the European Dimension* (1988), pp. 340-350. Voir également M. A. Nowicki, «NGO's before the European Commission and Court of Human Rights»; dans *NQHR*, vol. 14 (1996), pp. 289-302 et O. De Schutter, «Sur l'émergence de la société civile en droit international: le rôle des associations devant la Cour européenne des Droits de l'Homme», dans *JEDI*, vol. 7 (1996), pp. 372-410.

⁹⁴ Il est à noter que le texte dit que les documents doivent être *accessibles*, et non pas nécessairement publiés: voir le paragraphe 96 du rapport explicatif et la note 59 ci-dessus.

⁹⁵ Voir la note 69 ci-dessus et les références qui y figurent. Pour une discussion utile à ce propos, consulter D. Spielmann, «Les mesures provisoires et les organes de protection prévus par la CEDH», dans *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, vol. 2 (1992), pp. 1293-1317. Voir aussi A. Spielmann et D. Spielmann, «La Cour unique et permanente et les mesures provisoires (la nécessité d'une réforme)», à paraître dans *Studies in honour of R. Rysdøl* (1998), ed. P. Mahoney, F. Matscher et H. Petzold.

D) Dispositions transitoires

– *Article 4 du Protocole n.º 11*

167. Le Protocole pourvoit, dans ses articles 4 et 5, à la «transition» entre le système actuel et le nouveau système. Puisque le Protocole n.º 11 est un protocole d'amendement, tous les États Parties doivent avoir exprimé leur consentement pour y être liés. Il entrera en vigueur un an après la date de la dernière ratification. Toutefois, comme le précise l'article 4, l'élection des nouveaux juges et d'autres démarches préparatoires devraient intervenir dès la dernière ratification. La deuxième phrase de l'article 4 du Protocole rend possibles de telles mesures préparatoires⁹⁶.

– *Article 5 du Protocole n.º 11*

168. Cet article fixe les dispositions transitoires indispensables aux requêtes qui ont été introduites à Strasbourg et qui devront être traitées en attendant l'entrée en vigueur du Protocole. C'est là une disposition qui fut fort difficile à rédiger, en ce sens qu'au départ, on ne parvenait à trouver aucune solution appropriée qui donnât satisfaction à toutes les parties à la négociation. Les débats sur ce sujet traînèrent en longueur et, ainsi qu'on peut le constater au vu du processus de négociation tel que décrit ci-avant, ils se prolongèrent fort avant dans l'année 1994.

169. Les mandats des membres de la Cour et de la Commission actuelles ainsi que ceux du greffier et du greffier adjoint de la Cour prendront fin dès l'entrée en vigueur du Protocole, afin d'éviter le fonctionnement simultané de deux Cours. La Commission continuera néanmoins d'exister pour une durée d'un an, comme stipulé au paragraphe 3.

170. Les paragraphes 2 à 4 exposent ce qu'il adviendra des requêtes pendantes devant la Commission. Si ces requêtes n'ont pas encore été déclarées recevables par la Commission, elles seront automatiquement traitées par la nouvelle Cour. D'autre part, l'examen des requêtes déjà déclarées recevables sera achevé par la Commission conformément à l'ancien système, c'est-à-dire au système actuel (paragraphe 3). Comme les auteurs du texte ont jugé inopportun que la Commission poursuive son travail plusieurs années après l'entrée en vigueur du Protocole, le paragraphe 3 fixe un délai d'un an dans lequel la Commission devrait, espère-t-on, pouvoir terminer l'examen de la plupart des requêtes qu'elle aura déclarées recevables. Les requêtes dont l'examen n'aura pu être terminé dans ce délai seront examinées par la Cour conformément au nouveau système. Bien entendu, puisqu'elles auront déjà été déclarées recevables par la Commission, leur examen par un comité de la nouvelle Cour ne sera pas nécessaire.

171. Il y a lieu de relever que le paragraphe 3, première phrase, stipule que les membres de la Commission peuvent continuer leur travail pendant un an après l'entrée en vigueur du Protocole, même si leur mandat expire avant cette date. Ce délai leur permettra de terminer l'examen des affaires déclarées recevables pendant cette période additionnelle d'un an. Toutefois, puisque le mandat des membres de la Commission

⁹⁶ Pour une analyse plus détaillée, voir Strasser *Bibliographie sélective*, 3e partie, en particulier aux pages 106 et 113.

prendra fin au moment de l'entrée en vigueur du Protocole, les membres de la Commission élus comme juges de la nouvelle Cour pourront, en même temps, continuer d'exercer leurs fonctions comme prévu au paragraphe 3 de l'article 5. Si une vacance survient au sein de la Commission au cours de cette période additionnelle d'un an, il peut y être pourvu conformément au texte de la Convention tel qu'il est actuellement applicable, de telle sorte que chaque Partie contractante puisse conserver un membre de la Commission au cours de ladite période. On peut s'attendre, à cet égard, à ce que la charge de travail de ceux qui seraient membres de la nouvelle Cour tout en devant terminer leur travail en tant que membres de la Commission sera importante. Le président de la nouvelle Cour devra donc sans doute prendre des dispositions particulières à leur sujet, de façon à répartir équitablement le travail entre les juges nouvellement entrés en fonction.

172. Le paragraphe 4 de l'article 5 concerne les affaires pour lesquelles, en vertu de l'article 31, la Commission aura adopté un rapport pendant la période de douze mois suivant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11. Pour ces affaires, la procédure consistant à saisir la Cour telle que la prévoit l'actuel article 48 de la Convention (et, le cas échéant, le Protocole n° 9) sera applicable. En d'autres termes, la Commission ou un État Partie – ainsi que le requérant, en cas d'application du Protocole n° 9 – aura le droit de déférer l'affaire à la nouvelle Cour.

173. Toutefois, pour éviter que les affaires déjà examinées ne soient traitées à trois niveaux, le collège de cinq juges de la nouvelle Cour sera habilité à décider si l'affaire doit être tranchée par la Grande Chambre ou par l'une des Chambres. Pour les affaires non déferées à la nouvelle Cour en vertu de cet article, la décision reviendra au Comité des Ministres, en application de l'actuel article 32 de la Convention.

174. L'actuelle Cour cessera de fonctionner à la date d'entrée en vigueur du Protocole et toutes les affaires pendantes devant elle seront transmises à la Grande Chambre de la nouvelle Cour. À nouveau, l'actuelle Cour devra sans doute procéder à l'une ou l'autre mise au point dans les mois qui précéderont l'entrée en vigueur du nouveau Protocole, de façon à éviter que la Grande Chambre ne soit submergée d'affaires «de moindre importance».

175. Enfin, le paragraphe 6 de l'article 5 spécifie que le Comité des Ministres restera saisi des affaires qui n'auront pas été déferées à la Cour en vertu de l'actuel article 48 de la Convention, même après l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 et jusqu'à ce que l'examen de ces affaires soit terminé. Encore que ceci puisse, en fait, prolonger pendant (éventuellement) plusieurs années après l'entrée en vigueur du Protocole l'examen d'affaires par le Comité des Ministres, les rédacteurs du texte ont jugé qu'il n'y avait pas lieu, par le biais d'un tel instrument, de tenter d'inhiber un organe dont l'existence est antérieure à celle de la Convention et qui, en tant qu'organe exécutif du Conseil de l'Europe, fonctionne indépendamment du mécanisme de la Convention.

IV. Conclusions générales

A) Pratique et perspectives

176. Lors de la Conférence de Vienne des 8 et 9 octobre 1993, les Chefs d'État et de Gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe ont souligné que l'objectif principal de la réforme proposée était «d'accroître l'efficacité des moyens de

protection, de réduire la longueur des procédures et de maintenir le niveau actuel élevé de protection des droits de l'homme» («Déclaration de Vienne» du 9 octobre 1993). En guise de «conclusions générales», on peut donc entreprendre au regard de ce double objectif un aperçu des effets attendus du Protocole n.º 11.

Le maintien d'un niveau élevé de protection des droits de l'homme

177. Le Protocole n.º 11 est réputé maintenir le niveau de protection qu'offre l'actuel mécanisme de contrôle. Il va effectivement renforcer les composantes judiciaires du système. Son texte a pourtant fait l'objet de sévères critiques de la part de certains milieux.

178. Replaçons donc les choses dans leur perspective. L'actuel mécanisme de contrôle n'est pas parfait, et son successeur ne le sera pas non plus. On ne saurait nier, cela dit, que la réforme représente une amélioration substantielle.

179. Dans le système actuel, l'attribution d'une fonction quasi-juridictionnelle à un organe politique – le Comité des Ministres – s'expose à la critique, et ce à juste titre. Le Protocole n.º 11 met fin à cette anomalie: la Cour sera désormais exclusivement compétente pour connaître de toutes les requêtes interétatiques et individuelles. Le nouveau texte met également un terme aux critiques relatives à l'impossibilité, pour un individu, de saisir la Cour directement, dès lors qu'il prévoit la suppression des deux clauses facultatives relatives à l'acceptation du droit de recours individuel et à la juridiction obligatoire de la Cour. C'est là l'un des acquis *majeurs* du Protocole n.º 11, dans lequel on a pu reconnaître à juste titre, «une évolution institutionnelle capitale à laquelle on aspire depuis le Congrès de l'Europe de 1948»⁹⁷.

180. Par ailleurs, l'impartialité du système de contrôle devrait être maintenue, voire améliorée, par un certain nombre de dispositions. Peuvent être citées parmi celles-ci la publicité (sauf circonstances exceptionnelles) des audiences de la Cour – celles de la Commission n'étant pas publiques –, la possibilité de tierce intervention que garantit l'actuel texte de la Convention, la possibilité de révoquer un juge, si les circonstances l'exigeaient, à la majorité des deux tiers de la Cour, et l'impossibilité de proposer d'élire à la Cour un juge d'un pays membre du Conseil de l'Europe non adhérent à la Convention.

181. Le fait que la nouvelle Cour sera une institution entièrement nouvelle sur le plan organisationnel ne remet aucunement en question l'acquis jurisprudentiel de la Cour et de la Commission actuelles: le mandat donné le 28 mai 1993 par le Comité des Ministres au CDDH, chargé de préparer un projet de protocole d'amendement à la Convention, avait une portée limitée à la restructuration du «mécanisme de surveillance» existant. Les règles de fond contenues dans la Convention et dans ses protocoles demeurent donc inchangées. En particulier, la reprise à dessein, par les négociateurs, à l'article 35 du Protocole n.º 11, de la formulation des articles 26 et 27 du texte actuel de la Convention témoigne clairement de leur volonté d'intégrer et de développer au sein de la nouvelle Cour la jurisprudence bien établie de la Commission sur les critères de recevabilité⁹⁸.

⁹⁷ Citation extraite de Mowbray (1994), p. 544, *Bibliographie sélective*, 3e partie.

⁹⁸ Voir également, sur ce point, Jacot-Guillarmod, note 23 ci-dessus, aux pages 189 et 190.

182. L'introduction d'une limite d'âge à l'exercice du mandat des juges, fixée à soixante-dix ans, a pu faire craindre à certains commentateurs un premier renouvellement trop important de la Cour présentant un risque pour la continuité de la jurisprudence. Ceci pourrait s'avérer exact, mais doit être considérablement tempéré par le fait qu'un certain nombre des membres de l'actuelle Commission peuvent être élus à la nouvelle Cour, sans parler de la «mémoire institutionnelle» qu'apporteront les secrétariats de la Commission et de la Cour actuelle (ce dernier comptant actuellement plus de 70 juristes travaillant déjà à plein temps à Strasbourg). Par ailleurs, le risque ainsi allégué n'existerait de toute façon que de manière provisoire, alors que la disponibilité des juges constitue une exigence permanente et à satisfaire d'urgence. Les juges seront en effet amenés à exercer leurs fonctions à temps plein, pour ce qui sera sans doute un éprouvant mandat de six ans (renouvelable, comme c'est le cas pour la Commission actuelle). Enfin, il doit être souligné que cette nouvelle disposition ne fait qu'imiter les règles appliquées dans les plus hautes juridictions de la plupart des États du Conseil de l'Europe qui fonctionnent elles aussi de manière permanente et qui, très souvent, fixent un âge limite de cessation des fonctions.

183. Le souci de la cohérence de la jurisprudence, élément essentiel de la crédibilité du mécanisme de contrôle de la Convention, a également conduit à mettre en place les procédures de dessaisissement et de renvoi devant la Grande Chambre. Le dessaisissement *proprio motu* d'une Chambre au profit de la Grande Chambre n'interviendra que lorsqu'il s'agira de trancher une question de principe ou d'envisager un revirement de jurisprudence. Quant à la procédure de renvoi, elle ne pourra être déclenchée que dans les cas exceptionnels où l'affaire soulèvera une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention, ou encore une question d'intérêt général.

184. En ce qui concerne le dessaisissement, il n'aurait aucun sens, pour les parties, de faire obstacle à une telle décision de la Chambre («à moins que l'un des parties ne s'y oppose»). Un compromis politique atteint dans le cadre d'un processus de négociation est une chose, mais partir du principe que l'une des parties – dans un cas manifeste de revirement possible par rapport à la jurisprudence établie – s'opposera invariablement au dessaisissement, de façon à pouvoir «manger à deux râteliers», revient à présumer d'un élément de mauvaise foi. Qui plus est, s'opposer ainsi au dessaisissement pourrait fort bien se retourner contre la partie concernée au cas où celle-ci demanderait effectivement un réexamen par la suite.

185. La présence, parmi les membres de la Grande Chambre, du juge élu au titre de l'État contractant concerné et du président de la Chambre dont l'arrêt fait l'objet d'un réexamen a donné lieu à des critiques, en raison du soupçon de partialité que celle-ci ferait peser sur ces deux juges. On peut toutefois faire valoir, pour répondre à cet argument, qu'elle tend à renforcer la cohérence de la jurisprudence. En outre, le «parachutage» d'un juge *ad hoc*, outre qu'il poserait le problème de la désignation d'un juge extérieur et de l'allongement de la procédure, apparaît comme une question quelque peu délicate considérée du point de vue du juge permanent du pays concerné, qui se trouverait écarté de la procédure, malgré sa connaissance de l'affaire, au moment même où celle-ci parvient devant la formation la plus élevée de la Cour. Une telle évolution pourrait par ailleurs saper inutilement la cohésion et les relations collégiales entre les juges, des facteurs importants qu'il convient de garder à l'esprit. Une autre critique, selon laquelle le caractère variable, d'une affaire à l'autre, de la composition de la Grande Chambre affaiblirait les arrêts, peut être contrée par l'argument selon lequel la présence

systématique, au sein de la Grande Chambre, du Président de la Cour, des vice-présidents et des présidents des Chambres devrait offrir une garantie supplémentaire quant à l'autorité et à la continuité de la jurisprudence de la nouvelle Cour.

