

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

DIREITO COMUNITÁRIO

**ALGUMAS CONSIDERAÇÕES
SOBRE A ADOÇÃO
DO IVA COMUNITÁRIO**

MARIA TERESA LEMOS

Jurista

*do Centro de Estudos Fiscais
da Direcção Geral
de Contribuições e Impostos*

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADOÇÃO DO IVA COMUNITÁRIO (*)

1. A adesão de Portugal à C.E.E. implicará, como é sabido, a substituição do actual imposto de transacções cobrado na fase do grossista, pelo imposto sobre o valor acrescentado (IVA), na forma adoptada pela Comunidade Económica Europeia.

O regime do IVA comunitário está contido na Primeira e Segunda Directivas do Conselho, de 11 de Abril de 1967 (1) e, sobretudo, na Sexta Directiva (2) de 17 de Maio de 1977, esta última impondo já um grau muito mais avançado de harmonização das legislações dos Estados membros.

1.1. O IVA comunitário pretende conseguir uma tributação geral do consumo (de mercadorias e prestações de serviços), através da incidência do imposto em todas as fases do circuito económico, desde a produção no retalho, sendo a respectiva base limitada ao valor acrescentado em cada fase.

Trata-se, portanto, de um imposto múltiplo, mas não cumulativo.

O cálculo do valor acrescentado em cada fase é extremamente simplificado, no sistema comunitário, através da utilização do método do *crédito*

(*) Este trabalho foi elaborado em fevereiro de 1980 e publicado na *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 247/249. Não foi substancialmente modificado, mas foram introduzidas algumas notas e actualizações.

(1) *Journal Officiel des Communautés Européennes*, n.º 71 de 14 de Abril de 1967. Tradução portuguesa em *Ciências e Técnica Fiscal* n.º 147.

(2) *Journal*, dit., n.º L 145/1 de 13 de Junho de 1977, tradução portuguesa em *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 119

do imposto. Rigorosamente não se torna assim necessário o apuramento do valor acrescentado, como o seria se fosse utilizado o *método de subtração.*

Neste caso, ter-se-ia que aplicar a taxa ao montante equivalente à diferença entre o valor das vendas e serviços prestados da empresa, durante um certo período, e o valor das suas compras durante o mesmo período.

O método do crédito do imposto substitui esta operação por uma outra que, dentro de determinadas circunstâncias, dá o mesmo resultado. A dívida tributária é calculada através da aplicação da taxa ao valor global das transacções da empresa, em determinado período, deduzindo-se posteriormente ao montante obtido o imposto por ela suportado nas compras durante esse mesmo período.

Facilmente se conclui que o IVA aplicado de uma forma geral e uniforme equivale, supondo sempre a repercussão total e exacta do imposto para a frente, (necessário se torna, portanto, que as margens de lucro dos empresários se apliquem aos preços de compras sem inclusão de imposto) a uma tributação monofásica, no retalho, feita por uma taxa idêntica. É o que a seguir se exemplifica numericamente, figurando um circuito económico com um produtor, um grossista e um retalhista (seria indiferente o maior ou menor número de intervenientes) e uma taxa de 10%:

	PRODUTOR	GROSSISTA	RETALHISTA
Preço de compra	—	200 + 20	300 + 30
Preço de venda	200	300	500
Imp. s/as vendas	20	30	50
Imp. pago nas compras	—	20	30
Dívida ao Estado	20	30-20 = 10	50-30 = 20

Total de IVA cobrado durante todo o circuito — $20 + 10 + 20 = 50$,
montante precisamente idêntico ao que se obteria com uma tributação única na última fase — $10\% \times 500 = 50$

2. O sistema do IVA, na sua concepção teórica pura, traduz, sem qualquer sombra de dúvida, uma técnica aperfeiçoada de tributação do consumo que permite, nomeadamente, uma exacta proporcionalidade da

carga fiscal à despesa do consumidor (v. exemplo numérico figurado acima), sem os inconvenientes — (estímulo à evasão) — da sua concentração no último estágio do circuito económico.

A isenção de bens de produção é perfeita e obtém-se um tratamento neutral dos vários circuitos económicos (não se interfere na sua estrutura nem na combinação dos factores produtivos). O desagramento das exportações pode ser rigoroso, dado que se conhece, em qualquer momento, o montante de imposto incluído no preço das mercadorias e serviços.

Por outro lado, sob o ponto de vista administrativo, o IVA pode proporcionar algumas vantagens, se há uniformidade e generalidade da tributação, por tornar desnecessárias distinções entre sectores tributados e não tributados, entre transacções isentas e transacções tributáveis, ou tributáveis por forma diferente, entre vendas de mercadorias e prestações de serviços.

O interesse do contribuinte em exigir ao seu fornecedor a liquidação de imposto, para posteriormente o poder deduzir da sua dívida ao Estado, pode funcionar como um factor importante na diminuição da evasão. A própria distribuição da carga fiscal por todo o circuito contribuirá, possivelmente, para esse mesmo efeito. Embora a tributação se faça por taxa idêntica àquela que seria exigível, para uma mesma receita, no caso de um imposto no retalhista, a base tributável será, como é evidente, a mais reduzida.

2.1. Estas considerações têm, no entanto, um valor algo relativo. Por outro lado, podem ser prejudicadas pelo facto de os sistemas do IVA, se afastarem, frequentemente, do perfeito esquema teórico (estabelecem-se quase sempre, isenções, taxas diferenciadas, tributações “à forfait”).⁽³⁾

Por outro lado, a avaliação dos efeitos da sua aplicação depende dos objectivos que se pretendam ao tributar o consumo, e das possibilidades

(3) Sobre a conveniência da adopção de um IVA geral e uniformemente aplicado, se se pretendem obter algumas das vantagens que normalmente lhe são atribuídas, cfr. John Due, “Les Variantes de l’Impôt sur le Chiffre d’Affaires”, in *Revue de Science et de Législation Financières*, 1955, n.º 3, pag. 528 e 529 e ainda, do mesmo Autor, “Sales Taxation”, pag. 366.

(4) Sobre a concepção teórica do IVA e avaliação dos efeitos concretos da sua aplicação perspectivada em relação a diferentes objectivos, cfr. Dr. Manuel Lopes Porto “O Imposto de Transacções — Tipo a Adoptar”, Coimbra, 1970. Já noutra altura se fez um breve confronto com o sistema do actual imposto, incidente na fase grossista, (*Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 156). Embora se mantenham, na generalidade,

reais de cada país, ditadas principalmente pelas suas estruturas empresariais e pela capacidade da respectiva administração fiscal. (4)

3. A 6.^a Directiva do Conselho da C.E.E. corresponde a um grau já avançado do processo de harmonização das legislações nacionais sobre imposto de transacções e tem por objectivo a uniformização da base tributável em todos os Estados membros.

Surgiu em consequência da Decisão do Conselho, de 21 de Abril de 1970, (5) que impunha a substituição das contribuições financeiras dos Estados membros por recursos próprios constituídos, entre outras receitas, pelo produto da aplicação de uma taxa comum (no máximo de 1%) à base tributável do IVA, em cada Estado, base essa que seria determinada de uma maneira uniforme, segundo normas comunitárias.

Esta exigência de uniformização pretende tornar equitativa a contribuição de cada Estado, o que supõe dar por assente que o consumo seja o melhor índice da capacidade contributiva dos outros Estados membros. Poderá, no entanto, levantar-se o problema de saber se este critério não conduzirá à regressividade das contribuições comunitárias já que os países mais pobres terão, provavelmente maior percentagem do seu rendimento destinada a consumo. (6)

3.1. Partindo deste objectivo, não seria já possível deixar à liberdade de cada Estado a tributação, ou não, de certos sectores, nem o ditar de regras próprias quanto à determinação da matéria colectável. (7)

Assim, passa a ser obrigatória a inclusão na incidência do sector retahista até aí facultativa, e não uniformizadas as isenções que, de acordo com a 2.^a Directiva, podiam ser estabelecidas por cada Estado, embora sob reserva de uma consulta à Comunidade.

as conclusões atrás referidas, julga-se que a multiplicação de taxas do imposto e o seu extraordinário agravamento, verificado nos últimos anos, pode prejudicar, em parte, a avaliação feita. O I.T. tornou-se extremamente complexo e propiciador de fraudes que se tornam cada vez mais aliciantes.

(4) Journal cit., n.º L 94 de 28 de Abril de 1974.

(6) Este facto parece aliás confirmar-se. Cfr. Daniel Strasser, "As Finanças da Europa", Comissão das Comunidades Europeias, 1981, pág. 121.

(7) A simples eliminação das distorções de concorrência internacional, assegurada pela tributação segundo o chamado *princípio do destino* não tornaria necessário um tal grau de harmonização. Cfr. Dr. José Guilherme Xavier de Basto, "A adopção por Portugal do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) da Comunidade Económica Europeia". Comunicações I, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 1981.

O sector das prestações de serviços passa também a ser totalmente sujeito a imposto. Até então, apenas eram obrigatoriamente tributados os serviços com maior influência no custo de produção das mercadorias, constantes de uma lista anexa à 2.^a Directiva, incluindo, nomeadamente, as cessões de licenças, marcas de fabrico e comercialização, serviços de publicidade, transporte de mercadorias, armazenagem de bens, prestações fornecidas por arquitectos e por gabinetes de vigilância de trabalhos, aluguer de bens móveis a um sujeito do imposto, fornecimento de mão de obra.

A possibilidade de manter fora do esquema do imposto empresas de muito pequena dimensão é agora submetida ao limite de um montante de negócios anual inferior a 5.000 unidades de conta europeias.

As regras de determinação da matéria coletável não igualmente sujeitas à uniformização requerida pelos objectivos da 6.^a Directiva.

Permite-se ainda aos Estados membros o uso de esquemas simplificados de tributação, aplicáveis a pequenas empresas, mas com a limitação importante de não poder resultar desse facto uma diminuição de imposto.

No que se refere, aos sectores agrícola, silvícola e de pesca, impõe-se a uniformização da determinação da matéria colectável dos produtores que não possam, por falta de estruturas, ser sujeitos ao regime normal do IVA.

Trata-se de um cálculo macro-económico do valor acrescentado (com consideração do autoconsumo) dos vários sub-sectoros daqueles ramos de actividade, seguido de um cálculo, também macro-económico, das percentagens a reembolsar aos respectivos produtores, destinados a compensá-los do imposto pago nas aquisições. ⁽⁸⁾

4. Independentemente de qualquer avaliação teórica das vantagens e inconvenientes do sistema, a adesão de Portugal à CEE implicará, como referiu, a adopção do IVA, na forma consubstanciada na 6.^a Directiva.

Haverá, no entanto, que ponderar vários factores para que a mudança se faça com a maior consciência possível dos seus efeitos, e para que se tornem bem claros os objectivos de eventuais pedidos de derrogação.

4.1. Tratar-se-á, em primeiro lugar, do ponto de vista jurídico, de uma *profunda reformulação de toda a tributação indirecta* e não apenas de uma mera substituição do actual imposto de transacções.

Efectivamente, tornar-se-á necessária a revisão, ou abolição, de outros impostos indirectos hoje existentes, sob pena de se criarem situações

⁽⁸⁾ Para uma análise detalhada do regime contida na 6.^a Directiva, cfr. Dr. Arlindo Correia, "Introdução ao Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA)", Apotec, 1981.

de dupla tributação. É o que sucede nomeadamente, com o imposto de selo que deverá ser objecto de atenta revisão. Assim, p. ex., o selo de recibo, quando figure uma tributação das transacções, deverá desaparecer, em obediência ao disposto no art.º 33.º da 6.ª Directiva. A tributação em imposto de selo de determinadas prestações ou transacções de mercadorias (v.g. publicidade, transportes, especialidades farmacêuticas, etc.) deixará de ter sentido. O mesmo se diga do imposto ferroviário.

A sisa deverá ser adaptada, por forma a que não surjam também duplas tributações. De facto, o regime comunitário impõe a aplicação do IVA às transacções de imóveis novos e de terrenos para construção, à constituição ou transmissão de direitos reais que proporcionem um poder de utilização de bens imóveis, às participações sociais e acções cuja posse assegure, de direito ou de facto, a atribuição, ao seu titular, da propriedade ou fruição de bens imóveis ou de uma fracção de imóveis.

Haverá ainda que rever o sistema de impostos especiais sobre o consumo ("accises"). Embora a harmonização fiscal na C.E.E., no que se refere a estes impostos, tenha um âmbito restrito e se encontre ainda em fase atrasada, a verdade é que deixar subsistir o actual sistema pode gerar complicações administrativas, e sobretributações, nalguns casos indesejáveis. De facto, o regime do IVA não permite a exclusão da incidência de transacções sujeitas a "accise", nem a dedução do respectivo imposto especial, na sua base tributável, o que significa que coexistirão as duas tributações. Essa coexistência só poderá ser aconselhável, nalguns casos, como forma de tributar mais gravosamente certos consumos.

4.2. Trata-se, portanto, como se vê, de uma vasta reforma de tributações indirecta que se situa muito para além da mera substituição, aliás nada fácil, do actual imposto de transacções.

A reformulação desse esquema poderá tornar necessário um reajustamento da carga fiscal directa ou indirecta, motivo por que os trabalhos deverão ser conduzidos, ao que parece, dentro de uma perspectiva de reforma do sistema fiscal global.

É possível ainda que sejam afectados os recursos de alguns organismos, com autonomia financeira, que hoje cobram receitas qualificáveis como verdadeiros impostos indirectos, receitas essas que poderão vir a desaparecer.

4.3. No campo *económico-financeiro*, situar-se-ão alguns aspectos delicados da mudança que, a não serem devidamente avaliados, poderão acarretar consequências indesejáveis.⁽⁹⁾

4.3.1. Assim, há que prever a possível influência, nos *preços*, da introdução do IVA.

A tributação, ao contrário do que hoje se verifica, passará a abranger praticamente a totalidade do consumo.

Serão sujeitos a impostos todas as prestações de serviços, apenas com exclusão de um número reduzido que, pelo sistema comunitário, beneficia de isenção. Serão igualmente incluídos na incidência do imposto o sector retalhista e os sectores agrícola, silvícola e de pesca.

Pode reear-se que um alargamento da tributação venha a ter um efeito de agravamento do processo inflacionista. Dir-se-á que se trata apenas de encontrar a taxa adequada para que a base tributável modificada venha a produzir receita idêntica à do I.T. e demais impostos indirectos a substituir.

De qualquer modo, ainda que se consiga um *contrôle* do nível geral de preços, haverá a considerar um possível desajustamento relativo dos mesmos, com subida dos correspondentes a bens essenciais e descida dos relativos a bens mais ou menos supérfluos.

De facto, o sistema actual prevê a isenção de uma série de transacções — constantes da lista I anexa ao respectivo Código — relativas, em muitos casos, a consumos básicos (as restantes situam-se no campo das isenções de bens de produção e não estão em causa, neste momento).

Por outro lado, e como já foi referido, a cobrança do imposto de transacções efectua-se através de uma multiplicidade de taxas, algumas delas extremamente elevadas, aplicáveis às transacções constantes das listas II, III e IV anexas ao Código (cf. artigo 22.º do Código)⁽¹⁰⁾.

As isenções a adoptar pelos Estados membros da CEE encontram-se hoje harmonizadas, em consequência da Sexta Directiva, como já foi referido.

⁽⁹⁾ Cfr. Dr. Raul Esteves, "A incidência da adesão à C.E.E. na Economia Portuguesa — A Política Fiscal", seminário sobre a Reforma do Sistema Fiscal Português, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento, 1980.

⁽¹⁰⁾ Taxas de 30%, 60% e 90%.

Excluindo aquelas que se ligam directa ou indirectamente à exportação, ditadas pela necessidade de que as exportações sejam completamente desagravadas — princípio básico do sistema, destinado a eliminar as distorções de concorrência no comércio internacional — as restantes isenções são pouco numerosas, situam-se sobretudo no sector das prestações de serviços e não constituem, no fundo, verdadeiras isenções, mas antes simples desagravamentos.

Efectivamente, a não dedutibilidade do imposto suportado nas aquisições destinadas à produção de mercadorias ou serviços isentos é um princípio do IVA comunitário.

Tal facto significa, que o desagravamento não é completo — o imposto já incorporado no custo dos bens permanece — trata-se, sim, de um aligeiramento da carga fiscal. A C.E.E. proíbe, pois, excepto para o caso das exportações, o uso da “*taxa zero*”. Por este processo, aliás utilizado ainda por alguns Estados, a título transitório, (v.g. Grã-Bretanha e Irlanda), haveria lugar à restituição do imposto pago nas compras.

O princípio comunitário pode parecer algo criticável, sob o ponto de vista de tributação do consumo. Efectivamente, se se reconhece que certos bens ou prestações devem ser desonerados, por que razão se impõe apenas um desagravamento parcial?

Desagravamento, aliás, aleatório, pois o montante de imposto já pago em fases anteriores depende, como é evidente, da combinação dos factores produtivos ou da extensão dos circuitos económicos.

Assim, dois consumidores que comprem o mesmo produto “isento”, não só pagam um certo montante de “imposto oculto”, como pagam, muito provavelmente, em montantes diferentes.⁽¹¹⁾

Esta regra causa, por outro lado, alguma complicação administrativa, quando as empresas efectuem simultaneamente operações tributáveis e operações isentas. Como só as primeiras dão direito a dedução, haverá que estabelecer uma proporção entre transacções tributáveis e transacções isentas destinadas a fixar a medida (percentagem) desse direito. Este calculo denomina-se método do “*prorata*”.

Como os bens de equipamento são bens duradouros e pode haver alterações na proporcionalidade entre actividade tributável e actividade

(11) Em posição crítica a solução comunitária da não dedutibilidade do imposto relativo a bens de produção correspondentes a actividades isentas, cfr. Berliri, citado por António Dorsa, in “L'imposizione sul valore aggiunto”, Padova, 1967, pág. 118

isenta, nos anos que se seguem à compra daqueles bens, há que corrigir posteriormente a percentagem de dedução, durante um período de cinco anos (art.º 20.º da 6.ª Directiva). Em cada ano esta correcção reportar-se-á a uma quinta parte do imposto que onerou os bens de investimento e será feita em função das variações dos respectivos “proratas”, em confronto com o que se revelou aplicável no ano da aquisição.

Outra característica do sistema do IVA é a de que as isenções, para beneficiarem verdadeiramente o consumidor (relativamente, como se viu, uma vez que não são totais) têm que actuar no último estágio de tributação. Se se situarem num ponto intermédio do circuito, farão desaparecer a dívida de imposto nessa fase, mas não beneficiam o consumidor, antes pelo contrário prejudicam-no, porque a quebra de cadeias de deduções originará efeitos cumulativos.

Retomemos o exemplo figurado na pág. 10 continuando a pressupor uma taxa de 10%:

1.ª Hipótese — Isenção no último estágio:

	PRODUTOR	GROSSISTA	RETAILHISTA
Preço de compra	—	200 + 20	300 + 30
Preço de venda	200	300	500
Imp. s/as vendas	20	30	—
Imp. pago nas compras	—	20	30
Dívida ao Estado	20	30-20 = 10	—

Total de imposto cobrado durante todo o circuito $20 + 10 = 30$.

Houve portanto uma redução da carga tributária que normalmente seria de 50, pela actuação da isenção no último estágio.

2.ª Hipótese — Isenção num estágio intermédio (grossista):

	PRODUTOR	GROSSISTA	RETAILHISTA
Preço de compra	—	200 + 20	300
Preço de venda	200	300	500
Imp. s/as vendas	20	—	50
Imp. s/as compras	—	20	—
Dívida ao Estado	20	—	50

Total de imposto cobrado no circuito $-20 + 50 = 70$. Daqui se conclui que o consumo foi onerado em 70, em vez de 50, embora tenha desaparecido o pagamento ao Estado por parte do grossista.

Aliás, mesmo para este último não houve benefício porque se é verdade que nada teve a pagar, suportou, por repercussão, um montante de 20, não dedutível. Se não beneficiasse de isenção, liquidaria 30, entregando ao Estado apenas 10 (30 - 20).

Conclui-se, assim, que num sistema de IVA, as isenções sem reembolso de imposto pago nas compras, são um meio deficiente de desagrarar consumos, podendo ocasionar, pelo contrário, duplas tributações, se os bens isentos forem reintroduzidos num circuito normal de tributação.

As isenções concebidas pela lista 1 anexa ao Código do Imposto de Transacções não só não correspondem, como aliás seria de esperar, à lista estabelecida pela 6.ª Directiva, como constituem, ao contrário do que se referiu na alínea anterior, *isenções completas*, isto é, equivalentes a uma tributação por *taxa zero*. Efectivamente, os produtores de bens isentos não só podem adquirir sem imposto os respectivos equipamentos — sem necessidade, sequer, de se encontrarem registados — como, efectuando esse registo, podem igualmente obter sem imposto as matérias-primas necessárias à produção.

Pode dizer-se, portanto, que não pagam praticamente nada nas aquisições (“en amont”, na terminologia da directiva comunitária) e nada pagam nas vendas (“en aval”).

Concluir-se-á daqui que, se outros factores não actuarem em sentido inverso (v.g. aumento do investimento), e na ausência de quaisquer medi-

das compensatórias, será de temer um agravamento dos preços em determinados sectores, nomeadamente no dos produtos alimentares e outros fornecimentos essenciais, como a água, gás, electricidade, etc.

É certo que há mecanismos de correcção possíveis, nomeadamente alterações na tributação do rendimento ou concessão de subvenções familiares. Estes seriam mesmo preferíveis sob o ponto de vista de redistribuição do rendimento, já que as isenções são um benefício concedido independentemente da situação económica de quem efectua a despesa. É sabido, no entanto, como estas medidas se revelam muitas vezes ineficazes por não encontrarem uma resposta administrativa pronta e adequada.⁽¹²⁾

As restantes isenções constantes da lista I anexa ao Código do Imp. Transacções — relativas a bens de produção, equipamento e matérias-primas, na sua maioria, não levantarão problemas (poderá já não ser assim, para os sectores agrícola e de pesca), pois o mecanismo do IVA, assentando na dedução completa e imediata do imposto pago nas compras, desagrava os investimentos, proporcionando um efeito económico idêntico ao destas isenções.

Outro ponto que se liga com a possível influência, nos preços, da introdução do IVA é o da cobrança actual do I.T. ter carácter pretensamente intervencionista, processando-se através de taxas múltiplas e muito diferenciadas.

(12) Face a esta dificuldade, e por imperativos de ordem constitucional, o Dr. José G. Xavier de Basto (loc. cit. pág. 33), defende a obtenção, por Portugal, de uma derrogação à 6.ª Directiva que possa permitir a tributação por taxa zero de um conjunto de consumos essenciais.

Se a taxa zero pode ser a solução desejável, na impossibilidade de actuação satisfatória de compensações directas a nível de rendimentos, ela não deixa contudo de constituir, dentro do sistema do IVA, um elemento perturbador sob o ponto de vista administrativo. Efectivamente, a devolução do imposto pago a montante vai originar uma multiplicidade de reembolsos a efectuar pela administração, reembolsos tanto mais numerosos, quanto menos concentrada for a distribuição dos produtos abrangidos pela taxa zero. Por outro lado, a existência de um grande número de pequenas empresas na fase retalhista, inevitavelmente tributadas por sistemas simplificados, determinarão um menor rigor da actuação da taxa zero (se for eliminado o direito a reembolso nesta fase) ou devoluções feitas a contribuintes cujo número e estruturas não permitem um controle adequado.

Estas dificuldades verificar-se-ão ainda, embora talvez com menor acuidade, se a tributação se fizer, não por taxa zero, mas por uma taxa reduzida “não-esponja” (igualmente contrária ao regime da 6.ª Directiva).

A taxa “não-esponja” produz um montante de imposto nos “outputs” não suficiente para compensar o imposto pago nos “inputs”, dando lugar a reembolsos, tal como a taxa zero.

Desconhecem-se, é certo, os resultados reais — a não ser o de um enorme estímulo à evasão, que vem crescendo e assumindo, cada vez mais, formas fraudulentas — da aplicação de um tão vasto leque de taxas, grande parte delas de montantes muito elevados.

O certo é que tal política de diversificação de taxas se torna de execução mais difícil com a adopção do IVA que, pelas suas características, aponta para uma tributação o mais possível geral e uniforme.

Foi já apontado como, pelo próprio mecanismo do sistema, os processos de isenção, sem restituição de imposto pago nas compras, se adequavam mal ao objecto de desagramento de consumos e como essa restituição, por seu turno, a existir, pode tornar o sistema administrativo pesado e propenso à evasão. (13)

As taxas reduzidas e agravadas, por seu lado, requerem especiais cautelas de execução. Com efeito, uma redução ou um agravamento de taxa só surtirão efeitos, perante o consumidor, se actuarem desde o início do circuito económico (o que não será, de certo, fácil de estabelecer, dado o desconhecimento, nas primeiras fases, do destino último das mercadorias) ou se tiverem aplicação no estágio final.

Se o agravamento ou desagramento se situar num ponto intermédio, apenas haverá alteração do montante a pagar ao Estado nessa fase, mas o consumidor final suportará exactamente a carga correspondente à tributação pela taxa normal.

Retomemos o exemplo numérico da pág. 10, continuando a pressupor uma tributação normal de 10%:

1.ª Hipótese — Redução da taxa de 10%, para 8%, no estágio retalhista.

	PRODUTOR	GROSSISTA	RETALHISTA
Preço de compra	—	200 + 20	300 + 30
Preço de venda	200	300	500
Imp. s/as vendas	20	30	8% × 500 = 40
Imp. pago nas compras	—	20	30
Dívida ao Estado	20	30 = 20-10	40-30 = 10

(13) Cfr. nota anterior.

Total do imposto cobrado no circuito: $20 + 10 + 10 = 40$. A tributação a 10%, em todo o circuito conduziria a um encargo de 50. Como se vê, a actuação correcta do mecanismo das deduções faz com que a carga global seja sempre equivalente à que resulta da tributação pela taxa aplicável no último estágio - $8\% \times 500 = 40$

O mesmo se passará com um agravamento de taxa, como é fácil de verificar:

2.ª Hipótese — subida da taxa de 10% para 15%, no estágio retalhista:

	PRODUTOR	GROSSISTA	RETALHISTA
Preço de compra	—	200 + 20	300 + 30
Preço de venda	200	300	500
Imp. s/as vendas	20	30	15% × 500 = 75
Imp. pago nas compras	—	20	30
Dívida ao Estado	20	30-20 = 10	75-30 = 45

Total do imposto cobrado durante todo o circuito: $20 + 10 + 45 = 75$. Montante precisamente idêntico ao que resulta da aplicação da taxa agravada, no último estágio.

Vejam, agora o que se passa se a redução ou agravamento actuarem, não no estágio final, mas num estágio intermédio (v.g. grossista):

3.ª Hipótese — Redução da taxa de 10% para 8%, no estágio grossista:

	PRODUTOR	GROSSISTA	RETALHISTA
Preço de compra	—	200 + 20	300 + 24
Preço de venda	200	300	500
Imp. s/as vendas	20	8% × 300 = 24	50
Imp. pago nas compras	—	20	24
Dívida ao Estado	20	24-20 = 4	50-24 = 26

Total de imposto cobrado no circuito: $20 + 4 + 26 = 50$. Montante precisamente idêntico áquele que seria pago se a tributação se fizesse sempre pela taxa normal. Não se produziu nenhuma redução para o consumidor, apenas houve uma diferente distribuição dos pagamentos fraccionados efectuados pelos intervenientes no circuito.

4.ª Hipótese — Subida da taxa de 10% para 15%, no estágio grossista:

	PRODUTOR	GROSSISTA	RETALHISTA
Preço de compra	—	$200 + 20$	$300 + 45$
Preço de venda	200	300	500
Imp. s/as vendas	20	$15\% \times 300 = 45$	50
Imp. pago nas compras	—	20	45
Dívida ao Estado	20	$45 - 20 = 25$	$50 - 45 = 5$

Total do imposto cobrado no circuito: $20 + 25 + 5 = 50$ montante idêntico áquele que seria cobrado se a tributação se fizesse sempre pela taxa normal. Nenhuma sobrecarga para o consumidor, apenas se verifica uma alteração nos pagamentos fraccionados respeitantes a cada interveniente no circuito.

A necessidade de que as taxas reduzidas ou agravadas se apliquem no último estágio, para que tenham algum efeito perante o consumidor, fará com que a tributação correcta do consumo, dependa, em última análise, do comportamento dos contribuintes desse estágio. Ora é precisamente nos sectores que transaccionam com o consumidor final que maior estímulo há à fuga ao imposto, quer porque já não se verifica o interesse dos adquirentes em exigir a sua liquidação, quer porque a estrutura, muitas vezes deficiente, desses sectores aumenta a propensão para a fraude.

Verifica-se ainda, com frequência, a aplicação a estes contribuintes de medidas especiais de simplificação administrativa. Uma dessas medidas é normalmente a dispensa de passagem de factura na transacção com o consumidor final. Resulta daqui que o cálculo da dívida tributária torna necessária a conversão da receita bruta, com imposto incluído, em matéria colectável, consequentemente a distribuição, por taxas, do montante de operações efectuadas. É óbvio que essa distribuição (baseada normalmente, nestes casos, nos montantes de compras) se tornará tanto mais complicada e propiciadora de fraudes quanto maior for o número de taxas a aplicar.

É ainda evidente que a diversidade de taxas torna a administração do imposto extremamente pesada, pelos inúmeros problemas de classificação

que ocasiona. Esta é, aliás, uma dificuldade não específica do sistema de IVA, bem conhecida da Administração portuguesa, através da execução do imposto actual.

Se tudo aconselha — mecânica do próprio imposto, execução menos pesada para os contribuintes e para o fisco — uma tributação geral e o mais possível uniforme, pode vir a rezear-se que, ao lado de possíveis aumentos de preços em sectores essenciais, como atrás se referiu, se venham a verificar, pelo contrário, descidas de preços em bens hoje altamente atingidos pelo I.T.

Poder-se-á pensar num agravamento da carga fiscal sobre bens supérfluos através de impostos especiais de consumo ("accises").

O processo de actuação de uma "accise", face ao IVA, já foi focado atrás. (pág. 14). Trata-se de duas tributações que se acumulam.

Contudo, não parece viável, assentar, a tributação correcta do consumo num sistema demasiado amplo de impostos especiais.

Ainda que o grau de harmonização comunitária neste sector o permita, a verdade é que o sistema complicar-se-ia demasiadamente.

Além da administração do IVA, o Fisco e os contribuintes ver-se-iam a braços com a liquidação de inúmeros impostos especiais, originando alguns problemas idênticos aos que hoje se defrontam com o actual imposto de transacções. De facto, as "accises" são, normalmente impostos monofásicos, cobrados, quase sempre, na fase do produtor.

Parece claro que se deverá aproveitar o momento da introdução do IVA para uma racionalização do esquema de impostos indirectos, por forma a conseguir-se, tanto quanto possível, uma tributação mais equitativa do consumo, mas não poderá ser esquecida, nessa racionalização, a economia dos custos administrativos, quer para os contribuintes (liquidadores destes impostos), quer para o Fisco.

A enorme quantidade de produtos hoje abrangidos pelas listas II, III e IV do Código do Imposto de Transacções ilustra bem quanto seria impraticável um sistema de "accises" com igual extensão.

4.3.2. Se a introdução do IVA em Portugal necessita de ser acompanhada de estudos que permitam avaliar minimamente a sua possível influência nos preços, e portanto no consumo, não menos importante é a previsão de quais possam ser os resultados a nível de *investimento*, considerado sob o ponto de vista *global e por sectores*.

O funcionamento correcto do mecanismo das deduções, permitindo a anulação do imposto pago nas compras, afasta toda a tributação do inves-

timento, tornando o montante do imposto exactamente proporcional ao preço das mercadorias e serviços (cfr. exemplo numérico, figurado na pág. 10).

Esta conclusão, decorrente do esquema teórico, perfeito, do IVA, pode no entanto sofrer algumas distorções provocadas, na maior parte dos casos, pela aplicação de regimes de “forfait” a contribuintes sem estruturas administrativas adequadas, ou ainda pela exclusão, pura e simples, do esquema do imposto, de certos pequenos contribuintes.

Se os regimes de “forfait” assentam, por definição, em avaliações aproximadas da dívida tributária, normalmente dada pela diferença entre o imposto liquidado nas vendas e o imposto pago nas compras, logo se conclui daqui que o desagramento dos investimentos pode não ser perfeito.

Não há mesmo qualquer desagramento no caso dos pequenos contribuintes isentos (em “franchise”), tratados como consumidores finais, não obrigados a liquidar imposto nas vendas, mas sem qualquer direito a dedução de imposto pago nas compras.

Em certos casos, esta impossibilidade de dedução pode vir a traduzir-se numa “penalização” das empresas, anulando a vantagem concorrencial que lhes é dada pela isenção de imposto nas vendas. Como é evidente, a situação de vantagem ou desvantagem depende do nível dos seus investimentos e, em consequência, do montante de impostos que, de outro modo, teriam direito a deduzir.

Por outro lado, se os produtos ou serviços prestados por um beneficiário da “franchise” forem vendidos a um sujeito de imposto, isto é, reentrarem num circuito normal de tributação, dar-se-á o “efeito de recuperação”, havendo lugar a efeitos cumulativos provocados pela carga fiscal suportada nas compras, pelo contribuinte isento, e que não é mais dedutível. (v. exemplo figurado na pág. 18).

Estas excepções ao regime geral — contribuintes sujeitos a “forfait” e contribuintes isentos — podem vir a ser numericamente muito importantes no futuro sistema português, dada a generalizada falta de estruturas das nossas empresas (basta pensar nos sectores de retalho, dos pequenos produtores e prestadores de serviços, nos sectores agrícola e de pesca).

No entanto, é também natural que a matéria colectável correspondente a esse número de contribuintes seja, proporcionalmente, pouco importante. Se assim for, é possível, que a introdução do IVA venha a

traduzir-se, em termos globais, independentemente de uma análise por sectores, numa isenção mais eficaz dos bens de produção. É o que adiante se referirá, ao considerar-se o sistema actual de isenções de bens de produção.

Esse possível efeito de estímulo ao investimento deverá ser ponderado, segundo se crê, à luz de outras componentes da realidade economico-social e que caracterizem a conjuntura no momento da introdução do imposto.

Haverá ainda a considerar o provável abaixamento das taxas hoje aplicáveis a bens supérfluos ou menos necessários (v. o que atrás se disse). Este facto, conjugado com um mais completo desagravamento dos bens de produção, poderá tornar mais aliciantes investimentos em sectores socialmente menos úteis, ou até indesejáveis.

No entanto, a obrigação de em sistema de IVA haver um desembolso prévio do imposto liquidado nas aquisições, só posteriormente dedutível, pode funcionar, em certa medida, como elemento de sinal contrário, pelo menos em relação aos actuais contribuintes de I.T.. Estes não pagam impostos na compra dos seus equipamentos abrangidos pela verba n.º 23 da lista I anexa ao Código, nem na aquisição dos “stocks” de matérias-primas e de mercadorias para revenda.

O que hoje se passa em matéria de isenção de bens de produção, face ao I.T., pode, em breve linhas, resumir-se, como se segue.

Os sectores não sujeitos a imposto (produtores de bens imóveis, prestadores de serviços, sector retalhista, contribuintes do grupo C da contribuição industrial e produtores agrícolas) em princípio — são tratados como consumidores finais — fazem as suas aquisições com imposto incluído, mas não têm que efectuar qualquer liquidação nas vendas.

Os “stocks” e equipamentos comprados para estes sectores não serão contudo onerados com imposto, como é óbvio, se puderem beneficiar de qualquer isenção real, não condicionada, constante na lista I anexa ao Código. É o que se passa, p. ex., com muitas das matérias-primas e equipamentos agrícolas, com algumas matérias industriais, com certos equipamentos de transporte e com importantes formas de energia.

Os sujeitos do imposto, isto é, os produtores ou grossistas registados ou obrigados a registo (o registo é obrigatório para sujeitos a contribuição industrial pelos grupos A ou B) podem adquirir — sem imposto — os seus “stocks” de matérias-primas ou de mercadorias para revenda, através de declarações de responsabilidade mod. 5 ou 6.

Os produtores de mercadorias isentas (as que constam da lista I anexa ao Código), embora por esse facto, estejam igualmente isentos de registo,

podem solicitá-lo à Administração, com o que passarão a beneficiar do regime acima referido. Idêntica faculdade é concedida aos produtores agrícolas e, dum modo geral, aos produtores ou grossistas tributados pelo grupo C da Contribuição Industrial.

A verba n.º 23 da lista I anexa ao Código, por seu turno, permite a todos os produtores registados ou não, e incluindo os agrícolas, a aquisição, sem imposto, das máquinas, ferramentas e outros bens de equipamento que vão ser afectos ao processo produtivo de mercadorias ou de departamentos de apoio directo e exclusivo à produção de mercadorias. A isenção é condicionada pela entrega de uma declaração de responsabilidade (modelo n.º 13) ao respectivo fornecedor. No entanto, esta faculdade sofre limitações. O benefício apenas aproveita às transações cujo valor global, por cada declaração modelo 13, seja igual ou superior a 30 000\$00. Trata-se de uma medida de economia administrativa, destinada a reduzir o número de declarações a fiscalizar. Outro limite ao funcionamento da isenção decorre dos próprios conceitos de “produção” e de “processo produtivo”, conceitos que têm originado um largo contencioso entre os contribuintes e a Administração, dando lugar a inúmeras decisões jurisprudenciais. (14)

Sendo certo que estas expressões utilizadas pelo Código estão longe de poderem ser tomadas na acepção ampla que lhes é dada pelos economistas, a sua extensão, para efeitos de I.T., terá de resultar do conceito, mais ou menos próximo, de “produtor”, contido no § 1.º do art.º 3.º do Código.

Esta disposição considera produtores as pessoas que “produzam, fabriquem ou transformem mercadorias sejam quais forem os processos ou meios utilizados, e bem assim aquelas que, com carácter de habitualidade, se dediquem a assegurar aos produtos a sua apresentação comercial normal”.

Se ressalvamos a parte final (acrescentada recentemente), a lei parece ter considerado como actos produtivos aqueles que, dum modo imediato, estejam ligados ao processo de fabrico ou transformação física, material, de que surge o produto acabado.

(14) Sobre este pontos, cfr. Dr. Rogério Ferreira “A Tributação das Transações de Mercadorias”, Cadernos de Ciências e Técnica Fiscal, n.º 60, Herculano Madeira Curvelo e António da Silva Campos Laires em “O Imposto de Transações sobre Mercadorias”, Lisboa 1980 pág. 691 e segs., (onde se pode encontrar, além dum comentário à verba n.º 23, uma muito completa ilustração de decisões administrativas e jurisprudenciais a ela relativas) e Dr. Cardoso Mota “O Imposto de Transações” (Legislação, Notas e Comentários).

Daí que, dentro de uma empresa, possam existir (e existem, por certo, quase sempre) sectores não ligados directamente ao processo material do aparecimento das mercadorias, para os quais não é possível adquirir equipamentos, nem matérias-primas, sem imposto.⁽¹⁵⁾

A possibilidade de considerar como “produtivo” actos que têm como função “assegurar aos produtos a sua apresentação comercial normal” pode, de certo modo, representar um alargamento daquele princípio geral. Efectivamente, um sector de embalagem, por ex., não opera já, normalmente, uma transformação “física” do produto, embora lhe possa conferir a “identificação” que lhe é própria e com a qual ele é comercializado.

Trata-se do reconhecimento legal da vantagem económica e administrativa, de fazer coincidir o momento final do processo produtivo, para efeitos de I.T., com aquele que torna o produto apto para entrar no comércio.

A mesma verba n.º 23 da lista I permite ainda a aquisição, sem imposto, através de uma declaração modelo n.º 13, dos equipamentos afectos a departamentos de apoio directo e exclusivo à produção de mercadorias.

Trata-se, ainda aqui, de um alargamento do princípio geral, pois, nestes casos, não há uma utilização dos bens no processo produtivo propriamente dito, na acepção acima focada. Delimitar o que possa entender-se por “sector de apoio directo e exclusivo à produção” não é tarefa fácil e, em muitos casos, ter-se-á que utilizar, uma vez mais, a averiguação casuística.⁽¹⁶⁾

A descrição do quadro geral que delimita as actuais isenções de bens de investimento permite concluir que, se o objectivo de desagravamento de bens capitais é por certo conseguido, na sua maior parte, não deixará contudo de ser possível a permanência de alguma “tributação oculta”, resultante das limitações que rodeiam a aplicação das respectivas normas.

É de esperar, portanto, que o IVA, pelo menos no que respeita aos contribuintes submetidos ao regime normal, possa traduzir-se num desa-

(15) Para uma enumeração de alguns destes sectores, cfr. Dr. Rogério Ferreira, ob. e loc. cit., pág. 49 e 50.

(16) O Dr. Rogério Ferreira, (ob. e loc. cit., pág. 57 e 60) enumera, a título exemplificativo, como equipamentos que não devem ser abrangidos pela isenção: os que se destinam a armazéns de venda dos produtos, viaturas (salvo as que circulam no interior das fábricas), equipamentos de laboratórios de investigação, de cantinas e outros serviços sociais, máquinas e mobiliários de escritório, etc..

gravamento mais completo dos bens de investimento e, sobretudo, numa maior facilidade administrativa (supondo que esses sectores disponham de estruturas adequadas) na realização deste objetivo já que desapareceram inúmeras dificuldades ligadas à delimitação do conceito de “produção”.

4.3.3. Determinados sectores deverão ser objecto de um estudo especialmente atento, face ao novo imposto, quer pelas condições muito específicas da sua estrutura, quer pela influência da respectiva produção nos preços de bens de primeira necessidade. É o que se passa com os sectores da *agricultura, pecuária, silvicultura e pesca*, todos eles, por vezes, englobados no mesmo regime, no âmbito da 6.^a Directiva.

Como já foi referido, os agricultores estão hoje numa situação bastante favorável, face ao I.T.. Sem estarem obrigados a registo, sendo assim libertos de quaisquer obrigações administrativas, não só não liquidam imposto nas vendas, como têm um considerável número de matérias-primas e equipamentos isentos de uma forma real, isto é, incondicionada. É o que sucede, p. ex., com os adubos, sementes, plantas, insecticidas, sulfato, farinhas para animais, forragens e palha, animais vivos, fuel, gasóleo, etc..

A verba n.º 36 da lista I anexa ao Código, por seu turno, isenta também, de uma forma real, sem qualquer formalidade, os utensílios, alfaias, máquinas e aparelhos, exclusiva ou principalmente destinados à agricultura, pecuária ou silvicultura.

Para além disso, os agricultores podem, como quaisquer outros produtores, utilizar a verba n.º 23, já atrás analisada, e adquirir, sem imposto, equipamentos, porventura não enquadráveis na verba n.º 36.

Se solicitarem à Administração o seu registo, ao abrigo do § 2.º do art.º 49.º do Código, passam ainda a poder adquirir, com isenção, mediante declarações mod. n.º 5 ou 6, todas as matérias-primas necessárias à sua produção e não já, apenas, aquelas que beneficiam de uma isenção expressa, como acima foi referido.

Isto significa que a situação actual corresponde, mais ou menos exactamente, e sem encargos administrativos, a uma tributação por *taxa zero* — não pagamento de imposto nas compras e isenção nas vendas — mecanismo que a 6.^a Directiva pretende eliminar, como se disse.

Com a adopção do regime comunitário, a agricultura verá a sua situação algo modificada. Passará a ser tributada, como qualquer outro tipo de actividade. No entanto, dado que a aplicação do regime normal, ou mesmo do sistema mais simplificado de “forfait” para pequenas empresas,

carece de elementos contabilísticos, dificilmente exigíveis à grande maioria dos nossos agricultores, a tributação virá a fazer-se provavelmente, em grande medida, através do sistema especial previsto pelo art.º 25.º da 6.ª Directiva.