La réduction de la longueur des procédures et l'accroissement de l'efficacité des moyens de protection

186. Les délais nécessaires aux organes actuels de la Convention pour statuer sur les requêtes sont, à l'évidence, excessifs, ce qui est particulièrement gênant pour la crédibilité d'un mécanisme de contrôle dont l'une des missions est d'assurer le respect du «délai raisonnable» dans lequel l'article 6 de la Convention exige qu'interviennent les jugements. Assurément, la structure même de l'actuel mécanisme de contrôle y contribue pour une part non négligeable, au même titre que la multiplicité des organes de contrôle, que l'usage à Strasbourg de deux langues de travail officielles (l'anglais et le français, ce qui, il faut le reconnaître, constitue un handicap considérable pour certaines parties aux litiges) et que le simple fait qu'il s'agit ici d'un mécanisme international et non de procédures judiciaires internes, avec tous les inconvénients que cela implique. Le Protocole n° 11, en prévoyant comme il le fait une unification institutionnelle des deux principaux organes de contrôle et de leurs secrétariats, devrait oeuvrer dans le sens d'une réduction de la durée des procédures et d'une suppression de certaines redondances inutiles dans le travail. Le caractère permanent de la nouvelle Cour desservira lui aussi un tel objectif: les juges devront s'abstenir de toute activité incompatible avec les exigences d'un travail à temps plein.

187. La possibilité d'un dessaisissement *proprio motu* des Chambres de sept juges en faveur de la Grande Chambre a également été instituée en vue d'accélérer la procédure.

188. Le Protocole n° 11 maintient, voire approfondit par ailleurs, les éléments du présent mécanisme de contrôle qui se sont avérés efficaces. Le système de la division de la Commission en Chambres et comités, institué avec bonheur par le Protocole n° 8, a été repris et sera appliqué à la nouvelle Cour, dont le travail sera réparti entre un nombre de comités et de Chambres encore plus important. Les conditions de recevabilité, un système de filtrage efficace et les principaux aspects de la procédure simple et lisible de la Commission, depuis le stade de la recevabilité jusqu'à celui du rapport sur le fond, seront, d'une façon générale, transposés à la nouvelle Cour.

Des éléments d'incertitude qui ne devraient pas compromettre le travail de la nouvelle Cour

189. La première catégorie d'incertitudes est due à un certain nombre de questions qui ne sont pas précisées dans le Protocole lui-même mais le seront ultérieurement, notamment dans le règlement intérieur de la Cour. Il en est ainsi de la procédure d'arrangement amiable, des audiences contradictoires, du rôle des juges rapporteurs et de la délicate question de la composition des Chambres, qui devra parvenir à une représentation équilibrée des différents systèmes juridiques. À cet égard, certaines propositions du Groupe de travail informel mis en place par le Secrétaire

général adjoint, destinées à être transmises à la nouvelle Cour pour information, pourraient lui être utiles ⁹⁹.

190. La deuxième catégorie d'incertitudes a trait aux deux procédures-clés que sont le dessaisissement et le renvoi pour réexamen, fruits d'un compromis politique entre les partisans de la juridiction unique et ceux de la juridiction à deux degrés. Comment ces procédures fonctionneront-elles dans la pratique? On ne peut qu'espérer, à cet égard, que la nouvelle Cour à temps plein utilisera sa marge de discrétion, pour ne pas dire son ingéniosité, afin de surmonter les incohérences de ces procédures par rapport à l'organisation classique d'une Cour. Pour ce qui est, en particulier, du renvoi pour réexamen, l'importante charge de travail de la Cour contraindra probablement le collège de cinq juges à interpréter la formule «dans des cas exceptionnels» de façon plutôt restrictive. Il convient de ne pas oublier que dans cette procédure, le droit à *demandeur* le renvoi n'est assorti d'aucune restriction, l'idée sous-jacente étant que ledit renvoi ne sera effectivement accordé que dans un nombre limité de cas. Si des affaires trop nombreuses devaient vraiment être renvoyées à la Grande Chambre, la situation pourrait devenir encore pire dans le nouveau système qu'elle n'est actuellement.

191. Comme a pu le faire observer un commentateur avisé,

«les futures générations d'étudiants en droit éprouveront autant de difficultés à appréhender cette procédure que leurs prédécesseurs en ont eues pour comprendre les chevauchements de fonctions des organes de contrôle existants» ¹⁰⁰.

192. Avec un peu de chance et si la nouvelle Cour gère les affaires avec bon sens, les étudiants en question concluront tout de même que le nouveau système représente une amélioration substantielle par rapport à l'ancien!

B) Et l'avenir?

193. La mise en oeuvre du mécanisme prévu par le Protocole n° 11 comportera inévitablement certaines incertitudes et l'on peut s'attendre à des débuts difficiles, en particulier pendant la période de transition qui précédera l'entrée en vigueur du Protocole et les premières quelques années de fonctionnement de la nouvelle Cour. Les États devront faire face à des coûts supplémentaires pendant la période de transition et la mise en place du nouveau système réclamera elle aussi des ressources budgétaires supplémentaires. Mais il y aura des questions encore plus importantes à affronter. Comme l'avait relevé à juste titre feu M.-A. Eissen, ancien greffier de la Cour européenne des Droits de l'Homme, le véritable problème, pour la crédibilité du système réformé, consistera sans doute à trouver la meilleure manière de traiter les 6 à 8 % de requêtes qui seront déclarées recevables ¹⁰¹. Cela étant, au moment de spéculer sur la manière dont fonctionnera, à l'avenir, le nouveau système, il y a lieu de mettre l'accent sur quatre facteurs interdépendants.

⁹⁹ Voir la note 88 ci-dessus, commentaires dans *JEDI*, 1997, pp. 68-72.

¹⁰⁰ Mowbray, note 98 ci-dessus, en page 548.

¹⁰¹ Eissen, *Bibliographie sélective*, 3e partie, en p. 33.

194. Le premier de ces facteurs, un facteur décisif, est le contexte politique. Comme P. Van Dijk et G. J. H. Van Hoof l'ont fait observer à juste titre dans leur ouvrage intitulé *Theory and Practice of the ECHR*,

«le succès ou l'échec des instruments internationaux, y compris des instruments tels que la Convention européenne, dépend finalement de la volonté politique des États impliqués. En dernière analyse, les arguments juridiques, quelque convaincants qu'ils puissent être, l'emportent rarement sur les considérations politiques lorsque des États sentent que leurs intérêts vitaux sont en jeu»¹⁰².

195. Le deuxième facteur est, naturellement, la délicate question du fameux «compromis politique», qu'il faut bien faire fonctionner correctement, sans parler d'autres changements importants apportés à l'actuel mécanisme de contrôle. Ici encore, il vaut sans doute la peine de recourir à une citation, extraite cette fois de l'analyse remarquable – quoique très critique – à laquelle F. Sudre a soumis le Protocole n.º 11. Sa conclusion est plutôt surprenante. Voici ce qu'il écrit:

«49. Le Protocole 11, malgré les réserves que le caractère biscornu de certaines de ces dispositions appelle, nous semble – pour paradoxal que cela soit – atteindre un résultat positif. Le Protocole contient indiscutablement de bonnes choses – compétence obligatoire de la Cour, droit de saisine individuelle, suppression du Comité des ministres comme organe de décision –, bien que celles-ci ne soient pas vraiment nouvelles, puisque déjà réalisées en pratique ou en droit (le Protocole 9), ou ne font qu'achever un processus largement engagé. Il n'en reste pas moins que le Protocole 11, en “constitutionnalisant” les progrès antérieurs, fait accomplir au mécanisme européen de garantie des droits de l'homme un saut qualitatif, qu'il faut saluer: la protection des droits de l'homme en Europe s'inscrit désormais dans une procédure judiciaire, publique et contradictoire, sous l'autorité d'un organe indépendant et impartial. Comme l'a relevé très justement le Doyen Cohen-Jonathan, le Protocole 11 lie l'ordre public européen des droits de l'homme à un juge européen ayant une compétence obligatoire. Ce faisant, la Convention européenne des Droits de l'Homme offre le modèle de protection des droits individuels le plus perfectionné dans l'ordre international. Il faut néanmoins souhaiter que la nouvelle Cour sache préserver le remarquable acquis jurisprudentiel de l'actuelle Cour et de la Commission européenne des Droits de l'Homme, qui, par une interprétation évolutive et dynamique du texte conventionnel, ont largement contribué non seulement à la sauvegarde des droits de l'homme mais aussi à leur développement.

¹⁰² Deuxième édition, 1990, en page 618 (traduit de l'anglais). Voir également, à cet égard, les commentaires de M. Kamminga, «Is the ECHR equipped to cope with gross and systematic violations?», dans *NQHR*, vol. 12 (1994), aux pp. 153-164, Editorial, dans *NHRQ*, vol. 14 (1996), aux pp. 3-4 et les documents du Conseil de l'Europe: Monitor/Inf(96)1, Monitor/Inf(97)1, et Monitor/Inf(97) 2 rév. *passim*.

50. Plus discutables sont les innovations – la Grande Chambre et ses compétences – qui viennent altérer la juridiction unique, générant des distorsions procédurales et une incohérence globale (mais il est vrai que le système actuel ne brille pas non plus par son homogénéité et peut également être qualifié d’hybride).

Ce n’est pas dire, pour autant, que le compromis qui fonde le Protocole 11 (en bref, le réexamen par la Grande Chambre) est mauvais: il a l’immense mérite non seulement, en existant, de permettre la réforme, mais aussi de ne pas figer le système. Les États ont voulu un mécanisme de contrôle bâtarde, à la fois juridiction unique et double degré de juridiction, mais cela pourrait bien être un marché de dupes. En effet, la nouvelle architecture repose entièrement sur le collège de cinq juges, qui, “tenant” la procédure de réexamen, donnera vie à la Grande Chambre ou la maintiendra (ce que l’on espère) en état de léthargie. C’est donc l’institution judiciaire elle-même, et non les États, qui maîtrisera l’évolution du nouveau mécanisme de garantie.»¹⁰³.

196. Sudre n’a-t-il pas raison? N’est-il pas préférable, en dernière analyse, de laisser l’évolution potentielle du système aux mains des juges plutôt qu’aux mains des États eux-mêmes?

197. Il est une autre question, directement liée, tout au moins en partie, aux observations de Sudre qui viennent d’être citées (ainsi qu’à celles de G. Cohen-Jonathan auxquelles il se réfère): la Convention est devenue un «instrument constitutionnel de l’ordre public européen». Tant la Commission que la Cour l’ont récemment répété sans ambages¹⁰⁴. Cette affirmation, pour importante qu’elle soit certainement, doit être maintenue dans son contexte. Le rôle actuel des organes de contrôle de Strasbourg est – et il en ira de même du rôle de la nouvelle Cour unique –

¹⁰³ Le paragraphe cité constitue l’avant-dernière observation de son article. Il poursuit et conclut ainsi: «La pratique prétorienne antérieure a montré combien la Cour (mais aussi la Commission) savait exploiter toutes les ressources que lui offrait la procédure européenne pour mieux garantir les droits individuels (on songe, particulièrement, à la place faite à l’individu dans la procédure) et asseoir son autorité. Il nous semble que l’on peut alors être confiant: les vices du Protocole 11 sont tels qu’ils devraient avoir une fonction dissuasive. L’intérêt même de la nouvelle Cour, afin de préserver la crédibilité de sa jurisprudence, d’assurer l’efficacité de son contrôle (rapidité de la procédure) et de rendre “lisible” la procédure européenne, est de ne faire intervenir la Grande Chambre qu’à titre tout à fait exceptionnel pour des affaires hors du commun, qui revêtiront un aspect exemplaire. Gageons alors que la procédure de droit commun sera simple et efficace: l’individu saisit la cour qui, en chambre, rend une décision définitive par laquelle elle statue sur la violation ou la non-violation de la Convention. La pratique dévoilerait alors le vrai visage du Protocole 11, la juridiction unique pure et simple. En bref, la réforme réalisée par le Protocole 11 sera d’autant mieux appliquée qu’elle sera appliquée ... à demi.»

¹⁰⁴ Voir Cour eur. D. H., arrêt *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)* du 23 mars 1995, série A, n° 310, paragraphe 75 (et le rapport de la Commission dans la même affaire, dans DR, vol. 68, n° 216, p. 242). Pour des commentaires plus approfondis sur ce sujet, consulter F. Sudre, «Existe-t-il un ordre public européen?», dans *Quelle Europe pour les Droits de l’Homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une «union plus étroite»* (1996, éd. P. Tavernier). Voir aussi les articles de P. Tavernier (aux pp. 17-38) et de P. Courbe (aux pp. 249-266) ainsi que les conclusions générales de G. Cohen-Jonathan (à la p. 477 de la même publication).

un rôle subsidiaire: c'est aux tribunaux internes et aux organes des États nationaux qu'il incombe en ordre principal de protéger dûment les Droits de l'Homme au niveau national. C'est là un point qu'il ne faut jamais cesser de souligner (voir à cet égard les articles 13, 26 et 60 du texte actuel de la Convention, qui réapparaîtront en tant qu'articles 13, 35 et 53 dans le texte révisé de la Convention lorsque le Protocole n.º 11 sera entré en vigueur)¹⁰⁵.

198. Une quatrième et dernière observation de nature générale.

199. Le Protocole n.º 11 a été signé par tous les quarante États membres du Conseil de l'Europe sans exception et a été ratifié par tous les trente-huit (actuels) États Parties à la Convention. L'Italie a été le dernier Etat de l'avoir fait jusqu'avant le deuxième Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe qui a eu lieu à Strasbourg les 10 et 11 octobre 1997.

200. Compte tenu de l'énorme défi que constitue pour le Conseil de l'Europe l'adhésion récente, entre autres, d'États aussi importants que la Russie et l'Ukraine, sans parler des États dévastés par la guerre qui faisaient partie de l'ancienne Yougoslavie, il est impérieux pour nous que cette nouvelle Cour soit rapidement mise en place, avant qu'il ne soit trop tard. C'est dès maintenant, et non dans une dizaine d'années, qu'il nous faut un mécanisme judiciaire fonctionnant à plein temps, indépendant, sûr et bien huilé. L'enjeu en est la crédibilité de ce qui apparaît comme l'acquis le plus important jamais atteint en matière de protection internationale des Droits de l'Homme. De plus, si les États membres n'apportent pas à la nouvelle Cour un financement et des bases logistiques appropriées, elle ne pourra pas tout simplement fonctionner de manière satisfaisante.

201. Le Protocole entrera en vigueur le 1er novembre 1998.

¹⁰⁵ Voir, pour des analyses de ces trois importants articles, A. Drzemczewski et C. Giakoumopoulos (article 13), E. Picard (article 26) et E. Decaux (article 60), dans *La CEDH. Commentaire article par article* (1995), respectivement aux pp. 455-474, 590-620 et 897-903.

ANNEXE I

LA CONVENTION EUROPEENNE ET SES PROTOCOLES: ETAT DES SIGNATURES ET DES RATIFICATIONS

	STE 5 CEDH	ARTs 25 & 46	STE 9 1er PROT.	STE 44 2e PROT.	STE 46 4e PROT.	ARTs 25 & 46	STE 114 6e PROT.	STE 117 7e PROT.	ARTs 25 & 46	STE 140 9e PROT.	STE 146(*) 10e PROT.	STE 155(*) 11e PROT.
ALBANIE	R	d	R	R	R	d		R	d			R [02/10/96]
ANDORRE	R	d			R			R				R [22/01/96]
AUTRICHE	R	d	R	R [R	d	R	R	d	R	R	R 03/08/95]
BELGIQUE	R	d	R	R	R	d	S			R	R	R [10/01/97]
BULGARIE	R	d	R	R	S	S						R [03/11/94]
CROATIE	S		S	S	S		S	S				S
CHYPRE	R	d	R	R	R	d				R	R	R [28/06/95]
REPUBLIQUE TCHEQUE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [28/04/95]
DANEMARK	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [18/07/96]
ESTONIE	R	d	R	R	R	d	S	R	d	R	R	R [16/04/96]
FINLANDE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [12/01/96]
FRANCE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	S	S	R [03/04/96]
ALLEMAGNE	R	d	R	R	R	d	R	S		R	R	R [02/10/95]
GRECE	R	d	R	R			S	R		S	S	R [09/01/97]
HONGRIE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	S	R [26/04/95]
ISLANDE	R	d	R	R	R	d	R	R	d			R [29/06/95]
IRLANDE	R	d	R	R	R	d	R	S		R	R	R [16/12/96]
ITALIE	R	d	R	R	R	d	R	R		R	R	[01/10/97]
LETTONIE	R	d	R	R	R	d		R	d			R [27/06/97]

	STE 5 CEDH	ARTs 25 & 46	STE 9 1er PROT.	STE 44 2e PROT.	STE 46 4e PROT.	ARTs 25 & 46	STE 114 6e PROT.	STE 117 7e PROT.	ARTs 25 & 46	STE 140 9e PROT.	STE 146(*) 10e PROT.	STE 155 (*) 11e PROT.
LIECHTENSTEIN	R	d	R	R			R			R	R	R [14/11/95]
LITUANIE	R	d	R	R	R	d		R	d	S		R [20/06/95]
LUXEMBOURG	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [10/09/96]
MALTE	R	d	R	R			R			S	R	R [11/05/95]
MOLDOVA	S		S	S	S		S	S				R [12/09/97]
PAYS-BAS	R	d	R	R	R	d	R	S		R	R	R [21/01/97]
NORVEGE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [24/07/95]
POLOGNE	R	d	R	R	R	d		S		R	R	R [20/05/97]
PORTUGAL	R	d	R	R	R	d	R	S		R	R	R [14/05/97]
ROUMANIE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [11/08/95]
FEDERATION DE RUSSIE	S		S	S	S			S	S	S	S	S
SAINT MARIN	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [05/12/96]
REPUBLIQUE SLOVAQUE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [28.09.94]
SLOVENIE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [28/06/94]
ESPAGNE	R	d	R	R	S		R	S				R [6/12/96]
SUEDE	R	d	R	R	R	d	R	R	d	R	R	R [21/04/95]
SUISSE	R	d	S	R			R	R	d	R	R	R [13/07/95]
'LERY de MACEDOINE'	R	d	R	R	R	d	R	R	d			R [10/04/97]
TURQUIE	R	d	R	R	S			S		S		R [11/07/97]
UKRAINE	S		S	S	S		S	S				R [11/09/97]
ROYAUME-UNI	R	d	R	R	S						R	R [09/12/94]

(*) Pas encore en vigueur.

S: SIGNATURE

R: RATIFICATION

d: DECLARATIONS FAITES (Articles 25 & 46, CEDH)

ACCORD GENERAL SUR LES PRIVILEGES ET IMMUNITES [A.G.], ses 2e, 4e, 5e et 6e PROTOCOLES,

ACCORD EUROPEEN CONCERNANT LES PERSONNES PARTICIPANT AUX PROCEDURES DEVANT LA COUR ET LA

COMMISSION EUROPEENNES DES DROITS DE L'HOMME [ACCORD n° 1] ET [NOUVEL] ACCORD EUROPEEN CONCERNANT
LES PERSONNES PARTICIPANT AUX PROCEDURES DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME [ACCORD n° 2]

Etat des ratifications (ou accessions) [date d'entrée en vigueur indiquée]:

	Accord général sur les privilèges et immunités (STE 2)	2e Protocole à l'A.G. (STE 22) [re: Commission]	4e Protocole à l'A.G. (STE 36) [re: Cour]	5e Protocole à l'A.G. (STE 137) [re: exonération d'impôts]	6e Protocole à l'A.G. (STE 162)(m) [re nouvelle Cour]	Accord n° 1 (STE 67)	Accord n° 2 (STE 161)(m) [re nouvelle Cour]
ALBANIE							
ANDORRE							
AUTRICHE	09/05/57	13/11/58	16/12/61	01/7/92		18/08/81	
BELGIQUE	10/09/52	07/09/61	04/06/64			17/04/71	S [19/06/97]
BULGARIE	07/05/92	S [11/05/95]	S [11/05/95]			S / D [03/10/94]	
CROATIE							
CHYPRE	30/11/67	30/11/67	30/11/67			17/04/71	
REPUBLIQUE TCHEQUE	28/04/95	30/05/95	30/05/95	01/09/95		28/04/96	
DANEMARK	02/09/53	15/12/56	16/12/61	01/11/91	S [05/03/96]	08/04/84	S [05/03/96]
ESTONIE	11/01/95						
FINLANDE	16/11/89	11/12/89	11/12/89	01/11/91		28/03/91	
FRANCE	10/03/78	10/03/78	10/03/78 D			28/03/84 D	
ALLEMAGNE	10/09/54	07/07/60	10/12/63	01/01/95	S [30/09/96]	04/05/78 R	S [23/10/96]
GRECE	17/11/53	02/02/61	24/05/65	01/10/93	S [21/05/96]		S [26/06/96]
HONGRIE	06/11/90	12/01/96	12/01/96	01/05/96	S [06/05/97]	13/02/96	S [06/05/97]
ISLANDE	11/03/55	15/12/56	29/06/95	01/10/95	S [27/06/96]	30/07/95	S [27/06/96]
IRLANDE	21/09/67	21/09/67	21/09/67	01/07/93		10/12/71	
ITALIE	10/09/52	04/06/58	20/09/66	01/05/95	S [05/03/96]	07/02/81 D	S [05/03/96]
LETTONIE							
LIECHTENSTEIN	16/05/79	11/12/79	11/12/79			27/02/84 D	
LITUANIE							
LUXEMBOURG	10/09/52	08/01/60	05/11/63	01/10/94	S [05/03/96]	17/04/71	S [05/03/96]
MALTE	22/01/69	06/05/69	06/05/69			31/05/71	
MOLDOVA							
PAYS-BAS	10/09/52 T	29/04/57 T	16/12/61 T		21/01/97 T	29/02/72 T	21/01/97 T

	Accord général sur les privilèges et immunités (STE 2)	2e Protocole à l'A.G. (STE 22) [re: Commission]	4e Protocole à l'A.G. (STE 36) [re: Cour]	5e Protocole à l'A.G. (STE 137) [re: exonération d'impôts]	6e Protocole à l'A.G. (STE 162)(m) [re nouvelle Cour]	Accord n° 1 (STE 67)	Accord n° 2 (STE 161)(m) [re nouvelle Cour]
NORVEGE	10/09/52	15/12/56	16/12/61			17/04/71	
POLOGNE	16/03/93	22/04/93	22/04/93	01/08/93		13/05/96 R/D	
PORTUGAL	06/07/82	06/07/82	06/07/82	01/06/96	S [29/04/97]	24/08/81	S [29/04/97]
ROUMANIE	04/10/94	04/10/94	04/10/94	01/02/95		S [28/09/94]	
FEDERATION DE RUSSIE	28/02/96	28/02/96	28/02/96	01/06/96			
SAINT MARIN	22/03/89	22/03/89	22/03/89			23/04/89	
REPUBLIQUE SLOVAQUE	05/12/96	R [15/07/97]	R [15/07/95]	R [01/11/97]			
SLOVENIE	8/11/94	08/11/94	08/11/94	01/03/95		28/06/94	
ESPAGNE	23/06/82	23/06/89	23/06/89			24/07/89 D	
SUEDE	10/09/52	15/12/56	18/09/62		S [30/04/96]	21/01/72	S [30/04/96]
SUISSE	29/11/65	29/11/65	29/11/65	01/04/94 R		29/12/74 D	
'LERY de MACEDOINE'	10/09/97						
TURQUIE	07/01/60	07/01/60	01/03/65 D	01/10/94			
UKRAINE	06/11/96						
ROYAUME-UNI KINGDOM	10/09/52	08/07/58	24/02/71 T	01/11/91		17/04/71 T	

(m) Pas encore en vigueur

S: Signature

T: déclaration(s) territoriale(s)

R: Réservation(s)

D: Déclaration(s)

ANNEXE II
LE CONSEIL DE L'EUROPE ET LES PAYS D'EUROPE
CENTRALE ET ORIENTALE

(au 1er octobre 1997)

I. Membres de l'Organisation: 40 pays (dont 38 ont ratifié la CEDH)

16 nouveaux pays membres d'Europe centrale et orientale:

La Hongrie (6.11.90), la Pologne (26.11.91), la Bulgarie (7.5.92), l'Estonie (14.5.93), la Lituanie (14.5.93), la Slovénie (14.5.93), la Rép. Tchèque (30.6.93), la Rép. Slovaque (30.6.93), la Roumanie (7.10.93), la Lettonie (10.2.95), l'Albanie (13.7.95), la Moldova (13.7.95), l'Ukraine (9.11.95), 'l'ex-République yougoslave de Macédoine' (9.11.95), la Fédération de Russie (28.2.96) et la Croatie (6.11.96) *sont devenues membres du Conseil de l'Europe*. La République Fédérative Tchèque et Slovaque a été membre du 21.2.91 au 31.12.92.

5 demandes d'adhésion:

l'Arménie (8.3.96); l'Azerbaïdjan (13.7.96); la Bélarus (12.3.93), la Bosnie-Herzégovine (10.4.95) et la Géorgie (14.7.96).

II. La Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH): 14 ratifications*:

la Bulgarie	(7.9.92)	la Roumanie	(20.6.94)	'L'ex-République	
la Hongrie	(5.11.92)	la Slovénie	(28.6.94)	yougoslave	
la Rép. Tchèque	(1.1.93)*	la Lituanie	(20.6.95)	de Macédoine'	(10.4.97)
la Rép. Slovaque	(1.1.93)*	l'Estonie	(16.4.96)	La Lettonie	(27.6.97)
la Pologne	(19.1.93)	l'Albanie	(2.10.96)	L'Ukraine	(11.9.97)
				La Moldova	(12.9.97)

Acceptation du droit de recours individuel (art. 25) et reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour (art. 46) en attendant l'entrée en vigueur du Protocole No. 11, CEDH, le 1er novembre 1998.

la Bulgarie (7.9.92), la Hongrie (5.11.92), la Rép. Tchèque* (1.1.93), la Rép. Slovaque* (1.1.93), la Pologne (1.5.93), la Roumanie (20.6.94), la Slovénie (28.6.94), la Lituanie (20.6.95), l'Estonie (16.4.96), l'Albanie (2.10.96), 'L'ex-République yougoslave de Macédoine' (10.4.97), la Lettonie (27.6.97), l'Ukraine (11.9.97) et la Moldova (12.9.97).

* La République Fédérative Tchèque et Slovaque a été Partie Contractante du 18.3.92 au 31.12.92. Suite aux déclarations de la Rép. Tchèque et de la Rép. Slovaque exprimant leur intention de succéder à la Rép. Fédérative Tchèque et Slovaque et de se considérer liées par la CEDH à partir du 1.1.93, le Comité des Ministres a décidé, le 30.6.93, que ces Etats devaient être considérés comme Parties à la Convention à dater du 1.1.93. De même, ces Etats sont liés à compter du 1.1.93 par les déclarations formulées par la Rép. Fédérative Tchèque et Slovaque (18.3.92) au titre des articles 25 et 46 de la Convention. La Croatie et la Fédération de Russie ont signé la Convention lors de leur adhésion à l'Organisation.

III. Statut d'invité spécial auprès de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

l'Arménie (26.1.96); l'Azerbaïdjan (28.6.96); la Bosnie-Herzégovine (28.1.94) et la Géorgie (28.5.96) *ont le statut d'invité spécial*.

Le Statut d'Invité Spécial de la Bélarus qui a été accordé le 16.9.92 a été suspendu le 13.1.97.