O regime aqui estabelecido insere-se, como já noutro ponto se referiu, na preocupação de uniformizar, não só a extensão da incidência como o próprio processo de determinação da matéria colectável, relativamente ao sector agrícola.

O anexo A à 6.ª Directiva define as actividades consideradas como de “produção agrícola”. Aí se incluem além das tradicionalmente qualificadas como tal, outras, como a pecuária desenvolvida em relação com a terra, a silvicultura, a pesca em água doce, a piscicultura, a cultura de moluscos e crustáceos, a criação de rãs.

O Anexo B enumera uma série de actividades consideradas como “prestações de serviços agrícolas” (actividades desenvolvidas por um produtor agrícola utilizando os seus meios de mão de obra e/ou o equipamento normal da sua exploração). Figuram entre elas: os trabalhos de cultura, sementeira, colheita, embalagem, secagem, limpeza, desinfecção, armazenamento de produtos agrícolas, aluguer para fins agrícolas ou de pesca, assistência técnica, destruição de plantas e de animais nocivos, tratamento de plantas e de terras, exploração de instalações de irrigação e drenagem, etc...

Como se vê, existe a preocupação de delimitar, o mais rigorosamente possível, o âmbito das actividades tributáveis, por forma a que sejam ultrapassadas as divergências das várias legislações nacionais, nesta matéria.

Fica também claro que o “produtor agrícola” é aquele que desenvolve uma das actividades enquadradas pelo Anexo A, não tendo qualquer relevância a veste jurídica em que o faz.

O processo de determinação da matéria colectável, para os produtores não sujeitos ao regime normal, submetidos portanto ao regime de “forfait”, baseia-se num cálculo macroeconómico de percentagens de compensação do imposto pago nas compras, a reembolsar aos agricultores.

Pretende-se com este sistema que o agricultor não tenha nada a pagar ao Estado, por forma a libertá-lo dos encargos administrativos da sujeição ao IVA, e que possa, simultaneamente, ser compensado pelo imposto que suportou nas aquisições dos bens e serviços, necessários à sua produção.

Como se faz o cálculo dessas percentagens?

Através do processo descrito no Anexo C à 6.ª Directiva. Parte-se do valor da produção final (imposto excluído), compreendido o autocon-

sumo, relativo aos vários produtos (minuciosamente enumerados pelo Anexo), do valor (imposto excluído) dos consumos intermédios necessários àquela produção e da formação bruta de capital fixo referente às actividades abrangidas pelos Anexos A e B.

Posteriormente, ter-se-ão que expurgar estes dados, das contas nacionais, dos montantes da mesma natureza (produção final, consumos intermédios, formação bruta de capital fixo) correspondente aos agricultores sujeitos ao regime normal do IVA. Obter-se-ão, deste modo, os dados relativos à totalidade dos contribuintes submetidos a “forfait”.

O cálculo do valor acrescentado destes últimos será dado pela diferença entre, por outro lado, o valor da *sua* produção final (imposto excluído) e, por outro, a soma do montante dos *seus* consumos intermédios com o valor de formação bruta do capital fixo que lhes corresponde.

Daqui se parte para o cálculo das percentagens de imposto suportadas nas compras dos contribuintes sujeitos a “forfait”, percentagens essas que serão naturalmente diferentes consoante os tipos de produtos considerados.

O método baseia-se nos dados macroeconómicos respeitantes aos agricultores sujeitos a “forfait”, relativos aos três últimos anos. Da aplicação dessas percentagens não podem resultar reembolsos, para o conjunto desses agricultores, superiores ao imposto efectivamente suportado nas aquisições.

Uma vez determinadas as percentagens de compensação, elas devem ser notificadas à comissão da C.E.E. antes da sua aplicação.

Trata-se, como se vê, de um método rigoroso, controlado pela Comunidade, e a exigir dados estatísticos bastante completos, compreendendo, inclusivé, o autoconsumo que, no sector agrícola e de pescas, é, como se sabe, importante. (17).

O reembolso a que tem direito cada agricultor é dado pela aplicação da percentagem (ou das percentagens) de compensação ao valor das vendas feitas ou de serviços prestados a outros sujeitos do IVA (que não sejam, eles próprios, contribuintes sujeitos a “forfait”)

Não será, pois, possível considerar, para efeitos de compensação, nem o valor do autoconsumo nem o montante de operações realizadas com consumidores finais ou com outros contribuintes tributados “à forfait”.

Nestes casos, quando haja venda, o agricultor poderá, porventura, subir os seus preços numa tentativa de compensação da carga suportada “en amont”, mas tal possibilidade dependerá, como é evidente, das condições do mercado. A não consideração do valor do autoconsumo e da venda directa para efeitos de compensação “à forfait” tem a sua lógica no

esquema da 6.^a Directiva. Uma vez que os produtos agrícolas são tributados como quaisquer outros (a tributação será “recuperada”, mais adiante, nas fases posteriores à da produção agrícola) não teria sentido, na lógica de um imposto de consumo, quer aqueles que fossem autoconsumidos ou vendidos directamente fossem libertos de toda a carga fiscal. (18).

O reembolso exclui, obviamente, qualquer outra forma de dedução. Um produtor que se sinta prejudicado pelo facto de os seus investimentos corresponderem a uma tributação *en amont* superior à média equivalente a estas percentagens só terá como alternativa a sujeição ao regime normal do IVA, com todas as obrigações contabilísticas daí decorrentes.

O reembolso ao agricultor, nos termos da Sexta Directiva, pode ser efectuado, à escolha de cada Estado, quer pelo cliente do agricultor, desde que sujeito passivo segundo o regime normal, quer pelos poderes públicos.

No primeiro caso, reembolso pelo cliente, o montante da compensação paga por este ao produtor agrícola será posteriormente dedutível da sua dívida de imposto ao Estado.

Poder-se-á estabelecer, para libertar o agricultor de encargos administrativos, que a factura exigível pela operação, onde figurará discriminado o montante da compensação paga e posteriormente dedutível, seja passada em duplicado pelo próprio cliente, sendo um exemplar entregue ao agricultor. Bom será, no entanto, que a factura possa ser rubricada por este, como forma de evitar o “fabrico” de créditos fictícios, posteriormente dedutíveis, pelos respectivos clientes.

(17) Em trabalho efectuado por três economistas da Direcção-Geral, das Contribuições e Impostos. Drs. António Oliveira Domingues, João José Amaral Tomás e Carlos Marcelo Figueira, subordinado ao tema “O Imposto sobre o Valor Acrescentado e o Sector Agrícola”, encontra-se citação de uma passagem de um relatório de 24 de Janeiro de 1980, da Associação Portuguesa para o Estudo da Integração Europeia, citação essa que se transcreve: “...do número total das empresas agrícolas recenseadas, apenas 30% produzia para o mercado, continuando as restantes 70% fundamentalmente preocupadas com o autoconsumo dos agregados familiares sobre ela implantados...”.

Dos dados colhidos por aqueles economistas, baseados em censo de 1968 e constantes do seu trabalho, resulta que apenas 3% das explorações agrícolas têm dimensão superior a 20 hectares, 38% são de dimensão inferior a 1 hectare e 59% situam-se entre 1 a 20 hectares.

(18) Já não será assim se houver na completa isenção dos bens alimentares, através da utilização da taxa zero. Nesse caso, a não consideração do autoconsumo e da venda directa, para efeitos de reembolso, determinará uma penalização relativamente às vendas feitas em circuito nacional. Cfr. Dr. José Guilherme Xavier de Basto (loc. cit. pág. 49 e segs.) que propõe, em articulação com a tributação por taxa zero, não só de um cabaz de produtos essenciais, mas também de um conjunto de “inputs” agrícolas mais correntes, como forma de manter em qualquer caso o desagravamento total dos bens alimentares.

No segundo caso, reembolso pelos poderes públicos, terá que haver, normalmente, um pedido, feito pelo agricultor ao Estado, e devidamente documentado com os elementos que provem o montante das vendas efectuadas a contribuintes sujeitos ao regime normal.

A passagem de facturas ou de documentos comprovativos das compras pode, ainda aqui, ficar a cargo dos clientes, ponto é que estes, sem grande interesse na sua passagem (não há lugar a qualquer dedução posterior na dívida do IVA, uma vez que foi pago ao agricultor apenas o preço), não usem do seu poder económico para se recusarem a passar qualquer documento. Poderá haver vantagem, para os adquirentes, em dissimular compras, o que lhes permitirá, posteriormente, camuflar vendas, facto com importância, não só para efeitos do IVA, como eventualmente para aplicação do imposto sobre o rendimento.

O processo de reembolso pelo Estado, embora deparando com esta dificuldade de apresentação da lista comprovativa das vendas, ocasionada pela resistência dos compradores ou pela impreparação dos próprios agricultores, pode, contudo, em certos casos, mostrar-se, ainda assim, favorável. É que o reembolso pago pelos adquirentes poderá colocar os agricultores nas mãos de uma classe normalmente mais poderosa — a dos intermediários — que terá tendência para fazer baixar os preços de compra, na medida da compensação a pagar. Se assim for, o benefício inicialmente destinado ao agricultor será afinal usufruído pelo intermediário — este fez baixar o preço de compra e vai deduzir posteriormente o quantitativo do reembolso da sua dívida ao Estado. (19).

Resulta o que foi dito que nem sempre a agricultura (e sectores que lhe são assimilados pela 6.^a Directiva) verão os seus investimentos totalmente isentos. Não existe assim garantia de uma completa eliminação do “imposto oculto” o que poderá ter consequências, quer para os próprios sectores (se não conseguirem repercutir nos preços essa sobrecarga), quer para os consumidores que poderão vir a sofrer uma sobretributação.

Não haverá eliminação completa do “imposto oculto” quando, no caso de contribuintes sujeitos ao sistema comum de “forfait” agrícola, as percentagens de compensação sejam fixadas em níveis inferiores aos reais.

(19) Sobre o funcionamento destes dois sistemas de reembolso, Cfr. Paul Vermand, “Étude des problèmes particuliers posés par l'application de la taxe sur le valeur ajoutée au secteur agricole des pays de la Communauté Européenne”, Commission des Communautés Européennes, Série Concurrence, n.º 23 pág. 49 e segs.

Aliás, essa poderá ser bem a tendência geral, pois, por um lado, o estabelecimento de percentagens superiores ao imposto realmente suportado é interdito pela 6.^a Directiva, por outro lado, as compensações um pouco baixas podem funcionar como estímulo a que os agricultores optem pela tributação em regime normal.

O método comum de “forfait” agrícola não invalida o que foi dito a propósito de uma possível influência, nos preços de bens alimentares, resultante da alteração do actual regime de isenção de I.T..

Efectivamente, os reembolsos feitos aos agricultores sujeitos a “forfait” devem isentá-los de tributação — desde que as percentagens de compensação sejam exactas — mas o imposto será totalmente “recuperado” nas fases seguintes, isto é, na industrialização ou na comercialização. O consumidor final virá a ser onerado, do mesmo modo, na medida resultante da aplicação da taxa estabelecida ao montante da sua despesa (supondo sempre que o reembolso foi exacto e que não se verificam efeitos cumulativos). Para o consumidor final, a isenção só tem relevância, como se viu, se actuar durante todo o circuito ou se tiver aplicação na última fase.

4.3.4. Outro ponto que deve merecer muito especial atenção face à introdução do IVA é o da tributação das *pequenas empresas*.

Como já se tem referido, por várias vezes, a 6.^a Directiva permite colocar fora do âmbito do imposto aqueles contribuintes cujo montante anual de negócios não exceda 5 000 unidades de conta europeias (montante provavelmente “negociável” até um limite de 10 000 U.C.E.).

Para lá deste conjunto de contribuintes, situar-se-ão aqueles que, embora ultrapassando o limite da isenção, não dispõem, contudo, de estruturas contabilísticas à aplicação normal do IVA.

Terão que funcionar aqui sistemas de fixação aproximada do imposto, a efectuar pela Administração, já que os processos de mera simplificação administrativa (v. g. alargamento do período de pagamento, diminuição de declarações) não dispensam a existência de elementos de contabilidade mais ou menos completos. ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Para uma análise detalhada dos problemas suscitados pela tributação das pequenas empresas, cf. J.R. Kauffmann “Étude sur l'application de la taxe sur la valeur ajoutée aux petites entreprises dans les six anciens États membres de la Communauté”, Commission des Communautés Européennes, Série concurrence, n.º 23.

Para uma apreciação no caso português, Cfr. Dr. José Guilherme Xavier de Basto, pág. 39 e segs. loc. cit.

Os sistemas especiais aplicáveis a pequenas empresas, não deixam, contudo, de constituir pontos fracos no esquema de funcionamento do IVA.

Este exige, como já por várias vezes foi focado, uma cadeia ininterrupta de deduções do imposto pago, nas várias fases do circuito, se se pretende que o consumidor venha a ser onerado no exacto montante que resulta da aplicação da taxa à sua despesa. É este, aliás, um dos objectivos fundamentais da actuação do IVA comunitário.

Se os cálculos aproximados da base tributável conduzirem a um desagramento não completo do imposto acumulado em fases anteriores, gera-se uma “tributação oculta” que, caso os mecanismos do mercado o permitam, irá originar uma sobretributação do consumidor final.

Se, pelo contrário, esse “imposto oculto” não for repercutido, permanecerá como um encargo das empresas, adicionando-se à tributação em imposto sobre o rendimento.

Se o regime especial proporcionar, ao invés, um montante de imposto inferior ao que seria pago em sistema normal, poderá verificar-se um abaiamento dos preços de venda (permitindo um “alívio” não previsto do consumidor, se se tratar do estágio final) ou um “enriquecimento” injustificado dos respectivos empresários.

Acresce que, em grande parte dos casos, os regimes particulares se aplicam a contribuintes situados no último estágio, onde o estímulo à fraude é muito maior e se verifica, muitas vezes, a dispensa administrativa de emissão de factura. Os problemas agravam-se se houver lugar à aplicação de taxas diversificadas. Tais factos tornam ainda mais condicionada a tributação exacta do consumo final (v. o que atrás se disse na pág. 22) e favorecem a evasão.

O primeiro problema ligado à tributação das pequenas empresas é o da própria definição do que se deve considerar “pequena empresa”.

O art.º 24.º da 6.ª Directiva não estabelece qualquer critério.

As legislações nacionais escolhem normalmente como índice o montante anual de transações, via que não deixa, no entanto, de comportar um certo circulo vicioso: se a sujeição a regime especial é determinada pela falta de estruturas contabilísticas, nomeadamente a inexistência de um registo rigoroso das operações efectuadas, como assegurar que se trata, de facto, de contribuintes com um volume de negócios inferior a determinado montante?

Entre nós o problema é especialmente no que se refere aos contribuintes do grupo C da Contribuição Industrial. Como se sabe, a inclusão neste grupo não era até há bem pouco tempo determinada por qualquer critério

relacionado com os proveitos, mas antes por certos índices (números de empregados na actividade, número de veículos utilizados, ausência de elementos contabilísticos). Estes contribuintes eram obrigados a uma declaração inicial de actividade, renovável, se se verificassem determinadas alterações de índices, mas não eram obrigados a qualquer declaração anual de montantes de vendas ou de compras, nem à manutenção de quaisquer elementos de escrita.

O lucro fixado pela Administração só sofria alteração quando houvesse fundadas razões para admitir que pudesse ter variado em mais de 25% ou em mais de 25 000\$.

É notório que esta delimitação do grupo C não poderia proporcionar um qualquer juízo seguro sobre o montante de negócios dos respectivos contribuintes.

O número de contribuintes abrangidos por este grupo aumentou nos últimos anos. Em 1978 apresentava 59,2% do total de contribuintes da Contribuição Industrial, em 1980 essa percentagem elevou-se para 70,72% (21).

Tal facto ter-se-á devido, por um lado, à eliminação de um dos requisitos exigidos para a inclusão neste grupo (limite de valor locativo do local de actividade), por outro, à dissolução de algumas sociedades que se terão convertido em pequenas empresas individuais, para assim fugirem a maiores exigências contabilísticas.

O produto da cobrança relativa a este grupo representa, em 1980, apenas 5,17% do total da receita da Contribuição Industrial.(22).

Poder-se-á perguntar se tal facto se deve, na verdade, à ausência de lucro ou antes a uma subavaliação, resultante da dificuldade administrativa de determinação do montante de negócios realizado.

O regime a que estão sujeitos os contribuintes do grupo C da Contribuição Industrial foi alternado pelos decretos-leis n.ºs 577/80, de 31 de Dezembro e n.º 137/81, de 29 de Maio.

Os índices anteriores (número de empregados e de veículos utilizados, ausência, ou carácter rudimentar, da escrita) são mantidos como condicionantes da tributação por este grupo, mas introduz-se um elemento novo — a necessidade de a média dos rendimentos colectáveis nos três anos que antecedem o da tributação não ser superior a setenta contos (art.º 12.º do Código da Contribuição Industrial, na versão que lhe é dada pelo decreto-lei n.º 137/81, de 29 de Maio).

(21) — Dados colhidos nos serviços da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos.

(22) — Dados colhidos nos serviços da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos.

As exigências contabilísticas referentes a estes contribuintes foram igualmente alteradas. Passa a existir a obrigatoriedade de uma declaração anual relativa à actividade, com indicação do montante de compras efectuado e presunção de vendas ou serviços prestados (art.º 60 do Código da Contribuição Industrial). A declaração baseia-se no suporte contabilístico rudimentar agora previsto no art.º 133.º-A do Código da Contribuição Industrial: livro de registo de compras, complementado por um livro de registos de serviços prestados, no caso dos contribuintes que sejam prestadores de serviços.

Não se dispõe ainda, como é evidente, de elementos que possam permitir uma avaliação do novo regime.

Se se revelar exequível, é de esperar que a tributação do rendimento passe a processar-se mais correctamente e que existam, em breve, dados quantitativos, permitindo uma delimitação mais rigorosa do que pode considerar-se como pequena empresa para efeitos fiscais.

Os processos de simplificação administrativa, aplicáveis a pequenos contribuintes, não estão regulados pela 6.º Directiva, apenas se exigindo (art.º 24.º) que não conduzam a uma diminuição do imposto que por eles seria devido. Ainda aqui se podem encontrar dificuldades, ainda uma vez mais resultantes de um certo círculo vicioso: se estão em causa empresas não submetidas ao regime normal, por deficiência das suas estruturas, como assegurar que se chegue a idênticos resultados (exactidão da dívida de imposto) por processos, por definição, aproximados?

Os inconvenientes de cálculos inexactos, sob o ponto de vista da tributação do consumo, foram já aludidos atrás em 4.3.4.

Os métodos utilizados para a tributação deste tipo de contribuintes variam de legislação para legislação, ⁽²³⁾ mas reconduzem-se na maior parte dos casos, a regimes de "forfait". Estes podem situar-se na área dos "forfaits" individuais, onde há lugar a uma discussão da dívida tributária com cada contribuinte, ou na dos "forfaits" colectivos, baseados numa discussão entre o Fisco e as diversas classes profissionais.

As empresas abrangidas por este sistema não são obrigadas normalmente a passar factura nas suas operações com o consumidor final ou com outros contribuintes igualmente sujeitos a "forfait". Tal obrigação apenas existe no caso de transacções com sujeitos do imposto submetidos ao

⁽²³⁾ Cfr. J. R. Kauffmann, loc. cit.

regime geral, por forma a não ser cortada a cadeia normal de deduções do IVA.

O cálculo da dívida tributária destes contribuintes depara normalmente com dois obstáculos. Ou se apoia no montante da receita bruta e é, à partida, muito falível, dada precisamente a dificuldade de conhecer com exactidão o volume de negócios, ou assenta predominantemente no registo de compras, partindo do princípio de que este existe e é correcto, e pode revelar-se pouco eficaz relativamente à tributação do sector de serviço, onde este elemento não é um índice tão significativo da receita bruta, como o é no caso de actividades de venda.

A obrigação de facturar e liquidar o imposto a clientes sujeitos ao IVA pelo regime normal e a dispensa dessa obrigação, nos casos restantes, pode originar uma fraude relativamente simples: o contribuinte submetido a “forfait” não se importará, em certos casos de transformar parte das suas vendas sem imposto em vendas fictícias, com factura, pretensamente feitas a sujeitos do IVA, proporcionando a estes um direito a dedução de um montante que não foi realmente entregue ao Estado

Determinadas legislações nacionais (v.g. a francesa) prevêm, no intuito de atenuar os inconvenientes de uma passagem brusca do regime de “franchise” para um regime de tributação, uma redução crescente da dívida tributária (“décote”), de acordo com determinados escalões, referidos normalmente ao montante de imposto que seria devido sem a redução.

Ainda que o objectivo da medida seja, sem dúvida, louvável, ela não deixa de acarretar, por seu turno, alguma complicação administrativa que se adicionará à já não muito fácil gestão deste sector de contribuintes. ⁽²⁴⁾

4.4. Encarada sob o *ponto de vista administrativo*, e atentas as actuais estruturas da Administração Fiscal, a adopção do IVA pode vir a revelar-se uma dura prova que, a não ser ultrapassada, poderá acarretar o desvirtuamento da tributação do consumo.

Haverá por certo vantagens administrativas do sistema que jogarão positivamente: interesse dos contribuintes na exigência de factura, permitindo um mais fácil controle cruzado, menor importância do controle físico das existências na fiscalização do imposto, eliminação do conceito de “acto produtivo”, de difícil recorte, não distinção, em princípio, entre “produção” e “prestação de serviços”.

(24) Os regimes de “forfait” podem ainda trazer algum prejuízo ao funcionamento de uma eventual taxa zero ou taxa reduzida “não-esponja”, cfr. nota ⁽¹²⁾.

Mas é certo também que do outro lado da balança estará o extraordinário aumento do número de contribuintes, ⁽²⁵⁾ ainda que uma enorme parte deles seja gerida em regime de “forfait”.

Apenas o sistema de “franchise”, com exclusão total do esquema do IVA, proporcionará uma verdadeira “economia” administrativa (sendo certo porém, que mesmo assim se poderá tornar necessário efectuar o registo destes contribuintes).

O número de contribuintes tributados por regime de “forfait” será, por certo, muito grande, mas não deixará de implicar uma actividade administrativa substitutiva da normalmente desenvolvida pelo contribuinte, e a manutenção de um necessário processo de defesa do interessado. ⁽²⁶⁾

Há que acrescentar, como já noutro ponto foi referido, não ser muito pensável repetir, em certos casos, os actuais processos de determinação da matéria colectável da contribuição industrial, isto porque os regimes especiais, sob pena de desvirtuarem a tributação do consumo, como também já se apontou, terão que aproximar-se, o mais possível, do resultado que seria obtido pela aplicação do regime normal (trata-se aliás de uma exigência feita pelo art.º 24.º da 6.ª Directiva).

Os contribuintes sujeitos ao regime comum de “forfait” agrícola, em número que será por certo também muito importante no conjunto da actividade, não trarão encargos de liquidação de imposto, para o Fisco, mas exigirão a montagem eficiente de esquemas de reembolso, se for decidido que as percentagens compensatórias sejam pagas pelo Estado e não pelos clientes.

Parece poder concluir-se portanto que, se a introdução do IVA ocasionará, por um lado, vantagens administrativas, no campo da fiscalização, (reportada aos contribuintes sujeitos a regime normal), não deixará, por

⁽²⁵⁾ Segundo dados fornecidos pelos Serviços, calcula-se que o número de contribuintes actual se situe em cerca de 90.000. Não será exagerado supor que os futuros contribuintes possam atingir um número próximo dos 500.000.

⁽²⁶⁾ O Dr. Arlindo Correia, (loc. cit. p. 96) sugere que “tomando como limite um volume de negócios de 4000 contos, talvez se abrangessem cerca de 80% dos contribuintes da contribuição industrial”. Julga-se que este cálculo se reporta apenas às empresas actualmente sujeitas a este imposto. Haverá ainda, no entanto, que contar com o número de contribuintes abrangidos pelo regime comum de “forfait” agrícola, (quer se torne necessário o reembolso estadual ou não. Terá que haver sempre, pelo menos, uma certa actividade fiscalizadora) e com alguma percentagem dos tributados hoje em imposto profissional, por actividades constantes da lista anexa ao respectivo Código (o número total destes profissionais era, em 1978, de 26 758, segundo as Estatísticas das Contribuições e Impostos do INE).

outro, de suscitar necessariamente ⁽²⁷⁾ uma reforma de vulto da administração fiscal, quer em número de efectivos, em meios materiais e organização.

A muitos dos contribuintes, por seu turno, terão que ser feitas exigências contabilísticas tendentes a possibilitar a tributação adequada, ainda que em regime de “forfait”. ⁽²⁸⁾

Como conclusão destas considerações que não passam de uma aproximação, quase só intuitiva, dos problemas que poderá levantar a adopção do IVA comunitário, dir-se-á que é desejável que essa adopção se faça com o maior grau possível de consciência dos seus efeitos.

Trata-se efectivamente de uma reforma jurídica importante, envolvendo toda, ou quase toda, a tributação indirecta, reforma essa que parece aliás, não dever ser desligada da perspectiva da tributação global (directa e indirecta).

As implicações de ordem económico-financeira ultrapassam a simples questão de escolher a taxa adequada à receita que se pretenda.

Terão, com probabilidade, de ser encarados problemas orçamentais de departamentos cujas receitas venham a ser abolidas e haverá que avaliar minimamente os efeitos da substituição, não apenas ao nível de preços, mas também ao nível do investimento global e sectorial.

Os aspectos administrativos não constituirão, por certo, uma preocupação menor, quer encarados na perspectiva dos contribuintes e das exigências que lhes possam ser feitas eficazmente, quer considerados sob a óptica da preparação adequada da máquina estadual. É de notar que essa preparação deverá acompanhar o desenrolar dos trabalhos preparatórios, sob pena de, por outro modo, se virem a obter projectos inaplicáveis.

Lisboa, Março de 1982

⁽²⁷⁾ Cfr. ainda Dr. José Guilherme Xavier de Basto, loc. cit., p. 47.

⁽²⁸⁾ Cfr. sobre este ponto, Dr. Amaral Tomás, “A Contabilização do imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) Apotec, 1981.

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

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

31.º

CASO SUNDAY TIMES CONTRA O REINO UNIDO (1)

- I. A decisão da admissibilidade da Comissão fixa o âmbito do “caso” posteriormente introduzido no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.
- II. Quando o n.º 2 do art.º 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem se refere a “restrições previstas pela lei” abrange as restrições constantes da lei escrita e ainda as que são consagradas pelo direito não escrito como o direito jurisprudencial do “common law”.
- III. Importa que a lei seja suficientemente acessível e precisa, sendo previsíveis as consequências de determinado acto nela contemplado.
- IV. A liberdade de expressão respeita não somente às informações ou ideias acolhidas com favor e consideradas inofensivas ou indiferentes como às que ferem, chocam ou inquietam o Estado.

(1) In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l' Homme*, XXII, 403;

- V. Os temas e casos discutidos em juízo, ou objecto de processo, podem ser apreciados em revistas especializadas, na imprensa e pelo público. Impõe-se, porém, aos “media” que não ultrapassem os limites fixados pela necessidade de uma sã administração da justiça. No entanto cabem na sua missão de comunicar informações e opiniões as questões que ocupam os tribunais como quaisquer outras que respeitem aos vários sectores de interesse público.
- VI. O art.º 10.º da Convenção garante não só à imprensa o direito a informar livremente o público como o direito do público a informações adequadas.
- VII. O Tribunal deve, em cada caso, averiguar se a ingerência corresponde a um fim social imperioso, se a proibição imposta é proporcional ao fim legítimo em vista e ainda se as razões dadas pelas autoridades nacionais para justificar medidas restritivas são pertinentes e suficientes, face ao disposto no § 2.º do art.º 10.º da Convenção.

Data da decisão: 26 de Abril de 1979.

Juízes intervenientes:

G. Balladore Pallieri (presidente), italiano, G. Wiarda, holandês, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, P. O'Donoghue, irlandês, H. Pederson, dinamarquesa, Thor Vilhjalmsson, islandês, R. Ryssdal, norueguês, W. Ganshof van der Meersch, belga, Gerald Fitzmaurice, britânico, D. Bindschedler Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, P. H. Teitgen, francês, G. Lagergren, sueco, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, E. Garcia de Enterria, espanhol.

Decisão:

- Ter havido violação do artigo 10.º da Convenção (11 votos ⁽²⁾ contra, 9 votos ⁽³⁾);

⁽²⁾ Dos Juízes Balladore Pallieri, H. Mosler, Zekia, O'Donoghue, Pedersen, Evrigenis, Teitgen, Lagergren, Golcuklu, Pinheiro Farinha e Garcia de Enterria.

⁽³⁾ Dos Juízes Wiarda, Cremona, Thor Vilhjalmsson, Ryssdal, Ganshof Van Der Meersch, Gerald Fitzmaurice, Bindschedler, Liesch e Matscher.

- Não ter havido violação do art.º 14.º combinado com o art.º 10.º (unanimidade);
- Tornar-se desnecessário averiguar da violação do art.º 18.º (unanimidade);

Parecer da Comissão:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de que as restrições impostas violavam o art.º 10.º da Convenção (8 votos contra 5) e de que não houvera violação dos artigos 14.º e 18.º combinados com o art.º 10.º (unanimidade).

32.º

CASO MARCKX CONTRA A BÉLGICA (4)

- I. O art.º 25.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem permite a queixa individual por determinada lei, só por si independentemente de qualquer acto de execução, violar os direitos garantidos, desde que o requerente esteja sujeito a sofrer directamente os efeitos da lei.
- II. A protecção do art.º 8.º da Convenção visa tanto a família legítima como a família natural.

(4) In *Annuaire*, XXII, 411.

- III. O respeito da vida familiar impõe ao Estado não só a não ingerência, salvo nos casos previstos no n.º 2 do art.º 8.º, na vida familiar, mas também obrigações positivas, nomeadamente o estabelecimento de regime jurídico possibilitando aos indivíduos uma vida familiar normal.
- IV. Viola o art.º 14.º da Convenção combinado com um dos outros artigos uma medida que, embora em conformidade com o direito garantido, revista um carácter discriminatório.
- V. É legítimo, quiçá meritório, proteger e encorajar a família tradicional, mas sem que se lesem os direitos de família “natural”.
- VI. A vida familiar, para os fins do art.º 8.º, abarca necessariamente as relações entre os parentes próximos, nomeadamente entre avós e netos.
- VII. A protecção do art.º 1.º do Protocolo n.º 1 dirige-se apenas aos bens actuais, não garantindo o direito de aquisição de bens por liberalidade ou sucessão “ab intestat”.
- VIII. O regime de sucessões e liberalidades entre parentes próximos está intimamente associado à vida familiar. Esta não compreende apenas relações de carácter social, moral ou cultural, englobando também interesses materiais, nomeadamente as obrigações alimentares e a reserva hereditária.
- IX. O direito de dispor dos bens é um elemento tradicional e fundamental do direito e a reserva de propriedade.

Data da decisão: 13 de Junho de 1979

Juízes intervenientes:

G. Balladore Pallieri, italiano (presidente); G. Wiarda, holandês, M. Zekia, cipriota, P. O'Donoghue, irlandês, H. Pederson, dinamarquesa, Thor Vilhjalmsson, islandês, W. Ganshof Van Der Meersch, belga, Gerald Fitzmaurice, britânico, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, G. Lagergren, sueco, F. Golcuklu, turco, F. Matscher, austríaco, J. Pinheiro Farinha, português, E. Garcia de Enterría, espanhol.

Decisão: O Tribunal decidiu:

- As requerentes podiam considerar-se “vítimas” com legitimidade para apresentar o caso à Comissão, nos termos do art.º 25.º (14 votos ⁽⁵⁾ contra um ⁽⁶⁾);
- Houve violação do art.º 8.º da Convenção, considerado isoladamente, de que foi vítima Paula Marckx (10 votos contra 5) ⁽⁷⁾, pois viola os direitos da mãe solteira o não estabelecimento do laço de parentesco (mãe-filha) pelo mero facto do nascimento e inscrição do nome da mãe no registo (*mater semper certa est*);
- Ter havido violação do art.º 8.º (12 votos contra 3) ⁽⁸⁾ no que concerne à filha nascida fora do matrimónio, por não ficar estabelecida a filiação relativamente à mãe cujo nome consta, desde o nascimento, no registo civil;
- Ter havido violação dos artigos 14.º e 8.º combinados quanto ao diferente tratamento reservado para a mãe solteira e mãe casada (11 votos contra 4);
- Ter havido violação da Convenção, artigos 8.º e 14.º em conjunto, dados os diferentes efeitos resultantes da inscrição do nome da mãe no registo para os filhos legítimos e nascidos fora do matrimónio (13 votos contra 2) ⁽⁹⁾;

⁽⁵⁾ Dos Juízes Balladore Pallieri, Wiarda, Zekia, O'Donoghue, Pedersen, Vilhjalmsson, Ganshof Van Der Meersch, Bindschedler, Evrigenis, Lagergren, Golcuklu, Matscher, Pinheiro Farinha e Garcia de Enterría.

⁽⁶⁾ Do Juíz Fitzmaurice.

⁽⁷⁾ Vencidos os Juízes O'Donoghue, Vilhjalmsson, Gerald Fitzmaurice, Bindschedler e Matscher.

⁽⁸⁾ Vencidos os Juízes Vilhjalmsson, Fitzmaurice e Bindschedler.

⁽⁹⁾ Dos Juízes Fitzmaurice e Matscher.

- Ter havido violação do art.º 8.º resultante da não extensão das relações da família à família da mãe solteira, ficando limitadas tais relações ao filho-mãe (12 votos contra 3) ⁽¹⁰⁾;
- Ter havido violação dos artigos 8.º e 14.º conjuntamente, resultante da extensão das relações de família à família da mãe para os filhos de matrimónio e a não extensão para os outros (13 votos contra 2) ⁽¹¹⁾;
- O art.º 1.º do 1.º Protocolo não é aplicável à hipótese (unanimidade);
- Não resulta violado o art.º 8.º da Convenção da limitação legal aos direitos de suceder e de receber liberalidades (unanimidade);
- Resultam violados os artigos 14.º e 8.º do facto de serem limitados os direitos à herança dos filhos nascidos fora do matrimónio e não o serem o dos filhos do matrimónio (13 votos contra 2) ⁽¹²⁾;
- Não é violado o art.º 8.º pela limitação à sucessão ou liberalidades (unanimidade);
- Haver violação dos artigos 8.º e 14.º em conjunto pela diminuição do “quantum” passível de entrar na sucessão ou de liberalidades da mãe solteira a seus filhos em relação ao da mãe casada (13 votos contra 2) ⁽¹³⁾;
- O art.º 1.º do Protocolo n.º I abrange o direito de disposição de bens por via sucessória (10 votos contra 5) ⁽¹⁴⁾;
- Não constitui violação do art.º 1.º do 1.º Protocolo a limitação do “quantum” que pode ser deixado em testamento ou da parte da herança transmissível por sucessão legítima (9 votos contra 6) ⁽¹⁵⁾;
- Ter havido violação dos artigos 1.º do Protocolo e 14.º da Convenção resultante da limitação do direito de dispor de bens por testamento ou de fazer outras liberalidades da mãe solteira para o filho, face ao tratamento legal da situação quanto à mãe de filho do matrimónio (10 votos contra 5) ⁽¹⁶⁾;

⁽¹⁰⁾ Dos Juizes O'Donoghue, Vilhjalmsson e Fitzmaurice.

⁽¹¹⁾ Dos Juizes Vilhjalmsson e Fitzmaurice.

⁽¹²⁾ Vilhjalmsson e Fitzmaurice.

⁽¹³⁾ Dos Juizes Vilhjalmsson e Fitzmaurice.

⁽¹⁴⁾ Dos Juizes Balladore Pallieri, Zekia, Pedersen, Ganshof Van der Meersch e Pinheiro Farinha.

⁽¹⁵⁾ Dos Juizes Balladore Pallieri, Zekia, Pedersen, Ganshof Van Der Meersch, Pinheiro Farinha e Garcia de Enterría.

⁽¹⁶⁾ Dos Juizes O'Donoghue, Fitzmaurice, Bindschedler, Matscher e Pinheiro Farinha.

- Não envolve violação do art.º 3.º da Convenção a discriminação legal da situação de filhos nascidos no matrimónio e fora do matrimónio (unanimidade);
- Não viola o art.º 12.º da Convenção a situação dos filhos de mãe solteira face aos filhos do matrimónio, pois não atinge o direito de a mulher casar ou não casar (unanimidade);
- As decisões tomadas, declarando ter sido violada a Convenção, constituem por si só satisfação bastante e equitativa para as requerentes (9 votos contra 6) (17).

Parecer da Comissão:

A Comissão entendera:

Por 10 votos contra 4 que a “situação” descrita integrava violação do art.º 8.º da Convenção de que era vítima o filho natural, quer quanto ao princípio do reconhecimento e respectivo processo, quer quanto aos efeitos do mesmo; Por 12 votos e duas abstenções que a legislação belga, tal como vinha sendo aplicada, violava os artigos 8.º e 14.º da Convenção aplicados conjuntamente; por 9 votos contra 6 que a lei belga, tal como vinha sendo aplicada, violava o art.º 14.º da Convenção referido ao artigo 1.º do 1.º Protocolo Adicional em relação à mãe, mas não à filha nascida fora do matrimónio; que o art.º 12.º da Convenção não tinha aplicação no caso.

(17) Dos Juízes Ballardore Pallieri, Pedersen, Ganshof Van Der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Farinha e Garcia de Enterría.

CASO AIREY CONTRA A IRLANDA (18)

- I. As decisões da Comissão Europeia dos Direitos do Homem que admitem a queixa são insusceptíveis de recurso para o Tribunal; pode, porém, o Tribunal, ao apreciar o caso, ocupar-se dos factos em ordem a verificar se as condições necessárias ao conhecimento do “fundo” se mostram preenchidas.
- II. Deve o Tribunal ocupar-se de saber se foram esgotados os recursos internos, se tal questão houver sido levantada perante a Comissão.
- III. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem destina-se à protecção de direitos concretos e efectivos, que não de direitos meramente teóricos ou ilusórios.
- IV. O § 1.º do art.º 6.º da Convenção, garantindo aos litigantes um direito efectivo de acesso aos tribunais para decisão das suas questões sobre direitos e obrigações de carácter civil, deixa ao Estado a escolha dos meios para tal necessários.
- V. Não se compadece com a Convenção a impossibilidade para o requerente de encontrar um profissional do foro que tome conta da sua causa, por não lhe ser possível suportar os custos da demanda.
- VI. O art.º 14.º da Convenção não tem natureza autónoma e independente, representando um elemento particular (não discriminação) de cada um dos direitos que a Convenção protege.

(18) In *Annuaire*, XXII, 420.

VII. Consagrando a lei interna o direito à “separação judicial de pessoas e bens”, impõe-se que o Estado permita a sua efectivação a todos os que estejam nas condições previstas na lei, representando a impossibilidade efectiva do seu exercício uma ingerência na vida privada ou familiar.

Data de decisão: 9 de Outubro de 1979.

Juízes intervinientes:

G. Wiarda, holandês (presidente), P. O'Donoghue, irlandês, Thor Vilhjalmsson, islandês, W. Ganshof Van Der Meersch, belga, D. Evrigenis, grego, L. Liesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluiu:

- Não se verificar a excepção do não esgotamento dos recursos internos (6 votos contra 1);
- Ter havido violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção (5 votos contra 2) ⁽¹⁹⁾;
- Ter havido violação do art.º 8.º da Convenção (4 votos contra 3) ⁽²⁰⁾.

Parecer da Comissão:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem havia-se pronunciado pela violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção (unanimidade) e que, verificada tal violação, se não tornava necessário averiguar se o artigo 8.º tinha ou não sido violado (12 votos contra 1 e uma abstenção).

⁽¹⁹⁾ Dos Juízes O'Donoghue e Vilhjalmsson.

⁽²⁰⁾ Dos Juízes O'Donoghue, Vilhjalmsson e Evrigenis.

CASO WINTERWERP CONTRA A HOLANDA (21)

- I. A alínea e) do § 1.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não consente a detenção de um indivíduo apenas porque as suas idéias ou conduta se afastam das regras de convivência social dominantes.
- II. É da esfera de competência da legislação nacional determinar e estabelecer as vias legais para o internamento de alienados, sem prejuízo de se dever conformar com os princípios expressamente afirmados ou implícitos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- III. Sempre que a Convenção reenvie para a lei do Estado, pode o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem controlar a aplicação pelas autoridades nacionais da lei interna.
- IV. As instâncias judiciais a que se refere o § 4.º do art.º 5.º da Convenção não têm de revestir todas as garantias previstas no § 1.º do art.º 6.º para o julgamento de litígios penais e civis.
- V. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode ocupar-se de quaisquer questões com estreita ligação às que integraram a decisão de admissibilidade da Comissão.
- VI. Para decretar a incapacidade de alguém administrar os seus bens importa que se respeitem as garantias previstas no § 1.º do art.º 6.º da Convenção.

(21) In *Annuaire*, XXII, 427.

Data da decisão: 24 de Outubro de 1979.

Juízes intervenientes:

H. Pedersen, dinamarquês (presidente), G. Wiarda, holandês, D. Evrigenis, grego, P.H. Teitgen, francês, G. Lagergren, sueco, L. Lesch, luxemburguês, F. Golcuklu, turco.

Conclusões:

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluiu:

- Não ter havido violação do § 1.º do art.º 5.º da Convenção;
- Ter sido violado o § 4.º do art.º 5.º da Convenção;
- Ter havido violação do § 1.º do art.º 6.º da Convenção.

Todas as decisões contidas nas conclusões foram votadas por unanimidade.

Parecer da Comissão:

A Comissão emitira, também por unanimidade, parecer no sentido de não violação do § 1.º do art.º 5.º da Convenção, mas pela violação do § 4.º desse artigo. Quanto à alegada violação do § 1.º do art.º 6.º entendeu não se dever pronunciar por não ter sido objecto de argumentação desenvolvida e respeitar a factos diferentes dos que inicialmente lhe haviam sido apresentados.

CASO SCHIESSER CONTRA A SUIÇA ⁽²²⁾

- I. O § 3.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ao impôr a apresentação do detido a um Juíz ou a outro Magistrado habilitado por lei para exercer funções judiciais, permite aos Estados a escolha entre as duas categorias de autoridade.
- II. O Magistrado a quem o detido deve ser apresentado, podendo não ser Juíz, deve ser independente do executivo e das partes. A independência não exclue a subordinação a outros juízes ou magistrados que sejam também independentes.
- III. O § 3.º do art.º 5.º exige que o Magistrado a quem o detido é apresentado o ouça pessoalmente e examine as circunstâncias que levem, dentro de um critério jurídico, a manter ou não prisão, ordenando a soltura quando se não justifique a prisão.
- IV. O Procurador de distrito suízo, agindo no caso concreto como órgão de instrução, embora tenha também competência para exercer a ação penal e formular acusação, sendo independente para decidir da soltura ou prisão sem receber instruções ou orientações na matéria, é Magistrado a quem a lei confere o exercício de funções judiciais para os efeitos do § 3.º do art.º 5.º da Convenção.
- V. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não pode ocupar-se de queixa não submetida antes à Comissão, mas deve ter em consideração quaisquer argumentos novos apresentados pelo requerente.

Data da decisão: 4 de Dezembro de 1979.

⁽²²⁾ In *Annuaire*, XXII, 433.

Juízes intervenientes:

G. Balladore Pallieri, italiano, (presidente), M. Zekia, cipriota, Ryssdal, norueguês, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, P. H. Teitgen, francês, F. Matscher, austríaco.

Conclusões: O Tribunal decidiu:

- Não ter havido violação do § 3.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (5 votos ⁽²³⁾ contra 2) ⁽²⁴⁾;
- Não ter competência para se ocupar da queixa sobre a violação do § 4.º do art.º 5.º (unanimidade).