Le statut d'invité spécial a été instauré par l'Assemblée parlementaire en 1989 afin de forger des liens plus étroits avec les Assemblées législatives des pays d'Europe centrale et orientale. Ces Assemblées envoient des délégations qui reflètent différents courants d'opinion et qui assistent aux sessions plénières à Strasbourg et aux réunions des Commissions.

IV. Programme "Démosthène": Pour un aperçu général, voir doc. du Conseil de l'Europe, SG/Inf (96) 2. Voir aussi vol. 5 Revue Universelle des Droits de l'Homme (RUDH) (1993), pp. 193-213 et doc. H(95) 9 rev. En ce qui concerne la CEDH voir vol. 7 RUDH (1995), pp. 195-212 et doc. H (96) 12.

Le Conseil de l'Europe a élaboré un programme d'assistance, appelé "programme Démosthène", afin d'aider les pays d'Europe centrale et orientale à mettre en oeuvre leurs réformes constitutionnelles, législatives et administratives. Ce programme s'appuie sur une coopération pratique sous forme de réunions d'experts, d'ateliers, de stages de formation, de bourses et visites d'études.

Les pays bénéficiaires des divers programmes sont:

- les seize Etats d'Europe centrale et orientale membres du Conseil de l'Europe: l'Albanie, la Bulgarie, la Croatie, la Rép. Tchèque, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Moldova, la Pologne, la Roumanie, la Fédération de Russie, la Rép. Slovaque, la Slovénie, l'ex-République yougoslave de Macédoine' et l'Ukraine;
- l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Bélarus, la Bosnie-Herzégovine et la Géorgie.

Ces programmes sont financés sur un titre spécifique du budget général du Conseil de l'Europe (Titre IX), doté en 1997 d'un montant global d'environ 64 millions de francs français. Ce budget est complété par diverses contributions volontaires d'Etats membres qui permettent d'élargir certaines actions, ainsi que par des Programmes Jointes avec la Commission européenne (Bruxelles) en faveur de l'Albanie, des Pays baltes (l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie), de la Fédération de Russie et de l'Ukraine. En janvier 1997, 8,4 millions de francs français supplémentaires ont été affectés aux mesures d'urgence pour la Bosnie-Herzégovine.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

1. Textes et documents de référence:

En français

- Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et rapport explicatif (les éditions du Conseil de l'Europe, 1994, ISBN 92-871-2481-7).
- Nouveau texte de la CEDH et de ses protocoles incluant les changements envisagés avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, dans Vol. 6 *Revue Universelle des Droits de l'Homme (R.U.D.H.)*, 1994, pp. 103-113.
- Réforme du système de contrôle de la CEDH, dans Vol. 4 *R.U.D.H.*, 1992, pp. 503-521.
- Déclaration de Vienne du 9 octobre 1993 des Chefs d'Etat et du Gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe, dans Vol. 5 *R.U.D.H.*, 1993, p. 293.
* * *
- *Convention européenne des Droits de l'Homme. Recueil de textes* (Les éditions du Conseil de l'Europe, 1994, ISBN 92-871-2507-4); aussi dans vol. 33A *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme* (1994), bilingue français/anglais.
* * *
- Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la [nouvelle] Cour européenne des Droits de l'Homme et Sixième Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe et leurs rapports explicatifs (Editions du Conseil de l'Europe, 1996, ISBN 92-871-3007-8). Aussi à paraître dans *RUDH* en 1997.

En anglais

- Protocol N° 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Explanatory Report (Council of Europe Press, 1994, ISBN 92-871-2482-5).
- The new text of the ECHR and its protocols inclusive of changes envisaged when Protocol N° 11 comes into force, dans Vol. 15 *Human Rights Law Journal (H.R.L.J.)*, 1994, pp. 102-113.
- Reform of the control system of the ECHR", dans Vol. 14 *H.R.L.J.*, 1993, pp. 31-48.
- Vienna Declaration of 9 October 1993 of the Heads of State and Government of the Council of Europe member States, dans Vol. 14 *H.R.L.J.*, 1993, p. 373.
- H. Petzold and J. L. Sharpe "Profile of the Future European Court of Human Rights" in *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne* (F. Matscher and H. Petzold, eds.), 1988, pp. 471-509.
- Netherlands Advisory Committee on Human Rights and Foreign Policy: "The mechanism for supervising observance of the ECHR" (1990, Report No. 9) 62 pages.
* * *
- *European Convention on Human Rights. Collected Texts* (Council of Europe Press, 1994, ISBN 92-871-2508-2); aussi dans vol. 33A *Yearbook of the European Convention on Human Rights* (1994), bilingue English/French.
* * *
- European Agreement relating to persons participating in proceedings of the [new] European Court of Human Rights and Sixth Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe and Explanatory Reports (Council of Europe Publishing, 1996, ISBN 92-871-3008-6). Aussi dans Vol. 17 *HRLJ* 1996, pp. 472-76.

En allemand

- Neuer Texte der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit ihren Protokollen (inkl. Änderungen, die mit Inkrafttreten des 11. Protokolls getten werden), dans Vol. 21 *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, 1994, pp. 339-349.
- Wiener Erklärung am 9. Oktober 1993 der Gipfeltreffen der Staats- und Regierungschefs des Europarates, dans Vol. 20 *EuGRZ*, 1993, p. 483.

2. Colloques/tables rondes

- Les actes du Colloque de l'Université de Neuchâtel, mars 1986, *Fusion de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, O. Jacot-Guillarmod, ed., 1987.
- Proceedings of the University of Neuchâtel Colloquy of March 1986: "Merger of the European Commission and European Court of Human Rights" (O. Jacot-Guillarmod, ed.) dans Vol. 8 *H.R.L.J.*, 1987, pp. 1-244.
- *Le Protocole n° 11 à la CEDH*, Actes de la table ronde du 22 septembre 1994, Université Robert Schuman, Strasbourg (1995), cité comme *Le Protocole n° 11 à la CEDH* (1995).
- *8e Colloque international sur la Convention européenne des Droits de l'Homme* (Editions du Conseil de l'Europe, 1996, ISBN 92-871-3076-0). Version anglaise: *8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Publishing, 1996, ISBN 92-871-3077-9). Aussi dans vol. 38A *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme* (1995), bilingue français/anglais.

Un des deux thèmes majeurs de ce colloque a été "La CEDH dans la nouvelle architecture de l'Europe", y compris la mise en oeuvre de la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention.

3. Articles

- R. Abraham "La réforme du mécanisme de contrôle de la CEDH: le Protocole n° 11 à la Convention", dans Vol. XL *Annuaire Français de Droit international*, 1994 (1995), pp. 619-632.
- R. Abraham "La nouvelle procédure" in *Le Protocole n° 11 à la CEDH*, (1995), pp. 65-71.
- R. Bernhardt "Reform of the control machinery under the ECHR: Protocol No. 11" dans Vol. 89 *A.J.I.L.* (1995), pp. 145-154.
- N. Bratza and M. O'Boyle "The Legacy of the Commission to the new Court under the 11th Protocol", à paraître dans *Studies in Honour of C. A. Nørgaard* (1997, eds H. G. Schermers et autres). Aussi publié dans Vol. 2 *EHRLR* (1997), pp. 211-228.
- J. A. Carrillo Salcedo "Vers la réforme du mécanisme de contrôle institué par la CEDH", dans Vol. 97 *R.G.D.I.P.* (1993), pp. 629-643.
- G. Cohen-Jonathan "Synthèse des travaux", in *Le Protocole n° 11 à la CEDH*, (1995) pp. 137-149.
- E. Decaux "The Future of inter-state dispute settlement within the Council of Europe", dans Vol. 9 *Leiden Journal of International Law* (1996), pp. 397-410.
- O. De Schutter "La réforme des mécanismes de contrôle de la CEDH. Etat des lieux et perspectives d'avenir". *CH du CRISP* (1996).

- A. Drzemczewski "The ECHR: time for a radical overhaul?" dans Vol. 1 *Boston College International and Comparative Law Review* (1987), pp. 9-15.
- A. Drzemczewski "The need for a radical overhaul". dans Vol. 143 *New Law Journal* (1993), pp. 126 and 134-135.
- A. Drzemczewski "Putting the European house in order" dans Vol. 144 *New Law Journal* (1994), pp. 644-646.
- A. Drzemczewski and J. Meyer-Ladewig "Grundzüge des neuen EMRK-Kontrollmechanismus nach dem am 11. Mai 1994 unterzeichneten Reform-Protokoll (Nr. 11). Eine ständiger Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte als einziges EMRK-Kontrollorgan", dans Vol. 21 *EuGRZ* (1994), pp. 317-351.
- A. Drzemczewski and J. Meyer-Ladewig "Principal characteristics of the new ECHR control mechanism, as established by Protocol No. 11, signed on 11 May 1994. A single European Court of Human Rights is to replace the existing Commission and Court in Strasbourg," dans Vol. 14 *H.R.L.J.* (1994), pp. 81-115.
- A. Drzemczewski and J. Meyer-Ladewig, "Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la CEDH suite au Protocole n° 11, signé le 11 mai 1994. Une Cour unique des droits de l'homme remplacera les actuelles Commission et Cour à Strasbourg", dans Vol. 6 *R.U.D.H.* (1994), pp. 81-115.
- A. Drzemczewski "A major overhaul of the European Human Rights Convention control mechanism: Protocol No. 11", dans *Collected Courses of the Academy of European Law / Recueil des Cours de l'Académie de Droit Européen (ADE)*, 1995, Vol. IV, Livre 2 (1997), pp. 121-244.
- A. Drzemczewski "Protocole n° 11 à la Convention européenne des Droits de l'Homme: préparation à l'entrée en vigueur" dans Vol. 8 *European Journal of International Law / Journal Européen de Droit International (JEDI)*, (1997), pp. 59-76.
- M. -A. Eissen "L'aspect institutionnel du Protocole n° 11 à la Convention", dans Vol. 4 *Bulletin des Droits de l'Homme*, Institut Luxembourgeois des Droits de l'Homme (1995), pp. 1-17 (aussi publié dans *Le Protocole n° 11 à la CEDH*, (1995) pp. 31-52).
- J.-F. Flauss "Le Protocole n° 11: Côté cour" dans Vol. 3 *Bulletin des Droits de l'Homme* (1994), pp. 3-13.
- J.-F. Flauss "La nouvelle procédure", dans *Le Protocole n° 11 à la CEDH* (1995) pp. 53-64.
- J. Frowein "Implementation of the reform of the ECHR control machinery", dans *8e Colloque international sur la CEDH* (1996), pp. 159-180.
- J. Frowein and W. Peukert *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK - Kommentar* (1996), spécialement commentaire sur l'article 19 de la CEDH.
- G. Gerin "Some remarks concerning the restructure of judicial organs of the Human Rights Convention" à paraître dans *Studies in honour of R. Ryssdal* (1998, éditeurs P. Mahoney, F. Matscher and H. Petzold).
- J.-C. Geus "Le Protocole n° 11 à la CEDH: la grande illusion?" dans Vol. 3 *Bulletin des Droits de l'Homme* (1994), pp. 14-19.
- H. Golsong "On the reform of the supervisory system of the ECHR" dans Vol. 13 *H.R.L.J.* (1992), pp. 265-269.

- P. H. Imbert "La réforme de la procédure devant les organes de contrôle de la CEDH: quelques observations prospectives" in Vol. 1, *JEDI* (1990), pp. 292-300.
- G. Janssen - Pevtschin "Le Protocole n° 11 à la CEDH" dans Vol. 5 *Rev. Trim. des Droits de l'Homme* (1994), pp. 483-500.
- O. Jacot-Guillarmod "Observations sur quelques critiques récentes adressées au Protocole n° 11 à la CEDH", dans *8e Colloque international sur la CEDH* (1996), pp. 182-197.
- Y. S. Klerk: *Het ECRM - toezichtmechanisme, verleden, hedens toekomst* (Ph.D. doctorat, Nijmegen, Pays-Bas, 1995).
- Y. S. Klerk "Protocol No. 11 to the ECHR: a drastic revision of the supervisory mechanism under the ECHR" dans vol. 14 *NQHR* (1996), pp. 35-46.
- C. Lalumière "Human Rights in Europe: challenges for the next millennium" dans *The European system for the protection of Human Rights* (1993, R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, eds.), pp. xv - xx.
- J. Lathouwers "Het Protocol Nr. 11 bij het EVRM" in *Mensenrechten Jaarboek 1994* (1995, Interuniversitair Centrum Mensenrechten, Belgium), pp. 35-46.
- Lord Lester of Herne Hill "La CEDH dans la nouvelle architecture européenne: rapport général", dans *8e Colloque international sur la CEDH*, (1996), pp. 235-249.
- P. Leuprecht "Human Rights in the New Europe" dans Vol. V, *ADE* (1994), Livre 2, pp. 135-191.
- P. Mahoney "Procedure and practice of the present Court of Human Rights - Some pointers for the future single Court", contribution écrite présentée à une réunion sur *The Eleventh Protocol: Problems of Procedure, ECHR*, organisée à Londres le 15 mars 1996, par le British Institute of International and Comparative Law.
- J. Meyer-Ladewig "Reform of the [ECHR] control machinery", dans *The European system for the protection of Human Rights* (1993), pp. 909-926.
- J. Meyer-Ladewig *Strukturreform und Erweiterung der materiellen Reichweite des Europäischen Menschenrechtsschutzes*, (Universität des Saarlandes Europa-Institut, 1994), 21 pages.
- J. Meyer-Ladewig "Ein neuer ständiger Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. Das 11. Protokoll zur EMRK", dans Vol. 43 *Neue Juristische Wochenschrift* (1995), pp. 2813-2817.
- J. Meyer-Ladewig "Die Zukunft des europäischen Menschenrechtsschutzsystems - Bilanz und Künftige Perspektiven" dans vol. 23 *EuGRZ* (1996), pp. 374-377.
- J. Meyer-Ladewig "Oral hearings before the single Court under the new system created by Protocol No. 11 to the Convention", à paraître dans *Studies in honour of R. Ryssdal* (1998, éditeurs P. Mahoney, F. Matscher and H. Petzold).
- A. R. Mowbray "Reform of the control system of the ECHR" dans *Public Law* (1993), pp. 419-426.
- A. R. Mowbray "A new European Court of Human Rights" dans *Public Law* (1994), pp. 540-552.

- E. Myjer "Vijf-voor-twaalf-gedachten en goede voorne-mens" in *NJCM-Bulletin* (1992), pp. 971-975. See also Editorial entitled "Het nieuwe EHRM: een nieuwe stap in de Europese mensenrechtbescherming" dans *NJCM Bulletin* (1993), pp. 877-878.
- E. Myjer "Andere tijden en het EVRM" dans *Precaire waar-den (Mélanges) A. A. G. Peters.* (Arnhem 1994). pp. 79-87.
- C. A. Nørgaard "The protection of Human Rights in Europe", dans Vol. II *ADE* (1991), Livre 2, pp. 21-97.
- C. A. Nørgaard "La nouvelle Cour: l'héritage de la Commission européenne des Droits de l'Homme", dans *8e Colloque international sur la CEDH*, (1996), pp. 199-205.
- S. Parmentier "The implementation of international human rights norms: a case study of the individual complaint procedure under the ECHR (Ph. D. doctorat. Leuven, Belgique. 1997).
- L.-E. Pettiti "L'évolution de la CEDH et son application", dans Vol. III *ADE* (1992), Livre 2, 1994, pp. 1 - 90, aux pp. 70-77.
- L.-E. Pettiti "Le Protocole n° 11 - Bilan et perspectives" dans Vol. 3 *Bulletin des Droits de l'Homme* (1994), pp. 20-23.
- W. Peukert "A propos de la réforme du système de protection prévu par la CEDH" dans Vol. 4 *R.U.D.H.* (1992), pp. 217-226.
- H. Petzold and J. L. Sharpe (voir 1, ci-dessus).
- H. Petzold "Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Entwurf der Protokoll No. 11 zur Europäischen Menschenrechtskonvention", à paraître dans *Vorträge, Rede und Berichte aus dem Europa-Institut; Saarbrücken* (1996).
- G. Raimondi "La procédure d'autorisation au réexamen des arrêts des Chambres", dans *Le Protocole n° 11 à la CEDH*, (1995), pp. 115-121.
- E. Roucouas "La réforme des institutions de protection des droits de l'homme du Conseil de l'Europe" dans *Premier Colloque International sur les Droits de l'Homme* (1993, Université de la Laguna, Ténérife), pp. 227-263.
- B. Rudolf "Der Entwurf eines Zusatzprotokolls über die Reform des Kontrollmechanismus der Europäischen Menschenrechtskonvention", dans Vol. 21 *EuGRZ* (1994), pp. 53-58.
- M. Ruud "One Court-two instances?" à paraître dans *Studies in honour of R. Ryssdal* (1998, éditeurs P. Mahoney, F. Matscher and H. Petzold).
- R. Ryssdal "The Future of the European Court of Human Rights", discours prononcé le 22 mars 1990 à King's College, Université de Londres.
- R. Ryssdal "On the road to a European Constitutional Court", dans Vol. III *ADE* (1991), Livre 2, 1993, pp. 3-20. [Voir aussi plusieurs discours non publiés de Ryssdal: reproduit par le Greffe de la Cour comme docs. Cour(92)126, Cour(92)135, Cour(92)173, Cour(94)34, Cour(94)266, Cour(94)276.]
- R. Ryssdal "The coming of age of the ECHR", dans vol. 1 *EHLRL* (1996), pp. 18-29.
- R. Ryssdal "The enforcement system set up under the ECHR", discours prononcé le 7 octobre 1994 lors d'un symposium en l'honneur du Professor H. G. Schermers publié dans *Compliance with judgements of international courts*, (1996, M. K. Bulterman et M. Kuijer, eds), pp. 47-68.

- A. Salado Osuna "El Protocolo de Enmienda numero 11 al Convenio Europeo de derechos humanos", dans Vol. 21 *Revista de Instituciones Europeas* (1994), pp. 943-965.
- H. G. Schermers *The Merger of the Commission and Court of Human Rights* (Protocol No. 11 to the ECHR), (Universität des Saarlandes Europa-Institut, 1994), 16 pages.
- H. G. Schermers "Procedural reform in the light of the experience of the European Commission of Human Rights", dans *Perspectives for the Development of Judicial Protection in the European Community* (1987, J. Schwarze, ed.), pp. 125-131.
- H. G. Schermers "The Eleventh Protocol to the ECHR" dans Vol. 19 *European Law Review* (1994), pp. 367-384.
- H. G. Schermers "Adaptation of the 11th Protocol to the ECHR, dans Vol. 20 *European Law Review* (1995), pp. 559-579.
- H. G. Schermers "Het Elfde Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens", *45 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, édition spéciale *NJCM Bulletin* (1996), pp. 53-59.
- H. G. Schermers "A European Supreme Court", à paraître dans *Studies in honour of R. Ryssdal* (1998).
- V. Schlette "Das neue Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zur Reform des Kontrollmechanismus durch das 11. Protokoll", in Vol. 56 *ZaöRV* (1996), pp. 905-975.
- S. Sonelli "La doppia istanza di giudizio secondo d'undicesimo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell' uomo", dans Vol. LXXVIII *Rivista di Diritto Internazionale* (1995), pp. 345-367.
- W. Strasser "Quelques réflexions sur les dispositions transitoires", dans *Le Protocole n° 11 à la CEDH*, (1995), pp. 97-114.
- F. Sudre "La réforme du mécanisme de contrôle de la CEDH: le Protocole 11 [additionnel] à la Convention", Vol. 69 *La Semaine Juridique* (1995), I, pp. 231-240.
- C. Tomuschat "Quo Vadis, Argentoratum? The success story of the ECHR - a few dark stains" dans Vol. 13 *H.R.L.J.* (1992), pp. 401-406.
- S. Trechsel "Zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutz - Systems", dans *Europarat und Menschenrechte* (1993, M. Nowak, ed), pp. 91-118.
- S. Trechsel "Transitional questions with regard to the merger of the European Court and Commission of Human Rights", dans *Protecting Human Rights: The European Dimension* (1988), pp. 639-645.
- N. Valticos "Quels juges pour la prochaine Cour européenne des Droits de l'Homme?", dans *Liber Amicorum M.-A. Eissen* (1995), pp. 415-433.
- K. de Vey Mestdagh "Reform of the ECHR in a changing Europe", in *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe*, (1994, Vol., III, R. Lawson and M. de Blois, eds.), pp. 337-360.
- P. Wachsmann "La nouvelle procédure", dans *Le Protocole n° 11 à la CEDH*, (1995), pp. 9-29.

DOCUMENTAÇÃO

– DECLARAÇÃO CONSTITUTIVA E ESTATUTOS
DA COMUNIDADE
DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA

– DECLARATION CONSTITUTIVE ET STATUTS
DE LA COMMUNAUTE
DES PAYS DE LANGUE PORTUGAISE

– DECLARATION AND STATUTES
OF THE COMMUNITY
OF PORTUGUESE-SPEAKING COUNTRIES

DECLARAÇÃO CONSTITUTIVA DA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA*

Os Chefes de Estado e de Governo de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe, reunidos em Lisboa, no dia 17 de Julho de 1996.

Imbuídos dos valores perenes da Paz, da Democracia e do Estado de Direito, dos Direitos Humanos, do Desenvolvimento e da Justiça Social;

Tendo em mente o respeito pela integridade territorial e a não ingerência nos assuntos internos de cada Estado, bem como o direito de cada um estabelecer as formas do seu próprio desenvolvimento político, económico e social e adoptar soberanamente as respectivas políticas e mecanismos nesses domínios;

Conscientes da oportunidade histórica que a presente Conferência de Chefes de Estado e de Governo oferece para responder às aspirações e aos apelos provenientes dos povos dos sete países e tendo presente os resultados auspiciosos das reuniões de Ministros dos Negócios Estrangeiros e das Relações Exteriores dos Países de Língua Portuguesa, realizadas em Brasília em 9 de Fevereiro de 1994, em Lisboa em 19 de Julho de 1995, e em Maputo em 18 de Abril de 1996, bem como dos seus encontros à margem das 48.^a, 49.^a e 50.^a Sessões da Assembleia Geral das Nações Unidas,

consideram imperativo:

- *Consolidar* a realidade cultural nacional e plurinacional que confere identidade própria aos Países de Língua Portuguesa reflectindo o relacionamento especial existente entre eles e a experiência acumulada em anos de profícua concertação e cooperação;

* Resolução da Assembleia da República n.º 14/97, que aprovou, para ratificação, a Declaração Constitutiva e os Estatutos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, assinados em Lisboa em 17 de Julho de 1996 (*Diário da República*, I Série-A, n.º 67, de 20 de Março de 1997).

- *Encarecer* a progressiva afirmação internacional do conjunto dos Países de Língua Portuguesa que constituem um espaço geograficamente descontínuo mas identificado pelo idioma comum;
- *Reiterar*, nesta ocasião de tão alto significado para o futuro colectivo dos seus Países, o compromisso de reforçar os laços de solidariedade e de cooperação que os unem, conjugando iniciativas para a promoção do desenvolvimento económico e social dos seus Povos e para a afirmação e divulgação cada vez maiores da Língua Portuguesa.

Reafirmam que a Língua Portuguesa:

- *Constitui*, entre os respectivos Povos, um vínculo histórico e um património comum resultantes de uma convivência multissecular que deve ser valorizada;
- *É um meio* privilegiado de difusão da criação cultural entre os povos que falam português e de projecção internacional dos seus valores culturais, numa perspectiva aberta e universalista;
- *É igualmente*, no plano mundial, fundamento de uma actuação conjunta cada vez mais significativa e influente;
- *Tende a ser*, pela sua expansão, um instrumento de comunicação e de trabalho nas organizações internacionais e permite a cada um dos Países, no contexto regional próprio, ser o intérprete de interesses e aspirações que a todos são comuns.

Assim, animados de firme confiança no futuro, e com o propósito de prosseguir os objectivos seguintes:

- *Contribuir* para o reforço dos laços humanos, a solidariedade e a fraternidade entre todos os Povos que têm a Língua Portuguesa como um dos fundamentos da sua identidade específica, e, nesse sentido, promover medidas que facilitem a circulação dos cidadãos dos Países membros no espaço da CPLP;
- *Incentivar* a difusão e enriquecimento da Língua Portuguesa, potenciando as instituições já criadas ou a criar com esse propósito, nomeadamente o Instituto Internacional da Língua Portuguesa (IILP);

- *Incrementar* o intercâmbio cultural e a difusão da criação intelectual e artística no espaço da Língua Portuguesa, utilizando todos os meios de comunicação e os mecanismos internacionais de cooperação;
- *Envidar* esforços no sentido do estabelecimento em alguns Países membros de formas concretas de cooperação entre a Língua Portuguesa e outras línguas nacionais nos domínios da investigação e da sua valorização;
- *Alargar* a cooperação entre os seus Países na área da concertação político-diplomática, particularmente no âmbito das organizações internacionais por forma a dar expressão crescente aos interesses e necessidades comuns no seio da comunidade internacional;
- *Estimular* o desenvolvimento de acções de cooperação interparlamentar;
- *Desenvolver* a cooperação económica e empresarial entre si e valorizar as potencialidades existentes, através da definição e concretização de projectos de interesse comum, explorando nesse sentido as várias formas de cooperação bilateral, trilateral e multilateral;
- *Dinamizar e aprofundar* a cooperação no domínio universitário, no da formação profissional e nos diversos sectores da investigação científica e tecnológica com vista a uma crescente valorização dos seus recursos humanos e naturais, bem como promover e reforçar as políticas de formação de quadros;
- *Mobilizar* interna e externamente esforços e recursos em apoio solidário aos programas de reconstrução e reabilitação e acções de ajuda humanitária e de emergência para os seus Países;
- *Promover* a coordenação das actividades das diversas instituições públicas e entidades privadas, associações de natureza económica e organizações não governamentais empenhadas no desenvolvimento da cooperação entre os seus Países;
- *Promover*, sem prejuízo dos compromissos internacionais assumidos pelos Países membros medidas visando a resolução dos problemas enfrentados pelas comunidades imigradas nos Países membros, bem como a coordenação e o reforço da cooperação no domínio das políticas de imigração;

- *Incentivar* a cooperação bilateral e multilateral para a protecção e preservação do meio ambiente nos Países membros, com vista à promoção do desenvolvimento sustentável;
- *Promover* acções de cooperação entre si e de coordenação no âmbito multilateral para assegurar o respeito pelos Direitos Humanos nos respectivos Países e em todo o mundo;
- *Promover* medidas, particularmente no domínio pedagógico e judicial, visando a total erradicação do racismo, da discriminação racial e da xenofobia;
- *Promover e incentivar* medidas que visem a melhoria efectiva das condições de vida da criança e o seu desenvolvimento harmonioso, à luz dos princípios consignados na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança;
- *Promover* a implementação de projectos de cooperação específicos com vista a reforçar a condição social da mulher, em reconhecimento do seu papel imprescindível para o bem-estar e desenvolvimento das sociedades;
- *Incentivar e promover* o intercâmbio de jovens com o objectivo de formação e troca de experiências através da implementação de programas específicos, particularmente no âmbito do ensino, da cultura e do desporto;
- *Decidem*, num acto de fidelidade à vocação e a vontade dos seus Povos, e no respeito pela igualdade soberana dos Estados, constituir, a partir de hoje, a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.

Feita em Lisboa, a 17 de Julho de 1996.

Pela República de Angola,

Pela República Federativa do Brasil,

Pela República de Cabo Verde,

Pela República da Guiné-Bissau,

Pela República de Moçambique,

Pela República Portuguesa,

Pela República Democrática de São Tomé e Príncipe.

ESTATUTOS

Artigo 1.º *Denominação*

A Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, doravante designada por CPLP, é o foro multilateral privilegiado para o aprofundamento da amizade mútua, da concertação político-diplomática e da cooperação entre os seus membros.

Artigo 2.º *Estatuto Jurídico*

A CPLP goza de personalidade jurídica e é dotada de autonomia administrativa e financeira.