Parecer da Comissão:

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido da não violação do § 3.º do art.º 5.º (9 votos contra 5) e de não ser chamada a ocupar-se da violação do § 4.º do art.º 5.º já que o requerente não esgotara os recursos internos (11 votos contra 1 e duas abstenções).

PINHEIRO FARINHA

⁽²³⁾ Dos Juízes Balladore Pallieri, Zekia, Bindschedler, Teitgen e Matscher.

⁽²⁴⁾ Dos Juízes Ryssdal e Evrigenis.

**COMISSÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM**

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

ANDREAS BAADER, HOLGER MEINS, ULRIKE MARIE MEINHOF E WOLFGANG GRUNDMANN CONTRA A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

Decisão de 30 de Maio de 1975

I. A morte do requerente não põe automaticamente termo à instância perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

II. Não se consideram presos políticos os acusados de homicídio, roubo qualificado e associação de malfeitores.

P. F.

DECISÃO:

RESUME DES FAITS

Lors de l'introduction de sa requête, M. Baader était détenu en exécution d'une condamnation antérieure. Les autres requérants se trouvaient en détention préventive. Ils sont tous soupçonnés d'appartenir à une organisation criminelle connue sous le nom de "Fraction de l'Armée Rouge" ou de "Bande Baader-Meinhof".

Le 12 juin 1972, le juge d'instruction (*Ermittlungsrichter*) près la Cour Fédérale a pris la décision suivante relativement à MM. Baader et Meins:

1. Les inculpés seront uniquement autorisés à recevoir la visite de leurs parents.

2. La correspondance des inculpés sera réduite à un échange de courrier avec leurs parents et les autorités.
3. Les inculpés ne pourront commander des journaux et revues que par l'intermédiaire de l'administration pénitentiaire.

Cette décision a depuis lors été modifiée en ce sens que les inculpés peuvent également se procurer des livres par l'intermédiaire de leurs avocats.

Le 20 juin 1972, le juge d'instruction a pris des dispositions restrictives identiques à l'égard d'Ulrike Meinhof.

Le 20 octobre 1972, le tribunal cantonal compétent a lui aussi pris des décisions identiques à l'égard de Grundmann.

Les recours formés contre ces décisions ont tous été rejetés (U. Meinhof avait exclusivement contesté les restrictions de correspondance). Dans les décisions rendues sur ces recours, la Cour Fédérale a relevé que Baader avait été libéré le 14 mai 1970 par la force des armes et que des plans de libération d'autres membres du groupe étaient connus.

Pour ces motifs, les restrictions mises en cause étaient nécessaires. Il n'était pas possible, en effet, d'empêcher autrement les abus de visites, d'utilisation du courrier ou d'échange de documents de toutes sortes qui pourraient être commis dans le cadre de la préparation d'évasions.

Le 14 mars 1973, la Cour Constitutionnelle Fédérale a rejeté, après les avoirs joints, les recours constitutionnels formés par tous les requérants.

La Cour a estimé que les mesures incriminées n'étaient pas contraires à la Constitution. Elle a toutefois souligné que les décisions générales mises en cause n'avaient pas définitivement acquis force de droit (*weder formelle noch materielle Rechtskraft*).

Le juge d'instruction près la Cour Fédérale (ou le tribunal cantonal dans le cas de Grundmann) était dès lors tenu d'accorder des dérogations à ces mesures, chaque fois que de telles dérogations paraissaient justifiées par les circonstances de fait. Le juge d'instruction était par ailleurs également obligé d'examiner à intervalles réguliers si les circonstances rendant nécessaires les mesures générales de restriction se trouvaient toujours réunies ou si, au contraire, la situation s'était modifiée en sorte que de telles mesures ne se trouvaient plus justifiées.

En ce qui concerne enfin le grief de Grundmann relatif à son isolement, la Cour Constitutionnelle a déclaré que le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours préalables sur ce point.

Résumé des griefs des requérants

Les requérants prétendent que les mesures en question sont inconciliables avec l'objet et la fonction de la détention préventive. Elles visent, selon eux, à isoler de façon permanente les prisonniers politiques des autres détenus et des autres personnes en général. Les autorités créent ainsi un statut du prisonnier politique dont les droits se trouvent réduits par rapport aux autres détenus.

Ils soulignent que cet isolement du monde extérieur se double d'un isolement à l'intérieur même de la prison puisqu'ils sont disent-ils, exclus de la vie sociale de cette prison. Certains prisonniers politiques seraient même soumis à un véritable isolement acoustique de toute activité humaine dans les locaux spéciaux.

Les requérants font valoir par ailleurs que leurs avocats se trouvent dans une situation difficile suite aux déclarations de l'Avocat Général (*Generalbundesanwalt*) qui aurait traité ceux-ci de complices d'une organisation criminelle. Les avocats qui ont dénoncé publiquement la torture morale constituée par l'isolement se trouvent au reste eux-mêmes soumis à des poursuites judiciaires.

Les requérants estiment que les décisions déjà citées prises à leur encontre par les tribunaux allemands violent les articles 3, 6, 8 et 10 de la Convention.

Procédure devant la Commission

La Commission a décidé le 17 juillet 1974 de porter la présente requête à la connaissance du Gouvernement Fédéral afin de lui permettre de présenter des observations sur la recevabilité.

Le Gouvernement a ainsi été invité à présenter par écrit avant le 20 septembre 1974 ses observations sur la recevabilité de la requête. Cette échéance a été repoussée au 25 octobre 1974 et le mémoire du Gouvernement est parvenu à la fin du mois d'octobre.

Par lettre du 7 novembre 1974, les requérants ont alors été invités à soumettre leurs observations en réponse avant le 10 décembre 1974. Dans une lettre du 9 octobre, leurs avocats avaient déjà indiqué leur intention de produire des renseignements complémentaires. Ils informaient égale-

ment la Commission d'une grève de la faim entamée par les requérants. Le 18 décembre 1974, ces mêmes avocats ont demandé une prorogation de délai en faisant valoir que la grève de la faim de leurs clients rendait impossible la préparation des observations en réponse. L'échéance a été reportée au 20 janvier 1975. Le 23 janvier 1975, les avocats ont sollicité un nouveau report d'échéance. Signalant que l'Avocat Général envisageait une modification des conditions de détention des requérants, ils indiquaient que de telles modifications pourraient motiver un retrait de la requête. Ils ajoutaient que Meins était décédé le 9 novembre 1974 et que sa requête se trouvait ainsi éteinte. Une prorogation de délai au 28 février 1975, fut accordée. A l'échéance de ce délai, aucune communication n'était cependant parvenue. Par lettre du 16 avril 1975, le Secrétaire a alors informé les avocats des requérants que l'affaire serait soumise à la Commission sur base du dossier constitué par les parties à cette date.

Résumé des observations du Gouvernement Fédéral sur la recevabilité de la requête

Dans un exposé des faits, le Gouvernement fait tout d'abord un relevé des crimes imputables aux requérants et, d'une façon générale, à la Bande Baader-Meinhof. Ce relevé doit mettre en lumière le caractère extrêmement dangereux des requérants. Les éléments suivants doivent en être soulignés.

Le 31 octobre 1968, Baader a été reconnu coupable du crime d'incendie volontaire et condamné à 3 ans de maison de réclusion. Le 14 mai 1970, il a été libéré par une intervention armée d'U. Meinhof assistée de 3 complices.

Par la suite, les requérants ont procédé à divers hold-ups, attaques de banques et autres crimes, avec l'aide d'autres membres de la bande. Lors de l'arrestation de Grundmann, un policier a été mortellement blessé par un coup de feu tiré par un membre du groupe.

De nombreuses personnes ont été tuées ou sérieusement blessées lors d'attentats à l'aide d'explosifs, toujours revendiqués auprès de la presse par la fonction de l'armée rouge.

Baader et Meins ont été arrêté après un échange de coups de feu avec la police. Lors de l'arrestation de U. Meinhof on a trouvé dans ses bagages personnels une bombe artisanale et deux autres charges explosives.

A cette époque un acte d'accusation avait été établi contre les requérants, à charge desquels étaient notamment retenus les chefs d'inculpation suivants: homicide volontaire, vol qualifié avec violences, association de malfaiteurs. Le Gouvernement conclut que cet exposé de faits établit à suffisance le danger représenté par les requérants, accusés des crimes les plus graves. Ce danger est d'autant plus important que, en dépit de leur détention, il s'efforcent encore en permanence de réaliser leurs objectifs à l'aide de membres de la bande ou de sympathisants.

La libération des membres du groupe emprisonnés constitue au surplus un des objectifs déclarés de la fonction de l'armée rouge. Outre les conclusions de différents tribunaux, les autorités disposent ainsi d'un volume considérable de preuves relatives à des préparatifs de libération.

Le Gouvernement Fédéral soutient dès lors que le caractère dangereux des requérants et la poursuite de leurs activités durant leur détention justifient les restrictions qui leur ont été imposées. Il fait observer en outre que ces mesures ne sont plus en vigueur dans leur forme originale. En effet, il a été progressivement possible de réduire voire de supprimer partiellement les restrictions imposées aux requérants en particulier à raison du fait que, avec les progrès de l'instruction, les dangers de voir dissimuler ou détruire des éléments de preuve devenaient plus limités.

Il convient de remarquer cependant que les requérants n'ont pas usé de tous les assouplissements aux conditions de détention qui leur ont été accordés. Ainsi, bien que à partir de mars 1973, ils aient eu la possibilité de passer une heure par jour, avec un autre détenu, à l'exception de leurs co-accusés, aucun des requérants n'a fait usage de cette faculté. Ils ont fait valoir à cet égard le risque d'être espionné. Pareillement aucune demande d'autorisation exceptionnelle n'a jamais été faite pour obtenir la visite ou l'échange de correspondance avec les personnes non suspectes de soutien à la faction de l'armée rouge.

Les premières décisions du juge d'instruction ont été modifiées par décision judiciaire du 6 mai 1974, en faveur des requérants Baader, Meinhof et Meins. Les visites et la correspondance sont désormais autorisés dans une large mesure. Visites et correspondance sont au contraire encore

limitées en principe aux proches parents et aux autorités en ce qui concerne Grundmann. Ceci n'exclut toutefois pas l'octroi de certaines autorisation de rencontrer d'autres personnes. Grundmann bénéficie d'ailleurs d'autres allègements des conditions de détention, notamment pour la commande de quotidiens, de périodiques et de livres. Il n'a pas, à ce jour usé de la faculté qui lui est offerte d'entrer en contact avec le personnel pénitentiaire et notamment les assistants sociaux, les aumôniers et le psychologue de la prison.

Le Gouvernement souligne à ce sujet que les conditions de détention ne sont pas identiques pour tous les requérants. Ainsi la requérante Meinhof est-elle autorisée à passer quotidiennement quatre heures avec une de ses co-accusés, Mlle Ensslin. Le requérant Meins peut pratiquement passer son heure d'exercices extérieurs quotidiens en compagnie d'autres personnes détenues à titre préventif. Il n'a semble-t-il, jamais fait usage de cette possibilité. Baader et Grundmann, au contraire, doivent passer seuls leur temps d'exercice au grand air. Baader peut toutefois suivre les programmes télévisés durant deux heures tous les matins en présence d'un membre du personnel.

Le Gouvernement soutient en outre que les requérants ont suffisamment de contact avec le monde extérieur. Il cite le cas de Baader à titre d'exemple. Outre les visites bi-mensuelles de sa mère, ce requérant reçoit au minimum 2 fois par semaine ses avocats avec lesquels il confère durant plusieurs heures. La situation des autres requérants n'est pas très différente.

Il est par ailleurs erroné, selon le Gouvernement, que les requérants soient isolés acoustiquement de toute activité humaine. Sans doute ne peuvent-ils participer aux activités de groupe des détenus, pour des raisons de contrôle. Mais ils peuvent disposer d'une assistance religieuse et médicale et sont au courant des événements du monde extérieur par l'intermédiaire des visites, des émissions de radio et de la presse. D'une façon générale, les requérants ne seraient donc pas traités plus durement que tout autre prisonnier dangereux soupçonné d'avoir commis des crimes aussi graves.

Le Gouvernement réfute également l'assertion selon laquelle les avocats des requérants seraient poursuivis pour atteinte au crédit de l'Etat (...). (*Staatsverleumdung*). La vérité est que plusieurs de ces avocats de la fraction de l'armée rouge sont devenus suspects de complicité criminelle ou d'autres délits.

En conclusion, la requête devrait être déclarée manifestement mal fondée dans la mesure où elle ne serait pas déjà irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes.

EN DROIT

1. Le requérant Holger Meins est décédé au cours de l'instance devant la Commission. Sa requête ne se trouvait pas automatiquement éteinte de ce fait. Il appartenait au contraire à son ou ses ayants-droits de décider de maintenir la requête ou d'en autoriser la radiation du rôle. Aucune communication n'a toutefois été reçue des ayants-droits et la Commission n'a pas cherché à clarifier la situation à cet égard.

En fait, la Commission a estimé qu'aucune décision distincte n'était nécessaire, puisque les griefs d'Holger Meins sont identiques à ceux des autres requérants. Elle a examiné sa requête comme si elle avait été maintenue par les ayants-droits. Dans le raisonnement ci-après, aucune distinction n'a dès lors été faite entre la requête présentée par Holger Meins et celles des autres requérants.

2. En vertu de l'article 26 de la Convention, la Commission ne peut être saisie d'une requête individuelle qu'après l'épuisement des voies de recours internes. Le Gouvernement défendeur a fait valoir que, pour certains griefs, les requérants n'avaient pas épuisé les voies de recours disponibles en droit allemand.

Chacun des requérants s'est toutefois pourvu devant la Cour Constitutionnelle Fédérale à propos de divers aspects de ses griefs. On peut dès lors avoir de sérieux doutes quant à l'efficacité de tout nouveau recours présenté par un requérant sur d'autres aspects de ses griefs, déjà rejetés dans des cas similaires.

La Commission estime par ailleurs superflu d'approfondir cette question, la requête devant en toute hypothèse être rejetée pour défaut manifeste de fondement, conformément aux raisons exposées ci-après.

3. Les requérants exposent que, en tant que prisonniers politiques, ils ont été soumis à la torture de l'isolement et privés de tout contact tant à l'intérieur de la prison qu'avec le monde extérieur. Il aurait en outre été pratiquement impossible à leurs avocats d'assurer la défense des droits qui leur sont reconnus par la Constitution allemande ou garantis par la Convention.

Sur ce dernier point, la Commission constate que les défenseurs des requérants n'ont nullement été empêchés de présenter une requête détaillée. Par contre, ils n'ont produit aucune réponse aux observations très fouillées du Gouvernement sur la recevabilité de la requête, bien qu'ils en aient eu amplement l'occasion puisque l'échéance pour la production d'une telle réponse a été reportée à diverses reprises. Au reste, en demandant des reports de l'échéance, les défenseurs n'ont jamais prétendu être dans l'impossibilité de soumettre des observations en réponse. Il faut en conclure que les faits, tels qu'ils ont été exposés par le Gouvernement, ne font l'objet d'aucune contestation substantielle de la part des requérants.

En ce qui concerne le grief des requérants selon lequel ils auraient été soumis, en tant que prisonniers politiques, à la torture par isolement, la Commission relève en premier lieu que tous les requérants sont inculpés de crimes particulièrement graves et notamment de meurtre, tentative de meurtre, vol qualifié et association de malfaiteurs. Ceci résulte des observations non contestées du Gouvernement. Les requérants ne sont donc pas détenus en raison de leurs opinions politiques, mais parce qu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des infractions représentant un danger social. A ce titre, ils ne peuvent être considérés comme des "prisonniers politiques".

Selon le Gouvernement défendeur, les mesures attaquées dans cette affaire ont été mises en oeuvre afin de rendre la détention des requérants parfaitement sûre. Le Gouvernement fait valoir, à ce sujet, que Andreas Baader a été antérieurement libéré par la force des armes, que Holger Meins, s'est opposé à son arrestation en utilisant une arme à feu, qu'un

policiers a été mortellement blessé au cours de l'arrestation de Grundmann, que Meinhof, enfin, transportait une bombe artisanale et deux charges explosives lorsqu'elle a été arrêtée. Il ressort également des observations du Gouvernement qu'Ulrike Meinhof possédait lors de son arrestation un document rédigé par Gudrun Ensslin, détenue auparavant, et traitant d'une prise d'otages en vue de la libération de divers membres de la Bande Baader-Meinhof ou "Groupe de l'Armée Rouge".

La libération armée d'Andreas Baader n'est pas contestée dans la requête. Les autres faits mentionnés au paragraphe précédent ne le sont pas davantage. Ces faits peuvent donc être considérés comme établis. Ces différents éléments prouvent que les requérants sont dangereux. Si on les rapproche des propositions et tentatives de libération des prisonniers mentionnées par le Gouvernement et non contestées, ils permettent de constater la nécessité de mesures de garde destinées à prévenir des tentatives d'évasion.

Ainsi qu'il ressort des explications non contredites du Gouvernement, les mesures de sécurité mises en cause ont été progressivement assouplies. Depuis le mois de mars 1973, les requérants sont individuellement autorisés à passer une heure par jour avec un autre détenu. Ils peuvent avoir les contacts avec des médecins et des conseillers spirituels. Ils ne sont pas soumis à un isolement sensoriel dans des cellules insonorisées. Les journaux et la radio leur permettent de connaître les événements extérieurs. Baader et Meinhof sont même autorisés à regarder la télévision.

Outre les visites des parents, leurs contacts avec le monde extérieur comprennent de multiples visites d'un grand nombre d'avocats. Sauf dans le cas de Grundmann, les restrictions de correspondance ont été largement supprimées. Même si l'on admet que leur courrier est limité en principe aux communications avec les parents et les autorités, il convient de ne pas oublier que depuis la décision du 14 mars 1973 de la Cour Constitutionnelle Fédérale, les requérants ont la possibilité de demander des dérogations au système des restrictions générales de correspondance. Les requérants n'ont pas prétendu avoir formulé de telles demandes de dérogations qui auraient été arbitrairement rejetées.

La Commission estime dès lors que les restrictions imposées en l'espèce aux droits garantis par les articles 8 § I et 10 § I de la Convention constituent des mesures autorisées, nécessaires à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales au sens des paragraphes 2 des articles 8 et 10.

Un examen des griefs tels qu'ils ont été présentés ne permet donc pas à la Commission de déceler une apparence de violation des articles 3, 6 § 1, 8 § I ou 10 § I de la Convention.

Il s'ensuit que la requête est manifestement mal fondée au sens de l'article 27 § 2 de la Convention.

Par ces motifs, la Commission

DECLARE LA REQUÊTE IRRECEVABLE.

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

MANUEL GUINCHO CONTRA PORTUGAL

Decisão de 6 de Julho de 1982

I. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem não tem competência para conceder a reparação equitativa a um requerente que se diz vítima de violação da Convenção.

II. Não são recursos a tentar, antes da introdução da queixa na Comissão, requerimento ao Juiz da causa ou ao Conselho Superior da Magistratura em ordem a acelerar a marcha do processo.

III. O carácter razoável da duração de um processo há-de ser determinado tendo em conta as circunstâncias, nomeadamente a complexidade, comportamento do requerente e das autoridades.

P. F.

DECISÃO:

La Commission européenne des Droits de l'Homme, siégeant en chambre du conseil le 6 juillet 1982 en présence de

MM. C. A. NORGAARD, Président

J. E. S. FAWCETT

L. KELLBERG

G. TENEKIDES

S. TRECHSEL

B. KIERNAN

M. MELCHIOR

J. SAMPAIO

J. A. CARRILLO

A. WEITZEL

J. C. SOYER

H. G. SCHERMERS

M. K. ROGGE. Chef de Division, remplaçant le Secrétaire de la Commission.

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

Vu la requête introduite le 20 mai 1980 par Manuel GUINCHO contre le Portugal et enregistrée le 27 mai 1980 sous le N.º de dossier 8990/80;

Vu le rapport prévu à l'article 40 du règlement intérieur de la Commission;

Vu la décision de la Commission, en date du 9 décembre 1980 de porter la requête à la connaissance du Gouvernement défendeur et d'inviter ce dernier à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête;

Vu les observations présentées par le Gouvernement défendeur le 18 mars 1981 et les observations en réponse présentées par le requérant le 30 avril 1981;

Vu l'audience tenue le 16 décembre 1981 sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête, à la suite de laquelle la Commission décida d'inviter les parties à se prononcer par écrit sur un certain nombre de questions;

Vu les observations écrites complémentaires du Gouvernement présentées le 26 janvier 1982 et les observations en réponse présentées par le requérant le 1^{er} mars 1982;

Après avoir délibéré,

Rend la décision suivante:

EN FAIT

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été présentés par les parties peuvent se résumer comme suit:

Le requérant, Manuel Guincho, est un ressortissant portugais né en 1949, électricien et domicilié à Lisbonne. Il est représenté devant la Commission par Maître Pires de Lima, avocat au barreau de Cascais.

Le 18 août 1976, le véhicule à moteur dans lequel se trouvait le requérant avec Domingos Lopes (conducteur) et José Neves Lopes (également passager) fut heurté par un autre véhicule, propriété de la

Société Canalux, et conduit par António Dinis. L'accident eut lieu à Alverca, à quelques kilomètres de Lisbonne. Le requérant, blessé, fut hospitalisé.

La police locale informa de l'accident le parquet près le tribunal de Vila Franca de Xira. Par la suite, le parquet engagea une procédure criminelle contre les conducteurs des deux véhicules, pour dommages corporels involontaires. Dans cette procédure pénale le requérant ne se constitua pas partie civile.

En octobre 1976, le Décret-Loi N.º 758/76 (art. 2-b) entra en vigueur, prévoyant l'amnistie des infractions qui faisaient l'objet de l'action pénale. Le 20 janvier 1977 le requérant fut informé que son affaire avait été classée.

Le 7 décembre 1978 le requérant et le conducteur du véhicule dont il était passager, Domingos Lopes, introduisirent une action civile devant le tribunal de Vila Franca de Xira contre le conducteur et le propriétaire du véhicule qui selon eux avait causé l'accident, ainsi que contre la compagnie d'assurances "Tranquilidade". Le requérant demanda une indemnité de 350.000 escudos. En outre, il demanda à bénéficier de l'assistance judiciaire.

Le 9 décembre 1978 le juge de la deuxième chambre du tribunal de Vila Franca de Xira accorda l'assistance judiciaire au requérant et ordonna la citation des parties défenderesses. Celles-ci étant domiciliées à Lisbonne, une commission rogatoire ("carta precatória") fut adressée à cet effet.

Les 30 janvier, 28 février, 2 avril, 4 mai et 11 juin 1979, le juge du tribunal de Vila Franca de Xira insista pour que la commission rogatoire soit exécutée par la juridiction commise.

Le 18 juin 1979 les parties défenderesses, Antonio Dinis, la Société Canalux et la compagnie d'assurances "Tranquilidade" reçurent notification de la citation. Un délai de 10 jours leur fut fixé pour contester la demande introductive d'instance.

Par des conclusions ("contestação") datées du 27 juin 1979, la partie défenderesse, la compagnie d'assurances "Tranquilidade", contesta les moyens présentés par le requérant et forma une demande incidente d'intervention ("intervenção principal") d'une tierce personne, José Neves Lopes, qui se trouvait également dans la voiture avec le requérant au moment de l'accident.

Le 2 juillet 1979 les défendeurs António Dinis et la Société Canalux envoyèrent également leurs conclusions.

Le 28 janvier 1981 le juge du tribunal de Vila Franca de Xira ordonna la transmission des conclusions des parties défenderesses au requérant et invita ce dernier à se prononcer, dans un délai de 5 jours, sur la demande incidente susmentionnée.

Le 9 février 1981 le requérant contesta à son tour les conclusions des parties défenderesses et fit valoir que la demande incidente d'intervention principale constituait une manoeuvre dilatoire, étant donné que la tierce personne en question, José Neves Lopes, était le frère de la partie demanderesse Domingos Lopes, qu'il n'avait subi aucun dommage et renonçait expressément à toute indemnité.

Le 10 février 1981 le juge du tribunal de Vila Franca de Xira déclara recevable la demande incidente et ordonna la citation de José Neves Lopes. Celui-ci habitant à Loures, une commission rogatoire fut envoyée à cet effet le même jour au ressort de Loures et exécutée le 26 février 1981.

Le 27 mars 1981 le magistrat précité, informé tardivement de l'opposition du requérant à la demande incidente, décida de la maintenir.

Il rendit, en outre, une décision préparatoire ("despacho saneador") dans laquelle il dressa une liste des faits prouvés dans les conclusions des parties ("especificação") et une liste des faits à éclaircir à l'audience ("questionário").

Cette décision fut notifiée aux parties qui n'ont formé aucun recours.

Le 29 avril 1981, la partie défenderesse, la compagnie d'assurances "Tranquilidade" déposa au greffe du tribunal la liste des témoins qu'elle désirait faire entendre.

Le 30 avril 1981, le requérant fit de même. Vu que l'un de ses témoins, Maria Silva, habitait une ville du ressort d'une autre juridiction (Almada), il demanda qu'une commission rogatoire fût envoyée. Le 5 mai 1981 les parties défenderesses Antonio Dinis et la Société Canalux déposèrent leur liste de témoins.

Le 18 mai 1981 une commission rogatoire fut envoyée au tribunal de Almada afin qu'il y soit procédé à l'audition du témoin Maria Silva, nommé par le requérant.

Le 8 juin 1981 le juge du tribunal de Almada fixa au 9 juillet 1981 la date de l'audition du témoin. Le 17 juin 1981, il envoya toutefois au tribunal de Seixal une commission rogatoire pour l'audition de ce témoin,

considérant que c'était cette juridiction qui était compétente. Le 26 juin 1981 le juge de cette juridiction fixa l'audition au 12 octobre. Le 9 octobre 1981 l'avocat de la partie défenderesse, la compagnie d'assurances "Tranquilidade", envoya un télégramme faisant savoir qu'il ne pouvait pas être présent à l'audience, pour motif de maladie.

Le 12 octobre 1981, le témoin ne comparut pas.

Le même jour, le juge du tribunal de Seixal condamna le témoin à une amende et fixa son audition au 17 novembre 1981.

Le 17 novembre 1981, par un autre télégramme, le même avocat informa le juge qu'il ne pouvait pas comparaître. Le même jour, le juge du tribunal de Seixal ajourna l'audition au 10 février 1982.

Le tribunal de Vila Franca de Xira n'a pas encore rendu son jugement dans la cause du requérant.

GRIEFS

Le requérant se plaint que l'action civile qu'il a introduite le 7 décembre 1978 soit toujours pendante devant le tribunal de Vila Franca de Xira. Il fait valoir que pendant un certain laps de temps cette juridiction ne disposait pas de magistrat en fonction et considère que le Gouvernement portugais est le seul responsable du retard subi par la procédure. Il allègue à cet égard la violation de l'article 6, § 1, de la Convention. Il demande de ce fait que le Gouvernement portugais soit condamné à lui payer une indemnité.

Procédure devant la commission

La Commission a décidé le 9 décembre 1980 de porter la présente requête à la connaissance du Gouvernement du Portugal et d'inviter ce

dernier, en application de l'article 42, § 2 (b) de son Règlement intérieur à présenter par écrit ses observations sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête avant le 19 mars 1981. Le Gouvernement fut invité, en particulier, à répondre aux questions suivantes:

1. Est-il exact que le tribunal de Vila Franca de Xira n'a pas actuellement de juge en fonction? Dans l'affirmative, existe-t-il, en droit portugais, un moyen de remédier à cette situation?

2. Le requérant n'avait-il pas la possibilité de demander au greffe du tribunal ou à son président la fixation de l'affaire? Sinon, quels recours avait-il à sa disposition pour se plaindre de la durée de la procédure?

3. Est-il possible, en droit portugais, que, pour les affaires civiles qui connaissent des retards excessifs, le président du tribunal ou le greffier les fixent d'office?

4. Enfin, un justiciable peut-il demander une réparation a posteriori pour les dommages subis en raison de la durée d'une procédure? Si oui, une telle possibilité est-elle pertinente sous l'angle de l'article 26 de la Convention?

Les observations du Gouvernement datées du 12 mars 1981 ont été reçues le 18 mars 1981. Celles du requérant ont été reçues le 30 avril 1981.

Le 16 juillet 1981 la Commission a décidé d'entendre les parties lors d'une audience contradictoire sur la recevabilité et le bien-fondé de la requête (article 45, § 3, du Règlement intérieur de la Commission).

Cette audience s'est tenue le 16 décembre 1981. Les parties étaient représentées comme suit:

Pour le Gouvernement

MM. José Narciso da CUNHA RODRIGUES, Agent du Gouvernement.

Octávio DIAS GARCIA, Juge à la Cour supérieure de Justice et Vice-Président adjoint du Conseil suprême de la Magistrature, en qualité de conseil;

António da COSTA LOBO, Représentant Permanent du Portugal auprès du Conseil de l'Europe, en qualité de conseil;

João da ROCHA PÁRIS, Représentant Permanent Adjoint;
Luisa Bastos de ALMEIDA, du Ministère des Affaires Étrangères.

Pour le requérant

Maître J. A. PIRES DE LIMA, avocat au barreau de Cascais.

A la suite de l'audience, la Commission décida, avant de se prononcer sur la recevabilité de la requête, d'inviter les parties à répondre par écrit aux questions suivantes:

1. Le requérant peut-il introduire une action devant un tribunal portugais en se plaignant que les droits que lui reconnaît l'article 6 de la Convention ont été violés du fait de la durée de la procédure?

2. Dans l'affirmative:

a) Peut-il obtenir un jugement déclaratoire constatant la violation?

b) Peut-il réclamer et obtenir réparation sous forme d'une indemnité?

1) Si aucune faute n'a été commise par un juge ou un fonctionnaire?

2) Si une faute a été commise?

3) Peut-il obtenir réparation du préjudice matériel? Comment celle-ci serait-elle calculée?

4) Peut-il obtenir réparation du préjudice immatériel? Comment celle-ci serait-elle calculée?

c) Peut-il réclamer et obtenir réparation sous quelque autre forme?

d) Dans quelles formes doit-il introduire action?

e) Quelles dispositions de droit portugais doit-il invoquer en introduisant une action?

f) Quel tribunal portugais serait compétent?

Le Gouvernement envoya ses réponses le 26 janvier 1982 et le requérant les commenta le 1^{er} mars 1982.

ARGUMENTATION DES PARTIES

Les arguments présentés par les parties peuvent se résumer comme suit:

A. *Le Gouvernement*

1. **Observations préliminaires**

Le Gouvernement souligne, en premier lieu, que l'établissement de la démocratie en avril 1974 a eu d'importantes répercussions sur le système judiciaire. A l'époque, celui-ci était désuet et en crise: il n'y avait que 336 juges en fonction, soit l'un des coefficients juges/habitants le plus bas d'Europe (3,7 pour 100.000 habitants). Ce coefficient était de 6 pour la France, 8,8 pour l'Italie, 10 pour la Belgique, 16,25 pour l'Autriche et 17,7 pour la République fédérale d'Allemagne.

De 1974 à 1977, les procès pendants devant les tribunaux portugais ont augmenté de plus de 100%.

C'est ainsi que, après la publication de la Constitution en avril 1976, des mesures furent prises tendant à la réorganisation judiciaire du territoire. Les voies d'accès aux tribunaux furent plus largement ouvertes tout en garantissant l'impartialité et l'indépendance de la fonction judiciaire. Les lois organiques du Conseil Supérieur de la Magistrature et du Parquet Général de la République ("Procuradoria-Geral da República"), la loi organique des tribunaux judiciaires, le Statut des magistrats du siège ("Estatuto dos Magistrados Judiciais"), la loi organique du Ministère Public et l'organisation de tutelle des mineurs ("Organização Tutelar de Menores"). Enfin, fut créé le Centre d'Etudes Judiciaires ("Centro de Estudos Judiciários") ayant pour but la formation des magistrats suivant les modèles déjà expérimentés dans d'autres Etats parties au Conseil de l'Europe. Des cours accélérés de formation de magistrats furent organisés.

En six ans, le nombre de juges est passé de 336 à 720 et le nombre des fonctionnaires des tribunaux a augmenté de 70%.

Toutes ces mesures ont été prises à une époque de troubles où la notion même de démocratie était en question. Cette augmentation du

nombre des magistrats s'est faite aussi rapidement que possible, mais sans pour autant porter préjudice à la qualité du recrutement des magistrats.

Au vu de ces mesures, ainsi que d'autres, le Gouvernement conclut à cet égard, que le "système judiciaire deviendra absolument stable en 1982". Il faut noter qu'après le mouvement de magistrats décidé récemment par le Conseil supérieur de la Magistrature, il ne reste dans l'ensemble du pays que seize postes vacants de juges titulaires.

2. Pour ce qui est de l'affaire du requérant

(a) Quant à l'épuisement des voies de recours internes

Le Gouvernement fait une distinction entre la violation alléguée de l'article 6, § 1 de la Convention, relative au retard subi par la procédure et la demande formulée par le requérant à la Commission tendant à obtenir une indemnité en raison dudit retard.

Quant à la durée de la procédure, le Gouvernement admet que le requérant a satisfait à la condition de l'épuisement des voies de recours internes, prévue à l'article 26 de la Convention. Il fait observer toutefois que, dans le cas d'espèce, le requérant avait la possibilité de s'adresser directement au juge chargé de son affaire afin d'exposer son problème, ou encore, et de préférence, de porter plainte devant le Conseil Supérieur de la Magistrature. Ce dernier ayant des fonctions de gestion et de discipline de la magistrature du siège, pouvait, le cas échéant, adopter des mesures administratives ou disciplinaires afin de corriger ce genre de situation. D'ailleurs, l'importance de cette intervention fut démontrée par le fait que ce fut cet organe qui, à la demande du Gouvernement, a normalisé le déroulement de l'affaire du requérant, qui sera jugée dans un bref délai. Bien que l'inertie du requérant à cet égard ne doive pas être prise en considération pour ce qui est de l'article 26 de la Convention, elle doit néanmoins l'être quant aux critères tendant à apprécier la durée de la procédure.

En revanche, quant à la demande d'indemnité pour les retards subis dans le procès, le Gouvernement souligne que le requérant, avant de saisir la Commission, pouvait s'adresser aux tribunaux portugais (v. ce point ci-après).

(b) *Pour ce qui est de la violation alléguée de l'article 6, § 1 de la Convention*

Le Gouvernement remarque en premier lieu qu'il y a en fait deux procédures dans l'affaire du requérant: une procédure pénale qui a été engagée par le parquet le 18 août 1976 et qui s'est terminée le 12 janvier 1977 et une procédure civile introduite par le requérante le 7 décembre 1978 et qui est toujours pendante.

(aa) Quant à la procédure pénale (18 août 1976 — 12 janvier 1977)

Le Gouvernement soutient que la Commission est incompétente *ratione temporis* pour examiner cette procédure car elle est antérieure au 9 novembre 1978, date de la ratification de la Convention par le Portugal et de la déclaration d'acceptation du droit de recours individuel prévu à l'article 25 de la Convention.

(bb) Quant à la procédure civile (introduite le 7 décembre 1978 et toujours pendante)

Afin d'examiner si la durée de la procédure du requérant était ou non raisonnable, le Gouvernement a tenu compte des critères suivis par la Cour européenne des Droits de l'Homme, à savoir la complexité de l'affaire, la manière dont elle a été conduite par les autorités et le comportement du requérant. Enfin, pour la notion même de "délai raisonnable", il a pris en considération les circonstances exceptionnelles d'ordre social et politique dans lesquelles a fonctionné la justice portugaise.

i. Quant à la complexité de l'affaire

Le Gouvernement établit à cet égard une distinction entre la complexité du fond de l'affaire et celle de la procédure. D'un point de vue matériel, il considère que l'affaire ne présente pas de grandes difficultés.

Il s'agit de questions de droit qui sont entrées dans la vie quotidienne des tribunaux. Toutefois, il n'en va pas de même pour ce qui est de la procédure proprement dite. Là, il faut souligner qu'il s'agit d'une procédure groupant plusieurs demandeurs et défendeurs, qui agissent en diverses qualités (conducteur du véhicule, propriétaire et assureur). Cette situation a d'ailleurs causé un incident d'intervention principale. D'autre part, il s'agit de déterminer la gravité des dommages physiques subis à la suite de l'accident, ce qui donne lieu à des expertises médicales parfois délicates et pouvant provoquer des incidents de procédure.

ii. Quant à la manière dont l'affaire a été traitée par les autorités judiciaires

— La situation du tribunal de Vila Franca de Xira

Le Gouvernement fait remarquer en premier lieu que le tribunal de Vila Franca de Xira a été un de ceux qui a connu une forte augmentation du nombre des procès. En trois ans seulement, c'est-à-dire entre 1976 et 1979, le nombre de procès a augmenté de près de 100%.

Le nombre d'actions civiles introduites devant le tribunal de Vila Franca de Xira est le suivant:

1978 — 1 ^{ère} chambre:	206
2 ^{ème} chambre:	199
1979 — 1 ^{ère} chambre:	457
2 ^{ème} chambre:	337
1980 — 1 ^{ère} chambre:	579
2 ^{ème} chambre:	508

Le gouvernement admet que la diminution des effectifs du corps des magistrats, qui s'est nettement aggravée à partir de 1974, a pu dans certains cas entraîner des blocages dans la marche des procès. Quant à la procédure du requérant, le Gouvernement admet que, pour des circonstances exceptionnelles, notamment l'inertie du requérant, elle n'a connu aucun développement de juillet 1979 à janvier 1981. Il conteste toutefois

l'affirmation du requérant selon laquelle ce retard serait du à l'absence de juge en fonctions au tribunal saisi de l'affaire. En effet, le tribunal de Vila Franca de Xira était ainsi composé, à partir de mars 1976:

1^{ère} chambre: 27 mars 1976 — 20 juin 1979

Juge João Martins Ramires

9 avril 1980 — 27 septembre 1980

Juge José de Jesus Roque (auxiliaire)

1^{er} octobre 1980 — 19 février 1981

Juge Celestino Bento (auxiliaire)

6 octobre 1980 — 4 novembre 1980

Juge José Salgueira Afonso

Depuis le 26 février 1981

Juge Daniel Abílio Almada

2^{ème} chambre: (celle saisie de l'affaire du requérant)

27 mars 1976 — 6 janvier 1979

Juge José António Cruz

Depuis le 27 juin 1979

Juge Edmundo Marques

1^{er} octobre 1980 — 19 Février 1981

Celestino Bento, juge auxiliaire qui exerçait ses fonctions dans deux chambres à la fois.

Il ressort de ces éléments que le tribunal était toujours pourvu d'un juge durant cette période. Au contraire, deux et même parfois trois juges y ont exercé leurs fonctions simultanément.

Quant à la deuxième chambre, saisie de l'affaire du requérant, il y a lieu de constater que la période d'absence de juge titulaire n'a pas dépassé 5 mois et 21 jours (du 6 janvier 1979 au 26 juin 1979). Les fonctions ont été assurées, durant cette période, par le juge substitut qui était le juge de la première chambre.

D'autre part, la première chambre ne disposait certes pas de juge pendant neuf mois et 22 jours (entre juin 1979 et avril 1980), mais cette période de vacance de magistrat ne correspond pas à celle de la 2^{ème} chambre. Enfin, en octobre 1980 a été désigné un juge hors cadre en vue

de normaliser le fonctionnement du tribunal, et depuis mars 1981 le Conseil supérieur de la Magistrature a décidé que trois autres juges devraient exercer leurs fonctions en qualité d'auxiliaires.

En ce qui concerne les magistrats du Ministère public, les postes étaient toujours pourvus.

Enfin, quant aux fonctionnaires du tribunal, l'évolution peut se résumer ainsi:

1977: 17 postes, 14 pourvus;

1978: 23 postes, 15 pourvus;

1979: 33 postes, 25 pourvus;

1980: 27 postes, 24 pourvus;

1981: 26 postes, 23 pourvus.

Il ressort de ces chiffres qu'à partir de 1979, le nombre réel de fonctionnaires a considérablement augmenté. Par ailleurs, le Conseil supérieur de la Magistrature a créé 5 nouveaux postes en août 1981 en vue d'assister les trois juges auxiliaires qui ont pris leurs fonctions en mars 1981.

— Les délais d'exécution des commissions rogatoires et de notifications des conclusions aux parties

Quant à la commission rogatoire adressée à la juridiction de Lisbonne en décembre 1978 et exécutée en juin 1979 seulement, le Gouvernement reconnaît que ce délai a été excessif. Il souligne, toutefois, que la commission rogatoire visait trois personnes et que le fonctionnaire chargé de l'exécuter avait pris sa retraite quelques jours après l'avoir reçue. Ceci a causé une accumulation de travail pour son successeur.

Quant au fait que le requérant n'ait reçu qu'en janvier 1981 les conclusions des parties adverses datées de juillet 1979, le Gouvernement estime que ce délai a été dû à la demande incidente de l'intervention d'une tierce personne formulée par la partie défenderesse, la compagnie d'assurances "Tranquilidade". Cette demande incidente a exigé une décision du juge.

— **Les motifs à retenir pour justifier le retard de la procédure dans l'affaire du requérant**

Selon le Gouvernement, trois motifs principaux doivent être pris en considération: la remarquable augmentation du nombre d'affaires, les caractéristiques professionnelles du magistrat saisi de la cause et enfin l'inertie du requérant.

Le premier motif, déjà mentionné plus haut, doit bien entendu être combiné avec le second. En effet, ce fut en raison de l'accumulation des procès que le magistrat saisi de la cause du requérant eut des difficultés d'adaptation. Ces difficultés, de l'avis du Gouvernement, sont bien compréhensibles, mais d'autre par "doivent être imputées à ses caractéristiques professionnelles". Ce magistrat était venu de juridictions où le nombre des procès n'était pas comparable. De plus, lorsqu'il fut désigné, il resta sur place neuf mois avec la charge, à lui seul, des deux chambres du tribunal de Vila Franca de Xira. Au cours de cette période, il a donc rempli ses fonctions d'une manière relativement négative. Cette situation, comme il a été dit plus haut, fut réglée par la suite par le Conseil supérieur de la Magistrature. Celui-ci, en vue de remédier à une telle situation a notamment demandé à trois juges d'exercer des fonctions de juges auxiliaires au tribunal de Vila Franca de Xira, ce qui fut fait.

iii. **L'attitude du requérant et celle des défendeurs**

Le Gouvernement fait observer que le requérant a contribué au retard de la procédure, dans la mesure où il aurait pu s'adresser directement au juge chargé de son affaire, afin d'exposer son problème (en application du droit de pétition prévu à l'art. 49 de la Constitution), ou encore, et de préférence, porter plainte devant le Conseil supérieur de la Magistrature en invoquant les articles 139 et 152 de la loi N.º 85/77 du 13 décembre 1977, qui établit le statut du magistrat judiciaire. Ce conseil ayant des fonctions de gestion et de discipline de la magistrature du siège, pouvait, le cas échéant, adopter des mesures administratives ou disciplinaires afin de corriger ce genre de situation. L'importance de cette intervention fut démontré d'ailleurs par le fait que ce fut cet organe qui, à la demande du Gouvernement, normalisa le déroulement de l'affaire du requérant.

D'autre part, le Gouvernement souligne que l'affaire aurait déjà pu être jugée en avril 1981 si le requérant n'avait pas demandé que l'un de ses témoins soit entendu par un autre tribunal, celui d'Almada. Par la suite, il s'est avéré que l'adresse de ce témoin était incorrecte et qu'il devait être entendu par le tribunal du Seixal. Une fois l'audition fixée au 12 octobre 1981, le témoin n'a pas comparu. Toutes ces complications auraient pu être évitées si le requérant avait fait citer le témoin directement au tribunal de Vila Franca de Xira.

Quant à l'attitude des défendeurs, le Gouvernement fait observer qu'elle a rendu plus important le retard de la procédure dans l'affaire du requérant. Dans ce genre d'affaires, il est courant que les compagnies d'assurances essaient de différer les jugements afin de bénéficier de l'érosion monétaire. Tal a été, dans le cas d'espèce, le comportement de la compagnie d'assurances "Tranquilidade". Celle-ci formula une demande incidente, tendant à l'intervention principale d'une tierce personne, José Lopes, qui d'après le rapport de la police n'avait subi que des lésions corporelles insignifiantes. Par deux fois son avocat n'a pas comparu à l'audition du témoin qui avait lieu à Seixal.

iv. Sur la notion même de "délai raisonnable"

Le Gouvernement soutient que les trois éléments précités doivent être pris en considération en tenant compte des circonstances exceptionnelles dans lesquelles s'est déroulée la procédure du requérant. Le Portugal se trouvait alors dans une situation exceptionnelle du point de vue social et politique, découlant notamment des crises du pouvoir après l'institutionnalisation de la démocratie en 1974 et du retour de près d'un million d'habitants des colonies. En 1974, comme il a été dit plus haut, les juges en fonctions ne pouvaient faire face à l'augmentation du nombre des procès. L'examen du caractère raisonnable de la procédure du requérant doit être fait sans perdre de vue ce contexte.

Comme l'a admis la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Buchholz, un engorgement passager du rôle n'engage pas la responsabilité des Etats, s'ils prennent avec une promptitude adéquate des mesures propres à redresser pareille situation exceptionnelle. Or, cela a été

fait par le Gouvernement portugais. Le Conseil supérieur de la Magistrature a pris toutes les mesures susceptibles d'accélérer le déroulement de la procédure dans l'affaire du requérant. D'autre part, selon la jurisprudence de la Commission, le procès doit être examiné dans son ensemble et une fois terminé, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. Enfin, l'article 6, § 1 de la Convention n'impose pas un certain rythme pour le déroulement de la procédure, mais stipule uniquement que la cause doit être entendue dans un délai raisonnable.

Il est possible qu'un retard, même s'il est la conséquence d'une période de stagnation du procès, ne mette pas en cause le caractère raisonnable de la durée du procès dans son ensemble, si des mesures adéquates sont prises le moment venu pour accélérer la procédure.

Or, tenant compte de la complexité de l'affaire, de l'attitude du requérant et de celle des défendeurs, du comportement des autorités et du contexte exceptionnel d'ordre politique et social du Portugal, le Gouvernement conclut que le grief est manifestement mal fondé et affirme que la procédure sera entendue dans un "délai raisonnable" conformément à la Convention.

(c) Pour ce qui est du droit à une réparation pour dommages causés par la durée de la procédure

Sur ce point, le Gouvernement, soutient que, dans la mesure où le requérant demande une indemnité pour les dommages résultant du retard de la procédure, il n'a pas épuisé les voies de recours internes. En principe, l'existence d'un retard — même s'il revêt une certaine importance — ne donne lieu à une réparation qu'au cas où il est prouvé qu'une cause n'a pas été entendue dans un délai raisonnable, conformément à l'article 6 de la Convention. Selon le Gouvernement, tel n'est pas le cas en l'occurrence. La notion de délai raisonnable ne se réfère pas au rythme du procès mais à sa durée.

Il n'en demeure pas moins que le requérant peut saisir les tribunaux portugais en alléguant la violation de l'article 6 de la Convention et en demandant une indemnité. Celle-ci peut être demandée indépendamment de l'existence d'un acte illicite ou d'une négligence de la part d'un magistrat. Il suffit à un justiciable de démontrer que la durée de la procédure n'a pas été raisonnable conformément à l'article 6 de la Convention.

Le droit à une réparation peut également être exercé en cas de faute ou de négligence de la part du magistrat, lorsqu'il y a eu dommage concret résultant du retard de la procédure. Ainsi, aux termes de l'article 21 précité de la Constitution, "l'Etat et les autres personnes morales publiques sont civilement responsables, conjointement avec les titulaires de leurs organes, leurs fonctionnaires ou leurs agents, des actions ou omissions commises dans l'exercice ou en raison de l'exercice de leurs fonctions, dont découlerait une violation des droits, libertés et garanties ou un préjudice pour autrui".

D'autre part, le Décret-Loi 48051 du 21 novembre 1967, qui règle la responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat, prévoit dans son article 2 que "l'Etat et les autres personnes morales publiques sont civilement responsables à l'égard des tiers des atteintes à leurs droits ou aux dispositions légales destinées à protéger leurs intérêts, si elles résultent d'actes de faute pratiqués par leurs organismes ou agents administratifs dans l'exercice de leurs fonctions et suite à cet exercice".

Pour ce qui est des magistrats, il faut combiner ce principe de la responsabilité civile de l'Etat avec un autre principe: celui de l'irresponsabilité des magistrats pour les décisions qu'ils peuvent prendre dans l'exercice de leurs fonctions. Autrement dit, les juges ne peuvent être tenus pour responsables lorsqu'ils jugent, mais la responsabilité précitée leur est applicable en ce qui concerne leurs actes de gestion ou d'administration.

Dans ce cas, s'il y a acte illicite, la responsabilité est solidaire (magistrat et l'Etat); s'il n'y a que négligence, la responsabilité de l'Etat est exclusive (mais il bénéficie dans ce cas d'un droit de retour vis-à-vis du magistrat négligent).

B. *Le requérant*

1. Observations préliminaires

En ce qui concerne les difficultés d'ordre social et politique invoquées par le Gouvernement pour justifier la situation de l'administration de la justice au Portugal depuis 1974, le requérant fait observer que des argu-

ments comparables, concernant notamment des situations de crise économique, ont déjà été invoqués par d'autres Gouvernements devant la Commission. Il se réfère à cet égard à l'affaire Buchholz contre la République fédérale d'Allemagne. Pour ce qui est de la situation portugaise, il faut noter qu'elle n'est pas assimilable à la notion juridique de "cas de force majeure", dont l'élément principal est l'imprévisibilité. Or, le Gouvernement portugais, lorsqu'il a reconnu, en novembre 1978, la compétence de la Commission en matière de recours individuel, disposait depuis 4 ans et demi de tous les éléments pour pouvoir juger la crise. Par conséquent, l'argument tiré de l'institutionnalisation de la démocratie ne peut être retenu pour justifier les retards de la procédure. L'acte du Gouvernement de ratifier la Convention et d'accepter la compétence de la Commission au titre de l'article 25 a été librement effectué par le Gouvernement. Il est important de savoir à ce propos quelles ont été les mesures prises par le Gouvernement défendeur pour remédier à la situation du tribunal de Vila Franca de Xira. En effet, le Gouvernement était depuis longtemps au courant de l'augmentation importante des procès devant ce tribunal.

2. Pour ce qui est de la violation alléguée de l'article 6, § 1 de la Convention

(a) Quant à la procédure pénale (18 août 1976 — 12 janvier 1977)

Le requérant admet que la Commission est incompétente "ratione temporis" pour examiner cette procédure, la ratification de la Convention par le Portugal et la déclaration prévue à l'article 25 n'ayant été déposées que le 9 novembre 1978.

(b) Quant à la procédure civile (introduite le 7 décembre 1978 et toujours pendante)

i. Quant à la complexité de l'affaire

Le requérant soutient que l'affaire qui fait l'objet de la présente requête n'est pas de nature complexe. Il la compare à d'autres affaires dont la Commission a déjà eu à connaître — notamment les affaires König et Buchholz — où plusieurs instances avaient été appelées à statuer. En l'occurrence, l'affaire est toujours pendante devant la première instance et aucune audience n'a encore eu lieu.

ii. Quant à la manière dont l'affaire a été traitée par les autorités judiciaires

— La situation du tribunal de Vila Franca de Xira

Selon le requérant, le Gouvernement est le seul responsable du retard subi par la procédure, vu la situation du tribunal de Vila Franca de Xira, qui ne peut pas être imputable au magistrat saisi de la cause. En effet, ainsi que le Gouvernement l'admet, la deuxième chambre de cette juridiction n'a pas eu de juge en fonctions durant six mois en 1979 (janvier à juin). Lorsque le juge Edmundo Marques a pris ses fonctions dans cette chambre (le 27 juin 1979), il a dû les exercer également dans la première chambre du tribunal, celle-ci étant restée sans juge de juin 1979 à avril 1980. Cette situation s'est répétée de novembre 1980 à février 1981.

D'autre part, le tribunal ne disposait pas d'un nombre suffisant de fonctionnaires, ni d'installations adéquates. Le Conseil supérieur de la Magistrature et le Ministre de la Justice en étaient au courant depuis 1979. En effet, réunis le 18 décembre 1979, les avocats de Vila Franca de Xira ont demandé des mesures urgentes à ces deux organes, afin de remédier à la situation "chaotique" du tribunal, et notamment la désignation d'un magistrat, d'un greffier et de quatre fonctionnaires dont les postes étaient vacants. Le 29 mai 1980 ils ont envoyé un télégramme au Conseil supérieur de la Magistrature et au Ministre de la Justice, demandant à nouveau la désignation urgente de juges et soulignant qu'il était "humainement impossible" aux deux magistrats en fonctions de faire face à l'accumulation des procès.

Le 27 janvier 1981 ils ont attiré à nouveau l'attention des deux organes précités sur la situation du tribunal de Vila Franca de Xira et demandé une audience. Le 19 mars 1981 le juge Edmundo Marques demanda au service compétent du Ministère de la Justice le recrutement urgent d'un certain nombre de fonctionnaires.

— Les délais d'exécution des commissions rogatoires et les notifications aux parties des conclusions

Le requérant fait remarquer qu'il y a surtout deux délais de durée exagérée. Le premier concerne l'exécution des commissions rogatoires destinées à citer les parties défenderesses. La loi portugaise fixe à cet égard un délai maximum de 50 jours (article 181 du code de procédure civile). Or, le 9 décembre 1978 le juge du tribunal de Vila Franca de Xira adressa à Lisbonne trois commissions rogatoires aux défendeurs, qui ne furent exécutés, qu'en juin 1979, c'est-à-dire plus de 6 mois plus tard.

D'autre part, les parties défenderesses doivent déposer leurs conclusions dans un délai de 10 jours à compter de la notification. Elles ont respecté ce délai, ayant envoyé leurs conclusions fin juin et début juillet 1979. Toutefois, le requérant a attendu jusqu'à janvier 1981 pour qu'elles lui soient notifiées, alors que le délai prévu à cet effet par le code de procédure civile est de 5 jours (article 167, § 2).

— L'attitude du requérant et celle des parties défenderesses

Le requérant conteste l'affirmation du Gouvernement défendeur selon laquelle il aurait dû, afin d'accélérer sa procédure, s'adresser au juge chargé de son affaire ou de préférence porter plainte devant le Conseil supérieur de la Magistrature. A cet égard, il souligne, en premier lieu qu'aucune disposition du droit portugais ne permet à une personne de s'adresser directement au juge chargé de son affaire. Il ne lui semble pas

logique de se plaindre au juge de la durée du procès qui est entre ses mains. D'autre part, comme il a été souligné plus haut, ce fut ce même juge qui s'était plaint au Conseil supérieur de la Magistrature de la situation existant à l'époque au tribunal de Vila Franca de Xira.

Quant à la plainte au Conseil supérieur de la Magistrature, le requérant fait observer qu'un tel recours n'existe pas pour répondre à ce genre de situation. En tout état de cause, il rappelle que les avocats concernés et même le juge chargé de l'affaire du requérant avaient déjà informé cet organe de la situation existant au tribunal de Vila Franca de Xira.

Il fait observer enfin, à cet égard, que les deux recours précités — au juge et au Conseil supérieur de la Magistrature — ne sont pas conciliables avec l'argument du Gouvernement tendant à faire admettre que le retard de la procédure était dû principalement à la situation exceptionnelle de crise existant au Portugal après 1974. Si l'on invoque en quelque sorte la "force majeure", on ne peut pas accepter l'efficacité de tels recours pour accélérer le procès.

Enfin, quant au témoin qui n'a pas comparu à l'audition ordonnée par le juge du tribunal de Seixal, le requérant soutient qu'il ne peut pas être tenu pour responsable de cette situation. Il admet que le témoin n'a pas comparu et que l'avocat d'une partie défenderesse a fait de même à deux reprises. Toutefois, le témoin ne peut être entendu que devant le tribunal compétent, celui de son domicile. De toute manière, ce fait ne peut expliquer le retard qu'a subi la procédure.

(c) Pour ce qui est du droit à une réparation pour dommages causés par la durée de la procédure

Le requérant conteste l'affirmation du Gouvernement défendeur selon laquelle il aurait pu demander une indemnité devant les tribunaux portugais, en faisant valoir que sa cause n'avait pas été entendue dans un "délai raisonnable", comme l'exige l'article 6, § 1 de la Convention.

Il fait observer, en premier lieu, que même en partant du principe que la Convention fait partie du droit interne portugais, le Gouvernement donne une interprétation qui ne pourrait être admise. Il avance en effet à cet égard que la notion de délai raisonnable ne pourrait être déterminée

qu'une fois le procès terminé et qu'il faut faire une distinction entre le "rythme" et la "durée" du procès. Il allègue enfin qu'il faut tenir compte, dans ce contexte, de la nature exceptionnelle de la situation politique et sociale portugaise. Or, selon le requérant, ces arguments seraient en eux-mêmes de nature à mettre en cause l'efficacité de tout recours, au Portugal, tendant à obtenir une réparation pour un procès qui a subi un retard.

Le requérant fait valoir qu'il n'est pas possible de combiner l'article 6 de la Convention avec son article 26 en demandant à un requérant qui se plaint de la durée d'une procédure d'en engager une autre en demandant une réparation avant de saisir la Commission.

Le Gouvernement n'a pas démontré d'ailleurs quelle action pourrait être exercée. Au Portugal, pour réclamer et obtenir réparation sous forme d'indemnité (dommages-intérêts), il faut que l'Etat soit civilement responsable. Autrement dit, une personne ne peut demander des dommages-intérêts que si elle prouve avoir subi des dommages susceptibles de faire l'objet d'une réparation.

Il y a dans ce cas deux possibilités: responsabilité civile de l'Etat pour actes illicites et responsabilité pour actes licites. La première catégorie de responsabilité ne peut pas s'appliquer dans le cas d'espèce, étant donné que le juge chargé de l'affaire du requérant n'a pas commis de faute. Le retard de la procédure, comme il a déjà été mentionné plus haut, ne saurait lui être imputé.

D'autre part, selon le requérant, il n'y a pas non plus de responsabilité de l'Etat pour des actes licites. Les fondements, en droit portugais, de l'existence de celle-ci sont: que l'acte de l'Administration soit légal, que le dommage subi ne soit pas simplement une limitation d'un droit subjectif, que le dommage subi soit susceptible d'être réparé et, enfin, qu'il soit causé dans l'intérêt du public. Le requérant remarque que le retard d'une procédure n'est pas un acte légal au sens technique du terme, ni n'est causé dans l'intérêt du public. Il n'y a donc pas de responsabilité civile pour des actes licites, contrairement à ce qu'avance le Gouvernement.

Le requérant conclut donc que le retard de la procédure n'est pas susceptible d'être réparé dans l'ordre interne portugais. Il note à cet égard, que plus les actions civiles pour dommages et intérêts traînent devant les tribunaux — comme en l'occurrence — plus l'Etat en profite — du moins indirectement — en bénéficiant de l'érosion monétaire, étant donné que les compagnies d'assurances sont nationalisées.

EN DROIT

1. Le requérant allègue la violation de l'article 6, § 1, de la Convention, dans la mesure où l'action civile qu'il a introduite le 7 décembre 1978 devant le tribunal de Vila Franca de Xira n'a pas encore été jugée. Il demande de ce fait que le Gouvernement défendeur soit condamné à lui verser une indemnité en dommages-intérêts.

2. L'article 6, § 1, de la Convention prévoit notamment que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par un tribunal qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

3. La Commission prend acte que les parties s'accordent à dire que la première procédure, de nature criminelle, dont le requérant a fait l'objet, qui a débuté en août 1976 et s'est terminée en octobre de la même année à la suite d'une amnistie n'est pas soumise à son examen. Elle se limitera par conséquent à examiner si l'action civile introduite par le requérant le 7 décembre 1978 a ou n'a pas été entendue dans un "délai raisonnable", au sens de la disposition précitée de la Convention.

4. Dans sa requête à la Commission le requérant demande que le Gouvernement défendeur soit condamné à lui verser des dommages-intérêts en raison de la durée excessive de la procédure. Toutefois, aux termes de la Convention, la Commission n'est pas compétente pour accorder à un requérant prétendument lésé une satisfaction équitable. Il n'y a donc pas lieu de se prononcer ici sur cet aspect de la requête.

(a) Quant à l'épuisement des voies de recours internes

5. Le Gouvernement défendeur a souligné qu'il était loisible au requérant de s'adresser directement au juge saisi de son affaire ou, de préférence, au Conseil supérieur de la Magistrature, afin que des mesures soient prises pour activer la procédure. Toutefois, ainsi que le Gouvernement l'admet lui-même, pareilles démarches ne constituaient pas des recours proprement dits. Elles ne pourront être prises en considération par la Commission que pour apprécier le comportement du requérant en

vue de juger du bien-fondé de la requête, c'est-à-dire du point de savoir si la durée du procès a dépassé un délai raisonnable (v. requête N.º 8961/80, décision du 8 décembre 1981, à paraître dans D.R.).

6. D'autre part, le Gouvernement défendeur affirme que le requérant aurait pu introduire une action en responsabilité civile contre l'Etat en invoquant la violation de l'article 6, § 1, de la Convention, qui est directement applicable dans l'ordre juridique portugais. Le cas échéant, il aurait obtenu un jugement reconnaissant la violation de la Convention et aurait pu demander une réparation sous la forme d'une indemnisation. Il n'était pas nécessaire pour cela qu'il prouve une faute de la part du magistrat chargé de son affaire et devait seulement démontrer que la durée de la procédure avait été déraisonnable, contrairement à l'article 6, § 1, de la Convention. Outre cette disposition, il pouvait invoquer également les articles 18 et 21 de la Constitution portugaise, ainsi que les dispositions pertinentes du Décret-Loi 48051 du 21 novembre 1967.

7. Le requérant conteste la thèse du Gouvernement et soutient qu'aucun recours efficace n'est à sa disposition en droit portugais en vue d'obtenir une indemnisation pour la durée excessive de la procédure qui est toujours pendante devant le tribunal de Vila Franca de Xira. Selon lui, pour les situations d'engorgement du rôle des tribunaux — comme dans le cas d'espèce — il n'y aurait responsabilité de l'Etat ni pour acte illicite ni pour acte licite.

8. En l'espèce, la procédure dont se plaint le requérant est pendante. Ce qui est donc déterminant, aux yeux de la Commission, c'est de savoir si le requérant avait la possibilité, même en cours d'instance, de se plaindre devant les juridictions nationales de la longueur de la procédure, en demandant de ce fait une réparation concrète, en d'autres termes, de savoir si un recours pouvait porter remède à ses griefs en assurant une protection directe et rapide et non seulement détournée, des droits garantis à l'article 6 de la Convention (v. Cour eur. D. H., Affaire Deweer, Arrêt du 27 février 1980, § 29).

9. L'article 21 de la Constitution portugaise, mentionné par le Gouvernement défendeur, dispose dans son paragraphe 1^{er} que:

“L'Etat et les autres personnes morales publiques sont civilement responsables, conjointement avec les titulaires de leurs organes, leurs fonctionnaires ou leurs agents, des actions ou omissions commises dans l'exercice de leurs fonctions, dont découlerait une violation des droits, libertés et garanties ou un préjudice pour autrui”.

D'autre part, le Décret-Loi 48051 du 21 novembre 1967, qui règle-
ment la responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat, prévoit dans son
article 2, § 1, que:

“L'Etat et les autres personnes morales publiques sont civilement
responsables devant les tiers des atteintes à leurs droits ou aux disposi-
tions légales destinées à protéger leurs intérêts, si elles résultent d'actes de
faute pratiqués par leurs organismes ou agents administratifs dans l'exer-
cice de leurs fonctions et suite à cet exercice”.

Toutefois, il ne ressort pas clairement de l'argumentation du
Gouvernement défendeur si, en l'espèce, et à quel moment pouvait être
intentée telle action civile, en particulier si elle pouvait l'être au cours de
l'instance ou seulement après le prononcé d'un jugement passé en force de
chose jugée, si elle avait des chances de succès et si elle pouvait apporter
un redressement rapide de la situation dont se plaint le requérant.

Dans ces circonstances, la Commission arrive à la conclusion que le
Gouvernement n'a pas montré que les actions civiles mentionnées par lui
constituaient en l'occurrence un recours efficace et suffisant pour le requé-
rant. La requête ne saurait donc être rejetée pour non-épuisement des
voies de recours internes.

(b) Sur l'article 6, § 1, de la Convention

10. Le point de départ de la période à prendre en considération par
la Commission se situe au 7 décembre 1978, date à laquelle le requérant a
intenté une action civile en dommages-intérêts devant le tribunal de Vila
Franca de Xira. Cette période continue à courir, étant donné que le tri-
bunal n'a pas encore rendu son jugement. La procédure dure donc depuis
plus de 3 ans et 7 mois.

11. Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure relevant de
l'article 6, § 1, de la Convention doit s'apprécier dans chaque cas d'espèce,
selon les circonstances de la cause. En matière pénale, la Commission et la
Cour ont pris en considération à cet égard, notamment la complexité de
l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes

(voir, par exemple, Cour eur. D. H., Affaire Ringeisen, arrêt du 16 juillet 1971, § 110, Affaire Buchholz, arrêt du 6 mai, § 49).

Elles ont tenu compte des mêmes critères, ainsi que de l'attitude du défendeur et de l'enjeu du litige pour le demandeur, là où il s'agissait d'instances relatives à des droits de caractère civil (Cour eur. D. H., Affaire König, arrêt du 28 juin 1978, §§ 99, 102-105 et 107-111). En particulier pour ces dernières, le droit d'être entendu dans un délai raisonnable est tributaire, selon la jurisprudence de la Commission, du comportement de l'intéressé qui doit faire preuve de la diligence nécessaire (v. Rapport de la Commission du 9 mars 1982, requête N.º 8737/79, Zimmermann et Steiner c/Suisse, § 37, p. 12).

12. Au regard de ces critères et prenant en considération les circonstances propres à la présente affaire, la Commission, après avoir examiné l'argumentation présentée par les parties, estime que le grief tiré par le requérant de l'article 6, § 1 de la Convention ne peut pas être considéré comme étant manifestement mal fondé car il soulève des problèmes suffisamment complexes pour que leur solution doive relever d'un examen du bien-fondé de l'affaire. Il sera donc déclaré recevable.

Par ces motifs, la Commission,

DECLARE LA REQUÊTE RECEVABLE, tous moyens de fond étant réservés.

Le Chef de Division remplaçant
le Secrétaire de la Commission

(K. ROGGE)

Le Président
de la Commission

(C.A. NØRGAARD)

**COMITÉ DE MINISTROS
RESOLUÇÃO DH (81) 2**

**EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU
DOS DIREITOS DO HOMEM DE 26 DE ABRIL DE 1979
E DE 6 DE NOVEMBRO DE 1980 NO CASO
SUNDAY TIMES (1)**

I. Prestadas pelo estado demandado informações bastantes sobre as medidas tomadas em acatamento da decisão do Tribunal e satisfeita a reparação razoável arbitrada, pode o Comité de Ministros ter por cumprida a função de velar pela execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

II. O Governo britânico pagou a "Times Newspapers Limited" a importância que lhe foi atribuída pelo Tribunal e apresentou ao Parlamento um projecto de emenda da lei sobre o "contempt of Court".

P. F.

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

Vu les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme rendus le 26 avril 1979 et le 6 novembre 1980 dans l'affaire *Sunday Times* et qui ont été transmis aux mêmes dates au Comité des Ministres;

Rappelant qu'à l'origine de cette affaire se trouve une requête, dirigée contre le Royaume-Uni, qui avait été introduite par l'éditeur (*Times Newspapers Limited*), le rédacteur en chef (M. Harold Evans) et un groupe de journalistes de l'hebdomadaire britannique *The Sunday Times* devant la Commission européenne des Droits de l'Homme, en vertu de

(1) Resolução tomada em 2 de Abril de 1981.

l'article 25 de la convention alléguant une violation des articles 10, 14 et 18 de la convention;

Rappelant que cette affaire a été portée devant la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme;

Considérant que, dans son arrêt du 26 avril 1979, la Cour a:

— dit, par 11 voix contre 9, qu'il y a eu violation de l'article 10 de la convention;

— dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 10;

— dit, à l'unanimité, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question d'une violation de l'article 18;

— dit, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 ne se trouve pas en état.

Considérant que, dans son arrêt du 6 novembre 1980, la Cour: ⁽²⁾

— a dit, par 13 voix contre 3, que le Royaume-Uni doit verser aux requérants, pour leurs frais et dépens dans la procédure suivie devant la Commission et la Cour, un montant de vingt-deux mille six cent vingt-six livres sterling soixante-dix-huit pence (22 626,78 £);

— a rejeté, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus;

Vu les "Règles relatives à l'application de l'article 54 de la Convention;

Ayant invité le Gouvernement du Royaume-Uni à l'informer des mesures prises à la suite de ces arrêts, eu égard à l'obligation qu'il y a de s'y conformer selon l'article 53 de la convention;

Considérant que, lors de l'examen de cette affaire par le Comité des Ministres, le Gouvernement du Royaume-Uni a donné à celui-ci des informations sur les mesures prises à la suite des arrêts, informations qui sont résumées dans l'annexe à la présente résolution;

S'étant assuré que le Gouvernement du Royaume-Uni a accordé la satisfaction équitable prévue dans l'arrêt de la Cour du 6 novembre 1980,

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

(2) Publicada em Documentação e Direito Comparado, n.º 3, pág. 206.

Annexe à la Résolution DH (81) 2

Informations fournies par le Gouvernement du Royaume-Uni lors de l'examen de l'affaire "Sunday Times" par le Comité des Ministres

Le 20 novembre 1980, le Gouvernement britannique a envoyé à *Times Newspapers Limited* la somme de 22626 £ et 78 p octroyée par la Cour. Il a été accusé réception de cette somme.

A la suite de l'arrêt de la Cour du 26 avril 1979, le Gouvernement britannique a élaboré un projet de loi portant amendement à la législation britannique en matière de *contempt of Court*, dont l'application dans ce cas précis a entraîné, de l'avis de la majorité des membres de la Cour, une violation de l'article 10 de la convention. Le Parlement est actuellement saisi de ce projet. Il s'agit notamment d'empêcher d'autres conflits à cet égard avec les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme telle qu'interprétée par la Cour dans la présente affaire.

**ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS
DO HOMEM**

Intervention de M. PETER LEUPRECHT
Directeur des Droits de l'Homme
du Conseil de l'Europe
devant la Commission des Droits de l'Homme
des Nations Unies
le 24 février 1982 (1)

Monsieur le Président,

Je vous remercie d'avoir bien voulu me donner la parole et de me fournir ainsi l'occasion de formuler, au nom du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, quelques observations d'une portée plus générale, au-delà du rapport écrit que nous avons présenté, comme les années précédentes, sur les activités du Conseil de l'Europe, dans le domaine des droits de l'homme.

Aux termes du Statut du Conseil de l'Europe, (2) le respect de la prééminence du droit, des droits de l'homme et des libertés fondamentales est à fois le principal critère de l'admission au Conseil et l'obligation essentielle qu'assument ses 21 Etats membres. Les pays démocratiques qui, au lendemain de la seconde guerre mondiale, se sont retrouvés au sein de notre Organisation, étaient animés par la volonté de tirer la leçon de cet horrible passé de l'Europe où national-socialisme, fascisme, racisme et totalitarisme avaient conduit à des violations particulièrement graves et systématiques de la dignité et des droits les plus élémentaires de l'homme, souvent d'ailleurs au nom d'un prétendu intérêt supérieur de l'Etat, de la race ou de la nation.

Cette commune et douloureuse expérience devait amener nos pays à prendre conscience de la nécessité d'organiser leur solidarité dans la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et à s'engager résolument dans la voie d'une garantie collective de ces droits.

(1) O autor autorizou, por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, Juiz português do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a publicação neste Boletim.

(2) Pode ver-se neste Boletim, n.º 1, pág. 711, a tradução dos Estatutos do Conselho da Europa.

C'est ainsi que fut créé dans le cadre du Conseil de l'Europe un système international de protection des droits de l'homme qui, parmi tous ceux qui existent, demeure celui qui fonctionne de la manière la plus efficace. Il s'agit d'un système régional pour la sauvegarde et le développement des droits énoncés dans la Déclaration Universelle des Droits de l'homme. (3) Ses principaux instruments juridiques sont la Convention européenne des Droits de l'Homme (4) et la Charte Sociale Européenne. (5)

L'originalité et la force de ces instruments résident avant tout dans leurs mécanismes de contrôle: d'une part, celui de la Charte Sociale qui repose sur des rapports périodiques envoyés par les gouvernements et auquel sont associés des représentants des organisations de travailleurs et d'employeurs, des experts indépendants et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe; et d'autre part, celui de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui prévoit notamment l'intervention d'organes indépendants à caractère judiciaire, la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme, qui agissent à la requête soit d'Etats soit d'individus ou de personnes morales. Le droit de recours individuel qui est aujourd'hui accepté par 16 Etats membres du Conseil de l'Europe constitue en quelque sorte la pierre angulaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Contrairement à ce que certains ont pu dire, notre système de protection des droits de l'homme n'est pas un système de luxe pour riches, garantissant ce que d'aucuns appellent des libertés formelles. Nos instruments juridiques et leurs mécanismes de contrôle sont loin de ne défendre que la liberté des forts; ils protègent tout le monde, sans discrimination, y compris les faibles et les pauvres. Il est intéressant à cet égard de faire l'analyse de l'origine des quelques 10.000 requêtes individuelles qui ont été enregistrées par la Commission européenne des Droits de l'Homme. A peu près un tiers d'entre-elles proviennent de personnes privées de leur liberté. Et peut-on sérieusement parler de "système de luxe pour riches" et de "libertés formelles" alors que les organes de Strasbourg ont été amenés

(3) A Declaração Universal dos Direitos do Homem (texto inglês e tradução portuguesa) foi publicada no Diário da República, 1.ª série, de 9 de Março de 1978.

(4) Aprovada, para ratificação, pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, e ratificada por Portugal em 9 de Novembro de 1978.

(5) Portugal só em 1 de Junho de 1982 assinou a Carta Social Europeia.

à se pencher sur des problèmes tels que la situation des enfants naturels et de leur mère, l'accès à la justice pour des personnes démunies, la détention administrative de vagabonds, les droits des détenus en matière de correspondance et d'accès aux tribunaux, l'imputation des frais d'interprétation à des inculpés étrangers, la détention de malades mentaux ou l'interdiction temporaire d'un article de presse sur les enfants victimes de la thalidomide? Est-il besoin d'ajouter que nos procédures sont gratuites et qu'il existe un système d'assistance judiciaire alimenté par le budget du Conseil de l'Europe?

Le bilan du système de protection des droits de l'homme créé dans le cadre du Conseil de l'Europe est largement positif. Il est vrai qu'il n'a pas éliminé toutes les violations des droits de l'homme, pas plus que la médecine n'a réussi à rendre la maladie inexistante. Mais notre système a l'énorme avantage de comporter des remèdes effectifs. L'homme qui se croit victime d'une violation de ses droits fondamentaux n'est pas condamné à étouffer dans le silence et la solitude; il peut se faire entendre — et se faire entendre contre l'Etat qui peut être amené à justifier ses actions devant une juridiction internationale rendant des décisions obligatoires. Nos Etats — surtout ceux ayant reconnu le droit de recours individuel à la Commission européenne des Droits de l'Homme — ont renoncé à se barricader derrière ce mur de silence appelé non-immixtion dans les affaires intérieures.

Le système de protection des droits de l'homme mis en place dans le cadre du Conseil de l'Europe constitue ainsi un progrès historique, une étape décisive dans la voie de l'indispensable internationalisation des droits de l'homme. N'est-ce-pas un principe du droit international tel qu'il s'est formé au cours des dernières décennies que le respect des droits de l'homme est un devoir de l'Etat non seulement envers son peuple, mais également envers la communauté internationale? Là où les droits élémentaires de l'homme sont en jeu, il est de notre devoir de faire prévaloir les exigences de la protection de ces droits sur le principe de la non-ingérence, en nous fondant sur le concept de la solidarité internationale dans la défense des droits de l'homme. Cela est d'autant plus important que dans le monde qui nous entoure, nombreux sont ceux qui tentent de revenir en arrière et de dissimuler derrière le confortable paravent de la non-intervention leurs actions, voire leurs crimes contre l'homme et ses droits les plus élémentaires, tels que le droit à la vie et à intégrité physique et psychique.

Si nous considérons le bilan du système de protection des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe comme positif, cela ne veut évidemment pas dire que nous estimons que ce système n'est pas susceptible d'être amélioré. Au contraire, loin de nous complaire dans une auto-satisfaction béate et condescendante, nous devons toujours garder à l'esprit que la protection des droits de l'homme est une oeuvre continue et que le Statut du Conseil de l'Europe nous a fixé comme objectif non seulement la sauvegarde, mais aussi le développement des droits de l'homme. C'est dans cet esprit que, dans leur Déclaration sur les Droits de l'Homme, adoptée par le Comité des Ministres le 27 avril 1978, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont décidé entre autres "d'accorder la priorité aux travaux entrepris au sein du Conseil de l'Europe en vue d'explorer les possibilités d'élargir les listes des droits individuels, notamment des droits dans les domaines social, économique et culturel, qui devraient être protégés par des conventions européennes ou tout autre moyen approprié". Les travaux qui sont en cours depuis l'adoption de cette Déclaration visent, d'une part, à étendre les droits sociaux, économiques et culturels protégés par la Convention européenne des Droits de l'Homme certains de ses Protocoles et, d'autre part, de mettre à jour la liste des droits garantis par la Charte Sociale Européenne et de renforcer son mécanisme de contrôle. Dans le même esprit, c'est-à-dire dans le but d'élargir et d'améliorer notre système, les organes compétents du Conseil de l'Europe étudient, entre autres, la possibilité d'étendre la portée de la clause de non-discrimination de la Convention européenne des Droits de l'homme et les moyens permettant de réduire la longueur des procédures devant la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme.

Il est normal que le Conseil de l'Europe et ses Etats membres, profondément attachés comme ils le sont à la démocratie pluraliste et aux droits de l'homme, observent avec inquiétude et combattent des phénomènes qui risquent de saper leurs valeurs fondamentales communes. C'est ainsi que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe s'est déclaré "profondément inquiet devant la résurgence de diverses formes d'intolérance", dans un texte intitulé "Déclaration sur l'intolérance une menace pour la démocratie", (6) adopté le 14 mai 1981. Dans ce texte, le Comité

(6) No Diário do Sul, 27 de Agosto de 1981, encontra-se a tradução portuguesa da Declaração

des Ministres “condamne fermement toutes les formes d’intolérance quelle qu’en soit l’origine, l’inspiration ou le but ainsi que les actes de violence qu’elles engendrent, surtout lorsqu’ils portent atteinte à la vie humaine” et “rejette toutes les idéologies conduisant au mépris de l’individu ou à la négation de l’égalité intrinsèque de tous les êtres humains”.

Enfin, le Comité des Ministres a décidé:

- i) de redoubler d’efforts pour prévenir, par l’action aux niveaux national et international, notamment dans le cadre du Conseil de l’Europe, la propagation d’idéologies racistes et totalitaires et pour agir efficacement contre toute forme d’intolérance!

- ii) de prendre dans ce but toute mesure appropriée et de mettre en oeuvre un programme d’activités prévoyant notamment l’examen des instruments juridiques applicables en la matière, en vue de les renforcer en cas de besoin;

- iii) de promouvoir la prise de conscience des exigences des droits de l’homme et des responsabilités qui en découlent dans une société démocratique, et à cet effet, outre l’éducation en matière de droits de l’homme, d’encourager la création dans les écoles, dès le premier cycle, d’un climat de compréhension active et de respect des qualités et de la culture d’autrui”.

Quant à ce dernier point, il y a lieu de relever que le Conseil de l’Europe mène une action importante pour l’éducation en matière de droits de l’homme, aux différents niveaux de l’enseignement scolaire et universitaire, dans la formation professionnelle, notamment de certains “groupes cibles” tels que les praticiens du droit, la police et le personnel pénitentiaire, et dans le but d’une sensibilisation générale de l’opinion publique.

Les Etats membres du Conseil de l’Europe ne se sont pas bornés à organiser leur propre solidarité dans la sauvegarde et le développement des droits de l’homme, ils sont également solidaires avec la communauté

internationale dans la recherche du respect des droits de l'homme à travers le monde. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a affirmé à diverses occasions que:

“les Etats membres du Conseil de l'Europe s'efforcent d'exprimer leur solidarité découlant du Statut de l'Organisation dans le domaine des droits de l'homme dans leurs relations avec les autres parties du monde. Comme il ressort de la Déclaration sur les Droits de l'Homme adoptée par le Comité des Ministres le 27 avril 1978, ils sont “conscients des liens étroits entre la protection et la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'intérieur des Etats et le renforcement de la justice et de la paix dans le monde” et “s'engagent à participer activement à la sauvegarde et au développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales”.

Sollicité par l'Assemblée parlementaire ou des membres de celle-ci au sujet de la situation dans différent pays, le Comité des Ministres à plusieurs reprises affirmé qu’“il se sent concerné par les violations des droits de l'homme où qu'elles se produisent et fera tout ce qui est en son pouvoir pour promouvoir le rétablissement des droits de l'homme là où ils ne sont pas respectés”. Et le Comité des Ministres a ajouté: “... s'agissant de valeurs fondamentales comme les droits de l'homme, le Comité des Ministres estime qu'il faut éviter la critique sélective”.

Le Conseil de l'Europe et ses Etats membres s'efforcent de participer de manière constructive à l'action des Nations Unies en faveur des droits de l'homme. Depuis un certain nombre d'années, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe procède régulièrement à des échanges de vues sur des points figurant à l'ordre du jour des Nations Unies et notamment des questions relatives aux droits de l'homme.

Des échanges de vues similaires ont lieu au sein de comités d'experts du Conseil de l'Europe. C'est dans le cadre de tels comités que nous avons discuté par exemple de la mise en oeuvre des Pactes des Nations Unies et de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Plus récemment, nous avons consacré de tels échanges de vues au projet de Convention internationale contre la torture et aux droits de l'homme en relation au développement.

Quant au projet de Convention contre la torture, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté l'année dernière une Recommandation à ce sujet. Dans sa réponse à cette Recommandation, le Comité des

Ministres a déclaré le mois dernier qu'il "partageait le point de vue de l'Assemblée quant à la nécessité, dans ce domaine, d'un projet de Convention qui serait négocié au sein de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies et adopté dès que possible".

Le Comité des Ministres s'est "félicité que le Gouvernement de Costa-Rica ait présenté à la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies le texte de Protocole facultatif élaboré par la Commission Internationale de Juristes et stipulant un système de contrôle caractérisé surtout par un mécanisme d'enquête plus contraignant que celui du projet suédois".

Enfin, le Comité des Ministres a affirmé qu'à son avis "il serait désirable d'inscrire dans la Convention au moins certaines règles de base relatives au contrôle de l'application la ladite Convention, qui pourrait être alors adoptée rapidement. Un mécanisme de contrôle plus ambitieux pourrait ensuite être introduit dans un protocole facultatif qui pourrait être négocié une fois la Convention adoptée".

En ce qui concerne les droits de l'homme en relation au développement, nous avons eu, dans le cadre d'un comité ad hoc d'experts qui s'est réuni à Strasbourg en décembre dernier, une discussion approfondie sur la notion de droit au développement. Tout en préconisant une attitude ouverte à cet égard, j'ai personnellement souligné — et il ne s'agit nullement d'un jeu de mots — que le "droit au développement" doit servir de développement des droits de l'homme dans leur indivisibilité et que le développement doit être orienté vers la promotion et la dignité de l'homme et qu'il ne doit pas viser uniquement son bien-être économique et matériel.

Pour ce qui est de la coopération entre Nations Unies et Conseil de l'Europe en général, je tiens à souligner qu'il existe une excellente et fructueuse collaboration entre la Division des Droits de l'Homme des Nations Unies et de Secrétariat Général du Conseil de l'Europe et notamment la Direction des Droits de l'Homme dont j'ai la charge. Je voudrais saisir cette occasion pour rendre hommage à M. van Boven qui a été un artisan de cette coopération. Nous avons toujours eu la plus grande admiration pour ses extraordinaires qualités professionnelles et humaines et notamment pour son courage, sa rectitude, sa franchise et son ouverture d'esprit.

M. le Président, au début de mon intervention, en parlant du système du Conseil de l'Europe, j'ai décrit celui-ci comme un système régional

pour la sauvegarde et le développement de droits universels énoncés dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

Je voudrais insister sur l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme qu'il me paraît essentiel de préserver.

Au nom de l'universalité des droits de l'homme comme droits appartenant à tout homme où qu'il vive dans le monde, nous devons résister aux tendances qui consistent à relativiser ces droits. Nous ne saurions admettre plusieurs lectures des droits de l'homme. Surtout, il est des droits auxquels il ne peut nulle part, jamais et en aucune circonstance être dérogé, tels que le droit à la vie sur lequel M. van Boven a insisté à l'ouverture de cette session ou le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Au nom de l'indivisibilité des droits de l'homme, nous devons surmonter cette artificielle et stérile opposition entre droits civils et politiques, d'une part, et droits sociaux, économiques et culturels, d'autre part et résister aux tentatives de jouer une catégorie de droits contre l'autre ou détablir une hiérarchie en faveur de l'une ou de l'autre. Dans le même esprit, je considère comme malheureuse la terminologie relative aux "générations" des droits de l'homme; elle implique l'idée de succession dans le temps, de dépassement d'une génération par la suivante, qui ne me paraît nullement acceptable.

D'une façon générale, il me semble essentiel de revenir à une plus grande clarté et rigueur de conceptions dans ce domaine fondamental des droits de l'homme où la confusion et le flou sont parfois délibérément entretenus.

M. le Président, à l'ouverture de votre session, M. van Boven a relevé que les débats de votre Commission — et je pense qu'il en est de même d'autres instances internationales où l'on discute de droits de l'homme — paraissent parfois abstraits et loin de la réalité. Peut-être a-t-on tendance à oublier ou à ignorer celui qui devrait être au centre de ces débats et de tous nos efforts, à savoir l'homme, avec ses problèmes et ses souffrances qui eux ont hélas un caractère terriblement réel et concret. La fuite dans les abstractions est une solution de facilité, mais elle n'aidera pas l'homme. Efforçons-nous — comme nous essayons de le faire dans le cadre du Conseil de l'Europe — de mener non pas une politique qui se sert des droits de l'homme, mais une action qui soit véritablement au service de l'homme et de ses droits.

JOÃO DE DEUS PINHEIRO FARINHA

**Juiz do Tribunal Europeu
dos Direitos do Homem**

**AS DECISÕES
DO TRIBUNAL EUROPEU
DOS DIREITOS DO HOMEM
NA ORDEM INTERNA
E O CONTRIBUTO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL
NA INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM**

**(Apontamentos para a lição proferida na Faculdade de Ciências Humanas
da Universidade Católica de Lisboa, em 26 de Abril de 1982).**

I

1. A protecção internacional dos direitos do homem.
2. O Conselho da Europa, a resistência aos totalitarismos e o respeito dos direitos do homem.
3. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem como instrumento de garantia efectiva dos direitos do homem.
4. Reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
5. Direitos garantidos pela Convenção:
 - a) Insusceptíveis de derrogação, mesmo em caso de guerra ou de outro perigo público, ameaçando a vida da Nação;
 - b) Susceptíveis de derrogação em situações de guerra ou de outro perigo público, ameaçando a vida da Nação.