Artigo 3.º *Objectivos*

São objectivos gerais da CPLP:

- a) A concertação político-diplomática entre os seus membros em matéria de relações internacionais, nomeadamente para o reforço da sua presença nos *fora* internacionais;
- b) a cooperação, particularmente nos domínios económico, social, cultural, jurídico e técnico-científico;
- c) a materialização de projectos de promoção e difusão da Língua Portuguesa.

Artigo 4.º *Sede*

A Sede da CPLP é, na sua fase inicial, em Lisboa, capital da República Portuguesa.

Artigo 5.º
Princípios orientadores

A CPLP é regida pelos seguintes princípios;

- a) Igualdade soberana dos Estados membros;
- b) não-ingerência nos assuntos internos de cada Estado;
- c) respeito pela sua identidade nacional;
- d) reciprocidade de tratamento;
- e) primado da Paz, da Democracia, do Estado de Direito, dos Direitos Humanos e da Justiça Social;
- f) respeito pela sua integridade territorial;
- g) promoção do desenvolvimento;
- h) promoção da cooperação mutuamente vantajosa.

Artigo 6.º
Membros

1. Para além dos membros fundadores, qualquer Estado, desde que use o Português como língua oficial, poderá tornar-se membro da CPLP, mediante a adesão sem reservas aos presentes estatutos.

2. A admissão na CPLP de um novo Estado é feita através de uma decisão unânime da Conferência de Chefes de Estado e de Governo.

3. A Conferência de Chefes de Estado e de Governo definirá as formalidades para a admissão de novos membros e para a adesão aos presentes estatutos por novos membros.

Artigo 7.º
Órgãos

1. São órgãos da CPLP:

- a) A Conferência de Chefes de Estado e de Governo;
- b) o Conselho de Ministros;
- c) o Comité de Concertação Permanente;
- d) o Secretariado Executivo.

2. Na materialização dos seus objectivos a CPLP apoia-se também nos mecanismos de concertação político-diplomática e de cooperação já existentes ou a criar entre os Estados membros da CPLP.

Artigo 8.º

Conferência de Chefes de Estado e de Governo

1. A Conferência é constituída pelos Chefes de Estado e de Governo de todos os Estados membros e é o órgão máximo da CPLP.

2. São competências da Conferência:

- a) Definir e orientar a política geral e as estratégias da CPLP;
- b) adoptar instrumentos jurídicos necessários para a implementação dos presentes estatutos podendo, no entanto delegar estes poderes no Conselho de Ministros;
- c) criar instituições necessárias ao bom funcionamento da CPLP;
- d) eleger de entre os seus membros um Presidente de forma rotativa e por um mandato de dois anos;
- e) eleger o Secretário Executivo e o Secretário Executivo Adjunto da CPLP.

3. A Conferência reúne-se, ordinariamente, de dois em dois anos, e, extraordinariamente, quando solicitada por dois terços dos Estados membros.

4. As decisões da Conferência são tomadas por consenso e são vinculativas para todos os Estados membros.

Artigo 9.º

Conselho de Ministros

1. O Conselho de Ministros é constituído pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros e das Relações Exteriores de todos os Estados membros.

2. São competências do Conselho de Ministros:

- a) Coordenar as actividades da CPLP;
- b) supervisionar o funcionamento e desenvolvimento da CPLP;
- c) definir, adoptar e implementar as políticas e os programas de acção da CPLP;

- d) aprovar o orçamento da CPLP;
- e) formular recomendações à Conferência em assuntos de política geral, bem como do funcionamento e desenvolvimento eficiente e harmonioso da CPLP;
- f) recomendar à Conferência os candidatos para os cargos de Secretário Executivo e Secretário Executivo Adjunto;
- g) convocar conferências e outras reuniões com vista à promoção dos objectivos e programas da CPLP;
- h) realizar outras tarefas que lhe forem incumbidas pela Conferência.

3. O Conselho de Ministros elege de entre os seus membros um Presidente de forma rotativa e por um mandato de um ano.

4. O Conselho de Ministros reúne-se, ordinariamente, uma vez por ano e, extraordinariamente, quando solicitado por dois terços dos Estados membros.

5. O Conselho de Ministros responde perante a Conferência, a quem deverá apresentar os respectivos relatórios.

6. As decisões do Conselho de Ministros são tomadas por consenso.

Artigo 10.º

Comité de Concertação Permanente

1. O Comité de Concertação Permanente é constituído por um representante de cada um dos Estados membros da CPLP.

2. Compete ao Comité de Concertação Permanente acompanhar o cumprimento pelo Secretariado Executivo das decisões e recomendações emanadas da Conferência e do Conselho de Ministros.

3. O Comité de Concertação Permanente reúne-se ordinariamente uma vez por mês e extraordinariamente sempre que necessário.

4. O Comité de Concertação Permanente é coordenado pelo representante do país que detém a Presidência do Conselho de Ministros.

5. As decisões do Comité de Concertação Permanente são tomadas por consenso.

6. O Comité de Concertação Permanente poderá tomar decisões sobre os assuntos mencionados nas alíneas a), b), c) e d) do artigo 9.º, “ad referendum” do Conselho de Ministros.

Artigo 11.º
Secretariado Executivo

1. O Secretariado Executivo é o principal órgão executivo da CPLP e tem as seguintes competências:

- a) Implementar as decisões da Conferência, do Conselho de Ministros e do Comité de Concertação Permanente;
- b) planificar e assegurar a execução dos programas da CPLP;
- c) participar na organização das reuniões dos vários órgãos da CPLP;
- d) responder pelas finanças e pela administração geral da CPLP.

2. O Secretariado Executivo é dirigido pelo Secretário Executivo.

Artigo 12.º
Secretário Executivo

1. O Secretário Executivo é uma alta personalidade de um dos Países membros da CPLP, eleito rotativamente e por um mandato de dois anos, podendo ser renovado uma vez.

2. São principais competências do Secretário Executivo:

- a) Empreender, sob orientação da Conferência ou do Conselho de Ministros ou por sua própria iniciativa, medidas destinadas a promover os objectivos da CPLP e a reforçar o seu funcionamento;
- b) nomear o pessoal a integrar o Secretariado Executivo após consulta ao Comité de Concertação Permanente;
- c) realizar consultas e articular-se com os Governos dos Estados membros e outras instituições da CPLP;
- d) ser guardião do património da CPLP;
- e) representar a CPLP nos *fora* pertinentes;
- f) exercer quaisquer outras funções que lhe forem incumbidas pela Conferência, pelo Conselho de Ministros ou pelo Comité de Concertação Permanente.

Artigo 13.º
Secretário Executivo Adjunto

1. O Secretário Executivo Adjunto é eleito rotativamente e por um mandato de dois anos, podendo ser renovado uma vez.

2. O Secretário Executivo Adjunto será de nacionalidade diferente da do Secretário Executivo.

3. Compete ao Secretário Executivo Adjunto coadjuvar o Secretário Executivo no exercício das suas funções e substituí-lo em casos de ausência ou impedimento.

Artigo 14.º
Quórum

1. O quórum para a realização de todas as reuniões da CPLP e de suas instituições é de pelo menos cinco Estados membros.

Artigo 15.º
Decisões

As decisões dos órgãos da CPLP e das suas instituições são tomadas por consenso de todos os Estados membros.

Artigo 16.º
Regimento Interno

Os órgãos e instituições da CPLP definirão o seu próprio regimento interno.

Artigo 17.º
Proveniência dos fundos

1. Os fundos da CPLP são provenientes das contribuições dos Estados membros mediante quotas a serem fixadas pelo Conselho de Ministros.

2. É criado um Fundo Especial, dedicado exclusivamente ao apoio financeiro das acções concretas levadas a cabo no quadro da CPLP e constituído por contribuições voluntárias, públicas ou privadas.

Artigo 18.º

Orçamento

1. O orçamento de funcionamento da CPLP estende-se de 1 de Julho de cada ano a 30 de Junho do ano seguinte.

2. A proposta orçamental é preparada pelo Secretariado Executivo e, depois de aprovada pelo Comité de Concertação Permanente, submetida à apreciação e decisão de cada Estado membro até ao final de Março de cada ano.

Artigo 19.º

Património

O património da CPLP é constituído por todos os bens, móveis ou imóveis, adquiridos, atribuídos ou doados por quaisquer pessoas e instituições públicas ou privadas.

Artigo 20.º

Emenda

1. O Estados ou Estados membros interessados em eventuais alterações aos presentes estatutos enviarão por escrito ao Secretariado Executivo uma notificação, contendo as propostas de emenda.

2. O Secretário Executivo comunicará, sem demora, ao Comité de Concertação Permanente as propostas de emenda referidas no n.º 1 do presente artigo, que as submeterá à aprovação do Conselho de Ministros.

Artigo 21.º

Entrada em vigor

1. Os presentes estatutos entrarão em vigor, provisoriamente, na data da sua assinatura e, definitivamente, após a conclusão das formalidades constitucionais por todos os Estados membros.

2. Os presentes estatutos serão adoptados por todos os Estados membros em conformidade com as suas formalidades constitucionais.

Artigo 22.º
Depositário

Os textos originais da Declaração Constitutiva da CPLP e dos presentes estatutos serão depositados na Sede da CPLP, junto do seu Secretário Executivo, que enviará cópias autenticadas dos mesmos a todos os Estados membros.

Feitos em Lisboa, a 17 de Julho de 1996.

Pela República de Angola,

Pela República Federativa do Brasil,

Pela República de Cabo Verde,

Pela República da Guiné-Bissau,

Pela República de Moçambique,

Pela República Portuguesa,

Pela República Democrática de São Tomé e Príncipe.

DECLARATION CONSTITUTIVE DE LA COMMUNAUTE DES PAYS DE LANGUE PORTUGAISE

Les Chefs d'Etat et de Gouvernement d'Angola, Brésil, Cap-Vert, Guinée-Bissau, Mozambique, Portugal et São Tomé e Príncipe, réunis à Lisbonne le 17 juillet 1996,

Imbus des valeurs pérennes de la Paix, de la Démocratie et de l'Etat de Droit, des Droits de l'Homme, du Développement et de la Justice Sociale;

Ayant présent à l'esprit le respect de l'intégrité territoriale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures de chaque Etat et bien aussi le droit de chacun à déterminer les formes de son développement politique, économique et social et à adopter souverainement dans ces domaines des politiques et mécanismes appropriés;

Conscients de l'opportunité historique que la présente Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement leur offre pour répondre aux aspirations et aux appels des peuples des sept pays et ayant présent à l'esprit les résultats encourageants des réunions des Ministres des Affaires Etrangères et des Relations Extérieures des Pays de Langue Portugaise, tenues à Brasília le 9 février 1994, à Lisbonne le 19 juillet 1995 et à Maputo le 18 avril 1996, ainsi que de leurs rencontres lors des 48ème, 49ème et 50ème sessions de l'Assemblée Générale des Nations Unies;

considèrent impérieux de:

- *Consolider* la réalité culturelle nationale et plurinationale qui accorde une identité propre aux Pays de Langue Portugaise, tout en reflétant les relations spéciales qui les lient et l'expérience accumulée le long des années de concertation et de coopération fructueuses;
- *Renforcer* la progressive affirmation internationale de l'ensemble des Pays de Langue Portugaise, qui constituent un espace géographiquement discontinu et pourtant identifié par un idiome commun;

- *Réitérer*, à cette occasion qui s'avère d'une si haute importance pour l'avenir collectif de leurs Pays, leur engagement de renforcer les liens de solidarité et de coopération qui les lient par la conjugaison d'initiatives visant à la promotion du développement économique et social de leurs Peuples et à l'affirmation et divulgation toujours croissantes de la Langue Portugaise.

Réaffirment que la Langue Portugaise:

- Constitue, entre leurs Peuples, un lien historique et un patrimoine commun, qui est le résultat d'une convivialité multiséculaire qu'il s'impose de valoriser;
- Est un moyen privilégié pour la diffusion de la création culturelle entre les peuples parlant le portugais et de projection internationale de leurs valeurs culturelles, dans une perspective ouverte et universaliste;
- Est également, sur le plan mondial, le fondement d'une action conjointe de plus en plus significative et influente;
- Tend à devenir, de par son expansion, un instrument de communication et de travail au sein des organisations internationales et permet à chacun des Pays, dans le contexte régional qui leur est propre, d'être l'interprète des intérêts et aspirations qui sont communs à eux tous.