II

ORGÃOS DE CONTROLE

6. Os tribunais nacionais como primeiros órgãos de controle da aplicação do direito da Convenção.

7. O contributo da jurisprudência nacional na interpretação da Convenção.

8. Órgãos de controle internacional:

a) Comissão Europeia dos Direitos do Homem;

b) Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;

c) Comité de Ministros.

9. Conteúdo da decisão do Tribunal.

10. Valor da decisão do Tribunal — valor para o “caso” apreciado e valor para além do “caso”.

11. A decisão do Tribunal e a jurisprudência nacional.

12. Decisões concedendo reparação razoável.

I

1. O Homem, criado à imagem e semelhança de Deus, é, por natureza, titular de direitos que se impõem aos outros homens individualmente e à própria Sociedade (1) e a Escritura está repleta de afirmações de respeito pelos direitos do homem — é o Decálogo, é a lição de Cristo, é S. Paulo nas suas epístolas.

Desde as origens do direito internacional se manifestou o propósito de assegurar aos homens protecção contra os actos de brutalidade e dos direitos decorrentes da própria personalidade.

Victória, Suarez, Bartolomeu de las Cazas, legitimando as conquistas protestavam contra o tratamento dado aos indígenas; nos séculos XVII e XVIII, há que referir o contributo de Grotius, Puffendorf, Burlamaqui e a Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão em 1789.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos (1776) como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, “consagrando os grandes direitos civis e políticos: o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à resistência à opressão, bem como o direito à liberdade de expressão e de religião” “representaram um progresso imenso relativamente aos tempos que as precederam, em que esses direitos eram concedidos só a certos homens ou a certas castas sociais (2).

Consagrados nalgumas Constituições do século XIX, não tinham os direitos do homem uma protecção internacional, antes o pensamento dominante era o de que só o direito interno regia as relações entre os Estados e os respectivos nacionais.

(1) Génesis, I, 26.

(2) António Maria Pereira, Direitos do Homem, 17.

Só depois da 1.^a Grande Guerra (1914/1918) se começou a esboçar a protecção internacional dos direitos do homem, mas ainda só de alguns direitos e de algumas categorias de pessoas. Na realidade ⁽³⁾, os Tratados de Paz protegiam as minorias da Europa Central e Balcânica, criava-se a O.I.T., celebrava-se a Convenção sobre a Escravatura, de 25 de Setembro de 1926. No pacto da Sociedade das Nações não se empregava a expressão “direitos do homem”, embora postulasse um tratamento conforme à equidade para com as populações indígenas dos territórios sob mandato.

Só com a Carta das Nações Unidas ⁽⁴⁾, após os crimes do totalitarismo, a protecção dos direitos do homem se revestiu de um carácter geral, com a afirmação do dever de cooperação dos Estados no respeito efectivo e universal de tais direitos.

É hoje o direito dos “direitos do homem” um capítulo importante do direito internacional e muitas normas convencionais e costumeiras, universais umas e regionais outras, se têm formado nestes últimos anos.

Na verdade, depois de se afirmar no preâmbulo da Carta das Nações Unidas, que os Povos estavam resolvidos a “reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das grandes e pequenas nações”, lê-se no art.º 1.º da Carta:

“Os fins das Nações Unidas são:

- 1.
- 2.
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de todos, sem distinção da raça, sexo, língua ou religião.
- 4.

Logo em S. Francisco se reconheceu — diz-nos Jorge Miranda ⁽⁵⁾ a necessidade de uma eficaz protecção jurídico-internacional desses direitos.

⁽³⁾ Seguimos, em tradução livre, Hubert Thierry e outros, *Droit International Public*, 477.

⁽⁴⁾ Continuo a acompanhar Hubert Thierry.

⁽⁵⁾ Jorge Miranda, *A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*, IX.

Da missão de elaborar um texto solene viria a ser encarregada a Comissão dos Direitos do Homem. Esse trabalho ocuparia cerca de três anos e o principal autor do projecto seria o vice-presidente da Comissão o professor René Cassin (6). A Declaração seria aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, pela resolução n.º 217 A (III). Houve 48 votos a favor, nenhum contra e 8 abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Checoslováquia, Jugoslávia, Polónia, Ucrânia e União Soviética).

Porque aprovada por meio de Resolução a Declaração não vincula os Estados, sendo certo que, na ordem jurídica portuguesa, os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (7).

“A nível mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, diz Rui Machete (8), “foi seguida de dois outros instrumentos que foram os Pactos internacionais relativos aos direitos civis e políticos e aos direitos económicos, sociais e culturais.

Como elemento importante do Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos foi criado um Comité dos Direitos do Homem, que teve a sua primeira sessão em Março de 1977 e que tem por principal missão examinar os relatórios fornecidos pelos Estados integrantes do Pacto no que respeita às medidas tomadas para aplicação dos direitos reconhecidos no Pacto e os progressos realizados neste campo, assim como proceder ao exame das comunicações individuais referentes às violações dos direitos do homem abrangidos pelo Protocolo facultativo do Pacto.

Vários são os instrumentos que, entretanto, têm sido publicados no âmbito dos direitos do Homem (9).

O “Direito dos Direitos do Homem” é um capítulo apaixonante do direito internacional e de uma actualidade premente. Nesse sentido se pronuncia René Cassin:

“Il est constant d'abbord que, plus l'homme avance dans la voie de la connaissance et plus il acroit sa puissance en se servant de sa science, plus

(6) Foi Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 1965 a 1968.

(7) Constituição, art.º 16.º, n.º 2.

(8) Rui Machete, Os Direitos do Homem no Mundo, 64.

(9) Pode encontrar-se a indicação dos principais em Jorge de Miranda, A Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem, XIV, e Hubert Thierry (cm. col.), Droit International Public, 450.

la condition du fragile être humain exige considération et protection, face aux immenses forces qui menacent de l'écraser, qu'elles derivent directement de la nature ou soient mises en oeuvre par ses semblables. Ce n'est pas seulement de nourritures matérielles ou intellectuelles qu'il a besoin, c'est du respect de sa personne et de son elevation en dignité. Alors que commence a s'ébaucher avec peine une organisation économique, culturelle, mais aussi juridique et économique des peuples repartis sur le globe terrestre, tout ce qui peut promouvoir et exalter les personnes composant la famille humaine, a une valeur inappréciable". (10).

Importa porém, referir, que "nem a Carta, nem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, nem o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 16 de Dezembro de 1966, nem o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, da mesma data, nem nenhuma das Convenções que sob a égide das Nações Unidas e das suas agências especializadas, ou de organizações que, com ela, muito de perto trabalham, como é o caso, por exemplo, da Cruz Vermelha Internacional, têm sido concluídas nesse domínio, nas mais diversas matérias (condição da mulher, direitos dos emigrantes, protecção dos refugiados, descriminação racial, etc.), beneficiam dum sistema de fiscalização eficiente, que de perto ou de longe se compare, por exemplo, à fiscalização institucionalizada no quadro europeu após a entrada em vigor da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou à vigilância exercida no seio da Organização Internacional do Trabalho quanto ao respeito pela liberdade sindical" (11).

Referir-se-á ainda a Acta Final de Helsínquia (Conferência sobre a Segurança e Cooperação na Europa), de 1 de Agosto de 1975, onde se "reconhece a estreita relação que existe entre a paz e a segurança na Europa e em todo o mundo" e os Estados participantes "conscientes da necessidade de que cada um deles contribua para o fortalecimento da paz e da segurança mundiais, bem como para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, do progresso económico e social e do bem estar de todos os povos", declararam o seguinte: (12)

(10) René Cassin, carta de abertura no livro de Phillipe de la Chapelle, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Catholicisme*.

(11) Fausto de Quadros, *Carta das Nações Unidas e Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*, 9.

(12) Conferência sobre a segurança e Cooperação na Europa — Acta Final — Tradução e edição do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

“VII — Respeito dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, incluída a liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença.

Os Estados participantes respeitarão os direitos do Homem e as liberdades fundamentais, incluindo a liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença de todos, sem distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião.

Promoverão e encorajarão o exercício efectivo dos direitos e liberdades civis, políticos, económicos, sociais, culturais e outros direitos e liberdades decorrentes da dignidade inerente à pessoa humana que são essenciais à sua realização livre e integral.

Neste contexto, os Estados participantes reconhecerão e respeitarão a liberdade do indivíduo em professar e praticar, individual ou colectivamente, a sua religião ou crença, actuando de acordo com os ditames da sua própria consciência.

Os Estados participantes em cujo território existam minorias nacionais, respeitarão o direito dos indivíduos pertencentes a tais minorias à igualdade perante a lei, proporcionar-lhes-ão a plena possibilidade de usufruírem efectivamente dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, e desta forma protegerão os seus legítimos interesses neste domínio.

Os Estados participantes reconhecem o valor universal dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais cujo respeito é um factor essencial da paz, da justiça e do bem estar necessários para assegurar o desenvolvimento de relações amigáveis e de cooperação tanto entre si como entre todos os Estados.

Respeitarão constantemente estes direitos e liberdades das suas relações mútuas e procurarão promover, colectiva e individualmente, e ainda em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos mesmos.

Confirmam o direito do indivíduo a conhecer os seus direitos e obrigações nesta matéria e a agir em consequência.

No domínio dos direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, os Estados participantes actuarão em conformidade com os fins e princípios da Carta das Nações Unidas e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Cumprirão também as suas obrigações tal como foram definidas nos pertinentes acordos e declarações internacionais

sobre a matéria, incluindo, entre outros, os Pactos Internacionais sobre Direitos do Homem pelos quais podem estar ligados”.

Assinaram a Acta Final de Helsínquia a República Federal da Alemanha, República Democrática Alemã, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Checoslováquia, Chipre, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Lischenstein, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Noruega, Países baixos, Portugal, Reino Unido, Roménia, São Marinho, Santa Sé, Suécia, Suíça, Turquia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Jugoslávia.

Este documento mostra bem claramente que o problema dos direitos do homem não se circunscreve no âmbito de cada soberania, antes têm uma garantia internacional, e é de lamentar que Estados totalitaristas, tendo-o assinado, o desrespeitem flagrantemente, pretextando que os problemas dos direitos do homem dizem respeito a cada país e vão ao ponto de perseguir os que, nas suas fronteiras, procuram difundir o conhecimento e pugnar pela defesa de tais direitos.

A Igreja, a quem o Evangelho foi confiado, proclama ⁽¹³⁾ os direitos do homem, reconhecendo e tendo em grande conta o dinamismo do nosso tempo que, por toda a parte, dá um novo impulso a estes direitos. Tal movimento deve, porém — continua o documento conciliar — ser impregnado do espírito do Evangelho. Importa não cair na tentação de julgar que os direitos pessoais e de cada um só se realizam quando libertos de qualquer mandamento da Lei Divina, mas tal caminho longe de salvar a dignidade humana, levaria à sua completa aniquilação.

2. Tendo vivido a guerra e sofrido as suas consequências, notando que o totalitarismo desencadeara a guerra e que o perigo do totalitarismo se mantinha (totalitarismos de direita e de esquerda) e tendo assistido à violação dos mais elementares direitos do homem, os Governadores do Países que mais de perto tinham vivido a situação (Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Suécia e Reino Unido) resolveram criar uma organização política em ordem a trabalhar por uma unidade europeia de solidariedade entre os seus Membros, melhorar as condições de vida e desenvolver os valores humanos da Europa, defender os princípios da democracia parlamentar e o primado do direito com respeito pelos direitos do homem.

⁽¹³⁾ Gaudium et Spes, 41 § 3.

Assim nasceu o Conselho da Europa, a mais antiga organização política da Europa ocidental, cujos Estatutos ⁽¹⁴⁾ foram assinados, em Londres, em 5 de Maio de 1949.

Reafirmada a adesão aos valores espirituais e morais, que são o património comum da Europa ocidental, e que estão na origem dos princípios da liberdade individual, da liberdade política e do primado do Direito, sobre os quais se funda qualquer verdadeira democracia ⁽¹⁵⁾, indica-se como objectivo do Conselho da Europa, a realização de uma união mais estreita entre os seus Membros, a fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que são o seu património comum e de favorecer o seu progresso económico e social. Este objectivo será prosseguido, por meio dos órgãos do Conselho, através do exame de questões de interesse comum, pela conclusão de acordos e pela adopção de uma acção comum nos domínios económico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo, bem como pela salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. As questões relativas à defesa nacional não são porém, da competência do Conselho da Europa ⁽¹⁶⁾.

Todos os membros do Conselho da Europa reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, comprometendo-se a colaborar sincera e activamente na pressecução do objectivo do Conselho ⁽¹⁷⁾. Qualquer Estado europeu considerado capaz de se conformar com as obrigações do Estatuto ⁽¹⁸⁾, desejando-o, e após convite do Comité de Ministros, pode tornar-se Membros do Conselho da Europa ⁽¹⁹⁾.

3. A primeira iniciativa em ordem a uma Convenção Europeia dos Direitos do Homem partiu do Movimento Europeu, antes ainda da cons-

⁽¹⁴⁾ A sua tradução em português está publicada in Documentação e Direito Comparado, n.º 1, 711.

⁽¹⁵⁾ Estatuto do Conselho da Europa, Preâmbulo.

⁽¹⁶⁾ Estatuto do Conselho da Europa, art.º 1.º

⁽¹⁷⁾ Estatuto do Conselho da Europa, art.º 3.º

⁽¹⁸⁾ Estatuto do Conselho da Europa, art.º 4.º

⁽¹⁹⁾ São actuais Membros do Conselho da Europa: Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Espanha, França, República Federal da Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Liechtenstein, Malta, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido.

⁽²⁰⁾ A. H. Robertson, in Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, I, XXIII.

tituição do Conselho da Europa ⁽²⁰⁾. Em 12 de Julho de 1949, uma Secção Jurídica Internacional (presidida por Pierre-Henri Teitgen ⁽²¹⁾) e tendo como relatores David Maxwell-Fyfe e Fernando Dehousse, apresentou ao Comité de Ministros do Conselho da Europa um projecto de Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de Estatuto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A comunidade de ideais e de respeito pelos direitos do homem facilitou a conclusão e assinatura da Convenção pelos Estados Membros do Conselho da Europa em 4 de Novembro de 1950, decorridos apenas 15 meses sobre a constituição do Conselho da Europa, Convenção que promoveu internacionalmente o individuo a um ponto nunca antes atingido ⁽²²⁾.

No ponto de vista normativo e no que respeita aos direitos protegidos, a Convenção é mais precisa do que a Declaração Universal, mas sem reconhecer novos direitos e não abrangendo todos os referidos na Declaração Universal.

A originalidade da Convenção decorre dos mecanismos de aplicação mais completos e eficazes dos que existem no plano universal ⁽²³⁾.

Só os direitos que os Estados admitiram fossem objecto de uma garantia europeia, foram integrados na Convenção, isto porque é preferível ter uma garantia parcial, quiçá insuficiente, das liberdades e dos direitos humanos, a não ter qualquer garantia.

A Convenção vem trazer a possibilidade, então inédita, de o individuo se queixar perante instâncias internacionais do seu próprio Estado e de os Estados tomarem a defesa do homem para além da defesa diplomática devida aos dependentes da respectiva soberania ⁽²⁵⁾.

4. Não obstante o número limitado de direitos garantidos pela Convenção, esta ainda admite reservas ⁽²⁶⁾.

Reserva é, na definição da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969 ⁽²⁷⁾ é a declaração unilateral, seja qual

⁽²¹⁾ Pierre Teitgen foi Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 16 de Setembro de 1976 a 20 de Janeiro de 1980.

⁽²²⁾ Nguyen Quoc, Patrick Daillier e Alain Pellet, *Droit International Public*, 548.

⁽²³⁾ Hubert Thierry, Serge Sur, Jean Combacau, Charles Vallée, *Droit International Public*, 454.

⁽²⁴⁾ Teitgen, na sessão da Assembleia Consultativa, de 16 de Agosto de 1950, in *Recueil des Travaux Préparatoires*, , 283.

⁽²⁵⁾ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.ºs 24.º e 25.º.

⁽²⁶⁾ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 64.º.

⁽²⁷⁾ Portugal não é parte na Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

for a forma ou designação, feita pelo Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar ou aderir a um Tratado, em ordem a excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do Tratado no que a tal Estado respeita.

A reserva não pode ser incompatível com o objecto e fim do Tratado ⁽²⁸⁾, e pode ser levantada em qualquer altura, salvo disposição em contrário do próprio Tratado.

Como admitir a reserva em matéria de direitos do homem?

Sabido que, desde a assinatura ou ratificação da Convenção “todos os povos de todos os Estados signatários ficarão ao menos, imediatamente protegidos por um tratado internacional contra a diminuição dos direitos que já possuem” — Comentário do Movimento Europeu — é evidente a vantagem de permitir a assinatura ou ratificação, embora com reservas, já que estas não podem revestir um carácter geral ⁽²⁹⁾ e hão-de ter por base (no que à Convenção Europeia dos Direitos do Homem respeita), uma lei vigente ao tempo ⁽³⁰⁾.

Recordando o delegado Teitgen ao afirmar “ser muitas vezes imprudente pedir demais, por ser a maneira certa de ver tudo recusado”, bem como a sabedoria popular de que “o óptimo é inimigo do bom”, parece preferível aceitar a adesão à Convenção, reconhecendo assim o valor e a necessidade do respeito pelos direitos nela garantidos, permitindo-se embora a sua não aplicação integral de momento.

Ratificada a Convenção já não é possível ao Estado formular novas reservas. O facto da “reserva” importa o reconhecimento, por parte do Estado, de que a lei invocada não está conforme com a Convenção, parecendo envolver a obrigação moral, que não compromisso jurídico, de, logo que possível, proceder à alteração da lei. Não é lícito fazer reservas de legislação, (isto é, de vir a legislar em contrário à Convenção), mas apenas reserva particular sobre a lei vigente ⁽³¹⁾.

Serão possíveis reservas aos artigos que não podem ser objecto de derrogação, mesmo em casos excepcionais, artigos indicados no n.º 2 do art.º 15.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem?

⁽²⁸⁾ Convenção Europeia do Direito dos Tratados, art.º 19.º, alínea c).

⁽²⁹⁾ Ainda e mal, em 1977, no Ministério da Justiça se terá pensado numa reserva genérica do disposto na Constituição.

⁽³⁰⁾ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 64.º.

⁽³¹⁾ Pinheiro Farinha, Reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, in “A Defesa”, de 25 de Outubro de 1978.

”Embora não se encontre qualquer indicação expressa, parece razoável concluir que a proibição de derrogação vale como proibição de reserva.

Tal conclusão é evidente quando a reserva visa afastar a aplicação do artigo, pois tal equivaleria à possibilidade de o Estado proceder à derrogação sem respeitar as condições que a própria Convenção estabelece. Mas a identidade entre derrogação e reserva não é nem absoluta, nem geral, não sendo de afirmar categoricamente que a reserva é proibida por não ser possível a derrogação da norma da Convenção.

Tomemos dois exemplos:

Se o Estado não pode fazer reserva ao art.º 3.º da Convenção ”ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”, como a não pode fazer o § 1.º do art.º 4.º ”ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão”, tal como não resulta de o § 2.º do art.º 15.º proibir a derrogação das referidas disposições, mas de tais reservas serem incompatíveis com o fim da Convenção.

O critério determinante será o da compatibilidade: afastando-se a possibilidade de reservas a artigos em relação aos quais as derrogações não estão expressamente proibidas, já que uma ligação estreita entre derrogação e reserva pode levar a pensar que a não proibição das primeiras envolve autorização implícita para as segundas. Mas, este critério poderá tornar válidas reservas a artigos insusceptíveis de derrogação. A prática internacional fornece exemplo de tais reservas que me limito a indicar, deixando a cada um a apreciação sobre se tais reservas, são ou não abusivas ⁽³²⁾. O autor exemplifica com a reserva feita por Malta ao art.º 2.º da Convenção, alargando a legítima defesa do art.º 2.º, n.º 2, alínea a) à defesa dos bens; com a reserva feita por Portugal ao art.º 7.º, quanto à retroactividade no que concerne aos agentes da PIDE/DGS.

À comissão Europeia dos Direitos do Homem e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem compete apreciar, a propósito do “caso” em questão, da validade de reserva feita pelo Estado demandado ⁽³³⁾.

Ao ratificar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e seus Protocolos, Portugal formulou várias reservas (vide Lei 65/78, de 13 de Outubro), algumas impostas pela Constituição e outras por razões de

⁽³²⁾ e ⁽³³⁾ Pierre-Henri Imbert, *La Question des Reserves et les Convention en Matières de Droits de l'Homme*.

ordem política ⁽³⁴⁾. Algumas das reservas não se justificam e bem fora que algum dos partidos democráticos tivesse tomado a iniciativa de, na Assembleia da República, mesmo antes de revista a Constituição propor o levantamento de algumas das reservas.

A reserva feita ao art.º 1.º do Protocolo n.º 1 provocou reacção por parte de vários Estados, nomeadamente da República Federal da Alemanha Reino Unido ⁽³⁵⁾ e França ⁽³⁶⁾, informando-nos Pierre Henri Imbert ⁽³⁷⁾ ter sido a primeira vez que uma reserva à Convenção Europeia dos Direitos do Homem suscitou reacções oficiais dos outros Estados Partes na Convenção, chegando a ser postas, por escrito, questões ao Conselho e à Comissão das Comunidades Europeias ⁽³⁸⁾.

5. Entre os direitos garantidos pela Convenção importa considerar:

A

Os que não podem ser objecto de derrogação, mesmo em situação de guerra ou de crise política e social ⁽³⁹⁾, a saber:

O *direito à vida* ⁽⁴⁰⁾, salvo quando no caso de morte resultante de actos lícitos de guerra.

Ninguém poderá ser internacionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal por crime punido com tal pena pela lei.

Não foi ainda abolida a pena de morte em todos os países do Conselho da Europa, o que lamentamos; esperamos que tal abolição não tarde, e nesse sentido é de sublinhar a campanha do Ministro da Justiça austríaco Broda e de referir que o Governo socialista francês também já aboliu a pena capital.

⁽³⁴⁾ *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXI, 13.

⁽³⁵⁾ *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXII, 17.

⁽³⁶⁾ *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXII, 21.

⁽³⁷⁾ Pierre-Henri Imbert, *La Question des Reserves et Les Conventions en Matière de Droits de l'Homme*.

⁽³⁸⁾ *Annuaire*, XXI, 804.

⁽³⁹⁾ *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, art.º 15.º.

⁽⁴⁰⁾ *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, art.º 2.º.

Não se considera como violador do artigo o facto de a morte resultar do recurso à força, tornando *absolutamente necessário*, para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal, para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente e ainda para reprimir, *em conformidade com a lei*, uma revolta ou uma insurreição. Os casos referidos como não infringindo o direito à vida só assim são considerados quando absolutamente necessários e proporcionais ao mal que se pretende evitar.

Não diz o art.º 2.º da Convenção desde quando começa o direito à vida ao contrário da Convenção americana dos direitos do Homem ⁽⁴¹⁾, que diz ser a vida protegida, em princípio, desde a concepção.

A prática do aborto será um acto violador da Convenção Europeia dos Direitos do Homem? O Tribunal europeu dos Direitos do Homem ainda não foi chamado a pronunciar-se sobre o problema, mas quanto a mim, não tenho dúvida que *tanto o aborto como a eutanásia são condenáveis e atentam contra a vida* ⁽⁴²⁾ e o Comité de Ministros do Conselho da Europa já decidiu ⁽⁴³⁾ que a interrupção da gravidez se não situa exclusivamente no domínio da vida privada da mãe.

— *Direito a não ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamento desumano ou degradante* ⁽⁴²⁾, importando recordar que certas técnicas policiais ⁽⁴⁵⁾ violam este artigo, tal como ofende a Convenção a pena de flagelação ⁽⁴⁶⁾, e que a extradição ou expulsão ⁽⁴⁷⁾, para países em que a tortura é praticada ou permitida pelas instâncias governamentais contraria o art.º 3.º da Convenção:

— *Direito a não ser mantido em escravidão ou servidão* ⁽⁴⁸⁾.

(41) Convenção Americana dos Direitos do Homem, art.º 4.º.

(42) Pinheiro Farinha, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 16.

(43) Resolução de 17 de Março de 1978, in *Annuaire*, XXI, 639.

(44) Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 3.º.

(45) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 18 de Janeiro de 1978, in *Annuaire*, XXI, 605.

(46) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 25 de Abril de 1978, in *Annuaire*, XXI, 613.

(47) Recomendação 768 (1975) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, in *Annuaire*, XVIII, 65.

(48) Convenção, art.º 4.º, n.º 1.

— *Direito à não retroactividade da lei penal* ⁽⁴⁹⁾, sendo certo que a execução da pena imposta não está contemplada ⁽⁵⁰⁾. Portugal fez reserva quanto à incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE/DGS ⁽⁵¹⁾.

B

Alguns dos Direitos garantidos pela Convenção podem ⁽⁵²⁾ sofrer derrogações em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, mas *apenas na estrita medida em que o exigir e a situação*, devendo disso ser completamente informado o secretário-geral do Conselho da Europa e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem compete ⁽⁵³⁾ apreciar se a situação de “caso de guerra” ou “de perigo público ameaçando a vida da Nação se verifica e se as medidas de excepção se limitam ao mínimo exigido pela situação.

São tais direitos:

— *O de não ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório* ⁽⁵⁴⁾, não se considerando como tal o normalmente exigido a uma pessoa submetida a detenção legal ou em liberdade condicional, o serviço militar ou o que o substitua para os objectores de consciência, o exigido no caso de crise ou calamidade que ameacem a vida ou o bem estar da comunidade, bem como qualquer trabalho ou serviço que fizer parte das obrigações cívicas normais. Portugal fez ⁽⁵⁵⁾ uma reserva desnecessária e que bem poderia e deveria ter sido já levantada.

— *Direito à Liberdade e segurança* ⁽⁵⁶⁾, que significa a garantia contra a detenção ilegal e fora dos casos expressamente referidos no art.º 5.º

⁽⁴⁹⁾ Convenção, art.º 7.º.

⁽⁵⁰⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 23 de Maio de 1966, in *Annuaire*, IX, 175.

⁽⁵¹⁾ Lei n.º 65/78, art.º 2.º, alínea b).

⁽⁵²⁾ Convenção, art.º 15.º.

⁽⁵³⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 1 de Julho de 1961, in *Annuaire*, IV, 431.

⁽⁵⁴⁾ Convenção, art.º 4.º, n.º 2.

⁽⁵⁵⁾ Lei n.º 65/78, art.º 2, alínea e).

⁽⁵⁶⁾ Convenção, art.º 5.º.

da Convenção, a obrigação para o Estado de apresentar o detido, quando a prisão não fôr ordenada por um tribunal, imediatamente a um juiz ou outro magistrado exercendo funções judiciais, o direito a não detenção, mesmo conforme a lei, por um período de tempo além do razoável e garantido ainda o direito a indemnização à vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às previstas na Convenção.

Portugal fez uma reserva à Convenção ⁽⁵⁷⁾; bem melhor fora que se alterasse o Regulamento de Disciplina Militar.

— *Direito a julgamento equitativo público e célere* ⁽⁵⁸⁾ quanto a direitos e obrigações de carácter civil e acusação em matéria penal, e à *presunção de inocência* até que a culpabilidade tenha sido legalmente provada, sendo certo que o que se denomina normalmente por “igualdade de armas”, nomeadamente a igualdade de direitos processuais do acusado e do M.P., é um elemento necessário de todo o processo equitativo ⁽⁵⁹⁾. Esta garantia abrange, embora o não refira expressamente, o direito de acesso aos tribunais ⁽⁶⁰⁾.

— *Direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência* ⁽⁶¹⁾, só sendo permitida a ingerência da autoridade pública no exercício deste direito em casos previstos na lei e tendo em vista a protecção de certos fins e direitos referidos na própria norma Convencional, sendo que o direito do respeito à correspondência não pode ser invocado quanto ao exercício e no exercício de funções oficiais ⁽⁶²⁾.

— *Liberdade de pensamento, consciência e religião* ⁽⁶³⁾, abrangendo a liberdade de manifestar a sua religião, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e de celebração de ritos. As restrições à liberdade de manifestar a sua religião ou convicção, só é permitida quando prevista na lei e nos casos contemplados na própria Convenção.

Creio que este artigo da Convenção protege o direito do objector de consciência para além do que respeita ao serviço militar. O médico ou

⁽⁵⁷⁾ Lei n.º 65/78, art.º 2.º, alínea a).

⁽⁵⁸⁾ Convenção, art.º 6.º.

⁽⁵⁹⁾ Resolução do Comité de Ministros de 5 de Abril de 1963, in *Annuaire*, VI, 709.

⁽⁶⁰⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 21 de Fevereiro de 1975, in *Annuaire*, XVIII, 291.

⁽⁶¹⁾ Convenção, art.º 8.º.

⁽⁶²⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 31 de Maio de 1974, in *Annuaire*, XVII, 339.

⁽⁶³⁾ Convenção, art.º 9.º.

enfermeiro têm o direito de se recusarem a praticar o aborto (mesmo, do que Deus nos defenda, se vier a ser legalmente permitido) ou a ministrar drogas que o produzam, como o professor tem o direito de se recusar a fazer a apologia de doutrina ou sistema que contrarie a sua consciência ou a doutrina que professa ⁽⁶⁴⁾.

— *Liberdade de expressão* ⁽⁶⁵⁾, compreendendo a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. É certo que o exercício destas liberdades, implicando deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas na lei que constituam providências necessárias para salvaguardar de determinados interesses que a Convenção refere.

Portugal fez uma reserva no que concerne a propriedade da televisão ⁽⁶⁶⁾.

O princípio da liberdade de expressão tem especial incidência ⁽⁶⁷⁾ no que respeita à imprensa e aplica-se nomeadamente no que concerne à administração da justiça, não podendo a imprensa ultrapassar os limites impostos por uma boa administração da justiça, mas cumprindo-lhe comunicar informações sobre o que se passa nos tribunais, nos mesmos termos em que o faz para outros sectores de interesse público. Ao direito da imprensa de difundir informações corresponde o direito do público de as receber.

— *Direito à liberdade de reunião pacífica e de associação* ⁽⁶⁸⁾, nomeadamente o de fundar e filiar-se em sindicatos. As restrições ao exercício deste direito só são admissíveis quando previstas na lei e para defesa dos interesses expressamente referidos na Convenção.

Portugal fez uma reserva quanto a este direito ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁴⁾ Pinheiro Farinha, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 43.

⁽⁶⁵⁾ Convenção, art.º 10.º.

⁽⁶⁶⁾ Lei n.º 65/78, art.º 2.º, alínea c).

⁽⁶⁷⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 26 de Abril de 1979, in *Annuaire*, XXII, 403.

⁽⁶⁸⁾ Convenção, art.º 11.º.

⁽⁶⁹⁾ Lei n.º 65/78, art.º 2.º, alínea d) e f).

Este direito impõe-se aos Estados, na sua qualidade de legislador como na de dador de trabalho e tanto, no caso de as relações laborais serem disciplinadas pelo direito público, como reguladas pelo direito privado (70).

A obrigatoriedade de inscrição nas Ordens não viola o direito de liberdade de associação (71) e, embora se discuta se é garantido o direito à não associação, tenho como líquido que o é (72).

— Direito a, *atingida a idade núbil, casar-se e constituir família, segundo as leis nacionais* (73), o que não significa que todos os efeitos e consequências jurídicas decorrentes do casamento sejam extensivas a situações de facto que com a família fundada no casamento tenham alguma semelhança (74).

— *Direito a recurso perante instância nacional* (75), com fundamento em violações à Convenção, cometidas por pessoas actuando no exercício das funções oficiais, instância que pode não ser um tribunal, importando porém (76) que por suas competências e garantias processuais assegure um recurso efectivo.

— *Direito à não discriminação* (77), sendo certo que num Estado com comunidades culturais diversas, imperativos morais e sociais próprios podem justificar uma diferente legislação (78).

— *Respeito dos bens e propriedade particular* (79), com as restrições impostas pelo interesse geral. Portugal fez uma reserva que mereceu a crítica dura de alguns outros Estados membros do Conselho da Europa.

(70) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Fevereiro de 1977, in *Annuaire*, XIX, 479.

(71) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 26 de Junho de 1981, no caso *Le Compte, Van Leuven e de Meyere*, contra a Bélgica.

(72) Minha opinião separada no caso "Young, James e Webster" contra o Reino Unido.

(73) Convenção, art.º 12.º.

(74) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 13 de Junho de 1979, no caso "Marchx" contra a Bélgica.

(75) Convenção, art.º 13.º.

(76) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Setembro de 1978, in *Annuaire*, XXI, 623.

(77) Convenção, art.º 14.º.

(78) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 22 de Outubro de 1981, no caso "Dudgeon" contra o Reino Unido.

(79) Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 1.º.

— *Direito à instrução* ⁽⁸⁰⁾ *com respeito pelas convicções religiosas e filosóficas dos pais.*

Portugal fez uma reserva ⁽⁸¹⁾, a meu ver, desnecessária e não razoável.

Quando da discussão do Protocolo, a delegada alemã, Rehling afirmou “Permito-me lembrar que os pais cristãos tomam solenemente, quando fazem baptizar os filhos, o compromisso de os educar na fé cristã. A minha convicção de mãe é a de ser responsável pelos meus filhos e que nenhum Ministro do Estado poderá substituir-me em tal tarefa” ⁽⁸²⁾.

Creio que o direito de acesso por todos às escolas existentes e o art.º 14.º da Convenção — gozo dos direitos em plena igualdade e sem distinção derivada nomeadamente dos meios de fortuna — aponta para o subsídio ao ensino particular por parte do Estado, se bem que tal matéria exorbite do quadro da Convenção e dos Protocolos Adicionais ⁽⁸³⁾.

O direito à instrução importa a produção de efeitos úteis e a possibilidade de tirar benefícios do ensino recebido, nomeadamente o reconhecimento oficial dos estudos feitos ⁽⁸⁴⁾.

A educação dada nas escolas públicas deve conformar-se com os comandos deste art.º 2.º ⁽⁸⁵⁾ e o direito dos pais ao respeito pelas suas convicções religiosas e filosóficas impõe-se ao conjunto do programa do ensino público ⁽⁸⁶⁾, sendo certo que a aplicação de castigos corporais aos alunos pode violar este artigo do Protocolo ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁰⁾ Primeiro Protocolo, art.º 2.º.

⁽⁸¹⁾ Lei n.º 65/78, art.º 4.º, alínea b).

⁽⁸²⁾ Sessão de 8 de Dezembro de 1951, da Assembleia Consultativa do Conselho da Europa.

⁽⁸³⁾ Pinheiro Farinha — Direitos e Garantias, in *Osservatore Romano*, edição portuguesa, IX, de 5 de Março de 1978.

⁽⁸⁴⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 23 de Julho de 1968, in *Annuaire*, XI, 833.

⁽⁸⁵⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem de 9 de Março de 1977, in *Annuaire*, XX, 215.

⁽⁸⁶⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 7 de Dezembro de 1976, in *Annuaire*, XIX, 503.

⁽⁸⁷⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 25 de Fevereiro de 1982, no “caso Campbell e Cosans”, contra o Reino Unido.

- *Direito a eleições legislativas livres e periódicas* ⁽⁸⁸⁾, o que não impede a obrigatoriedade do voto ⁽⁸⁹⁾ e não impede a exclusão do escrutínio de certas categorias de cidadãos, nomeadamente os condenados em cumprimento de pena ⁽⁹⁰⁾, desde que a exclusão não seja de forma a impedir a livre opinião do povo sobre a escolha do corpo legislativo ⁽⁹¹⁾.

- *Não privação de liberdade por incumprimento de obrigações contratuais* ⁽⁹²⁾.

- *Liberdade de circulação e escolha de residência* ⁽⁹³⁾, salvo as restrições impostas por lei para um dos fins indicados no próprio Protocolo.
Entre a privação de liberdade (art.º 5 da Convenção e a restrição à liberdade (Protocolo Adicional n.º 4, art.º 2.º) há mera diferença de grau e de intensidade ⁽⁹⁴⁾.

- *Direito à não expulsão e de entrada no território do Estado de que se é cidadão* ⁽⁹⁵⁾.

- *Direito dos estrangeiros à não expulsão colectiva* ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁸⁸⁾ Primeiro Protocolo, art.º 3.º.

⁽⁸⁹⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 22 de Abril de 1965, in *Annuaire*, VIII, 169.

⁽⁹⁰⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 6 de Outubro de 1967, in *Annuaire*, X, 337.

⁽⁹¹⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 30 de Maio de 1961, in *Annuaire*, IV, 261.

⁽⁹²⁾ Quarto Protocolo Adicional à Convenção, art.º 1.º.

⁽⁹³⁾ Quarto Protocolo Adicional à Convenção, art.º 2.º.

⁽⁹⁴⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Abril de 1980, no “caso Guzzardi” contra a Itália.

Importa referir que “nenhumas das disposições da Convenção” e seus Protocolos, “se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo, qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos e liberdades reconhecidas na Convenção” ou seus Protocolos “ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades que as previstas na Convenção” (97) e seus Protocolos, pois importa não dar às pessoas mal intencionadas a possibilidade de estabelecer um governo totalitário que reduziria a nada os direitos do homem (98) e (99).

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem já decidiu no sentido de ser lícita a proibição de existência de partidos e associações totalitários de esquerda e de direita, proibição que não viola a Convenção. Recordando as palavras do Representante da França, P. Teitgen (100), dir-se-á: “É legítimo e necessário limitar por vezes, quiçá restringir, as liberdades individuais para permitir a todos exercitar pacificamente a liberdade e assegurar o primado da moral, do bem geral e da utilidade pública. Quando o Estado define, organiza, regulamenta ou limita as liberdades por este motivo, no interesse geral, cumpre o seu dever. Tal conduta é legítima. Mas se intervém para suprimir, restringir ou limitar as liberdades por razões de Estado, para se proteger, segundo a tendência política a que pertence, da oposição que julga perigosa, destruindo a liberdade fundamental que lhe cumpre assegurar, intervém contra o interesse geral”.

Sintetizando:

“Um dos fenómenos mais importantes dos últimos 30 anos é, sem qualquer espécie de dúvida, o desenvolvimento dos direitos do homem.

(95) Quarto Protocolo, art.º 3.º.

(96) Quarto Protocolo, art.º 4.º.

(97) Convenção, art.º 17.º.

(98) Palavras de David Maxwell Fyfe, representante do Reino Unido, na sessão de 19 de Agosto de 1949 da Assembleia Consultativa do Conselho da Europa, in *Recueil des Travaux Préparatoires*, I, 119.

(99) Norbert Paul Engel informa in “Conseil de l'Europe que dos 156 Estados membros da ONU só 30 têm regimes democráticos.

(100) Sessão da Assembleia Consultativa do Conselho da Europa, de 7 de Setembro de 1949, in *Recueil des Travaux Préparatoires*, I, 279.

Através de inumeráveis crises e regressões, pode-se verificar uma tomada de consciência mundial assegurando ao indivíduo em todos os domínios da vida, o desenvolvimento da personalidade. Mesmo quando o assento posto nos direitos do homem é acompanhado de preocupações políticas, é muito positiva e merecedora de particular atenção, a evolução referida” (101), sendo certo que os direitos do homem estão ligados a vários factores que os explicam e permitem compreender a respectiva evolução: factores políticos, históricos, económicos, técnicos, culturais e religiosos (102).

“Os direitos do homem limitam todos os programas, lembrando que estes não são um fim, mas meios ao serviço do homem” (103) e a Declaração de 1948 (104) tem uma vocação e âmbito universal (105), aparecendo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem como reafirmação dos princípios da Declaração Universal, criando mecanismos de aplicação realista; Convenção saudada com entusiasmo pela geração que suportou os horrores da guerra (106).

Os factores políticos limitaram a Convenção à protecção de alguns direitos, não abrangendo todos os referidos na Declaração Universal; a necessidade de um consenso nos direitos com garantia jurídica eficaz impôs essa limitação (107), sendo certo que o carácter de protecção real

(101) Yves Madiot, *Droits de l'Homme et libertés publiques*, 11.

(102) Yves Madiot, *ob. cit.*, 31.

(103) Guy Aurenche, *L'Aujourd'hui des droits de l'homme*, 8.

(104) Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1948, aprovada por 48 votos e 8 abstenções (dos 6 Estados comunistas que pretendiam se insisterem nos deveres do indivíduo para com o Estado e receavam a ingerência da ONU nos assuntos internos dos Estados, da África do Sul que entendia não caberem na declaração os direitos económicos e sociais e a Arábia Saudita que se opunha à liberdade religiosa. A Declaração foi publicada e traduzida no *Diário da República*, 1.ª Série, de 9 de Março de 1978.

(105) Aurenche, *ob. cit.*, 50.

(106) Gabriel Matagrín, *Un Eveque et les Droits de l'Homme*, in Guy Aurenche, *L'aujourd'hui des droits de l'homme*, 188.

(107) Factores políticos impediram que a Convenção contemplasse o direito de propriedade e os direitos à instrução e a eleições livres (que viriam a ser completados no Primeiro Protocolo adicional), os direitos à não prisão por dívidas, liberdade de circulação e de escolha de residência, de não expulsão e entrada no País de que se é cidadão, à não expulsão colectiva dos estrangeiros (consagrados no Quarto Protocolo Adicional).

e a garantia supra nacional permite considerar a Convenção como, de longe, o mecanismo mais bem elaborado de protecção dos direitos do homem ⁽¹⁰⁸⁾.

Outros direitos não susceptíveis de garantia judiciária dificilmente poderiam ser incluídos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O Conselho da Europa não parou na defesa, que se lhe impôs, dos direitos do homem: assinada a Convenção, em 4 de Novembro de 1950, logo os direitos garantidos foram ampliados pelo Primeiro Protocolo assinado em 20 de Março de 1952 e pelo Quarto Protocolo assinado em 16 de Setembro de 1963, estando em curso trabalhos de peritos em ordem à extensão de garantia europeia a outros direitos.

A Convenção não poderá, porém, ser invocada para destruir as liberdades nela proclamadas. “A disposição do art.º 17.º, de defesa da sociedade democrática, corresponde ao clima político dos anos 50 e à necessidade de se opôr à ameaça comunista ⁽¹⁰⁹⁾ ou ao reaparecimento da ideologia nazi.

Na caminhada histórica na defesa e afirmação dos direitos do homem importa ter presente que o “cristianismo constituiu uma época fundamental, valorizando o indivíduo e afirmando tanto a dignidade humana como a igualdade entre os homens. A existência da lei divina, o amor do próximo, a solidariedade humana constituíram as bases da sociedade ocidental. S. Tomaz de Aquino, condenando os governos tirânicos, distinguindo as leis justas das injustas, enunciando deveres e direitos dos príncipes, contribuiu para libertação do indivíduo” ⁽¹¹⁰⁾.

Por manifesto interesse, traduzo o depoimento do Bispo de Grenoble, Gabriel Matagrín ⁽¹¹¹⁾:

“Tive a alegria de poder votar dois textos que enriquecem a doutrina da Igreja na matéria que nos interessa; a constituição “A Igreja no mundo de hoje” e o “Decreto sobre a Liberdade Religiosa. O interesse da primeira parte da “Gaudium et Spes” é a de sublinhar o valor e a grandeza do homem — sem ocultar a sua fragilidade e miséria — dignidade da pessoa humana, dignidade da inteligência, dignidade da consciência moral, valor da sabedoria e grandeza da liberdade. A Igreja esforçou-se assim em destacar as realidades e valores essenciais sobre os quais os homens estão lar-

⁽¹⁰⁸⁾ Philippe Manin, *Droit International Public*, 211.

⁽¹⁰⁹⁾ Yves Madiot, *ob. cit.*, 85.

⁽¹¹⁰⁾ Yves Madiot, *ob. cit.*, 41.

⁽¹¹¹⁾ In Guy Aurenche, *ob. cit.*, 191.

gamente de acordo. Podem, também, servir de sólido fundamento à leal colaboração com os que, na encíclica “Pacem in terris” João XXIII denominou homens de boa vontade, encíclica onde, o Papa referiu de maneira clara o laço entre o respeito dos direitos do homem, inseparáveis dos correlativos deveres, e a construção da paz baseada nos quatro pilares da verdade, justiça, solidariedade e liberdade. O Concílio encarou esta visão do homem e a afirmação da dignidade da pessoa humana como uma infraestrutura que a Igreja deve respeitar, integrando-a na sua própria concepção do “o mistério do homem só no mistério do Verbo incarnado atinge a verdadeira luz”. A revelação mostra a origem do homem e a sua vocação última. O homem foi criado à imagem de Deus, aí se encontra a origem da sua grandeza. Esta imagem foi desfigurada pelo pecado: aí a razão da sua miséria. Jesus Cristo restaurou no homem a imagem de Deus: aí a origem da sua esperança. Optimismo trágico no dizer de Emmanuel Mounier.

No que concerne ao Decreto sobre a liberdade religiosa, pôs felizmente fim ao divórcio entre a Igreja Católica, o espírito dos homens verdadeiramente empenhados na instauração de uma verdadeira democracia ⁽¹¹²⁾, e as constituições de muitos Estados. A liberdade religiosa é expressamente reconhecida pela Igreja como um direito do homem, tratado do indivíduo ou da colectividade. Tal liberdade aparece como uma das componentes fundamentais dos direitos do homem, fundada na dignidade da pessoa humana.

O mesmo Bispo continua:

“Depois de 1965, um certo número de documentos da Igreja vieram completar a obra de João XXIII e do Concílio. Para ficarmos pelo essencial, referir-se-ão as mensagens dirigidas por Paulo VI à ONU, quando do vigésimo e vigésimo quinto aniversários da publicação da *Declaração*, assim como a mensagem conjunta do Papa e membros do Sínodo dos Bispos às conferências de Helsínquia e de Belgrado e ainda as rigorosas intervenções de João Paulo II que quiz ser e é reconhecido como testemunha e defensor dos direitos do homem.

Na sua Primeira Encíclica “O Redentor do Homem”, lembra o Papa, os esforços em ordem a dar vida à ONU, “esforços visando a definir e estabelecer os direitos objectivos e invioláveis do homem, compromete-

⁽¹¹²⁾ Informa Norbert Paul Engel, in “Conseil de l’Europe”, que entre os 156 Estados membros da ONU se contam apenas 30 democracias.

tendo os Estados Membros no rigoroso respeito de tais direitos". A garantia dos direitos do homem aparece como "princípio fundamental dos esforços desenvolvidos para bem do homem" e "está na base da paz social e internacional". Necessário é não ficar pela aceitação da "letra" dos direitos do homem, esforçando-se na realização do "espírito". Em todo o seu magistério, não deixa João Paulo II de sublinhar o fundamento teológico da defesa dos direitos do homem pela Igreja" e mais à frente "O conhecimento pela Revelação da Verdade de Jesus Cristo, verdadeiro homem e verdadeiro Deus, contém o conhecimento revelado da verdade do homem, do homem "concreto", "histórico", visto na sua realidade única e na totalidade das suas dimensões".

Não ficará inteiramente deslocado referir o pensamento de Monseñor Matagrín quanto à responsabilidade dos Bispos: "Se a primeira responsabilidade do Bispo é o anúncio da palavra de Deus, tal responsabilidade implica o lembrar, oportuna e inoportunamente, a dignidade do homem, de todo o homem, bem como a necessidade de defender, garantir e promover o conjunto de tais direitos?"

II

6. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e seus Protocolos assinados pelo Estado Português ⁽¹¹³⁾, publicados no Diário da República ⁽¹¹⁴⁾ e ratificados ⁽¹¹⁵⁾, vigoram na ordem interna portuguesa ⁽¹¹⁶⁾, daí que os tribunais nacionais tenham, no âmbito da competência e segundo o processo estabelecido na lei interna, poderes para interpretar a Convenção e seus Protocolos, bem como para julgar das violações aos mesmos instrumentos.

Devem exercer esta competência tendo presentes os princípios orientadores da interpretação dos Tratados.

(113) Portugal assinou, em 22 de Novembro de 1976, a Convenção e os Primeiro, Terceiro e Quinto Protocolos Adicionais; em 27 de Janeiro de 1977, o Segundo Protocolo e, em 27 de Abril de 1978, o Quarto Protocolo Adicional.

(114) A Convenção e os seus Protocolos Adicionais foram publicados no Diário da República, I Série, de 13 de Outubro de 1978.

(115) Os instrumentos de ratificação foram depositados junto do Secretário Geral do Conselho da Europa, em 8 de Novembro de 1978.

(116) Constituição da república, art.º 8.º, n.º 2.

(117) Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 13.º.

Mesmo nos Estados em que a Convenção não vigora como direito interno, existe a obrigação de ⁽¹¹⁷⁾ estabelecer uma instância nacional para a qual caiba recurso quando violados, por pessoas que actuem no exercício de funções oficiais, os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e Protocolos. Esta instância não tem necessariamente de ser uma instância judiciária, mas importa que pela sua competência e garantias processuais assegure um recurso efectivo ⁽¹¹⁸⁾. A aplicação do direito internacional aos particulares coloca-se ⁽¹¹⁹⁾ antes de mais no quadro das relações do indivíduo com o seu próprio Estado, pelo que relevam do direito nacional a existência e competência de órgãos e recursos internos para levar o Estado ao cumprimento das normas internacionais.

Mesmo no que respeita à Convenção Europeia dos Direitos do Homem pertence aos Estados a primeira oportunidade de remediar a falta cometida ⁽¹²⁰⁾, sendo o esgotamento dos recursos internos ⁽¹²¹⁾ condição de admissibilidade da queixa pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

Só importa, para efeito de recurso às instâncias de Estrasburgo, que se hajam esgotado os recursos internos, acessíveis, eficazes e adequados ⁽¹²²⁾.

7. Se bem que a interpretação interna seja totalmente autónoma e independente da interpretação internacional ⁽¹²³⁾, a verdade é que deve haver um esforço das jurisdições nacionais em ordem a uma interpretação uniforme dos Tratados pelas jurisdições internas das várias Partes.

A alínea *d*) do n.º 1 do art.º 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça refere as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados dos diferentes Estados, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito internacional, sendo certo, porém, que a interpretação do juiz nacional não é oponível aos outros Estados ⁽¹²⁴⁾, mas dela pode resultar responsabilidade internacional.

⁽¹¹⁸⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Setembro de 1978, in *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXI, 623.

⁽¹¹⁹⁾ Manier, *ob. cit.*, 159.

⁽¹²⁰⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 6 de Março de 1964, in *Annuaire*, VII, 253.

⁽¹²¹⁾ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 26.º.

⁽¹²²⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Novembro de 1980 — “Caso Van Oosterwijck”.

⁽¹²³⁾ Philippe Manin, *Droit International Public*, 168.

⁽¹²⁴⁾ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailier, Alain Pellet, *Droit International Public*, 241.

A jurisprudência interna dos vários Estados é tida em conta, como meio auxiliar, para a aplicação e interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pela Comissão e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se bem que estes devem fazer uma interpretação também autónoma e não necessariamente coincidente com as interpretações das jurisdições nacionais que bem podem ser diferentes umas das outras.

Em ordem a possibilitar o conhecimento da jurisprudência dos vários Estados no que concerne à Convenção, o Anuário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem contém decisões dos tribunais internos.

É natural e desejável que os tribunais dos vários Estados procurem conhecer como a Convenção tem sido interpretada em outros Estados e façam esforços em ordem a uma só e idêntica interpretação do mesmo texto que a todas as Altas Partes Contratantes obriga.

8. Os órgãos de controle internacional, criados pela Convenção a fim de assegurar o respeito dos compromissos que dela resultam para as Altas Partes Contratantes, são a Comissão Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ⁽¹²⁵⁾, tendo ainda importantes atribuições, no que concerne ao respeito da Convenção, o Comité de Ministros do Conselho da Europa.

a) Comissão Europeia dos Direitos do Homem: ⁽¹²⁶⁾

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem é composta por tantos Membros quantas as Altas Partes Contratantes da Convenção, membros eleitos, por maioria absoluta de votos, pelo Comité de Ministros entre três candidatos apresentados pelos Parlamentos de cada Estado ⁽¹²⁷⁾.

Qualquer dos Estados, Parte na Convenção, pode denunciar à Comissão uma violação à Convenção cometida por outro Estado, também Parte, independentemente de dever ou não protecção diplomática à vítima de tal violação ⁽¹²⁸⁾, sendo certo que o Governo reconhecido no plano internacional como tal, tem legitimidade para introduzir queixas perante a Comissão, não obstante qualquer vício constitucional na sua formação e funcionamento ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁵⁾ Convenção, art.º 19.º.

⁽¹²⁶⁾ Pinheiro Farinha. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 2, 266.

⁽¹²⁷⁾ Convenção, art.ºs 20.º e 21.º.

⁽¹²⁸⁾ Convenção, art.º 24.º.

⁽¹²⁹⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 26 de Maio de 1975, in *Annuaire*, XVIII, 83.

A Comissão pode ainda conhecer de qualquer petição por violação da Convenção cometida por um dos Estados ⁽¹³⁰⁾ (acto do Legislador, do Governo, dos Tribunais, da Autoridade) que seja apresentada pela vítima (pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares), desde que o Estado demandado haja declarado reconhecer a competência da Comissão nesta matéria ⁽¹³¹⁾.

Reconheceram o direito de recurso individual: Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, República Federal da Alemanha, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal ⁽¹³²⁾, Espanha, Suécia, Suíça e Reino Unido. Não reconhecem o direito de recurso individual: Chipre, Grécia, Liechtenstein, Malta e Turquia.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem tem por atribuições *filtrar as queixas*, não admitindo as que não se revistam de seriedade, proceder à instrução do caso e *procurar que as partes cheguem a uma conclusão amigável*.

Da decisão da Comissão que declare a queixa inadmissível não há qualquer recurso.

São motivos de indeferimento pela Comissão:

A incompetência da Comissão *ratione temporis*, se a queixa se referir a factos anteriores à vigência da Convenção no Estado demandado ⁽¹³³⁾, ou posteriores à sua denúncia ⁽¹³⁴⁾;

A *incompetência ratione materiae* ⁽¹³⁵⁾, se a queixa se fundar na ofensa a direitos não garantidos na Convenção ⁽¹³⁶⁾;

A *incompetência ratione personae*, se a queixa se referir a acto praticado por pessoa que não faça incorrer o Estado em responsabilidade ⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁰⁾ Sempre que, a partir daqui, se falar em "Estados" deve entender-se a referência às "Altas Partes Contratantes da Convenção".

⁽¹³¹⁾ Convenção, art.º 25.º.

⁽¹³²⁾ Por 2 anos, renováveis por igual período.

⁽¹³³⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 3 de Julho de 1979, na queixa apresentada contra Portugal por militares saneados em Setembro de 1974, in Documentação e Direito Comparado, n.º 4, 277.

⁽¹³⁴⁾ Convenção, art.º 65.º.

⁽¹³⁵⁾ Convenção, art.º 27.º, n.º 2.

⁽¹³⁶⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 10 de Julho de 1980, na queixa apresentada contra Portugal por militar mandado passar à reserva.

⁽¹³⁷⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1976, na queixa apresentada contra o Reino Unido por actos de um "solicitador", in Décisions et Rapports, n.º 8, 103.

A *ilegitimidade do requerente*, se não se tratar da vítima (138), não admitindo a Convenção a acção popular (139), entendendo-se, porém, como vítima não só a vítima directa da violação em causa, como qualquer vítima indirecta a quem tal violação cause prejuízo ou com interesse pessoal e legítimo em pôr cobro à violação (140).

O *anonimato da queixa*, a *identidade com outra queixa* já examinada pela Comissão ou se a mesma tiver já sido submetida a outra instância internacional (141) não se apresentando factos novos;

A *incompatibilidade com as disposições da Convenção* (142), não podendo as correntes totalitárias invocar em seu favor os princípios da Convenção, servindo-se dos direitos da liberdade para suprimir os direitos do homem (143);

A *manifesta improcedência da queixa* ou a *queixa abusiva* (144);

O *esgotamento dos recursos internos* (145), esgotamento não exigível quando os factos, objecto da queixa, constituam uma prática corrente administrativa (146), podendo também uma jurisprudência constante constituir circunstância particular, dispensando, face aos princípios de direito internacional geralmente reconhecidos, o requerente de esgotar os recursos internos (147). Apenas se exige que se esgotem os recursos internos acessíveis e adequados à reparação (148), cabendo ao Estado, que excepçiona, a indicação de tais recursos (149).

(138) Convenção, art.º 25.º.

(139) Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 11 de Junho de 1977, in *Annuaire*, XX, 561.

(140) Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 18 de Dezembro de 1964, in *Annuaire*, VI, 621.

(141) Convenção, art.º 27.º, n.º 1.

(142) Convenção, art.º 27.º, n.º 2.

(143) Benvenuti, Representante da Itália, na versão da Assembleia Consultativa do Conselho da Europa, de 8 de Setembro de 1949, in *Recueil des Travaux Préparatoires*, II, 137.

(144) Convenção, art.º 27.º, n.º 2.

(145) Convenção, art.º 27.º, n.º 3.

(146) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 1 de Outubro de 1972, in *Annuaire*, XV, 77.

(147) Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 9 de Março de 1962, in *Annuaire*, V, 145.

(148) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 6 de Novembro de 1980 — Caso “Van Oosterwijck”.

(149) Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 27 de Fevereiro de 1980 no caso “Deweer”.

A não apresentação da queixa no prazo de seis meses a partir da data da decisão interna definitiva ⁽¹⁵⁰⁾, sendo certo que, na hipótese de o acto não ser passível de qualquer recurso, o prazo de seis meses corre a partir do momento em que o acto ou decisão começou a produzir efeitos ⁽¹⁵¹⁾.

Para que a Comissão funcione e delibere sobre o arquivamento da queixa antes de comunicada ao Estado demandado, basta o quorum de sete membros; para a decisão de arquivamento, após a audiência da Alta Parte demandada, exige-se o quorum de 10 membros ⁽¹⁵²⁾, sendo as decisões tomadas pela maioria dos membros presentes e votantes ⁽¹⁵³⁾.

Mesmo depois de admitida a queixa, a Comissão pode, por unanimidade, decidir mandar arquivá-la, se constatar algum dos motivos de inadmissibilidade previstos na Convenção ⁽¹⁵⁴⁾.

A Comissão, admitida a queixa, põe-se à disposição das Partes, a fim de chegar a uma *conclusão amigável do assunto* inspirada no respeito dos direitos do homem, tal como a Convenção os define ⁽¹⁵⁵⁾. Os redactores da Convenção terão querido, diz-nos Ricardo Passos ⁽¹⁵⁶⁾, sublinhar que a Comissão não se deve colocar na situação de actor principal das negociações, isto é, que não lhe cabe persuadir as partes, em separado ou em conjunto, a adoptar determinada solução. Não resulta daí que a Comissão deva permanecer numa atitude meramente passiva de caixa de correio.

Jean Raymond dá-nos notícia ⁽¹⁵⁷⁾ que o número de conciliação obtida é da mesma ordem que os das decisões propriamente ditas concluindo pela violação ou não violação da Convenção.

Obtida a conclusão amigável do diferendo *com respeito pelos direitos do homem*, a Comissão redige um sucinto relatório ⁽¹⁵⁸⁾ que transmite aos Estados interessados, ao Comité de Ministros e ao secretário-geral do conselho da Europa, para ser publicado.

⁽¹⁵⁰⁾ Convenção, art.º 26.º.

⁽¹⁵¹⁾ Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1976, in *Décisions et Rapports*, n.º 8, 211.

⁽¹⁵²⁾ Regulamento da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, art.º 16.º.

⁽¹⁵³⁾ Convenção, art.º 34.º.

⁽¹⁵⁴⁾ Convenção, art.º 29.º.

⁽¹⁵⁵⁾ Convenção, art.º 28.º, alínea b).

⁽¹⁵⁶⁾ Ricardo Passos, *Le Droit de Recours Individuel au Titre de l'Article 25 de la Convention (Introduction d'une Requête, Procédure Méthodes de Travail de la Commission, Assistance Judiciaire)*, in *Bulletin — Fédération Suisse des Avocats*, n.º 76, 25.

⁽¹⁵⁷⁾ Jean Raymond, *Comment s'Exerce la Fonction de Conciliation de la Commission Européenne des Droits de l'Homme*.

⁽¹⁵⁸⁾ Convenção, art.º 30.º.

A Comissão, admitida a queixa e com o fim de determinar os factos, procede a uma apreciação contraditória da petição com os representantes das partes e, se necessário, realiza *inquérito*, findo o qual e não sendo possível chegar a solução amigável, elabora relatório ⁽¹⁵⁹⁾ de que fará constar os factos, formulando parecer sobre a violação da Convenção e apresentando, se o entender, as propostas apropriadas. O relatório será transmitido ao Comité de Ministros e comunicado aos Estados interessados.

O processo perante a Comissão tem carácter secreto.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem realizou em Março de 1982 a sua 153.^a sessão. É membro português da Comissão o advogado Dr. Jorge Sampaio, cujo mandato expira em 17 de Maio de 1984.

b) *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* ⁽¹⁶⁰⁾

Nunca foi posta em causa, durante os trabalhos de elaboração da Convenção, a necessidade de uma garantia internacional (europeia) para a defesa dos direitos que a Convenção viesse a garantir.

Foi unânime a aceitação de uma Comissão Europeia de conciliação e *inquérito* que alguns tinham por suficiente, já que os Governos democráticos aceitariam, de certo, o parecer de tal Comissão, a que seria dada publicidade ⁽¹⁶¹⁾.

Outros, e a meu pensar com razão, sustentaram a necessidade de um tribunal que obrigasse os Estados.

As principais razões aduzidas contra a existência de um Tribunal foram as seguintes: a criação de um tribunal poderia representar uma nova instância de recurso dos tribunais nacionais; e não seria razoável que o indivíduo tivesse a possibilidade de levar o seu Estado a responder perante um Tribunal não integrado no próprio Estado; quebra de jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça; possibilidade de aproveitamento do tribunal como arma política das oposições. Improcedentes tais razões: O Tribunal não é uma instância de recurso das decisões nacionais, pois só lhe compete decidir sobre a compatibilidade dos actos do Estado (legislativos, judiciais ou da administração) com Convenção, sem que lhe

⁽¹⁵⁹⁾ Convenção, art.º 31.º.

⁽¹⁶⁰⁾ Pinheiro Farinha, *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 2, 287.

⁽¹⁶¹⁾ Rolin, delegado belga, na sessão da Assembleia Consultativa do Conselho da Europa, de 5 a 8 de Setembro de 1949, in *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, II, 15.

caiba revogar ou anular as decisões dos tribunais internos: a submissão ao controle internacional, considerada outrora inaceitável pelas soberanias nacionais, é uma prova evidente da solidariedade das democracias europeias ⁽¹⁶²⁾, sendo de recordar as palavras do delegado francês Pierre Teitgen, na reunião da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, de 7 a 8 de Agosto de 1950 ⁽¹⁶³⁾ “Compreendo que um Estado soberano recuse inclinar a sua soberania diante de outro Estado ou mesmo diante de uma maioria de Estados soberanos; embora não o admita, compreendo. Não posso, de forma alguma, compreender que um Estado da Europa ocidental recuse inclinar a sua soberania diante de um tribunal que ofereça todas as garantias de equidade, imparcialidade e consciência. Em tal caso, não é a soberania do Estado que se encontra face à soberania de outro Estado, é antes a soberania do Estado a pretender contrapor-se à soberania do direito, o que para mim é profundamente chocante”, a competência específica do Tribunal Europeu em nada conflitua com a do Tribunal Internacional de Justiça; o aproveitamento do Tribunal como arma política das oposições está afastado com a filtragem da Comissão e a inadmissibilidade de queixas abusivas.

Mais uma vez se afirmou a autonomia e interacção do direito e da política, de que nos fala Serges Sur ⁽¹⁶⁴⁾, criando-se um Tribunal com jurisdição facultativa, isto é com jurisdição apenas para os casos que envolvam os Estados que ⁽¹⁶⁵⁾ “reconheçam como obrigatória, de pleno direito, independentemente de qualquer convenção especial, a jurisdição do Tribunal para todos os assuntos relativos à interpretação e aplicação da Convenção” ou consintam em aceitar a intervenção do Tribunal no caso concreto ⁽¹⁶⁶⁾.

Aceitaram a jurisdição obrigatória do Tribunal: Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, República Federal da Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, ⁽¹⁶⁷⁾, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido, Chipre. Não declararam aceitar a jurisdição obrigatória do Tribunal: Liechtenstein, Malta e Turquia.

⁽¹⁶²⁾ Relatório do Director dos Direitos do Homem no Conselho da Europa ao Congresso de S. Remo (1980) promovido pelo Instituto Internacional de Direito Humanitário, 9.

⁽¹⁶³⁾ Recueil des Travaux Préparatoires, V, 295.

⁽¹⁶⁴⁾ Serges Sur, l'Interpretation en Droit International Public.

⁽¹⁶⁵⁾ Convenção, art.º 46.º.

⁽¹⁶⁶⁾ Convenção, art.º 48.º.

⁽¹⁶⁷⁾ Portugal aceitou, como que a medo, a jurisdição do Tribunal apenas por 2 anos, embora renováveis.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem compõe-se de um número de juízes, igual ao número de membros do Conselho da Europa, não podendo haver dois juízes nacionais do mesmo Estado ⁽¹⁶⁸⁾.

Os membros do Tribunal são eleitos, em princípio, por nove anos, pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, por maioria de votos, recaindo sobre uma lista tríplice apresentada pelo Governo de cada um dos Estados ⁽¹⁶⁹⁾.

São actuais juízes: Gérard J. Wiarda (holandês) antigo presidente do Supremo Tribunal; Mehemed Zekia (cipriota), antigo Presidente do Supremo Tribunal, John J. Cremona (maltês) antigo presidente do Tribunal Constitucional; Thorn Wilhjalmsson (islandês), juiz do Supremo Tribunal; Roly Ryssdal (norueguês), presidente do Supremo Tribunal, Walter Ganshof Van Der Meersch (belga), antigo Procurador Geral, Denise Bindschedler Robert (suíça), professora universitária, Dimitrios Evrigenis (grego), professor universitário; Gumar Lagergren (sueco), antigo presidente do Tribunal da Relação, Léon Liesch (luxemburguês), Procurador Geral, Feyaz Golcuklu (turco), professor universitário, Franz Matscher (austriaco), professor universitário, Pinheiro Farinha (português), Juiz do Supremo Tribunal de Justiça e Presidente do Tribunal de Contas ⁽¹⁷⁰⁾, Garcia de Enterría (espanhol), professor universitário, Louis Edmond Petiti (francês), advogado e antigo bastonário; Brian Walsh (irlandês), juiz do Supremo Tribunal, Vincent Evans (britânico), antigo conselheiro jurídico do Foreign and Commonwealth Office; R. Macdonald (canadiano, candidatado pelo Liechtenstein), professor universitário; C. Russo (italiano), advogado; R. Bernhardt (alemão) professor universitário; Jorgen Gersing (dinamarquês), juiz do Supremo Tribunal.

O Juiz não pode exercer funções enquanto fôr membro de um Governo ⁽¹⁷¹⁾ ou exercer uma função ou profissão susceptíveis de diminuir a confiança na sua independência.

Para assegurar aos juizes o exercício das funções com plena independência, o Quarto Protocolo Adicional ao Acordo Geral sobre Privilégios

⁽¹⁶⁸⁾ Convenção, art.º 38.º.

⁽¹⁶⁹⁾ Convenção, art.º 39.º.

⁽¹⁷⁰⁾ Eleito em 25 de Abril de 1977, prestou juramento em 29 de Setembro de 1977 e termina o mandato em 20 de Janeiro de 1986.

⁽¹⁷¹⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 4.º.

e Imunidades do Conselho da Europa (172) concede-lhes certos privilégios e imunidades:

Os juizes elegem o presidente e vice-presidente do Tribunal (173), sendo de 3 anos o respectivo mandato.

O Tribunal tem como órgão de apoio o secretariado (greffe), que tem a maior importância num tribunal em que os juizes não estão permanentemente na sua sede. Na verdade, o Secretariado colabora na preparação dos processos na pesquisa e informação da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de outros Tribunais internacionais, bem como das instâncias nacionais, recorda os trabalhos preparatórios com interesse para apreciação do “caso”, recolhe informações sobre a legislação dos vários países, colabora na redacção das decisões e presta informações à imprensa e interessados.

É de registar a proficiência e dedicação do Secretariado, dirigido pelo Secretário (174) eleito por 7 anos pelo Tribunal, depois de ouvido o Secretário-Geral do Conselho da Europa (175). Exige-se que tenha conhecimentos jurídicos e a experiência necessária para o exercício das funções e prática suficiente das duas línguas oficiais do Tribunal. Após audiência do Secretário, o Tribunal elege o Secretário-Adjunto (176) que deve satisfazer os mesmos requisitos.

São atribuições do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

— *Julgamento e decisão dos casos* submetidos pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem e Estados com legitimidade para tanto, estendendo-se a competência a todas as questões relativas à aplicação e interpretação da Convenção e seus Protocolos (177);

— *Atribuição de reparação razoável ao lesado* (178) quando o Tribunal declarar que uma decisão tomada ou uma providência ordenada por

(172) Portugal assinou o Protocolo em 27 de Abril de 1978 e só em 1982 — Decreto 40/82, de 5 de Abril — foi aprovado para ratificação.

(173) Aponta-se a lista dos Presidentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: McNair, de 1959 a 1965; René Cassin, de 1965 a 1968; Henry Rolin, de 1968 a 1971; Humphrey Waldock, de 1971 a 1974; Giorgio Balladore Pallieri, de 1974 a 1980; G. Wiarda, eleito em 24 de março de 1981.

(174) É secretário Marc André Eissen.

(175) Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 11.º.

(176) É Secretário-Adjunto Herbert Petzold.

(177) Convenção, art.º 45.º.

(178) Convenção, art.º 50.º.

uma autoridade judicial ou qualquer outra autoridade de uma Parte Contratante se encontra integral ou parcialmente em oposição com obrigações que derivam da Convenção e seus Protocolos, se o direito interno só por forma imperfeita permitir remediar as consequências da decisão ou providência violadora da Convenção;

— *Emissão de pareceres* (179) sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e seus Protocolos, pareceres estes que não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo e extensão dos direitos e liberdades definidos na Convenção e seus Protocolos, nem sobre quaisquer questões que, em virtude de recurso previsto na Convenção, possam ser submetidas à Comissão, ao Tribunal ou ao Comité de Ministros.

Poderá o Estado que aderir à Convenção deixar de aderir ao Protocolo n.º 2, recusando assim a atribuição consultiva do Tribunal?

Responde pela negativa Marc André Eissen (180), com a seguinte argumentação: “O Protocolo n.º 2 não prevê entradas em vigor ‘individuais’, após a sua entrada em vigor colectiva; o Protocolo n.º 2 está integrado na Convenção, daí que o Estado que ratifique a Convenção, depois de 21 de Setembro de 1970 (181), assumia necessariamente e isto facto todas as obrigações que dela derivam; os redactores do Protocolo quizeram, sem sombra de dúvida assimilar o Protocolo n.º 2 a um protocolo de emenda que, uma vez em vigor, é indissociável da Convenção inicial, e não só o quizeram como o tiveram por necessário já que ampliava a competência do Tribunal.

Sou de opinião que o Estado aderente à Convenção, pode não subcrever o Protocolo n.º 2, recusando assim a competência consultativa do Tribunal. Assim tem acontecido na prática — Portugal assinou a Convenção em 22 de Novembro de 1976 e o Protocolo em 27 de Janeiro de 1977 e França que, tendo assinado a Convenção em 4 de Novembro de 1950, ainda não assinou o Protocolo n.º 2; permitindo o art.º 64.º reserva à Convenção seria ilógico impedir a não aceitação do Protocolo n.º 2 (a não aceitação equivale à reserva na matéria).

Podem introduzir o “caso” no Tribunal: (182)

— A Comissão Europeia dos Direitos do Homem;

(179) Segundo Protocolo Adicional à Convenção, art.º 1.º.

(180) Marc André Eissen — La France et le Protocole n.º 2 à la Convention Européenne des Droits de l’Homme.

(181) Data da entrada em vigor do Protocolo.

(182) Convenção, art.º 48.º.

- O Estado de cuja soberania dependa a vítima;
- O Estado que haja apresentado a queixa à Comissão, seja ou não vítima um seu cidadão;
- O Estado demandado perante a Comissão.

O demandado é sempre o Estado que o foi perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

O indivíduo não é parte no processo correndo termos no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; tendo papel preponderante quando o “caso” corre perante a Comissão, não quiseram os Estados, ciosos da sua soberania, dar-lhe o estatuto de parte no Tribunal.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem pode fazer assistir os seus delegados, quando da discussão do “caso” perante o Tribunal, por qualquer pessoa ⁽¹⁸³⁾ e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já sublinhou que a “vítima”, embora não seja parte no processo, tem nele um interesse directo, podendo a decisão tomada ao abrigo do art.º 50.º da Convenção afectá-la ⁽¹⁸⁴⁾.

Tornou-se prática constante a assistência aos Delegados da Comissão pelos advogados dos requerentes que usam da palavra na audiência.

Vincent Berger descreve-nos a situação da “vítima” perante o Tribunal: é lícito à Comissão apresentar, sob sua própria responsabilidade, eventuais considerações do requerente, sem que a elas adira. Integradas nos primeiros tempos nos articulados da Comissão e alegações dos seus Delegados, as observações escritas dos requerentes aparecem agora anexas aos articulados e, algumas vezes, apenas capeadas por carta do Secretário da Comissão ao Secretário do Tribunal. No que concerne à intervenção na audiência, desde 1970, o advogado do requerente tem usado da palavra na audiência, sustentando até, algumas vezes, teses contrárias às da Comissão ⁽¹⁸⁵⁾.

O Tribunal já teve ocasião de afirmar ser de manifesta utilidade a associação da vítima ao processo ⁽¹⁸⁶⁾, incluindo no cálculo do montante

⁽¹⁸³⁾ Regulamento da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, art.º 56.º.

⁽¹⁸⁴⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 14 de Novembro de 1960, in *Annuaire*, III, 493.

⁽¹⁸⁵⁾ Vincent Berger, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in *Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats*, n.º 76, 28.

⁽¹⁸⁶⁾ Decisão de 6 de Novembro de 1980, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A, Vol. 38.

da satisfação equitativa as despesas de viagem da vítima e seu advogado para assistirem à audiência, bem como os honorários pagos ao Advogado.

A legitimidade para solicitar pareceres ao Tribunal, é reservada ao Comité de Ministros ⁽¹⁸⁷⁾ e a decisão de solicitação de parecer carece da maioria de dois terços dos membros titulares.

Seguir-se-à a indicação das regras de funcionamento do Tribunal, não se entrando no pormenor por estar em curso a revisão do seu Regulamento.

A questão só pode ser submetida ao Tribunal depois da Comissão ter constatado o fracasso da conciliação amigável ⁽¹⁸⁸⁾ e dentro do prazo de três meses contados da transmissão ao Comité de Ministros do relatório da Comissão.

Se a competência do Tribunal fôr contestada, ao próprio Tribunal compete decidir ⁽¹⁸⁹⁾.

O “caso” é, em princípio, julgado por Secções de sete Juizes ⁽¹⁹⁰⁾; integram a Secção o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal, o juiz da nacionalidade do Estado interessado e, na sua falta, uma pessoa escolhida pelo Estado para actuar na qualidade de Juiz ⁽¹⁹¹⁾, sendo os restantes 5 juizes determinados por sorteio.

Levantando o “caso” um problema grave de interpretação, pode a Secção declinar a competência e remeter o mesmo para julgamento do Tribunal em plenário ⁽¹⁹²⁾, procedimento obrigatório sempre que a solução do problema possa levar a solução oposta ao anteriormente decidido por uma Secção ou pelo Tribunal plenário.

Ao Tribunal compete elaborar o seu regulamento e determinar as *regras processuais* ⁽¹⁹³⁾.

As decisões são tomadas pela maioria dos juizes presentes ⁽¹⁹⁴⁾, tendo voto de qualidade o Presidente, não podendo o juiz participar ⁽¹⁹⁵⁾ no exame de caso em que esteja pessoalmente interessado, ou em que tiver tido anterior intervenção, na qualidade de agente, advogado ou assistente duma parte ou de uma pessoa interessada ou como membro dum tribunal,

⁽¹⁸⁷⁾ Segundo Protocolo, art.º 1.º, n.º 3.º.

⁽¹⁸⁸⁾ Convenção, art.º 47.º.

⁽¹⁸⁹⁾ Convenção, art.º 49.º.

⁽¹⁹⁰⁾ Convenção, art.º 43.º.

⁽¹⁹¹⁾ Intervieram até 24 de Novembro de 1981, Juizes ad hoc em 5 casos.

⁽¹⁹²⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 48.º.

⁽¹⁹³⁾ Convenção, art.º 55.º.

⁽¹⁹⁴⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 20.º.

⁽¹⁹⁵⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 24.º n.º 2.

duma parte ou de uma pessoa interessada ou como membro dum tribunal, comissão de inquérito ou em qualquer outra qualidade.

As regras processuais gerais podem ser afastadas pelo Tribunal, com a anuência da Parte ou Partes e ouvidos os delegados da Comissão no exame de um caso particular ⁽¹⁹⁶⁾.

As línguas oficiais do Tribunal são o Francês e o Inglês ⁽¹⁹⁷⁾, podendo o Tribunal autorizar que as partes e intervenientes utilizem língua diferente. Antes da constituição da Secção, pode o Presidente ⁽¹⁹⁸⁾ chamar a atenção das Partes para as medidas provisórias que se lhe afigurem de adoptar; tal faculdade pertence também à Secção, logo que constituída.

O processo normalmente tem uma fase escrita, a que se segue a audiência oral, sendo a decisão lida, numa das línguas oficiais, em audiência pública ⁽¹⁹⁹⁾.

No que concerne ao exercício da competência consultativa, o Tribunal funciona em plenário ⁽²⁰⁰⁾, devendo o parecer ser fundamentado e sendo lícito aos juizes que dele discordem apresentar o seu voto dissidente. Findo o processo escrito, o Presidente decide sobre a realização de audiência em que as Partes desenvolvam oralmente a sua argumentação ⁽²⁰¹⁾. O parecer é lido pelo Presidente em audiência pública numa das línguas oficiais ⁽²⁰²⁾.

c) — O Comité de Ministros ⁽²⁰³⁾

O Comité de Ministros, no que concerne aos direitos do homem e violações à Convenção, tem atribuições:

— De *decisão*:

— De *controle da execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*.

Se o “caso” não é levado ao Tribunal, nos três meses a seguir à transmissão do Parecer da Comissão ao Comité de Ministros, é da compe-

⁽¹⁹⁶⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 26.º.

⁽¹⁹⁷⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 27.º.

⁽¹⁹⁸⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 34.º.

⁽¹⁹⁹⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 51.º n.º 2.

⁽²⁰⁰⁾ Segundo Protocolo Adicional à Convenção, art.º 3.º.

⁽²⁰¹⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 59.º.

⁽²⁰²⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 62.º.

⁽²⁰³⁾ Pinheiro Farinha, Comité de Ministros do Conselho da Europa, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 3, 197.

tência deste decidir ⁽²⁰⁴⁾, por voto maioritário de dois terços dos representantes com direito a dele fazerem parte, se houve ou não violação da Convenção.

Podem intervir na deliberação mesmo os representantes dos Estados que não hajam ratificado a Convenção e o próprio Estado, parte no “caso”, tem direito de voto.

Não se formando a maioria de dois terços, o Comité constata o facto e manda arquivar o “caso” ⁽²⁰⁵⁾.

O requerente individual não é parte no processo perante o Comité de Ministros.

O Comité de Ministros pode, se necessário, instruir o “caso” ou pedir quaisquer diligências e esclarecimentos à Comissão.

As decisões do Comité obrigam os Estados e, ao constatar a violação, pode o Comité de Ministros fazer sugestões e recomendações ao demandado.

Julgado o “caso” pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a decisão é ⁽²⁰⁶⁾ transmitida ao Comité de Ministros que velará pela respectiva execução. Bem se compreende que assim seja, já que ao Tribunal apenas compete declarar se houve ou não violação e conceder, sendo caso disso, reparação razoável.

Recebida a decisão ⁽²⁰⁷⁾, o Comité de Ministros só considera ter exercido a função de velar pela sua execução, depois de ter recebido as informações do Estado sobre as medidas tomadas em consequência do decidido e se mostrar paga a satisfação pecuniária concedida. A constatação toma a forma de resolução do Comité de Ministros.

9. A decisão do Tribunal é fundamentada e qualquer juiz pode juntar a sua opinião individual (dissidente ou de concordância com diferente fundamentação) ⁽²⁰⁸⁾.

A decisão contém ⁽²⁰⁹⁾ o apelido do presidente e dos juízes intervenientes e do Secretário, a data em que é lida, identificação das partes e dos

⁽²⁰⁴⁾ Convenção, art.º 32.º.

⁽²⁰⁵⁾ A hipótese ocorreu no “caso” Herbert Huber contra a Áustria, in *Annuaire*, XVIII, 325.

⁽²⁰⁶⁾ Convenção, art.º 54.º.

⁽²⁰⁷⁾ Regras aprovadas pelo Comité de Ministros em Fevereiro de 1976.

⁽²⁰⁸⁾ Convenção, art.º 51.º.

⁽²⁰⁹⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 50.º.

seus representantes, bem como dos delegados da Comissão, o resumo do “caso”, as conclusões das Partes e Comissão, matéria de facto dada como provada, fundamentação de direito e a parte decisória, bem como decisão sobre encargos se fôr caso disso, indicação do número de juízes que fizeram a maioria e de qual dos textos (francês ou inglês) faz fé.

No caso de ser comunicado ao Tribunal que a pessoa lesada e a Parte demandada chegaram a acordo, incumbe ao Tribunal verificar à conformidade do acordo com a equidade.

10. A decisão do Tribunal é definitiva ⁽²¹⁰⁾, não sendo susceptível de qualquer espécie de recurso ou apreciação por outra Autoridade ⁽²¹¹⁾.

Tanto a Comissão Europeia dos Direitos do Homem como as Partes podem pedir, dentro de três meses, contados da publicação em audiência, a interpretação da decisão ⁽²¹²⁾. O pedido de interpretação não integra um recurso e o Tribunal, ao examinar tal pedido, exerce uma competência implícita, clarificando o sentido da anterior decisão e precisando, na medida do necessário, o que antes decidira em definitivo e com força obrigatória ⁽²¹³⁾.

Na hipótese de se tornar conhecido ⁽²¹⁴⁾ um facto com influência decisiva que, quando a decisão foi proferida era ignorado, tanto pelo Tribunal, como por quem pede a revisão, podem a Parte ou a Comissão, dentro de seis meses contados do conhecimento de tal facto, requerer ao Tribunal a revisão da decisão.

A decisão é obrigatória para as partes no litígio ⁽²¹⁵⁾. Enquanto o art.º 59.º do Estatuto Internacional da Justiça expressamente diz que “a decisão do Tribunal só será obrigatória para as partes e em relação ao caso concreto”, o art.º 35.º da Convenção não restringe expressamente a obrigatoriedade da decisão ao caso sub judice. Não é, porém, outro o alcance do art.º 53.º da Convenção: “As Altas Partes Contratantes obrigam-se a aceitar as decisões do Tribunal *nos litígios em que forem partes* .

⁽²¹⁰⁾ Convenção, art.º 52.º.

⁽²¹¹⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 22 de Junho de 1972, in *Annuaire*, XV, 679.

⁽²¹²⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 53.º.

⁽²¹³⁾ Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 23 de Junho de 1973, in *Annuaire*, XVI, 469.

⁽²¹⁴⁾ Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 54.º.

⁽²¹⁵⁾ Convenção, art.º 53.º.

O Tribunal não pode declarar a nulidade da lei interna ou da decisão em causa o que, no dizer de Teitgen ⁽²¹⁶⁾, é extremamente grave, compete-lhe julgar da compatibilidade da lei, decisão da autoridade ou julgado do tribunal interno com a Convenção. Julgada a violação da Convenção compete ao Estado pôr-lhe cobro e remediá-la pelo meio que julgar adequado.

Se o Estado recusa executar e acatar a decisão do tribunal Europeu dos Direitos do Homem” não existe nenhum meio, nenhuma polícia para o forçar. Apenas a pressão exercida pelo outros Estados e pela opinião pública internacional pode funcionar (a Grécia, em 1969, preferiu sair do Conselho da Europa, a ser condenada ⁽²¹⁷⁾).

“O Tribunal é”, no dizer de Churchill ⁽²¹⁸⁾, “tributário para a efectivação das suas decisões, de actos internos dos Estados. Não duvido, porém que a opinião pública de todos os países democráticos, membros do Conselho da Europa, fará pressão para que sejam tomadas as medidas necessárias ao acatamento do decidido”.

Aliás, os Estados nunca deixaram de acatar as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Exemplifiquemos como o fizeram:

No “caso Golder contra o Reino Unido”, o Governo inglês deu instruções administrativas em ordem a que novas regras fossem aplicadas e propôs ao Parlamento a reforma do regime prisional; no “caso Engel contra a Holanda”, a lei foi modificada antes mesmo do Tribunal ter decidido; no “caso Irlanda contra o Reino Unido”, o Governo comprometeu-se a não mais permitir a utilização das 5 técnicas auxiliares dos interrogatórios policiais e o Procurador Geral tomara idêntico compromisso; no “caso Tyrer contra o Reino Unido”, foi chamada a atenção dos Magistrados da ilha de Man para que considerassem o castigo corporal como pena judiciária contrária à Convenção; no “caso Sunday Times contra o Reino Unido”, o Governo do Reino Unido submeteu ao parlamento um projecto de alteração da lei sobre o “contempt of Court”; no “caso Airey contra a Irlanda”, o Governo alterou o regime de assistência judiciária e apresentou

⁽²¹⁶⁾ Pierre Teitgen, delegado francês, na sessão da Assembleia Consultativa do Conselho da Europa, de 16 de Agosto de 1950, in *Recueil des Travaux Préparatoires*, V, 301.

⁽²¹⁷⁾ Yves Madiot, ob. cit., 100.

⁽²¹⁸⁾ Churchill, delegado inglês, na sessão da Assembleia Consultativa do Conselho da Europa, de 17 de Agosto de 1949, in *Recueil des Travaux Préparatoires*, I, 35.

⁽²¹⁹⁾ Vide *Recueil des Résolutions du Comité de Ministres Adoptées en Application de l'article 54 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales*.

ao Parlamento um projecto de lei sobre a competência dos tribunais (219).

Para além do “caso concreto”, a decisão do Tribunal tem valor doutrinário, como meio auxiliar para a determinação das regras constantes da Convenção (220).

11. Dado que os Estados, Partes da Convenção estão obrigados a aceitar as decisões do Tribunal (221) nos litígios em que forem partes, os tribunais nacionais hão-de acatar, no caso concreto, a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, bem como a interpretação dada por este à Convenção.

Não estão os Tribunais nacionais obrigados a acatar a decisão do Tribunal em casos que lhes venham a ser submetidos futuramente, mas hão de ter em conta a orientação e interpretação do Tribunal, tal como têm a do seu mais alto tribunal (entre nós o Supremo Tribunal de Justiça).