Ainsi, animés d'une ferme confiance dans le futur et dans leur propos de poursuivre les buts suivants:

- *Contribuer* au renforcement des liens humains, à la solidarité et à la fraternité entre tous les Peuples ayant la langue portugaise comme l'un des fondements de leur identité spécifique et, dans ce sens, promouvoir des mesures facilitant la circulation des citoyens des Pays membres au sein de l'espace de la CPLP;
- *Encourager* la diffusion et l'enrichissement de la Langue Portugaise, tout en renforçant les institutions déjà créées ou à créer à cette fin, notamment l'Institut International de la Langue Portugaise (IILP);
- *Accroître* l'échange culturel et la diffusion de la création

- intellectuelle et artistique sur l'espace de la Langue Portugaise, moyennant l'utilisation de tous les moyens de communication aussi bien que les mécanismes internationaux de coopération;
- *Déployer* des efforts visant à l'établissement dans quelques Pays membres de formes concrètes de coopération entre la Langue Portugaise et d'autres langues nationales dans les domaines de la recherche et de leur valorisation;
 - *Renforcer* la coopération entre leurs Pays dans le domaine de la concertation politique et diplomatique, en particulier dans le cadre des organisations internationales, de façon à donner expression croissante aux intérêts et besoins communs au sein de la communauté internationale;
 - *Encourager* le développement d'actions de coopération interparlementaire;
 - *Développer* la coopération économique et entre entreprises et valoriser les potentialités existantes moyennant la définition et la concrétisation de projets d'intérêt commun, faisant recours à cette fin aux plusieurs formes de coopération bilatérale, trilatérale et multilatérale;
 - *Dynamiser* et approfondir la coopération dans le domaine universitaire, de formation professionnelle et dans les différents secteurs de la recherche scientifique et technologique en vue d'une valorisation croissante de leurs ressources humaines et naturelles, aussi bien que promouvoir et renforcer les politiques de formation des cadres;
 - *Mobiliser*, sur le plan interne et international, des efforts et des ressources en appui solidaire aux programmes de reconstruction et de réhabilitation et aux actions d'aide humanitaire et d'urgence destinées à leurs Pays;
 - *Promouvoir* la coordination des activités des institutions publiques et entités privées, associations de nature économique et organisations non gouvernementales oeuvrant au développement de la coopération entre leurs Pays;
 - *Promouvoir*, sans préjudice des engagements internationaux assumés par les Pays membres, des mesures visant à la résolution des problèmes auxquels se heurtent les communautés immigrées dans les Pays membres, ainsi que la coordination et le renforcement de la coopération en matière de politiques d'immigration;

- *Encourager* la coopération bilatérale et multilatérale pour la protection et la préservation de l’environnement dans les Pays membres en vue de la promotion du développement soutenable;
- *Promouvoir* des actions de coopération et de coordination de nature multilatérale en vue d’assurer le respect des Droits de l’Homme dans leurs Pays et dans le monde;
- *Promouvoir* des mesures, en particulier dans le domaine pédagogique et judiciaire, en vue de l’élimination totale du racisme, de la discrimination raciale et de la xénophobie;
- *Promouvoir* et encourager des mesures visant à une amélioration effective des conditions de vie de l’enfant et son développement harmonieux, à la lumière des principes consacrés dans la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l’Enfant;
- *Promouvoir* la mise en oeuvre de projets de coopération spécifiques en vue de renforcer la condition sociale de la femme, en signe de reconnaissance de son rôle indispensable au bien-être et au développement des sociétés;
- *Encourager* et promouvoir l’échange de jeunes en vue de la formation et de l’échange d’expériences à travers la mise en oeuvre de programmes spécifiques, en particulier dans le cadre de l’enseignement, de la culture et du sport;

Décident, dans un acte de fidélité à la vocation et à la volonté de leurs Peuples et dans le respect de l’égalité souveraine des Etats, de constituer, à partir d’aujourd’hui, la Communauté des Pays de Langue Portugaise.

Faite à Lisbonne, le 17 juillet 1996.

Par la République d’Angola,

Par la République Fédérative du Brésil,

Par la République de Cap-Vert,

Par la République de Guinée-Bissau,

Par la République du Mozambique,

Par la République du Portugal,

Par la République Démocratique de São Tomé e Príncipe.

STATUTS

Article 1er *Dénomination*

La Communauté des Pays de Langue Portugaise, ci-après dénommée CPLP, est le forum multilatéral privilégié pour approfondir l'amitié mutuelle, la concertation politique et diplomatique et la coopération entre ses membres.

Article 2 *Statut juridique*

La CPLP jouit de la personnalité juridique et est dotée d'autonomie administrative et financière.

Article 3 *Objectifs*

Sont objectifs généraux de la CPLP:

- a) la concertation politique et diplomatique entre ses membres en matière de relations internationales, notamment en vue de renforcer leur présence aux fora internationaux;
- b) la coopération, notamment dans les domaines économique, social, culturel, juridique, technique et scientifique;
- c) la matérialisation de projets visant à la promotion et à la diffusion de la Langue Portugaise.

Article 4

Siège

Le siège de la CPLP est fixé dans une phase initiale à Lisbonne, la capitale de la République Portugaise.

Article 5

Principes directeurs

La CPLP est régie par les principes suivants:

- a) égalité souveraine des Etats membres;
- b) non-ingérence dans les affaires intérieures de chaque Etat;
- c) respect de l'identité nationale;
- d) réciprocité de traitement;
- e) primauté de la Paix, de la Démocratie, de l'Etat de Droit, des Droits de l'Homme et de la Justice Sociale;
- f) respect de l'intégrité territoriale;
- g) promotion du développement;
- h) promotion de la coopération mutuellement avantageuse.

Article 6

Membres

1. Au-delà des Membres fondateurs, n'importe quel Etat, à condition d'utiliser le portugais comme langue officielle, pourra devenir membre de la CPLP, moyennant l'adhésion sans réserves aux présents statuts.

2. L'admission d'un nouvel Etat à la CPLP intervient par décision unanime de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement.

3. La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement établira les formalités d'admission de nouveaux membres et bien aussi de leur adhésion aux présents statuts.

Article 7

Organes

1. Les organes de la CPLP sont:

- a) la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement;*
- b) le Conseil des Ministres;*
- c) le Comité de Concertation Permanente;*
- d) le Secrétariat Exécutif.*

2. Pour la matérialisation de ses objectifs, la CPLP s'appuie aussi sur les mécanismes de concertation politique et diplomatique et de coopération déjà créés ou à créer entre les Etats membres de la CPLP.

Article 8

Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement

1. La Conférence est composée des Chefs d'Etat de Gouvernement de tous les Etats membres et constitue l'organe suprême de la CPLP.

2. Les attributions de la Conférence sont les suivantes:

- a) définir et orienter la politique générale et les stratégies de la CPLP;*
- b) adopter les instruments juridiques nécessaires à la mise en oeuvre des présents statuts, pouvant toutefois déléguer ses pouvoirs au Conseil des Ministres;*
- c) créer toutes les institutions nécessaires au bon fonctionnement de la CPLP;*
- d) élire parmi ses membres un président de façon rotative et pour un mandat de deux ans;*
- e) élire le Secrétaire Exécutif et le Secrétaire Exécutif Adjoint de la CPLP.*

3. La Conférence siège en séance ordinaire tous les deux ans et en séance extraordinaire à la demande de deux tiers des Etats membres.

4. Les décisions de la Conférence sont prises par consensus et ont force contraignante pour les Etats membres.

Article 9 *Conseil des Ministres*

1. Le Conseil des Ministres est composé des Ministres des Affaires Etrangères et des Relations Extérieures de tous les Etats membres.

2. Les attributions du Conseil des Ministres sont les suivantes:

- a) coordonner les activités de la CPLP;
- b) superviser le fonctionnement et le développement de la CPLP;
- c) définir, adopter et mettre à exécution les politiques et les programmes d'action de la CPLP;
- d) approuver le budget de la CPLP;
- e) présenter des recommandations à la Conférence sur des affaires tenant à la politique générale et au fonctionnement et développement efficient et harmonieux de la CPLP;
- f) recommander à la Conférence les candidats à Secrétaire Exécutif et à Secrétaire Exécutif Adjoint;
- g) convoquer des conférences et autres réunions visant à la promotion des objectifs et programmes de la CPLP;
- h) réaliser toute autre tâche qui lui soit attribuée par la Conférence.

3. Le Conseil des Ministres élit parmi ses membres un président de façon rotative et pour un mandat d'un an.

4. Le Conseil des Ministres siège en séance ordinaire tous les ans et en séance extraordinaire à la demande de deux tiers des Etats membres.

5. Le Conseil des Ministres répond devant la Conférence à qui il doit soumettre ses rapports.

6. Les décisions du Conseil des Ministres sont prises par consensus.

Article 10
Comité de Concertation Permanente

1. Le Comité de Concertation Permanente est composé d'un représentant de chacun des Etats membres de la CPLP.

2. Il appartient au Comité de Concertation Permanente de veiller à l'exécution, par le Secrétariat Exécutif, des décisions et recommandations formulées par la Conférence et le Conseil des Ministres.

3. Le Comité de Concertation Permanente siège en séance ordinaire tous les mois et en séance extraordinaire en tant que de besoin.

4. Le Comité de Concertation Permanente est coordonné par le représentant du Pays qui préside au Conseil des Ministres.

5. Les décisions du Comité de Concertation Permanente sont prises par consensus.

6. Le Comité de Concertation Permanente pourra prendre des décisions sur les sujets mentionnés aux alinéas *a)*, *b)*, *c)* et *d)* de l'article 9, "ad référendum" du Conseil des Ministres.

Article 11
Secrétariat Exécutif

1. Le Secrétariat Exécutif est le principal organe exécutif de la CPLP chargé:

- a)* d'exécuter les décisions de la Conférence, du Conseil des Ministres et du Comité de Concertation Permanente;
- b)* de planifier et assurer l'exécution des programmes de la CPLP;
- c)* de participer à l'organisation des réunions des différents organes de la CPLP;
- d)* de répondre des finances et de l'administration générale de la CPLP.

2. La direction du Secrétariat Exécutif est assurée par le Secrétaire Exécutif.

Article 12
Secrétaire Exécutif

1. Le Secrétaire Exécutif est une haute personnalité de l'un des Pays membres de la CPLP, élu rotativement et pour un mandat de deux ans, lequel pourra être renouvelé une fois.

2. Les attributions du Secrétaire Exécutif sont notamment:

- a) d'adopter, sous l'orientation de la Conférence ou du Conseil des Ministres ou de sa propre initiative, des mesures visant à promouvoir les objectifs de la CPLP et à renforcer son fonctionnement;
- b) de nommer le personnel à être intégré dans le Secrétariat Exécutif après avoir entendu le Comité de Concertation Permanente;
- c) de consulter et articuler son activité avec les Gouvernements des Etats membres et autres institutions de la CPLP;
- d) d'être le gardien du patrimoine de la CPLP;
- e) de représenter la CPLP aux fora pertinents;
- f) d'exercer toute autre fonction qui lui soit attribuée par la Conférence, par le Conseil des Ministres ou par le Comité de Concertation Permanente.

Article 13
Secrétaire Exécutif Adjoint

1. Le Secrétaire Exécutif Adjoint est élu rotativement et pour un mandat de deux ans, lequel pourra être renouvelé une fois.

2. Le Secrétaire Exécutif Adjoint devra être de nationalité différente de celle du Secrétaire Exécutif.

3. Il appartient au Secrétaire Exécutif Adjoint de seconder le Secrétaire Exécutif dans l'exercice de ses fonctions et de le remplacer dans ses absences ou empêchements.

Article 14
Quorum

1. Le quorum pour la réalisation de toutes les réunions de la CPLP et de ses institutions est d'au moins cinq Etats membres.

Article 15
Décisions

Les décisions des organes de la CPLP et de ses institutions sont prises par consensus de tous les Etats membres.

Article 16
Règlement interne

Les organes et institutions de la CPLP définiront leur propre règlement intérieur.

Article 17
Provenance des fonds

1. Les fonds de la CPLP proviennent des contributions des Etats membres au moyen de quotas dont le montant sera fixé par le Conseil des Ministres.

2. Un Fonds Spécial est créé visant exclusivement à l'appui financier des actions concrètes menées à bout dans le cadre de la CPLP et lequel sera constitué par des contributions volontaires, publiques ou privées.

Article 18
Budget

1. Le budget de fonctionnement de la CPLP va du 1er juillet de chaque année au 30 juin de l'année suivante.

2. La proposition budgétaire est préparée par le Secrétaire Exécutif et ensuite, après avoir été approuvée par le Comité de Concertation Permanente, elle sera soumise à l'appréciation et décision de chacun des Etats membres jusqu'à la fin mars de chaque année.

Article 19
Patrimoine

Le patrimoine de la CPLP est constitué par tous les biens mobiliers ou immobiliers acquis, attribués ou donnés par toute personne, institution publique ou privée.

Article 20
Amendement

1. L'Etat ou les Etats membres s'intéressant à des éventuels amendements aux présents statuts devront adresser une notification par écrit au Secrétaire Exécutif contenant les propositions d'amendement.

2. Le Secrétaire Exécutif communiquera, sans délai, les propositions d'amendement mentionnées au paragraphe précédent au Comité de Concertation Permanente qui, à son tour, les soumettra à l'approbation du Conseil des Ministres.

Article 21
Entrée en vigueur

1. Les présents statuts entreront en vigueur, provisoirement à la date de leur signature et définitivement après la conclusion des formalités constitutionnelles de chaque Etat membre.

2. Les présents statuts seront adoptés par tous les Etats membres conformément à leurs formalités constitutionnelles.

Article 22
Dépositaire

Les textes originaux de la Déclaration Constitutive de la CPLP et des présents Statuts seront déposés au siège de la CPLP près le Secrétaire Exécutif qui en communiquera des copies certifiées conformes à tous les Etats membres.

Faits à Lisbonne, le 17 juillet 1996.

Par la République d'Angola

Par la République Fédérative du Brésil

Par la République de Cap Vert

Par la République de Guinée-Bissau

Par la République du Mozambique

Par la République du Portugal

Par la République Démocratique de São Tomé e Príncipe

DECLARATION CONSTITUTING THE COMMUNITY OF PORTUGUESE-SPEAKING COUNTRIES

The Heads of State and Government of Angola, Brazil, Cape Verde, Guinea-Bissau, Mozambique, Portugal and São Tomé and Príncipe, having met in Lisbon on 17 July 1996,

Deeply attached to the immutable values of Peace, Democracy and the Rule of Law, of Human Rights, Development and Social Justice;

Bearing in mind the respect for the territorial integrity and the non-interference in the internal affairs of each State, as well as the right of each State to determine the forms of its political, economic and social development and to adopt in a sovereign manner all appropriate policies and mechanisms in these fields;

Aware of the historic opportunity offered by this Conference of Heads of State and Government to provide responses to the aspirations of and appeals from the peoples of the seven countries and having in mind the auspicious results of the meetings of Ministers for Foreign Affairs and External Relations of the Portuguese-speaking countries, convened in Brasilia on 9 February 1994, in Lisbon on 19 July 1995 and in Maputo on 18 April 1996, as well as those of their meetings, held on the occasion of the 48th, 49th and 50th Sessions of the General Assembly of the United Nations;

consider that it is imperative to:

- *Consolidate* the national and multinational cultural reality that confers upon the Portuguese-speaking countries an identity of their own, while reflecting the special character of their relationship and the experience of a fruitful concerted action and co-operation that has been built up over the years;
- *Enhance* a progressive international assertion of the Portuguese-speaking countries as a whole which, although being a geographically discontinued area, are identified by their common language;

- *Reaffirm*, on this highly meaningful occasion for the collective future of their countries, their commitment to strengthen their ties of solidarity and co-operation by taking concerted initiatives designed to promote the economic and social development of their peoples and to further develop the assertion and dissemination of the Portuguese language.