A não obrigatoriedade do decidido para novos casos a julgar pelos tribunais nacionais é apoiada até pela possibilidade do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vir a alterar a sua jurisprudência (222) e a própria Comissão Europeia dos Direitos do Homem já, embora não muitas vezes, se tem afastado da doutrina e jurisprudência do Tribunal (223):

Firmada, porém, a jurisprudência do tribunal (dois ou mais casos) deverão os tribunais internos conformar-se com ela, pois se torna manifesto que doutrina diferente poderá fazer incorrer o Estado em responsabilidade internacional.

(220) Confronte: n.º 1, alínea *d*) do art.º 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

(221) Convenção, art.º 53.º.

(222) Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, art.º 48.º.

“1.º Se o caso pendente na Secção levantar um problema grave de interpretação da Convenção, a Secção pode abster-se de enviar o mesmo para julgamento do Tribunal plenário. Tal procedimento é obrigatório *sempre que a solução do problema possa levar a solução oposta ao anteriormente decidido por uma Secção ou pelo Tribunal plenário*. A decisão a que se refere este preceito não carece de fundamentação.

2.º
3.º
3.º

(223) Nomeadamente no “caso A. Albert e H. Le Compte contra a Bélgica”, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, no seu relatório, escreve:

La Cour, dans son arrêt précité, n'a pas retenu l'idée énoncée par la Commission concernant la composition du conseil d'appel, à savoir
La Commission éprouve quelque hésitation, sur le plan général, à adopter sur ce point la même démarche que la Cour

Recordamos algumas observações do Juiz Ganshof Van Der Meersch ⁽²²⁴⁾.

“As conclusões a que o Tribunal chegou na interpretação e aplicação da Convenção vão além do interesse individual do requerente. A jurisprudência poderá ser invocada por qualquer interessado perante os órgãos da Convenção e perante as jurisdições nacionais.

Os juízes nacionais, na aplicação do direito, regra geral tomado seu por aplicação directa ⁽²²⁵⁾, estarão predispostos a conformar-se com a jurisprudência de Estrasburgo, para evitar que, face a queixa de uma nova “vítima da violação”, o Estado de que são órgãos, venha a incorrer em condenação.

A autoridade de “coisa interpretada” aproxima-se da que tem a jurisprudência da “Cour de cassation”, cujas decisões não tendo, em direito interno, autoridade de caso julgado para além do caso concreto, contribuem para fixar a interpretação da lei.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concernente à interpretação das disposições da Convenção, directamente incorporadas no direito interno, contribue, pelo mecanismo de coordenação e unificação progressiva do direito, para consolidar o respeito dos direitos fundamentais nos Estados membros”.

Nas alegações do Procurador Geral Dumon em processos correndo termos na Cour de Cassation belga, onde foram proferidas decisões com data de 22 de Janeiro de 1982, lê-se ⁽²²⁶⁾:

“Serão as jurisdições nacionais livres de seguir ou não a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem?

Não importará distinguir entre, de uma parte, as consequências particulares que resultam para o Estado em relação ao qual o tribunal constatou a violação de uma norma de Convenção, determinando eventualmente a sua condenação ao pagamento de reparação razoável — autoridade relativa ou *in specie* das decisões do tribunal — e, de outro lado, a autoridade absoluta, *erga omnes* que seríamos levados a dar às decisões do Tribunal, fiando assim as jurisdições nacionais dos Estados membros, em quaisquer

⁽²²⁴⁾ W. Ganshof Van Der Meersch, La Garantie des Droits de l'Homme et la Cour Européenne de Strasbourg, in Journal des Tribunaux, Centenaire.

⁽²²⁵⁾ É o regime português — Constituição, art.º 8.º, n.º 2.

⁽²²⁶⁾ Conclusions du Procureur Général Dumon ayant conduit aux arrêts de la Cour de cassation de Belgique du 22 Janvier 1982 — Guchez contre Ordre des architectes — Simonis contre Ordre des médecins.

casos que lhe viessem a ser postos, obrigadas a respeitar e aplicar a interpretação resultante de tais decisões, tal como acontece, por força do princípio “stare decisis” em Inglaterra e nos outros Estados de “common law”?

Não se deverá ter em conta que, ainda que as decisões do Tribunal Europeu não produzam efeitos erga omnes, as jurisdições nacionais podem, ao afastar-se da interpretação de tais decisões, expôr os respectivos Estados a que, através do recurso individual, venha a ser constatada violação da Convenção e, eventualmente, a serem condenados ao pagamento da reparação razoável?

A regra dos países de Common law que torna o precedente obrigatório para as jurisdições (stare decisis) não é válido em direito internacional.

As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não tendo autoridade de interpretação — erga omnes, têm, contudo, a autoridade que atribuímos, nos nossos países, nomeadamente na Bélgica, à jurisprudência das mais altas jurisdições: a “Cour de cassation” e o Conselho de Estado.

Surge como evidente que a jurisprudência do Tribunal Europeu se impõe aos tribunais nacionais, tal como as decisões da Cour de cassation se impõem às decisões das jurisdições internas. A alta jurisdição europeia recebeu a missão de interpretar e vigiar a aplicação exacta da Convenção dos direitos do homem.

A natureza desta jurisprudência não exclue, porém, e em princípio, o direito dos juizes nacionais se afastarem excepcionalmente dela, do mesmo modo, que em proveito da justiça e evolução da jurisprudência, o fazem quanto às decisões do seu próprio Supremo Tribunal.

Mas os juizes nacionais fá-lo-ão tanto mais excepcionalmente quanto, tratando-se de interpretação de regras comuns a vários Estados, devem atender não só às concepções próprias na matéria, como à das jurisdições dos outros Estados e de modo especial às dos Tribunais Supremos.

As opiniões dissidentes ou divergentes mostram que os juizes estavam divididos quanto à interpretação da regra de direito. A publicação de tais opiniões enfraquece inevitavelmente a autoridade da decisão, permitindo

às jurisdições nacionais pensar que é de admitir uma mudança de jurisprudência.

Se, porém, o Tribunal tiver decidido em dois ou mais casos do mesmo modo, deverão os tribunais nacionais inclinar-se e aceitar o decidido pois, em tal caso, a não aceitação faria certamente incorrer o Estado em responsabilidade. Existe, pois, um limite à liberdade jurisprudencial das jurisdições nacionais.

12. O art.º 68.º da Convenção Americana dos Direitos do Homem ⁽²²⁷⁾ concede valor de título executivo à decisão do tribunal atribuindo indemnização à vítima.

Não contém a Convenção Europeia dos Direitos do Homem disposição semelhante, daí a pôr-se o problema de saber como poderá o “lesado” tornar efectivo em Portugal o direito à indemnização atribuído ao abrigo do art.º 50.º da Convenção ⁽²²⁸⁾. Estamos certos que o problema será meramente teórico, pois estamos convencidos que Portugal, como todos os Estados o têm feito, pagará sem delongas a indemnização que por ventura lhe venha a ser imposta.

— A revisão e confirmação não me parece meio idóneo, embora se trate de “sentença proferida por tribunal... em país estrangeiro”, já que se não trata de uma sentença de tribunal estrangeiro, mas de tribunal europeu em cuja constituição Portugal tem intervenção;

— A atribuição de executoriedade, sem revisão nem confirmação, como acontece para as decisões do Tribunal da Suprema Assinatura Apos-

⁽²²⁷⁾ Convenção Americana dos Direitos do Homem, art.º 68.º.

“1.º The States Parties to the Convention undertake to comply with the judgement of the Court in any case to which they are parties.

2.º That part of a judgement that stipulates compensatory damages may be executed in the country concerned in accordance with the domestic procedure governing the execution of judgements against the State.”

⁽²²⁸⁾ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 50.º.

“Se a decisão do Tribunal declarar que uma decisão tomada ou uma providência ordenada por uma autoridade judicial ou qualquer outra autoridade de uma Parte Contratante se encontra integral ou parcialmente em oposição, com obrigações que derivam da presente Convenção, e se o direito interno da Parte só por forma imperfeita permitir remediar as consequências daquela decisão ou disposição, a decisão do Tribunal concederá à parte lesada, se for procedente a sua causa, uma reparação razoável”.

(Tradução que acompanhou a Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro)

tólica em matéria de anulação e dissolução (dispensatio) do casamento católico, também não é possível por falta de lei que o consinta;

— Acção declarativa contra o Estado, tendo como causa de pedir a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, é solução que não se me afirma razoável:

— Requerimento ao Ministro das Finanças, fundamentado na decisão do Tribunal, com recurso, no caso de indeferimento, para o Supremo Tribunal Administrativo. Será solução aceitável?

Não haverá problema, de futuro, se na revisão da Constituição vier a ser dada força interna às decisões dos tribunais internacionais, satisfazendo, a nosso ver, a versão que consta já ter merecido acordo dos deputados:

Art.º 8.º:

1. —
2. —
3. — As normas e as decisões aplicáveis emanadas pelos órgãos competentes das organizações internacionais de carácter supranacional de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna portuguesa”.

Termino, renovando os agradecimentos pelas generosas palavras de apresentação do Sr. Director da Faculdade de Ciências Humanas, reafirmando quanto me honrou o convite do Sr. Director e do Professor Dr. Crucho de Almeida para contactar convosco e o prazer que me deu o convívio de dois dias com os alunos da Universidade Católica e o encontro com alguns dos seus Professores.

Como palavras finais, reproduzo algumas de João Paulo II:

“Importa não perder a coragem face às dificuldades aparentemente intransponíveis que resultam de tantas situações onde os direitos do homem são gritantemente desprezados. É preciso continuar crentes de que todo o atentado à dignidade humana, mesmo a mais longínqua, se repercute, de forma imperceptível mas real, na vida de todos, já que um laço indelével une todos os seres humanos. Este laço para todos, os crentes — cristãos, muçulmanos e judeus — decorre da fé num Deus único e verdadeiro que, Pai de todos os homens, é a fonte e fundamento da dignidade humana. Para os que foram chamados a partilhar a fé cristã resume-se nas

palavras: somos todos irmãos em Jesus Cristo. Desta Europa onde o cristianismo criou raízes tão profundas ao longo da atormentada história —na qual as luzes por vezes foram perturbadas com sombras — deve brotar a força moral, pois só ela pode encorajar a vontade de respeitar, defender e promover a dignidade da pessoa humana no interior das suas fronteiras e em solidariedade com todos os que, em qualquer parte, de tal solidariedade tenham necessidade” (229).

(229) Mensagem de João Paulo II, de 29 de Outubro de 1979, aos Presidentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ANNUAIRE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
AURENCHÉ (GUY) — L'aujourd'hui des droits de l'Homme
BERGER (VINCENT) — LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
(PROCÉDURE ET MÉTHODES DE TRAVAIL DE LA COUR, LA JURISPRU-
DENCE EVOLUTIVE; POSITION DU RÉQUERANT INDIVIDUEL DEVANT LA
COUR), in Bulletin de Fédération Suisse des Avocats, n.º 76.
BIBLIA SAGRADA (Missionários Capuchinhos).
BULLETIN DE LA FÉDÉRATION SUISSE DES AVOCATS, n.º 76.
CHAPPELLE (PHILIPPE DE LA) — LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES
DROITS L'HOMME ET LE CATHOLICISME.
CONCILE DECUMÉNIQUE VATICAN II (Constitutions-Décrets-Déclarations) — Édi-
tions du Centurion.
CONFERÊNCIA SOBRE A SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA - ACTA
FINAL, tradução e edição do Ministério dos Negócios Estrangeiros.
COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME — DÉCISIONS E
RAPPORTS.
DEFESA (A), número de 25 de Outubro de 1978.
DINH (NGUYEN QUOC) — PATRICK DAILLIER — ALAIN PELLET — DROIT
INTERNATIONAL PUBLIC.
DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO (Boletim do Ministério da Justiça).
DUMON (Conclusions du Procureur Général Dumon ayant conduit aux arrêts de la Cour
de Cassation de Belgique du 22 Janvier 1982 — GUCHEZ contre Ordre des Architectes
— SIMONIS contre Ordre des médecins.
ENGEL (NORBERT PAUL) — Conseil de l'Europe.
EISSEN (MARC-ANDRE) — La France et le Protocole n.º 2 à la Convention Euro-
péenne des droits de l'Homme.
FARINHA (JOÃO DE DEUS PINHEIRO) — A Comissão Europeia dos Direitos do
Homem, in Documentação e Direito Comparado, 2.
FARINHA (JOÃO DE DEUS PINHEIRO) — CONVENÇÃO EUROPEIA DOS
DIREITOS DO HOMEM.
FARINHA (JOÃO DE DEUS PINHEIRO) — Comité de Ministros do Conselho da
Europa, in Documentação e Direito Comparado, n.º 3.
FARINHA (JOÃO DE DEUS PINHEIRO) — DIREITOS E GARANTIAS, in Observa-
tore Romano, edição portuguesa, IX, de 5 de Março de 1978.

FARINHA (JOÃO DE DEUS PINHEIRO) — Reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, in *A Defesa*, número de 25 de Outubro de 1978.

FARINHA (JOÃO DE DEUS PINHEIRO) — Tribunal Europeu dos Direitos do Homem in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 2.

GANSHOF VAN DER MEERSCH (W) — La garantie des droits de l'Homme et la Cour Européenne de Strasbourg, in *Journal des Tribunaux*, Centenaire.

IMBERT (PIERRE-HENRI) — LA QUESTION DES RESERVES ET LES CONVENTIONS EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME.

JOÃO PAULO II — Mensagem, de 29 de Outubro de 1979, aos Presidentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

JOURNAL DES TRIBUNAUX, Centenaire

MACHETE (RUI) — OS DIREITOS DO HOMEM NO MUNDO

MADIOT (YVES) — Droits de l'homme et libertés publiques.

MANIN (PHILIPPE) — Droit international public.

MATAGRIN (GABRIEL) — UN EVEQUE ET LES DROITS DE L'HOMME, in *L'aujourd'hui des droits de l'homme*.

MIEHSLER (H), em col. H. PETZOLD — CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (Textes et documents).

MIRANDA (JORGE) — A DECLARAÇÃO UNIVERSAL E OS PACTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS DO HOMEM.

OSSERVATORE ROMANO, edição portuguesa IX, de 5 de Março de 1978.

PASSOS (RICARDO) — LE DROIT DE RECOURS INDIVIDUEL AU TITRE DE L'ARTICLE 25 DE LA CONVENTION (INTRODUCTION D'UNE REQUETE, PROCÉDURE, MÉTHODES DE TRAVAIL DE LA COMMISSION, ASSISTANCE JUDICIAIRE, in *Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats*, n.º 76.

PEREIRA (ANTÓNIO MARIA) — DIREITOS DO HOMEM

PETZOLD (HERBERT) — LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (Jurisprudence et documents) Recueil pour les étudiants en droit international des droits de l'homme.

PUBLICATIONS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Série A.

QUADROS (FAUSTO) — CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.

RAYMOND (JEAN) — Comment s'Exerce la Fonction de Conciliation de la Commission Européenne des Droits de l'Homme.

RECUEIL DES RÉSOLUTIONS DU COMITÉ DE MINISTRES ADOPTÉES EN APPLICATION DE L'ARTICLE 54 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES 1976-1981.

RECUEIL DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME.

SUR (SERGES) — L'INTERPRÉTATION EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

THIERRY (HUBERT), em col. SERGES SUR-JEAN COMBACAU — CHARLES VALLÉE — DROIT INTERNACIONAL PUBLIC.

**LA NOTION DE DEMOCRATIE
DANS LE CADRE DES LIMITATIONS
AUX DROITS DE L'HOMME**

Françoise Elens

Administrateur au Secretariat de Commission
Européenne des Droits de l'Homme

*"O artigo que se segue é de inteira responsabilidade do seu autor
e não reflecte necessariamente as opiniões do Conselho da Europa".*

I

Tout comme la liste des droits garantis, le système des limitations, employé par la Convention quant à l'exercice de ces droits, témoigne du souci de sauvegarder l'existence des institutions démocratiques en les garantissant contre des atteintes dont les événements de 1940 avaient révélé la triste puissance de destruction aux rédacteurs de la Convention.

Au sein de ce système, il y a lieu d'opérer une distinction entre, d'une part, les restrictions, limitations ou même exceptions et, d'autre part, les dérogations aux droits énoncés au Titre I de la Convention (1). Les premières permettent de préciser les mesures qu'un Etat peut prendre en tout état de cause pour la protection d'une société démocratique, c'est-à-dire tant en période normale et en vue de réglementations à durée indéterminée que pour parer à des circonstances exceptionnelles par des mesures momentanées ou provisoires. Tout autre sont les secondes qui manifestent le souci de défendre la démocratie dans des circonstances très graves. Contrairement aux limitations, restrictions et exceptions, les dérogations sont des mesures provisoires et tout à fait exceptionnelles.

Le premier chapitre de cette partie sera consacré à l'examen du rôle de la notion de démocratie dans le système des restrictions. Nous étudierons plus particulièrement la condition qui figure dans la clause générale de limitation, à savoir que les restrictions doivent être nécessaires "dans une

(1) Voy. en ce sens Ph. VEGLERIS, "Valeur et signification de la clause, 'dans une société démocratique'", *R.D.H.*, 1968, Vol I — 2, p. 222, N.º 5 et son intervention au *Quatrième Colloque International sur la Convention, Op. Cit.*, p. 201.

société démocratique” (2). Le second chapitre traitera des droits qui ont une portée générale en faveur de l’Etat pour la protection des institutions démocratiques. Il s’agit du droit, en vertu de l’article 15, de déroger à certaines obligations imposées par la Convention, et du droit, reconnu par l’article 17, de se garantir contre les abus.

(2) Art. 6 § 1, 8 § 2, 9 § 2, 10 § 2, 11 § 2, Protocole N.º 4 art. 2 § 3 et 4. L’expression est la même dans le texte “necessary in a democratic society”. A noter que le mot nécessaire ne figure pas dans l’article 6 § 1. Cet article évoque la possibilité d’ordonner le huit-clos “dans l’intérêt de la moralité, de l’ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique”. Ph. VEGLERIS, dans la note (16) de l’article précité, observe que ‘l’expression’ dans l’intérêt ‘impliquant une appréciation de ce qu’exige la bonne marche du procès, équivaut bien à l’appréciation d’une ‘nécessité’ dans d’autres domaines”. D’autre part, dans l’art. 2 § 4 du Protocole N.º 4, il est question de “restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l’intérêt public dans une société démocratique”. La notion très large d’intérêt public est heureusement limitée par la clause “dans une société démocratique”.

CHAPITRE I

LE ROLE DE LA NOTION DE DEMOCRATIE DANS LE SYSTÈME DES RESTRICTIONS

Les droits et libertés énoncés au Titre I de la Convention et dans ses protocoles N.º 1 et 4 sont généralement définis d'une manière limitative et beaucoup contiennent des clauses de sauvegarde destinées à réserver aux Etats une marge d'appréciation pour régler, limiter ou même subordonner à des conditions de forme ou de fond les droits et libertés.

Il convient d'exposer brièvement la méthode des restrictions et des exceptions utilisée par la Convention. Si l'on excepte deux droits qui sont posés d'une manière absolue et inconditionnée ⁽³⁾, les droits protégés par la Convention peuvent être répartis en deux catégories:

- La première comprend les droits et libertés que la Convention a entendu faire échapper à l'intervention restrictive des Etats. Pour ces droits, la Convention arrête elle-même, d'une manière limitative, les exceptions auxquelles ils peuvent être soumis. Ce sont le droit à la vie (art. 2), le droit de ne pas être astreint à un travail forcé ou obligatoire (art. 4), la liberté et la sûreté de la personne (art. 5) et enfin la non rétroactivité des sanctions pénales (art. 7) ⁽⁴⁾.

La seconde catégorie comporte les droits pour lesquels la Convention a réservé au législateur interne le pouvoir d'édicter des restrictions, pour autant que des circonstances particulières tenant à des considérations d'ordre public ou d'intérêt général le commandent. Ces droits ont des

⁽³⁾ Il s'agit du droit de ne point subir de torture, ni de peines ou traitements inhumains et dégradants (art. 3) du droit de ne pas être tenu en esclavage (art. 4 § 1). Ces droits ne sont susceptibles ni de limitations, ni de dérogations.

⁽⁴⁾ Le par. 2 de l'article 7 réserve le cas de jugement et de punition d'actes qui sont criminels d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

implications sociales complexes. La Convention ne pouvant prévoir elle-même la diversité et l'opportunité des restrictions s'est contentée de les définir dans leurs éléments essentiels en laissant aux Etats le soin d'en fixer les limites. Rentrent dans cette catégorie: le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance (art. 8); la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9); la liberté d'expression (art. 10); la liberté de réunion et d'association (art. 11); quelques garanties liées au droit à un procès équitable (art. 6) et enfin la liberté de circulation des personnes (art. 2 du Protocole N.º 4). Cependant, le pouvoir d'intervention des Etats est limité de manière à ce que leur politique législative soit conforme à une certaine conception des droits de l'homme et de ses libertés fondamentales. Ainsi, la Convention exige que les limitations soient prévues par la loi et qu'elles poursuivent l'un des buts publics et sociaux que l'intervention du pouvoir doit servir. Les motifs d'ingérence⁽⁵⁾ étant formulés de façon permissive⁽⁶⁾, la Convention ajoute que toute restriction de quelque motif qu'elle se réclame doit être nécessaire "dans une société démocratique"⁽⁷⁾.

Avant d'entreprendre l'examen de cette dernière clause, il convient d'ajouter que la Commission dans sa jurisprudence récente, établi de nouvelles distinctions en ce qui concerne les restrictions aux droits. En effet,

(5) Le texte anglais porte "interférence" pour "ingérence" (Art. 8 § 2) et "limitations" (art. 9 § 2) ou "restrictions" (art. 10 § 2, 11 § 2) pour "restrictions", terme uniformément employé dans le texte français des art. 9 à 11. F. JACOBS établit une distinction entre les limitations et les restrictions. Les premières concerneraient la portée des droits garantis tandis que les secondes porteraient sur leurs conditions d'exercice. Voy. son rapport sur les restrictions, dans *Actes du Quatrième Colloque International sur la Convention*, *Op. Cit.*, p. 188, note (5).

Dans cette étude, nous utiliserons de préférence le terme "restriction" pour désigner la clause générale figurant aux § 2 des art. 8 à 11 et 2 du Protocole 4. Nous donnerons au terme "limitation" une portée générale en ce sens qu'il visera tant les restrictions et les exceptions que les dérogations.

(6) On peut penser, écrit Ph. VEGLERIS (*Op. Cit.*, p. 227) que les "rédacteurs de la Convention ont cherché... de prévoir ce que pourraient être les restrictions que chaque droit appelle par sa nature et peut subir dans l'intérêt général, plutôt que de limiter le pouvoir d'intervention des Etats à cet effet".

(7) Remarquons qu'en plus de ces conditions, deux dispositions limitent encore l'application des restrictions: l'article 14 interdisant toute discrimination dans l'application des restrictions et l'article 18 prohibant l'application des restrictions dans un autre but que celui pour lequel elles ont été prévues. Sur ces deux dispositions, voy. dans les publications de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, "*Les droits de l'homme et leurs limitations*", sujets de jurisprudence, Vol. 4, 1974, pp. 36-38 et F. JACOBS, *Quatrième Colloque International sur la Convention*, *Op. Cit.*, pp. 197-200.

des ingérences admises dans la mesure où elles peuvent se justifier sous l'angle de la clause générale de limitation figurant au paragraphe 2 des articles 8 à 11 et de l'article 2 du protocole N.º 4, la Commission distingue les interventions ⁽⁸⁾ et les méconnaissances ⁽⁹⁾. Les interventions ne constituent pas nécessairement des ingérences et de ce fait ne sont pas soumises à leur régime. La Commission parle de méconnaissances lorsque certains actes, ou même l'abstention, des autorités publiques aboutissent à la négation d'un droit protégé; elle ne peuvent évidemment pas faire l'objet d'un examen sous l'angle de la clause générale de limitation. Par cette nouvelle trilogie, "la Commission établit une subtile gradation entre l'intervention qui est admise, l'ingérence qui n'est admise que lorsqu'elle correspond à l'article 8 § 2 et la méconnaissance qui est injustifiable" ⁽¹⁰⁾.

La question se pose maintenant de savoir si l'expression "dans une société démocratique" a un contenu distinct et par là une valeur propre dans le jeu de la Convention. Quelque fois, on a l'impression en lisant les dispositions de la Convention que la "société démocratique" n'y est qu'une clause de style, un hommage rendu à une technique qui a fait ses preuves ⁽¹¹⁾.

Pour répondre à la question posée ci-dessus, il a paru opportun, dans une première section, de rechercher pourquoi les rédacteurs ont estimé utile d'indiquer clairement l'exigence de la nécessité "dans une société démocratique". La seconde section examinera le contenu et le rôle attribués par la Cour et la Commission à la clause à travers les applications d'un contrôle des mesures restrictives.

⁽⁸⁾ Voy, par exemple la requête 6959/75, *Aff. Brüggemann et Scheuten*, rapport du 12 Juillet 1977, § 61 ainsi que l'opinion séparée de M. OPSAHL à laquelle se sont ralliés MM. NOGAARD et KELLBERG: Voy. G. COHEN JONATHAN et J. P. JACQUE", *Activité de la Commission Européenne des Droits e l'Homme, A.F.D.I.*, 1978, p. 414 et la note ⁽⁴⁵⁾; voy aussi requête 7215/75, *Wells c/ Royaume-Uni*, rapport du 12 Octobre 1978, § 144.

⁽⁹⁾ Voy. par exemple la requête 6833/74, *P. et A. MARCKX c/ Belgique*, rapport du 10 décembre 1977, § 75. La Commission considère que le fait de devoir recourir à la reconnaissance pour établir la filiation naturelle maternelle constitue une méconnaissance de la vie familiale; voy. aussi requête 7654/76, *D. VAN OOSTERWIJCK c/ Belgique* rapport du 1^{er} Mars 1979, § 52.

⁽¹⁰⁾ G. COHEN — JONATHAN et J. P. JACQUE, *Op. Cit.*, *A.F.D.I.*, 1978, pp. 447.

⁽¹¹⁾ Les auteurs de la Convention ont repris la notion de "société démocratique" des travaux des Nations Unies, voy. *infra*.

Section 1: La signification historique de la clause “dans une société démocratique”.

Il s'agit dans cette section d'examiner, dans un premier paragraphe, les travaux préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, afin de discerner le sens de l'expression “dans une société démocratique” au moment de la conclusion du Traité. Cette notion figurant également dans d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, il nous a semblé intéressant, dans un second paragraphe, de procéder à une étude comparative de ces différents textes.

Paragraphe 1. Origine et signification de la clause dans les travaux préparatoires de la Convention

La clause “dans une société démocratique” trouve son origine immédiate dans le paragraphe 2 de l'article 29 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme⁽¹²⁾, dont les rédacteurs de la Convention se sont largement inspirés. Les travaux préparatoires de celle-ci ne donnant aucune indication utile quant à sa signification, il sera nécessaire d'examiner ceux de la Déclaration Universelle, qui sont plus explicites sur le sens à lui accorder. L'identité du texte nous permet de la faire.

Notons la longue hésitation des rédacteurs de la Convention Européenne entre deux méthodes de limitations des Droits garantis⁽¹³⁾. L'une consistait à se contenter d'une clause générale pour toutes les libertés et tous les droits⁽¹⁴⁾, l'autre préconisait un système de limitations spéciales édictées pour chaque droit et chaque liberté⁽¹⁵⁾. Deux projets ont donc

(12) Art. 29 § 2: “Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique”.

(13) Sur ces méthodes, voy. R. CASSIN, “La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'Homme”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, 1951, II, p. 310 et s.

(14) Méthode adoptée par la Déclaration Universelle.

(15) Méthode préconisée par la Grande-Bretagne; sur ce point, voy. *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention*, T. IV, *Op. Cit.*, p. 9 et s.

été présentés. Le premier faisait suivre l'énumération des droits par un article stipulant que "Dans l'exercice des droits et dans la jouissance des libertés garantis par la Convention, chacun ne peut être soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public, de la sécurité nationale et de l'intégrité territoriale, ainsi que du bon fonctionnement de l'administration et de la justice dans une société démocratique... Le second définissait les droits et reprenait à leur suite la formule de l'article 29 adaptée à la nature de chaque droit, mais amputée de la clause "dans une société démocratique". La Conférence des Hauts — Fonctionnaires ⁽¹⁶⁾, chargée de rédiger le projet de Convention à soumettre au Comité des Ministres opta pour le système des limitations spéciales. Toutefois, à la demande des partisans de l'énumération des droits, ils y ajoutèrent l'expression "dans une société démocratique", sans en préciser la signification.

Les débats au sein de la Commission des Nations Unies apportent peu d'éléments déterminant sur le sens à attribuer à la clause ⁽¹⁷⁾. La discussion a essentiellement porté sur la nécessité d'introduire une disposition mettant l'accent sur la fonction sociale des droits de l'homme et justifiant en même temps les devoirs de l'individu ⁽¹⁸⁾. En effet, l'homme ne pouvant trouver le cadre nécessaire au libre et plein développement de sa personne que dans la société, il est normal qu'il ait vis-à-vis de celle-ci des devoirs. En outre, des points de vue se sont exprimés sur les questions suivantes: Etais-il opportun d'introduire le mot démocratie, au paragraphe 2 de l'article 29? Fallait-il préférer le terme "société" à celui d'"Etat"? La hantise du danger fasciste semble être à la base de l'insertion du mot "démocratique" dans le texte du paragraphe 2. On peut cependant regretter que les travaux préparatoires de la Déclaration ne se prononcent

⁽¹⁶⁾ Strasbourg, du 8 au 17 Juin 1950. Sur les travaux de la Conférence, voy. *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention, Op. Cit.*, T. IV, p. 189 et pp. 223-225.

⁽¹⁷⁾ Pour les débats au sein de la Commission, voy. A. VERDOODT, "*Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*", Louvain — Paris, éd. Nauwelaerts, 1964, pp. 262-271.

⁽¹⁸⁾ En ce sens, Ph. VEGLERIS, *Op. Cit.*, p. 230. Sur l'importance de la fonction sociale des droits, voy. R. CASSIN, *Op. Cit.*, 1951, II, pp. 277-279; et N. ROBINSON, *The Universal Declaration of Human Rights*, 1958, pp. 141-142.

pas sur le fond de la notion. D'ailleurs, pour contourner la difficulté de définir d'une façon satisfaisante l'"Etat démocratique", on a préféré utiliser l'expression "société démocratique". Tout en maintenant l'idée essentielle de l'article, à savoir que tout droit implique des obligations envers la société; la formule a le mérite d'englober à la fois la communauté locale, l'Etat et l'ordre international⁽¹⁹⁾.

A la lumière des travaux préparatoires de la Déclaration, la clause peut donc être interprétée comme faisant référence à un aménagement des relations sociales fait de libertés politiques et de droits individuels, dans lequel "chacun est conscient que tout droit implique des obligations envers la société locale, nationale, internationale". En d'autres termes "l'expression 'société démocratique' veut simplement faire ressortir la nécessité d'imposer des bornes aux limitations... (admises par le même paragraphe), nonobstant la diversité des interprétations qu'on peut leur donner"⁽²⁰⁾.

On peut supposer que les rédacteurs de la Convention ont attribué à la phrase la même signification limitative, consistant à soumettre toutes les restrictions à une tendance commune. Intercalée dans l'énumération des finalités publiques que l'Etat doit poursuivre lorsqu'il limite les droits, l'expression semble vouloir imposer aux restrictions "une qualité supplémentaire et commune: celle de se maintenir dans l'ordre ou l'esprit d'une société démocratique"⁽²¹⁾. La clause appelle donc un jugement dans un cadre de référence caractérisé principalement par le règne de la loi, le respect des droits de l'homme, des institutions fondées sur le suffrage universel et même par une certaine aspiration à la justice sociale⁽²²⁾.

(19) Voy. A. VERDOODT, *Op. Cit.*, p. 269.

(20) *Idem*, p. 271.

(21) Ph. VEGLERIS, *Op. Cit.*, p. 228.

(22) En ce sens, R. PELLOUX, "Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire aux Etats liés par les Conventions et Pactes relatifs aux droits de l'homme", dans *Actes du Colloque sur les Droits de l'Homme de LOUVAIN-LA-NEUVE*, Décembre 1978. Ces éléments de la démocratie ressortent notamment de la Déclaration sur la démocratie adoptée par le Conseil Européen le 7 Avril 1978. Remarquons qu'en ce qui concerne l'élément d'aspiration sociale, nous avons déjà montré qu'en parlant de "société démocratique", les rédacteurs avaient certes davantage en vue la démocratie politique que la démocratie sociale. Voy. l'intervention de P.H. TEITGEN, complète-rendu de la neuvième session tenue le 16 Août 1950, *Recueil des Travaux Préparatoires*, Conseil de l'Europe, T. IV, p. 853 et F. JACOBS, *Actes du Quatrième Colloque International sur la Convention*, *Op. Cit.*, p. 192.

La référence à la "société démocratique" implique aussi certainement l'emploi des moyens les plus respectueux des libertés.

Quoiqu'il en soit, l'approche de la signification de la clause à travers les travaux préparatoires ne peut qu'en donner une vue partielle. Comme l'écrivait Charles DE GAULLE⁽²³⁾. "Ce qui est écrit, fût-ce sur un parchemin, ne veut que par l'application". L'examen de la jurisprudence nous sera d'un grand secours⁽²⁴⁾.

Paragraphe 2 — La clause dans les autres instruments relatifs aux droits de l'homme

L'examen de la clause dans les autres instruments rédigés sur les droits de l'homme se veut exclusivement descriptif. Il a pour seul but de montrer que la même formule peut recouvrir des cadres de référence très divers et emporter des conséquences juridiques différentes. On retrouve la notion de société démocratique tant dans les textes à caractère international que régional⁽²⁵⁾.

A) Les instruments internationaux

La clause figure dans les deux pactes des Nations-Unies adoptés à New York le 16 Décembre 1966.

⁽²³⁾ Dans "*Mémoires d'Espoir*".

⁽²⁴⁾ Voy. *Infra*, p. 44 et s.

⁽²⁵⁾ Parmi les nombreux instruments de protection des droits de l'homme, seuls les plus importants ont été retenus.

Dans le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (26), elle est mentionnée à l'article 4 (27) qui s'applique à l'ensemble du pacte. Les travaux préparatoires (28) ne précisent toutefois pas la signification qu'ils entendent lui donner. La majeure partie de la discussion porte sur la question de savoir s'il convenait d'insérer ou non une clause limitative générale (29).

Dans le Pacte International relatif aux droits civils et politiques (30), la clause apparaît à la suite de l'énoncé des motifs d'ingérence à l'instar de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (31). Néanmoins, elle n'y figure pas avec la même fréquence; seuls les articles 21 et 22 la mentionnent (32). Lors des débats, la société démocratique fut définie comme une société respectueuse des principes énoncés dans la Charte, dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et dans les deux Pactes (33).

(26) Entrée en vigueur: 3 Janvier 1976.

(27) "Les Etats parties au présent Pact reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'Etat conformément au présent Pacte, l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique".

(28) Voy. le commentaire préparé par le Secrétaire Général du texte des projets de pactes contenant les résumés analytiques des débats et soulignant les questions de fond et de forme soulevés au cours des débats, doc. des Nations-Unies, A/2929, 1^{er} Juillet 1955.

(29) Voy. Doc. A. 2929, p. 79, par. 49.

(30) Entrée en vigueur: 23 Mars 1976.

(31) Comme dans la Convention, la nature de chaque droit a suggéré aux rédacteurs du Pacte des motifs d'intervention variés. La raison de cette diversité réside aussi dans le fait que les clauses limitatives ont été rédigées à des époques différentes. Voy. Doc. A 2929, p. 151, par. 112.

(32) La rédaction des clauses limitatives est la même. Toutefois, l'art. 21 parle de "restrictions imposées conformément à la loi" pour des "restrictions prévues par la loi" à l'art. 22. L'insertion des mots "dans une société démocratique" a été proposé lors de la cinquième session de la Commission des Droits de l'Homme, par le représentant de la France, qui s'inspirait de l'art. 29 de la Déclaration Universelle. Voy. Doc. E/CN 4/365, p. 54 et Doc. E/CN 4/515/add. 15.

(33) Voy. doc. A/2929, p. 172 et p. 176, par. 150. Il n'a cependant pas encore été fait application de la clause. En ce qui concerne l'examen des rapports des Etats en vertu de l'art. 40, le Comité des Nations Unies n'a pas encore réussi à rédiger des observations générales comme le prévoit le Pacte. Les communications tranchées quant au fond sont au nombre de deux, elles concernent toutes les deux l'Uruguay et mette en cause les art. 7,9 et 14 dans lesquels la clause n'est pas mentionnée (Nous sommes redevables au Professeur C. TOMUSCHAT, membre du Comité des Nations-Unies, des indications précédentes).

Notons que l'expression n'est pas reprise dans l'Acte Final d'Helsinki signé le 1^{er} Août 1975. "C'est en vain que nous chercherons dans les trente mille mots qui composent cet Acte, une référence à la démocratie⁽³⁴⁾.

B) *Les instruments régionaux*

La clause est passée dans la Charte Sociale Européenne. Son article 31 stipule que "les droits et principes... ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non spécifiées..., à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes moeurs". Ce texte s'inspire visiblement du paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention. "A noter cependant que l'article 31 vise toutes les dispositions matérielles de celle-ci (Charte Sociale), tandis que pour la Convention, les restrictions prévus n'affectent que quelques uns des droits garantis"⁽³⁵⁾. Il a été fait application de l'article 31 dans une affaire intéressant la R.F.A., laquelle ne satisfait pas à ses engagements concernant le droit de grève. En effet, la législation allemande dénie ce droit à l'ensemble des fonctionnaires titulaires (Beamte). Le Comité d'experts indépendants, dans ses quatrième Conclusions, a considéré comme impossible" de soutenir que l'introduction de la grève à l'ensemble des 'Beamte' puisse être regardée comme 'nécessaire dans une société démocratique' pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes moeurs, alors que dans de nombreux Etats démocratiques, Parties Con-

⁽³⁴⁾ P. MODINOS, *R.D.H., Op. Cit.*, 1976, p. 582.

⁽³⁵⁾ H. WIEBRINGHAUS, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Charte Sociale Européenne", *R.D.H.*, 1975, Vol. VIII, p. 530.

tractantes à la Charte, l'on ne rencontre pas aujourd'hui une semblable restriction" (36). L'absence d'un contrôle juridictionnel fait que les choses restent en l'état (37).

Toujours dans le dessein de limiter le pouvoir de restriction laissé aux Etats, la clause fut introduite dans la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme, adoptée le 30 Avril 1948. Son article 28 stipule que: "Les droits de chaque homme sont limités par les droits des autres, par la sécurité de tous et par les exigences juste du bien-être général et du développement de la démocratie" (38).

Le système interaméricain de protection des droits de l'homme a été consolidé para la Convention Américaine des Droits de l'Homme approuvée le 22 Novembre 1963 (39). Cette Convention intitulée "Pacte de San José de Costa Rica" a accueilli la clause dans certaines hypothèses de restriction ou d'ingérence aux droits reconnus provenant des Etats (40).

Ainsi, la clause se retrouve tant dans les systèmes régionaux que dans le système universel de protection des droits de l'homme. Il est évident que, mentionnée dans la Convention, sa signification diffère de celle

(36) Conclusions IV, p. 49.

(37) Voy. les Conclusions V, p. 52 dans lesquelles le Comité d'experts confirme ses conclusions précédentes, à savoir que la R.F.A. ne donne toujours pas pleinement effet au paragraphe 4 de l'article 6 de la Charte reconnaissant le droit de grève.

(38) Le statut de la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, chargée de promouvoir les droits définis dans la Déclaration Américaine rappelle dans son article 10 qu': "En exerçant ses fonctions, la Commission... aura en particulier présent à l'esprit le fait que, conformément à la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme, les droits de chacun sont limités par les droits des autres,... par les justes exigences... du développement de la démocratie". K. VASAK observe (in "La Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, 1968, p. 61) que "Cette disposition a pour la Commission la valeur d'un véritable principe d'interprétation et d'application des droits de l'homme figurant dans la Déclaration Américaine. Classique dans sons libellé, l'indication n'en est pas moins précieuse pour la Commission qui dispose ainsi de tous les éléments pour bâtir un véritable droit jurisprudentiel".

(39) Entrée en vigueur, le 18 Juillet 1978.

(40) Voy. art. 15 (droit de réunion), art. 16 (liberté d'association), art. 22 (droit de déplacement et de résidence). L'idée de démocratie est encore présente dans l'art. 29 relatif aux normes d'interprétation. En outre, le préambule de la Convention réitère l'idée américaine traditionnelle, déjà formulée para la Déclaration, selon laquelle il s'agit d'un système de protection de droits inhérents à la personne humaine, conçu "dans le cadre des institutions démocratiques".

qu'elle peut avoir dans le Pacte de San José ⁽⁴¹⁾ et surtout dans les Pactes des Nations Unies. Le contenu de la clause dans les Pactes est forcément assez vague étant donné que les types de sociétés concernées s'inspirent de principes politiques, économiques, sociaux et philosophiques différents. Au contraire, dans le contexte de la Convention Européenne, la notion de société démocratique prend un contenu relativement homogène. Cette dernière observation constitue un élément précieux dans la recherche de la valeur de l'expression "dans une société démocratique". La mention de cette formule nous permettra de mettre en lumière la spécificité de la Convention et certaines des différences entre ce Traité et les autres instruments relatifs aux droits de l'homme.

Section 2 — L'application de la clause "dans une société démocratique" par les organes de la Convention.

Nous savons déjà, et l'histoire de l'article 29 de la Déclaration Universelle en fait foi, que l'expression "dans une société démocratique" a été ajoutée à la suite de la mention des finalités permettant à l'Etat de justifier les restrictions aux droits garantis comme une commune mesure de ces restrictions. Cependant, les rédacteurs de la Convention, lorsqu'ils ont intercalé au milieu des buts sociaux et publics que l'intervention de l'Etat devait servir la clause "dans une société démocratique, n'ont pas précisé ce

(41) Voy. H. G. ESPIELL, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1975, Vol. 2, p. 10. L'auteur de l'article parle des difficultés pour établir un système régional et commun de protection des droits de l'homme dans l'intégralité du continent américain en raison de la confrontation existant entre les pays latino-américains et les Etats Unis, de leurs différents degrés de développement, de la différence de leurs systèmes juridiques... Il signale aussi le fait de l'existence en Amérique Latine d'un Etat — Cuba — qui a proclamé une conception marxiste-léniniste. Dans ce contexte, la formule "dans une société démocratique" ne peut avoir un contenu uniforme.

qu'il fallait entendre par cette clause. Ils ont simplement défini les principes essentiels de la démocratie.

Dès lors, il y a lieu de se demander quel est le contenu et par là la valeur propre que les organes de la Convention ont donné aux mots "dans une société démocratique". Nous rechercherons donc à travers les applications d'un contrôle des mesures restrictives, dans lesquelles l'élément de "société démocratique" est distinctement considéré, les éléments qui doivent nous permettre de préciser le rôle de la notion de démocratie.

Le critère de "société démocratique" ne peut certainement pas être défini en termes abstraits. La Cour et la Commission n'étant appelées à statuer que sur les affaires dont elles sont saisies, c'est en fonction des litiges soumis à ces instances qu'est précisée la notion. Toutefois, certaines de leurs appréciations dépassent le cas concret à résoudre.

La notion de démocratie ne permet évidemment pas d'expliquer tout, mais nous pensons qu'elle constitue plus qu'un "simple rappel de la solidarité et de l'interdépendance qui unit tous les droits et en fait les composantes de la démocratie telle qu'elle est évoquée dans le Préambule et les premières dispositions du Statut du Conseil de l'Europe et dans le Préambule de la Convention Européenne" (42).