Reaffirm that the Portuguese language

- Constitutes, among their peoples, both an historic link and a common heritage which have been nurtured by their friendly relationship throughout the centuries and which must be enhanced;
- Is a privileged means of disseminating the cultural creation among the Portuguese-speaking peoples and of internationally promoting their cultural values, in an open and universal perspective;
- Provides, at the world level, a solid foundation for an increasingly significant and influential concerted action, as well;
- Tends to be, in view of its wide nature, a tool of communication and work within the international organisations, thus enabling each country, within its specific regional context, to be the interpreter of their common interests and aspirations.

Hence, fully confident in the future and determined to achieve the following objectives:

- *To contribute* to the reinforcement of the human ties, solidarity and brotherhood among all peoples for whom the Portuguese language is one of the pillars of their specific identity and, accordingly, to promote ways and means to facilitate the movement of Member countries citizens within the Community of Portuguese-speaking countries area;
- *To encourage* the dissemination and enrichment of the Portuguese language by further developing and strengthening the institutions which have been or will be established therefor, in particular the International Portuguese Language Institute;
- *To enhance* the cultural exchange and the dissemination of the intellectual and artistic creation within the framework of the Portuguese language by making use of all means of communication and of the international co-operation mechanisms;

- *To endeavour* to establish in certain Member countries concrete forms of co-operation between the Portuguese language and other national languages in the fields of research and enhancement;
- *To widen* their co-operation in the field of political and diplomatic concerted action, particularly within the framework of international organisations, so as to give an ever-greater expression to their common interests and needs within the international community;
- *To encourage* the development of their parliamentary co-operation;
- *To develop* their economic and entrepreneurial co-operation and to enhance the existing potential by drawing up and implementing projects of common interest, exploring to this end the various forms of bilateral, trilateral and multilateral co-operation;
- *To give* a new impetus to, and intensify, their co-operation in the academic field, as well as in vocational training and in the various sectors of scientific research and technology, aiming at a growing enhancement of their human and natural resources, and to promote and reinforce the training policies of officials;
- *To mobilise* internal and external efforts and resources aimed at assisting in the reconstruction and rehabilitation programmes, as well as in the humanitarian aid and emergency actions for their countries;
- *To promote* the co-ordination of the activities of the various public agencies and private bodies, economic associations and non-governmental organisations which are engaged in the development of the co-operation among their peoples;
- *To promote*, in the respect for the international commitments undertaken by Member countries, measures designed to overcome the problems faced by the immigrant communities in the Member countries, as well as to co-ordinate and foster co-operation in the field of immigration policies;
- *To encourage* bilateral and multilateral co-operation with the aim of protecting and preserving the environment in the Member countries and achieving a sustainable development;
- *To promote* actions of co-operation between themselves and multilateral co-ordination with a view to ensuring full respect for human rights, both in their countries and all over the world;

- *To promote* measures, particularly in the pedagogic and judicial fields, with a view to eradicating racism, racial discrimination and xenophobia;
- *To promote* and foster measures designed to effectively improve the living conditions of the child and to ensure his/her harmonious development, in the light of the principles enshrined in the United Nations Convention on the Rights of the Child;
- *To promote* the implementation of specific projects of co-operation with a view to strengthening the social condition of women, thereby recognising the crucial role they perform in the well-being and development of society;
- *To foster and promote* exchange of young people, for training and exchange of experiences, by implementing specific programmes, particularly in the fields of education, culture and sports;

Have decided, acting faithfully in view of the vocation and the will of their peoples, while fully respecting the sovereign equality of States, to constitute as from now the Community of Portuguese-speaking countries.

Done in Lisbon on the seventeenth day of July in the year one thousand nine hundred and ninety-six.

For the Republic of Angola

For the Federal Republic of Brazil

For the Republic of Cape Verde

For the Republic of Guinea-Bissau

For the Republic of Mozambique

For the Portuguese Republic

For the Democratic Republic of São Tomé and Príncipe

STATUTES

Article 1

Name

The Community of Portuguese-speaking countries, hereinafter referred to as “CPLP”, is the privileged multilateral forum for the strengthening of friendly relations, of consultation in the political and diplomatic fields and for enhanced co-operation between its Members.

Article 2

Legal status

The CPLP shall have legal personality as well as administrative and financial autonomy.

Article 3

Objectives

The general objectives of the CPLP are as follows:

- a) a concerted action between its Member States at both the political and diplomatic level in its international relations, particularly with the aim of asserting its presence in the international fora;
- b) the cooperation, particularly in the economic, social, cultural, legal, technical and scientific spheres;
- c) the implementation of projects designed to promote and disseminate the Portuguese language.

Article 4

Seat

The seat of the CPLP is, in the first stage, at Lisbon, the capital of the Portuguese Republic.

Article 5

Guiding Principles

The CPLP shall be guided by the following principles:

- a) the sovereign equality of Member States;
- b) the non-interference in the internal affairs of Member States;
- c) respect for the national identities of Member States;
- d) reciprocal treatment;
- e) the supremacy of peace, democracy, the rule of law, respect for human rights, and social justice;
- f) respect for the territorial integrity of Members States;
- g) promotion of the development;
- h) promotion of a mutually advantageous co-operation.

Article 6

Membership

1. Apart from its founder Members, any State may, provided it uses Portuguese as its national language, become a Member of the CPLP, by accepting unreservedly the present Statute.

2. The admission of a new State to the CPLP shall require a unanimous decision of the Conference of Heads of State and Government.

3. The Conference of Heads of State and Government shall determine the formalities required for the admission of new Members, including the accession by new Members to this Statute.

Article 7
Organs

1. The organs of the CPLP are:

- a) the Conference of Heads of State and Government;
- b) the Council of Ministers;
- c) the Standing Committee for Consultation;
- d) the Executive Secretariat.

2. In pursuing its objectives, the CPLP shall also have recourse to the mechanisms for concerted action in the political and diplomatic fields and for co-operation, which have been or will be established to this end among its Members.

Article 8
Conference of Heads of State and Government

1. The Conference shall consist of the Heads of State and Government of all Member States and shall be the highest organ of the CPLP.

2. The Conference shall be empowered to:

- a) establish and direct the general political guidelines and strategies of the CPLP;
- b) adopt the legal instruments necessary for the implementation of this Statute; nevertheless this power can be delegated to the Council of Ministers;
- c) set up the necessary institutions in order to ensure the proper functioning of the CPLP;
- d) elect a President from among its Members to hold office for a term of two years. The office of the President shall be held in turn by each Member State;
- e) elect the Executive Secretary and Deputy Executive Secretary of the CPLP.

3. The Conference shall meet every two years, in ordinary session. Extraordinary meetings may be convened upon the initiative of two-thirds of the Member States.

4. Decisions of the Conference shall be taken by consensus and shall be binding on all Member States.

Article 9
Council of Ministers

1. The Council of Ministers shall consist of the Ministers for Foreign Affairs and External Relations of all Member States.

2. The Council of Ministers shall:

- a) co-ordinate the activities of the CPLP;
- b) supervise the functioning and development of the CPLP;
- c) define, adopt and implement the policies and programmes of action of the CPLP;
- d) approve the budget of the CPLP;
- e) formulate recommendations to the Conference on policy issues of a general nature, as well as on matters concerning the effective, harmonious functioning and development of the CPLP;
- f) recommend to the Conference the candidates for appointment as Executive Secretary and Deputy Executive Secretary;
- g) convene conferences and other meetings for the purpose of promoting the objectives and programmes of the CPLP;
- h) carry out other tasks assigned to it by the Conference.

3. The Council of Ministers shall elect a President from among its Members. The office of the President shall be held for a term of one year in rotation.

4. The Council of Ministers shall meet, as a rule, once a year. Extraordinary meetings may be convened at the request of two-thirds of the Member States.

5. The Council of Ministers shall be accountable to the Conference and shall submit reports to the Conference on its activities.

6. Decisions of the Council of Ministers shall be taken by consensus.

Article 10

Standing Committee for Consultation

1. The Standing Committee for Consultation shall consist of one representative from each of the Member States of the CPLP.

2. The Standing Committee for Consultation shall monitor observance by the Executive Secretariat of the decisions and recommendations from the Conference and the Council of Ministers.

3. The Standing Committee for Consultation shall meet once a month, as a rule. Extraordinary meetings shall take place as often as is necessary.

4. The Standing Committee for Consultation is co-ordinated by the representative of the Member State which holds the Presidency of the Council of Ministers.

5. Decisions of the Standing Committee for Consultation shall be taken by consensus.

6. The Standing Committee for Consultation may decide all the matters referred to in paragraph 2 (a), (b), (c), and (d) of Article 9 ad referendum of the Council of Ministers.

Article 11

Executive Secretariat

1. The Executive Secretariat is the central executive body of the CPLP. The functions of the Executive Secretariat shall be, in particular:

- a) to implement the decisions of the Conference, the Council of Ministers and of the Standing Committee for Consultation;
- b) to draw up the programmes of the CPLP and satisfy itself that they are implemented;
- c) to participate in the organisation of the meetings of the CPLP organs;
- d) to be accountable for the administrative and budgetary management of the CPLP.

2. The Executive Secretariat shall function under the direction of the Executive Secretary.

Article 12
Executive Secretary

1. The Executive Secretary will be an eminent personality from the Member States of the CPLP. The Executive Secretary shall be elected to hold office, in rotation, for a term of two years, which may be extended for one further term of two years only.

2. The main tasks of the Executive Secretary shall be as follows:

- a) to introduce and implement, under the direction of the Conference or the Council of Ministers or acting on his or her own initiative, any measures that may prove necessary to further the objectives of the CPLP as well as to reinforce the functioning of the CPLP;
- b) to appoint the staff of the Executive Secretariat after consulting the Standing Committee for Consultation;
- c) to hold consultations with and to ensure co-ordination between the Governments of the Member States and other institutions of the CPLP;
- d) to keep custody of the property and assets of the CPLP;
- e) to represent the CPLP in the appropriate fora;
- f) to perform such other tasks as may be entrusted to him or her by the Conference, the Council of Ministers or by the Standing Committee for Consultation.

Article 13
Deputy Executive Secretary

1. The Deputy Executive Secretary shall be elected to hold office, in rotation, for a term of two years, which may be extended for one further term of two years only.

2. The Deputy Executive Secretary shall have the nationality of one Member State other than that of the Executive Secretary.

3. The Deputy Executive Secretary shall assist the Executive Secretary in the discharge of his or her responsibilities and shall replace him or her in the event that the Executive Secretary is absent or unable to act.

Article 14
Quorum

Five Member States at least shall constitute the quorum for holding any meeting of the CPLP or the CPLP institutions.

Article 15
Decisions

Decisions of the organs and institutions of the CPLP shall be taken by consensus by all Member States.

Article 16
Rules of Procedure

The organs and institutions of the CPLP shall adopt their own Rules of Procedure.

Article 17
Funds

1. The resources of the CPLP shall be provided out of contributions from its Member States in accordance with a scale to be decided by the Council of Ministers.

2. A special Fund shall be set up, aiming exclusively at providing financial support for practical activities undertaken within the CPLP. It shall be financed by public or private contributions provided on a voluntary basis.

Article 18
Budget

1. The operational Budget of the CPLP shall run from the 1st July to the 30th June following.

2. The draft budget shall be prepared by the Executive Secretariat and, after being approved by the Standing Committee for Consultation, shall be submitted for consideration and adoption to each Member State before the end of March.

Article 19

Assets

The assets of the CPLP shall be all movable and immovable property which have been acquired by way of sale or gift by any public or private person or institution.

Article 20

Amendments

1. Any Member State may propose amendments to this Statute in a communication addressed to the Executive Secretariat in written form.

2. The Executive Secretariat shall thereupon transmit to the Standing Committee for Consultation any amendment proposed under paragraph 1 above, which shall be submitted by the Standing Committee for Consultation to the Council of Ministers for approval.

Article 21

Entry into force

1. This Statute shall enter into force, provisionally, on the date on which it is signed; it shall enter into force definitively when all measures and procedures under the constitutional law of Member States have been completed.

2. The present Statute shall be adopted by all Member States in accordance with their constitutional requirements.

Article 22

Depositary

The original text of the Declaration constituting the CPLP and of this Statute shall be deposited in the Seat of the CPLP with its Executive Secretariat which will transmit certified copies thereof to each of the Member States.

Done at Lisbon on this 17th day of July, 1996.

For the Republic of Angola

For the Federal Republic of Brazil

For the Republic of Cape Verde

For the Republic of Guinea-Bissau

For the Republic of Mozambique

For the Portuguese Republic

For the Democratic Republic of São Tomé and Príncipe

Í N D I C E

DIREITO COMUNITÁRIO

- Os Tratados Comunitários e o Acordo e Convenção de Schengen 5
José Marques Vidal

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

DIREITO HUMANITÁRIO

- La guerre après la guerre - Le droit international et les limites
à l'utilisation de mines antipersonnel 149
Catarina de Albuquerque

DIREITOS DO HOMEM

- Normas de justiça penal das Nações Unidas para as forças
de polícia de manutenção da paz 269

DIREITOS DA CRIANÇA

CONSULTA EUROPEIA CONTRA A EXPLORAÇÃO SEXUAL DA CRIANÇA

- Introdução 305
– European Consultation against Commercial Sexual Exploitation of Children 307
– International Seminar on worldwide strategies and progress
towards ending all physical punishment of children 327
Marta Santos Pais

– A EXPERIÊNCIA SUECA NA LUTA CONTRA
OS MAUS TRATOS A CRIANÇAS

- Prefácio 347
Bater e outras formas de maltratar a criança 349

CONSELHO DA EUROPA

DIREITOS DO HOMEM

- Le Protocole N° 11 à la CEDH: Aperçu du processus de négociation 375
Andrew Drzemczewski

DOCUMENTAÇÃO

- Declaração constitutiva e Estatutos da Comunidade
dos Países de Língua Portuguesa 451
- Déclaration constitutive et Statuts de la Communauté
des Pays de Langue Portugaise 463
- Declaration and Statutes of the Community of Portuguese-Speaking Countries 475

A correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a

All correspondence concerning this Review should be addressed to

La correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

RUA DO VALE DE PEREIRO, 2 – 1250 LISBOA – PORTUGAL
TEL.: 382 03 00 – TELEX 42 701 PROCUR P
FAX: 382 03 01