Au début de l'application de la Convention, on a pu se demander si l'exigence selon laquelle les restrictions devaient être nécessaires "dans une société démocratique" avait une réelle signification. Tout au plus, peut-on qu'elle jouait un rôle implicite en tant que critère de raisonnement ou cadre de référence de traditions et cultures relativement homogènes. La marge d'appréciation des Etats membres était grande, la Cour et la Commission n'osaient pas pousser très loin leur contrôle. Aujourd'hui, la notion semble avoir un rôle plus explicite en la matière. Moins timides qu'en 1950, les organes de la Convention vérifient d'une manière approfondie la conformité à la Convention des restrictions décidées par les Etats, ce qui réduit d'autant le pouvoir national d'appréciation. Il faut surtout remarquer que le contrôle de la nécessité des mesures restrictives se fait par référence aux canons d'une "société démocratique". C'est ainsi qu'à travers la jurisprudence relative aux restrictions, certains éléments

(42) Ph. VEGLERIS, "La clause 'dans une société démocratique' et les nécessités publiques", dans *Actes des X^e journées d'études juridiques Jean DABIN*, Louvain-La-Neuve (B) 2-4 Octobre 1980, p. 345.

utiles à la détermination de la valeur de l'expression "dans une société démocratique" peuvent être relevés.

La tendance à apprécier les restrictions aux droits à la lumière des principes propres à une "société démocratique" est récente. En effet, l'examen de la jurisprudence révèle que la Commission et la Cour n'ont pas directement attribué à la clause une importance autonome. C'est pourquoi, nous examinerons d'abord le principe de l'application de la notion de "société démocratique" comme critère des limitations des droits protégés. Nous tenterons ensuite de déterminer la valeur jurisprudentielle de cette notion.

Paragraphe 1 — La clause "dans une société démocratique" comme critère des restrictions aux droits garantis.

Si la Commission n'a pas immédiatement fait de la conformité avec la "société démocratique" un élément intégrant de l'appréciation du lien unissant la mesure restrictive et la réalisation de l'un des buts énoncés dans les paragraphes 2 des articles 8 à 11 de la Convention et 2 du Protocole N.º 4, on décèle dans la jurisprudence une lente évolution⁽⁴³⁾.

Dans les premières décisions, il s'agit souvent d'une simple reproduction des termes de la disposition relative au droit ou à la liberté en litige. Ainsi, dans le cas de trois requêtes tendant à faire constater que la répression du délit d'homosexualité par la législation allemande constituait une violation du droit au respect de la vie privée, la Commission s'est conten-

(43) Cet examen de jurisprudence est en grande partie fondée sur l'étude précitée de Ph. VEGLERIS, in *R.D.H.*, 1968, pp. 229-235.

tée de répondre “que la Convention permet à une Haute Partie Contractante d’ériger, dans sa législation, l’homosexualité en infraction punissable, le droit au respect de la vie privée et familiale pouvant faire l’objet, dans une société démocratique, d’une ingérence prévue par la loi de cette Partie pour la protection de la santé ou de la moralité”⁽⁴⁴⁾. M. PINTO, dans son commentaire consacré à ces trois requêtes, observe: “La Commission se contente de lire le texte comme s’il indiquait purement et simplement que, dans une société démocratique, le droit reconnu au respect de la vie privée peut faire l’objet d’une ingérence prévue par la loi. Cette interprétation prive de toute signification l’insertion dans le texte de l’incidente ‘société démocratique’. En réalité, l’évocation d’une société démocratique a pour objet de circonscrire et de limiter l’ingérence éventuelle de l’autorité publique. Il doit s’agir d’une ingérence telle que l’on peut la concevoir, l’admettre dans une société démocratique et non d’ingérence que l’on pourrait concevoir par exemple dans une société autoritaire ou totalitaire, ou dans une société théocratique... La décision de la Commission dénature sur ce point le texte”. Le commentateur conclut que la Commission aurait pu adopter une attitude moins négative en répondant à la question de savoir “quelle ‘morale’ est ou non compatible avec une ‘société démocratique’ et quelles sont les mesures nécessaires à sa protection”⁽⁴⁵⁾. Dans de nombreuses affaires ultérieures, la Commission a interprété de la même manière la clause “dans une société démocratique”. Après une appréciation globale de la réglementation en cause, elle s’est contentée de reproduire les termes de la disposition relative au droit ou à la liberté en litige pour bien marquer que ce droit ou liberté peut être sujet à ingérence⁽⁴⁶⁾.

Dans toute une série d’affaires posant des problèmes délicats sous l’angle de la manière d’agir ou de s’abstenir de l’Etat dans une société démocratique la Commission a adopté une attitude plus conforme à sa mission en ce sens qu’elle a examiné, quoique sommairement, si les conditions posées par la Convention en ce qui concerne les restrictions étaient remplies. Néanmoins, elle n’a pas examiné les circonstances de la cause au regard des principes propres à une société démocratique.

⁽⁴⁴⁾ Requêtes 104/55, *Annuaire 1*, p. 229; 167/56, *ibid.*, 235; 261/57, *ibid.*, p. 255.

⁽⁴⁵⁾ R. PINTO, “*Les Organisations Européennes*”, 2^{ème} ed. mise à jour, 1965, Paris, pp. 103-104.

Ainsi, dans une espèce où la requérante une journaliste, condamnée pour diffamation de l'armée autrichienne, reprochait au Code Pénal Autrichien ayant servi de base à sa condamnation d'être incompatible avec l'article 10, la Commission a estimé sans "aucun doute" que les dispositions pénales critiquées" constituent des restrictions à la liberté d'expression autorisées par le paragraphe 2 de l'article 10 puisque, d'une part, elles sont prévues par la loi et que, d'autre part, il s'agit de mesures nécessaires à la protection d'autrui"⁽⁴⁷⁾. La clause "dans une société démocratique" n'est même pas reproduite, preuve que la Commission ne lui accorde pas une grande attention⁽⁴⁸⁾. De cette décision, on peut rapprocher celle du 16 Décembre 1963⁽⁴⁹⁾ dans laquelle la Commission a jugé que les restrictions à la liberté d'expression contenues dans la loi allemande du 9 Juillet 1963 régissant la diffusion des publications de nature à corrompre la jeunesse constituaient "des mesures nécessaires à la protection de la morale". De la société démocratique, il n'a pas non plus été question, alors que le requérant, directeur d'une messagerie, avait allégué devant la Commission que les critères de censure des publications étaient étrangers à une société démocratique.

La Commission a adopté une attitude tout aussi peu hardie à l'égard des dispositions constitutionnelles autrichiennes réprimant les activités national-socialistes et posant de ce fait le problème entre le pouvoir de

(46) La jurisprudence de la Commission étant abondante en matière de restrictions, nous nous limiterons à mentionner quelques affaires représentatives. Parmi celles-ci beaucoup concernent l'art. 8 et plus particulièrement les conditions de détention: correspondance des détenus, droit de recevoir des visites, inspection de la cellule. Voy. notamment les requêtes 530/59, *Annuaire* 3, p. 185; 793/60. *Ibid.*, p. 445; 1628/62, *Rec. Déc. N.º 12*, p. 161; 2516/65, *Rec. Déc. N.º 20*, p. 28; 3448/67, *Rec. Déc. N.º 30*, p. 56. En ce qui concerne l'art. 9 voy. la requête 2988/68, *Rec. Déc. N.º 23*, p. 137 dans laquelle le grief concernait le système d'assurance automobile obligatoire, contre lequel le requérant élevait des objections de conscience en raison de ses convictions religieuses. La Commission a considéré que le système d'assurance obligatoire avait pour but de protéger les droits des tiers et que la limitation en résultant était permise par l'art. 9 § 2.

(47) Requête 753/60, *Annuaire* 3, p. 311.

(48) Dans sa jurisprudence relative aux restrictions, la Commission commence généralement par reproduire intégralement le texte des paragraphes 2 des droits en cause. Néanmoins, dans la majorité de ses décisions, elle ne mentionne pas dans ces conclusions la clause "dans une société démocratique". Parmi les décisions récentes dans lesquelles la clause ne figure pas, on peut citer les requêtes 7456/76, *Déc. Rap. N.º 13*, p. 40; 8041/77, *Déc. Rap. N.º 12*, p. 197; 8065/77, *Déc. Rap. N.º 15*, p. 246; 8166/78, *Déc. Rap. N.º 13*, p. 241 pour l'art. 8; la requête 7992/77, *Déc. Rap. N.º 14*, p. 234 pour l'art. 9; la requête 6988/75, *Déc. Rap. N.º 3*, p. 159 pour l'art. 10.

(49) Requête 1167/61, *Annuaire* 6, p. 205.

l'Etat de prendre les mesures nécessaires à la préservation de l'ordre démocratique et les libertés consacrées aux articles 9 et 10 de la Convention. Dans cette affaire, le requérant se plaignait d'avoir été condamné injustement pour activités néo-nazies. Il soutenait notamment que la disposition pénale était vague et que les faits de la cause ne prouvait contre lui qu'un délit d'opinion. La Commission a déclaré la requête irrecevable par une décision motivée en termes généraux et concluant "que la condamnation du requérant, qui lui imposait nécessairement des restrictions dans l'exercice de ces libertés, était conforme aux dispositions du droit pénal; que au surplus, compte tenu du fait que le requérant a été régulièrement condamné pour des agissements visant à réintroduire des activités national-socialistes en Autriche, ... que ces restrictions étaient nécessaires dans une société démocratique à la sûreté publique, à la sécurité nationale et à la protection des droits et libertés d'autrui" (50). La mention de la "société démocratique" est de pure forme. Pourtant, comme l'observe K. VASAK, "on peut se demander si le grief du requérant visant le caractère trop vague de l'incrimination n'offrait pas à la Commission la possibilité de préciser la notion de 'société démocratique' puisqu'en effet les restrictions à la liberté d'expression ne sont admises par le § 2 de l'article 10 que s'il s'agit de mesures nécessaires dans une société démocratique" (51). Une disposition imprécise pourrait permettre une interprétation et application plus larges que ne l'autorise la Convention.

Dans les affaires ultérieures, la Commission s'est montrée un peu plus audacieuse dans l'appréciation des restrictions. Les décisions dans lesquelles la Commission s'est livrée à un examen plus approfondi de l'existence de l'un des buts d'intérêt public indiqués dans la clause générale

(50) Requête 1747/62, *Annuaire* 6, p. 425.

(51) K. VASAK, *Clunet* 1967 (N.° 2), "Chronique de jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", p. 486, n.° 58.

(52) Parmi ces affaires, on peut mentionner la décision partielle du 15 février 1965 (Requête 1753/63 *Rec. Déc. N.° 16*, p. 26, annotée au *Clunet* 1967 (N.° 2), p. 484, N.° 53) dans laquelle la Commission a jugé nécessaire, dans une société démocratique, à la protection de l'ordre dans les prisons certaines restrictions à la liberté de manifester sa religion dont l'interdiction de se laisser la barbe et d'avoir un chapelet. Toujours en ce qui concerne les conditions de détention, elle a considéré nécessaire dans une société démocratique à la défense de l'ordre l'inspection de la cellule des prisonniers au cours de leur absence afin que ceux-ci ne prennent pas connaissance des méthodes employées pour fouiller leurs effets personnels et vérifier le système de sécurité de la cellule (Requête 3448/67, *Rec. Déc. N.° 30*, p. 56) Dans sa décision sur la recevabilité de la requête 4256/69 (*Rec. Déc. N.° 37*, p. 67; voy, également requête 3962/69, *Rec. Déc. N.° 30*, p.

de limitation et d'une proportionnalité raisonnable entre la rigueur de la mesure et l'intérêt poursuivi dans le cas particulier sont nombreuses ⁽⁵²⁾. Cependant, dans toutes ces affaires et même dans celles plus propices à un examen des circonstances de la cause au regard des conceptions démocratiques ⁽⁵³⁾, elle semble oublier l'additif selon lequel la mesure doit être nécessaire à son but "dans une société démocratique". Elle paraît identifier cet élément avec la qualité de la mesure d'être nécessaire à l'une des finalités énumérées dans la disposition. La clause, lorsqu'elle est reproduite, joue un rôle purement formel.

Ainsi, la jurisprudence examinée jusqu'à présent n'offre pas un cas de contrôle direct de la conformité d'une mesure restrictive avec la clause "dans une société démocratique". La Commission ne semble d'ailleurs pas y attacher une importance autonome. Comme l'écrit Ph. VEGLERIS, les décisions de la Commission "semblent rallier dans un même considérant bref et indivisible, à la fois la reconnaissance de la mesure comme dictée par un but qui ne dépasse pas ceux mentionnés dans la Convention et l'affirmation de sa nécessité 'dans une société démocratique' ⁽⁵⁴⁾". Ce dernier élément, absorbé par le critère de nécessité, ne reçoit pas une signification distincte.

Certaines décisions isolées marquent cependant une évolution de la jurisprudence en ce sens que la Commission se montre soucieuse d'exami-

68), la Commission a estimé que la notion de "maintien de l'ordre public" dans le texte du paragraphe 2 de l'art. 2 du Protocole N.º 4 justifiait le refus des autorités allemandes de laisser partir le requérant, alors qu'il était détenu, vers la Pologne. Concernant une restriction à la liberté garantie par l'art. 9, voy. la requête 6886/75, *Déc. Rap. N.º 5*, p. 100.

⁽⁵³⁾ C'est le cas notamment de la requête 5339/72 (*Rec. Déc. N.º 43*, p. 56) dans laquelle le requérant alléguait une ingérence dans la mesure ou certaines photographies le montrant dans l'intimité avec différentes femmes avaient été montrées à tous les participants à son procès pour tentative d'homicide. La décision de la Commission dans cette affaire est très succincte et ne permet pas de savoir ce que tolère une société démocratique en la matière. Le raisonnement de la Commission est tout aussi éloigné des considérations de "société démocratique" dans la décision du 21 Mai 1976 (Requête 6741, *Déc. Rap. N.º 15*, p. 83). Le requérant se plaignait que sur la base de la loi italienne de 1920 interdisant la réorganisation du parti fasciste dissous, il avait été poursuivi et condamné alors que cette loi violait les droits et libertés reconnus aux art. 9, 10 et 11 de la Convention. La Commission s'est contentée de déclarer que "les restrictions dont le requérant se plaint constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sûreté publique et à la protection des droits et libertés d'autrui. Le raisonnement de la Commission est similaire à celui qu'elle a tenu dans sa décision du 13 Décembre 1963 examinée précédemment (requête 1747/62, voy. *supra*, p. 49).

⁽⁵⁴⁾ Ph. VEGLERIS, *Op. Cit.*, p. 233.

ner la conformité de la mesure restrictive au regard des exigences d'une "société démocratique"⁽⁵⁵⁾. Le cas le plus clair de mise en valeur de l'élément de société démocratique est celui du rapport dans l'affaire *DE BECKER*⁽⁵⁶⁾. La question principale qui se posait était de savoir si l'article 123 sexies du Code Pénal belge permettant de prononcer une privation à vie du droit de s'exprimer par la presse à l'encontre des personnes condamnées pour atteinte à la sûreté extérieure de l'Etat en temps de guerre constituait une mesure nécessaire "dans une société démocratique". Après un examen minutieux de la justification socio-politique de la disposition incriminée, la Commission a conclu que la disposition pénale belge ne se justifiait pas au regard des conditions posées par l'article 10 de la Convention en ce que, supprimant rigide-ment et à perpétuité toute liberté de publication, elle ne tenait pas compte de l'effet lénitif et d'oubli que doit avoir le passage du temps et l'éloignement des événements qui ont motivé certaines mesures rigoureuses⁽⁵⁷⁾. Si le raisonnement de la Commission couvre entièrement le point de vue de la "société démocratique", un des arguments avancé par la Commission nous fournit une indication précise dans la recherche de la signification de la clause "dans une société démocratique". La Commission pour conclure à la violation de la Convention s'est référée aux idéaux et pratiques des démocraties membres du Conseil de l'Europe et a observé que ceux d'entre eux qui ont adopté une législation spéciale pour châtier les personnes coupables d'intelligences avec l'ennemi n'ont pas jugé nécessaire de recourir à une privation de la liberté d'expression aussi inflexible que celle prévue par la disposition incriminée, ou du moins ne l'ont pas maintenue à perpétuité. La notion de "société

(55) La décision du 9 janvier 1959 (sur la requête 312/57, *Annuaire* 2, p. 352) est citée par R. PINTO et Ph. VEGLERIS comme marquant une évolution vers une interprétation plus correcte. Le requérant, dans cette affaire, se plaignait de ce que l'arrêté d'expulsion le séparant de sa famille et le mettant dans l'impossibilité de pourvoir à ses besoins violait l'art. 8. La Commission, après avoir décidé qu'il rentrait "certainement" dans sa compétence de déterminer, dans chaque cas qui lui est soumis, si l'ingérence de l'autorité publique, dans l'exercice du droit protégé par l'art. 8, répond aux conditions définies au paragraphe 2 dudit article" s'est livrée à un examen qui semble couvrir aussi le point de vue de la "société démocratique".

(56) Requête 214/56, rapport de la Commission du 8 Juin 1960, Cour Eu. D. H., série B, N.º 2, pp. 127-128.

(57) Le raisonnement de la Commission dans les décisions constituant en quelque sorte les "suites" de l'affaire *DE BECKER* semble éloigné des considérations relatives au caractère démocratique de la société. Voy les requêtes 764/60, *Rec. Déc. N.º 16*, p. 1, 924/60, *Annuaire* 6 p. 151 et les commentaires de K. VASAK au *Clunet* 1967 (N.º 2), p. 485, N.º 57 et de PH. VEGLERIS, *Op. cit.* p. 232.

démocratique” viserait donc la pratique générale des Etats membres du Conseil de l’Europe, comme l’a d’ailleurs estimé ultérieurement la Commission (58).

Les plus amples considérations sur la notion de société démocratique se trouvent dans le rapport établi dans l’affaire *HANDYSIDE* (59). La Commission y montre la volonté d’exercer un contrôle direct sur la conformité d’une mesure restrictive avec la clause générale de limitation, et donc avec l’élément de “société démocratique”.

Avant de poursuivre l’examen du rôle du critère de “société démocratique”, il semble opportun de décrire la manière dont les organes de la Convention conçoivent le contrôle qu’ils exercent à l’égard des Etats qui ont usé du pouvoir de restriction. Le mécanisme de contrôle n’est pas sans incidence sur la façon dont la Commission et la Cour considèrent l’exigence de la “société démocratique”.

Certains points sont maintenant établis. Le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l’homme. La Convention confie, en premier lieu, à chacun des Etats contractants le soin d’assurer la jouissance des droits et libertés qu’elle consacre (60). Les Etats jouissent ainsi d’une certaine “marge d’appréciation” (61), d’un “certain pouvoir discrétionnaire” (62), ou encore d’une “certaine latitude” (63) pour décider des mesures restrictives nécessaires “dans une société démocratique”.

(58) Voy. *infra*, p. 59 et p. 91.

(59) Requête 5493/73, Rapport du 30 Septembre 1975.

(60) Cour Eur. D.H., affaire *HANDYSIDE*, arrêt du 7 Décembre 1976, série A, N.º 24, § 48; Cour Eur D.H., affaire *SUNDAY TIMES*, arrêt du 26 Avril 1979, série A, n.º 30, § 59.

(61) Arrêt *HANDYSIDE*, *Op. Cit.*, § 48. La notion est apparue pour la première fois dans la jurisprudence lorsqu’il s’est agi d’apprécier la légitimité du recours à une dérogation selon l’art. 15. Voir le rapport de la commission sur la requête n.º 176/56 (Grèce c/ Royaume Uni), commenté *infra*.

(62) Cour Eur. D.H., affaire *KLASS*, arrêt du 6 Septembre 1978, série A, n.º 28, § 49.

(63) Rapport *HANDYSIDE*, *Op. Cit.*, § 49. Pendant une certaine période, la Commission ne s’est plus référée expressément à la marge d’appréciation, ce principe étant reconnu comme implicite. Récemment, la Commission a de nouveau fait référence à la notion. Voy. par exemple la requête n.º 8191/78, *Déc. Rap. n.º 17*, p. 93.

La notion de la marge d'appréciation n'a pas encore reçu une signification précise ⁽⁶⁴⁾ et a été contestée ⁽⁶⁵⁾. S'il est établi que la Cour n'a sûrement pas qualité pour substituer à l'appréciation des autorités nationales une autre appréciation de ce que pourrait être la meilleure politique en ce domaine ⁽⁶⁶⁾, la délimitation du champ d'application de la marge nationale d'application constitue une question délicate. En effet, la méthodologie suivie dans le contrôle de ce pouvoir a fait l'objet d'une controverse entre les membres de la Commission, controverse qui s'est exprimée dans l'affaire *HANDYSIDE* ⁽⁶⁷⁾ concernant la publication au Royaume Uni du "petit livre rouge à l'usage des écoliers".

Ce livre contenait notamment des informations en matière d'éducation sexuelle. Il s'agissait de déterminer si les mesures prises contre le requérant en application des lois relatives aux publications obscènes étaient vraiment nécessaires à la protection de la morale dans une société démocratique. La majorité de la Commission et le gouvernement avaient estimé qu'il fallait reconnaître aux Etats membres une large marge d'appréciation et que leur rôle se bornait à vérifier si les autorités du Royaume-Uni avaient agi "de manière raisonnable et de bonne foi" ⁽⁶⁸⁾. Par contre, les six membres ayant exprimé une opinion dissidente considéraient que la tâche de la Commission n'était pas "de contrôler la régularité de la décision rendue en appel..., mais d'examiner le petit livre rouge à l'usage des écoliers, uniquement à la lumière de la Convention" ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁴⁾ La doctrine sur le sujet est abondante. Voy. C.C.MORRISON, "Margin of appreciation in European Human Rights Law", *R.D.H.*, Vol. VI, 1973, pp. 263-286; R. HIGGINS, "Derogations under Human Rights treaties", 1976-77, 48, *ByBIL*, pp. 307-375; C. FEINGOLD, "The Little Red Schoolbook", *Human Rights Review*, vol. III, n.º1, 1978, pp. 31-42.; P. VAN DIJK et VAN HOOFF, "De europese Conventie in theorie en praktijk", *Ars Aequi Libri-Rechten Van de Mensdeel*. 2, 19, pp 375-385; J. KELLY, "Contrôle international des restrictions et limitations", *rapport présenté au Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Francfort 1980, Doc. Conseil de l'Europe, H/COLL ⁽⁸⁰⁾ 3, p. 5.

⁽⁶⁵⁾ Voy. C. FEINGOLD, article précité; F.G. JACOBS, "The European Convention on Human Rights", Oxford, 1975, p. 202.

⁽⁶⁶⁾ Arrêt *KLASS*, *Op. Cit.*, § 49.

⁽⁶⁷⁾ Voy. G. COHEN-JONATHAN, "Chronique de jurisprudence", *C.D.E.*, 1978, p. 353-354.

⁽⁶⁸⁾ Rapport *Handyside*, *Op. Cit.* § 157.

⁽⁶⁹⁾ Opinion dissidente de MM. KELLBERG, NORGAARD et TRECHSEL, p. 52 du rapport.

La Cour n'a pas expressément choisi entre les deux attitudes, mais a davantage justifié la première dans la mesure où elle a notamment considéré qu'il lui incombait de déterminer si les motifs donnés par les autorités nationales étaient pertinents et suffisants au regard de l'article 10 § 2. L'arrêt de la Cour n'a cependant pas mis fin à la querelle entre les membres de la Commission qui a ressurgi dans l'affaire du *SUNDAY TIMES*. En effet, cinq membres de la Commission, dans leur opinion dissidente, ont contesté la méthode, adoptée par la majorité pour apprécier les limitations à la liberté d'expression, consistant en un examen minutieux du contenu et des objectifs du projet d'article en litige et de l'état de la procédure au moment où a été prise l'ordonnance interdisant la dite publication. Il ont soutenu que "lorsque les organes de la Convention ont à connaître de la question de savoir si une restriction était nécessaire, ils ne se substituent pas aux organes nationaux. Ils doivent au contraire revoir les décisions que les organes nationaux ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation" (70). La Cour, dans cette affaire, a pris une attitude plus ferme et s'est départie de la thèse soutenue par le gouvernement et la majorité de la Commission dans l'affaire *Handyside*, thèse qu'elle paraissait bien accepter. En effet, elle a déclaré que la marge d'appréciation n'impliquait pas "qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de son pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable. Même un Etat contractant qui agit de la sorte reste soumis au contrôle de la Cour quant à la compatibilité de son comportement avec les engagements résultant pour lui de la Convention" (71). On ne peut dire suite à l'arrêt *Sunday Times* que l'application plus étroite de la théorie de la marge d'appréciation prônée par la Cour puisse étaler la jurisprudence. L'existence d'une large minorité au sein de la Cour dans le sens d'une interprétation large de la marge d'appréciation confirme cette observation (72).

(70) Affaire *Sunday Times*, Rapport du 18 Mai 1977, opinion dissidente de MM. SPERDUTI, DAVER, MANGAN, FOLAK et FROWEIN, p. 86

(71) Arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, § 59.

(72) Voy. l'opinion dissidente commune de MM. WIARDA, CREMONA, THOR VILHJALMSSON, RYSSDAL, GANSHOF VAN DER MEERSCH, SIR GERALD FITZMAURICE, LIESCH, MATSCHER, et Mme BINDSCHEDLER-ROBERT dans cette affaire et plus particulièrement le passage du § 8 dans lequel il est dit que le contrôle européen exercé par la Cour "concerne d'abord la question de savoir si les autorités nationales en évaluant ces faits et circonstances ainsi que le danger qui peut en découler pour les intérêts mentionnés à l'article 10 § 2 ont agi de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable.

De plus, comme le constate la Cour pour justifier le contrôle plus poussé dans l'affaire *Sunday Times*, la marge d'appréciation des Etats contractants n'a pas une ampleur identique pour chacun des motifs d'ingérence énumérés dans la Convention ⁽⁷³⁾. Dans l'affaire *Handyside*, concernant la "protection de la morale", la Cour a considéré qu'on ne pouvait dégager du droit interne des divers Etats membres une notion uniforme de la "morale", L'idée que les Etats contractants "se font des exigences de cette dernière", a constaté la Cour, "varie dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque", et "les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences" ⁽⁷⁴⁾. "Il n'en va pas exactement de même de la notion, beaucoup plus objective, d'autorité' du pouvoir judiciaire. En la matière, une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des Etats contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6, qui n'ont pas d'équivalent pour la 'morale'. A une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu" ⁽⁷⁵⁾.

Remarquons que la démarche suivie par les organes de la Convention dans l'appréciation des restrictions a formellement inspiré d'autres juridictions comme la Cour de Justice des Communautés Européennes dans un domaine certes plus fonctionnel, mais assez comparable sous l'angle méthodologique ⁽⁷⁶⁾. Il convient néanmoins de noter certaines différences dans cette démarche. Ainsi, en ce qui concerne l'appréciation du caractère nécessaire de la mesure à un droit garanti pour motif d'ordre public, le contrôle opéré par la Cour de Luxembourg semble plus rigoureux que celui des organes de Strasbourg. Dans le cadre communautaire, la mesure doit présenter un caractère de nécessité absolue, entendue strictement ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷³⁾ Arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, § 59.

⁽⁷⁴⁾ Arrêt *Handyside*, *Op. Cit.* § 48. Voy. également dans le même sens rapport *Handyside*. § 154 et les requêtes 6782—6784/74, *Déc. Rap. n.º 9*, p. 15.

⁽⁷⁵⁾ Arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, § 59. Voy. en sens contraire, l'opinion dissident commune précitée des neuf juges jointe à cet arrêt et l'opinion dissident commune de MM. SPERDUTI, DAVER, MANGAN, POLAK et FROWEIN, dans cette affaire, rapport p. 86 § 7. Dans le sens d'une marge d'appréciation importante, voy. la requête 8191/78. *Déc. Rap. n.º 17*, p. 93.

⁽⁷⁶⁾ Voy. sur ce point, G. COHEN-JONATHAN, "La Cour des Communautés Européennes et les Droits de l'Homme", *R.M.C.*, 1978, p. 92 et sa chronique de jurisprudence précitée, *C.D.H.*, 1978, p. 356.

⁽⁷⁷⁾ Arrêt du 28.10.75, *Rutili*, aff. n.º 361-75, *Rec.*, 1975, p. 1219.

Par contre, la Cour de Strasbourg est plus nuancée. Elle a noté, dans l'affaire *Handyside*, que si l'adjectif "nécessaire" n'est pas synonyme d'"indispensable", il n'a pas pour autant la souplesse des termes tels qu'"admissible", "normal", "utile", "raisonnable" ou "opportun" et implique l'existence d'un "besoin social impérieux" (78). D'une façon générale, nous pensons que l'encadrement communautaire de la notion d'ordre public, en tant que justification d'une dérogation au principe de la libre-circulation des personnes, est plus étroit. Toutefois, l'étendue de la marge d'appréciation des autorités nationales en ce qui concerne la notion de moralité paraît plus large dans le cadre des communautés. On trouve une illustration de cette différence dans l'affaire *Henn et Darby* relative à une restriction à la libre-circulation des marchandises. Dans cette affaire, la Cour a considéré qu'"il appartient en principe à chaque Etat membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs, et dans la forme qu'il a choisie" (79).

Par contre, la marge d'appréciation accordée par la Convention des Droits de l'Homme à l'Etat pour décider de ce qui est nécessaire à la "protection de la morale" n'est pas illimitée; elle va de pair avec un contrôle européen (80).

Nous avons décrit de manière relativement détaillée la méthode suivie par la Commission et la Cour pour apprécier la conformité d'une mesure restrictive à la Convention dans la mesure où, *grosso modo*, c'est à partir de l'affaire *Handyside*, dans laquelle a été définie cette méthode, que l'élément de "société démocratique" a fait l'objet d'un examen distinct.

L'attitude de la Commission n'est cependant pas constante. Ainsi, dans les affaires *Sunday Times* et *Pat Arrowsmith*, qui pourtant, comme dans l'affaire *Handyside*, soulevaient la question de l'appréciation des restrictions à la liberté d'expression, la Commission n'a pas considéré distinctement l'élément de "société démocratique". Celui-ci paraît absorbé dans la qualité de la mesure d'être nécessaire à l'une des finalités énumérées dans la

(78) Arrêt *Handyside*, *Op. Cit.*, § 48.

(79) Arrêt du 14.12.1979, aff. n.º 34-79, *Rec.*, 1979. Cette affaire concernait l'importation d'articles pornographiques. Voy. les Commentaires de J.FAULL, "Moralité publique et libre-circulation des produits", *C.D.E.*, 1980, p. 438 et s.. On remarquera les conclusions de l'avocat général qui a eu recours à la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour étayer son interprétation de l'expression "moralité publique" figurant à l'article 36 du Traité C.E.E.

(80) En ce sens, Arrêt *Handyside*, *Op. Cit.*, § 49 confirmé par l'arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, § 59.

clause générale de limitation. La commission n'a probablement pas jugé utile de le faire dans la mesure où elle s'était déjà prononcée dans l'affaire *Handyside* sur la valeur primordiale de la liberté d'expression "dans une société démocratique" (81). Quant à l'affaire *Klass* qui offrait pourtant l'occasion de se prononcer sur la compatibilité du système d'écoutes avec une "société démocratique" et sur ce que celle-ci tolérerait en la matière, le rapport de la Commission laisse une impression de malaise en raison de sa brièveté. "Certes, la Commission se conforme à sa jurisprudence traditionnelle et lui était difficile en dehors de tout cas concret d'application de la législation allemande d'aller plus loin dans l'analyse..." (82).

Quant à la cour, elle s'est très tôt référée à la notion de "société démocratique" pour interpréter les droits (83). Notons qu'elle semble donner à ce concept une portée autonome dans la mesure où elle interprète ce terme "au sens de la Convention" (84). Néanmoins, en ce qui concerne le contrôle de la licéité d'une mesure de restrictions avec la clause de la Convention y relative, la Cour n'a pas immédiatement attribué une importance autonome à l'expression "dans une société démocratique". A l'instar de la Commission, c'est dans l'affaire *Handyside* que la cour a mis en valeur cet élément et lui a donné un certain contenu. La Cour est encore plus explicite quant à ce contenu dans l'affaire *Klass*.

De l'examen de la jurisprudence de la Commission nous pouvons conclure que l'exigence de la "société démocratique" ne constitue pas un critère déterminant, suffisant en lui-même, mais un complément nécessaire dans l'appréciation de la nécessité d'une restriction à un droit garanti. Il s'agit maintenant de préciser le rôle de ce critère sur la base de la jurisprudence de la Commission et Cour des Droits de l'Homme.

(81) Sur l'importance de la liberté d'expression, voy. *infra*, p. 64 et s.

(82) G. COHEN-JONATHAN et J.P. JACQUÉ, *Op. Cit.*, A.F.D.I., 1978, p. 412- Rapport de la Commission du 9 Mars 1977.

(83) Voy. *infra*, troisième partie de l'étude, p. 81. et s.

(84) Voy. par exemple Cour Eur. D.H., aff *Lawless*, arrêt du 14 Novembre 1960, série A, n.º 1, § 13; affaire *Delcourt*, arrêt du 7 Janvier 1970, série A, n.º 11, § 25; affaire *De Wilde, Doms et Versyp*, arrêt du 18 Juin 1971, série A, n.º 12, § 65. Sur la notion de "concept autonome", voy. H. MOSLER, " Problems of interpretation in the case law of the European Court of Human Rights", doc. Conseil de l'Europe, Cour (80) 2, pp. 15-17.

Paragraphe 2. La valeur jurisprudentielle de la clause “dans une société démocratique”.

Déterminer la valeur propre de la clause dans le jeu de la convention n'est pas une tâche aisée. En effet, nous l'avons remarqué, la Commission et la Cour se contentent souvent dans leurs considérants de reproduire les termes mêmes de la dispositions relative au droit ou à la liberté en litige. Comme dans la Convention, la clause est accolée au but d'intérêt générale accepté comme justification de l'ingérence. Tout au plus, peut-on en déduire que par cette mention indivisible, les organes de Strasbourg entendent assurer que le critère de “société démocratique” est satisfait en l'espèce.

Il résulte de certaines décisions, rapports ou arrêts que la Commission et la Cour ont voulu faire de la notion un facteur d'égalisation finale des critères d'appréciation. La clause vient alors tempérer le libre arbitre que la Convention a voulu laisser aux Etats-membres d'une façon large. Dans la diversité inévitable des mesures d'intérêt public qu'inspirent les circonstances locales, la clause constitue un principe d'unité en ce qu'elle impose à chacune d'elles une qualité supplémentaire et commune: celle de se maintenir dans l'esprit d'une société démocratique. Pour trouver ce principe d'unité, la Commission se réfère fréquemment à la pratique générale ⁽⁸⁵⁾. Elle a d'ailleurs considéré que “la ‘société démocratique’ envisagée par la Convention vise les Etats membres du Conseil de l'Europe” ⁽⁸⁶⁾. Il est vrai que si la majorité des Etats contractants admettent dans leur législation une certaine restriction à un droit consacré par la Convention, c'est là une indication de la nécessité pour une “société démocratique” de connaître une telle restriction. Une uniformité absolue ne s'impose pas. Les organes de Strasbourg ne peuvent négliger les besoins spécifiques de chaque pays ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁵⁾ Voir notamment les requêtes 646/69 *Annuaire* 3, p. 273 et 3603/68 (*Rec. Déc.* n.° 31, p. 48); rapport *Handyside*, *Op. Cit.*, § 151 et opinion dissident de M. ERMACORA, p. 58; rapport *Klass et autres* du 9 Mars 1977, § 65; rapport *Brüggemann et Scheuten*, *Op. Cit.*, § 34. Voy aussi les observations de J. RAYMOND, “ Les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales”, *R.D.H.*, 1970, Vol 3, p. 292; F.G. JACOBS, *Op. Cit.*, p. 197. La pratique générale sert aussi à justifier une interprétation libérale, voy, *infra*, p. 91.

⁽⁸⁶⁾ Rapport *Handyside*, *Op. Cit.*, § 149 et opinion dissidente de M. ERMACORA, p. 58.

⁽⁸⁷⁾ En ce sens, Arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, § 61. Voy. intervention orale de M. FROWEIN, *Actes du Quatrième Colloque sur la Convention*, *Op. Cit.*, p. 202

Dans d'autres cas, la notion paraît décider de la force et de la signification qu'il faut attribuer à certains principes fondamentaux ⁽⁸⁸⁾. Ainsi c'est à la notion de "société démocratique" que les organes de Strasbourg se sont attachés pour mettre en exergue un principe générale d'interprétation des restrictions, celui de proportionnalité ou d'équilibre, et pour souligner l'importance de certains droits. Ces organes n'étant appelés à statuer que sur les litiges qui leur sont soumis, seuls certains d'entre eux ont à ce pour fait l'objet d'un développement substantiel. Il s'agit du droit à un procès équitable, des libertés d'expression et de réunion.

Un principe caractéristique de toute société démocratique est, selon la Cour, que toute formalité, condition, sanction ou restriction aux droits garantis soit proportionnée au but légitime poursuivi ⁽⁸⁹⁾. C'est notamment en interprétant la clauses générale de limitation que la Cour et la Commission ont pris en considération le *principe de proportionnalité* pour décider de la conformité d'une mesure avec les exigences de la Convention.

Ce principe selon lequel ne peuvent être imposées aux citoyens dans un but d'intérêt général que les obligations strictement nécessaires pour que ce but soit atteint a un champ d'application très large ⁽⁹⁰⁾. Il a été utilisé, pour la première fois, par la Cour dans le but de définir la notion de discrimination figurant à l'article 14 de la Convention ⁽⁹¹⁾. Après avoir servi à définir le concept de discrimination, le principe de proportionnalité a été utilisé comme critère d'interprétation des restrictions. Dans cette hypothèse, la notion de proportionnalité est inhérente à celle de nécessité et vise le rapport qui doit exister entre les moyens employés et le but légitime poursuivi ⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁸⁾ En ce sens, voy. Ph. VEGLERIS, *Op. Cit.*, X» Journées d'Etudes Juridiques Jean DABIN, p. 345.

⁽⁸⁹⁾ Voy. arrêt *Handyside*, *Op. Cit.*, § 49 *in fine*; Affaire *P. Arrowsmith*, rapport du 12.10.1978, § 99 et l'opinion séparée, en partie dissidente de M. OPSAHL, p. 44, n.° 11.

⁽⁹⁰⁾ Admis en droit allemand (voir l'arrêt du 29 Mai 1974 de la Cour Constitutionnelle de la R.F.A.), le principe de proportionnalité est considéré, dans le cadre des Communautés Européennes, comme un principe "structurel" trouvant son origine dans le droit communautaire et correspondant à un droit fondamental de l'individu. Voy. G. COHEN-JONATHAN, *Op. Cit.*, *R. M. C.*, 1978, p. 86 et s.

⁽⁹¹⁾ Cour Eur. D.H. Affaire "*linguistique Belge*". Arrêt du 23 Juillet 1968, série A, n.° 6, p. 34, § 10.

⁽⁹²⁾ Voy. M. DE SALVIA, "La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et la Cour Européenne des Droits de l'Homme", *Diretto comunitario e degli scambi internazionali*, n.° 3/1978, p. 493. Parmi les affaires commentées ci-après, voy. dans l'aff. *Sunday Times*, rapport, *Op. Cit.*, § 207; arrêt, *Op. Cit.*, § 67, Voy. également la requête 819/78, *Déc. Rap. n.° 17*, p. 93.

La proportion n'agit pas uniquement en tant de "limite légitime à l'exercice d'un droit", mais aussi comme "équilibre à réaliser entre deux exigences, celle de l'individu et celle de l'Etat" (93). Le principe de proportionnalité s'applique donc non seulement dans les cas où les Etats sont habilités par la Convention à limiter les libertés, mais dès lors qu'un de leurs actes empiète d'une manière ou d'une autre sur l'un des droits protégés.

Dans cette dernière acception, le principe de proportionnalité prend sa véritable dimension dans la mesure où le système de la Convention se fonde tout entier sur l'idée d'équilibre entre les libertés de l'individu et les intérêts légitimes de la collectivité dont il fait partie. Il ne faut dès lors pas être étonné que ce principe soit devenu l'un des pivots de la jurisprudence de la Commission et Cour Européenne (94). La question des droits de l'homme repose ainsi fondamentalement sur un équilibre. Comme il a été observé: "L'application quotidienne des droits de l'homme consiste non pas à faire des proclamations abstraites, mais à réaliser, à l'occasion de cas concrets, un équilibre patient entre les droits revendiqués et les intérêts en présence" (95).

Nombreuses sont les décisions, rapports et arrêts dans lesquels les organes de la Convention ont fait part de la préoccupation d'un arbitrage entre les droits de l'individu et les intérêts de la Communauté.

Il revient à la Cour, dans son arrêt sur l'affaire "*linguistique belge*", non seulement d'avoir utilisé le principe de proportionnalité pour préciser le concept de discrimination, mais aussi d'avoir considéré que la Convention impliquait "un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la Communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers" (96).

Nous retrouvons des considérations analogues dans l'affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*. Examinant la question de savoir si le Danemark, en introduisant l'éducation sexuelle obligatoire dans le programme scolaire, avait respecté le droit des parents sur l'éducation et l'enseignement de leurs enfants protégé par l'article 2 du Protocole Additionnel, la

(93) M. DE SALVIA, *Op. Cit.*, P. 493.

(94) En ce sens, J. RAYMOND, "*La Suisse devant les organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*", Fascicule 1, 1979, Société Suisse des Juristes, Bâle, p. 85.

(95) L. WILDHABER, *Op. Cit.*, dans *Actes du Quatrième Colloque International sur la Convention*, p. 150.

(96) Arrêt en l'affaire "*linguistique belge*", *Op. Cit.*, p. 32 § 5.

Commission s'est préoccupée de "mettre en balance le droit, pour l'Etat, de réglementer l'enseignement 'en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus' avec son obligation de respecter le droit des parents"⁽⁹⁷⁾. Quant au grief des requérants selon lequel la législation danoise sur l'éducation sexuelle porterait atteinte à l'article 8, la Commission a admis que des mesures pouvaient troubler la vie privée et familiale s'il s'agissait du "résultat inévitable de l'équilibre délicat que la Convention implique entre les intérêts de la Communauté et ceux de l'individu en matière d'éducation"⁽⁹⁸⁾. La Cour ne s'est pas préoccupée de mettre en balance les intérêts en présence.

Dans l'affaire *Handyside*, la Commission a estimé que l'objectif de la société démocratique à savoir celui de parvenir à une société pluraliste, ouverte et tolérante impliquait nécessairement "un équilibre délicat entre les souhaits de l'individu et 'le plus grand bonheur du plus grand nombre'... Ceci étant, les sociétés démocratiques partent du principe que c'est l'individu qui est important et qu'il n'est pas souhaitable de restreindre sa liberté"⁽⁹⁹⁾. Comme dans l'affaire *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, la Commission a reconnu "que dans la réalisation de cet équilibre, on peut accepter, dans certains cas, des restrictions à la liberté d'expression de l'individu, de manière à ce que la sensibilité d'autrui soit respectée"⁽¹⁰⁰⁾. La Cour, ici encore, n'a pas fait mention expresse de l'équilibre.

C'est peut-être pour répondre aux arguments du gouvernement défendeur faisant état de l'équilibre entre l'intérêt de l'Etat en matière de sécurité et l'intérêt de l'individu soumis à des mesures de surveillance que tant la Cour que la Commission se sont souciées dans l'affaire *Klass* du principe examiné. Dans cette espèce, il est intéressant de constater que la Cour, suivant l'avis de la Commission, a pris appui sur le préambule de la Convention⁽¹⁰¹⁾ pour justifier qu'une certaine forme de conciliation entre

⁽⁹⁷⁾ Cour Eur. D. H. aff. *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, rapport adopté en Mars 1975, série B, N.º 21, § 159: Voy. l'opinion dissidente mais concordante sur ce point, de MM. SPERDUTI, ERMACORA, WELTER, BUSSUTTI, DAVER, MANGAN et CUSTERS, p. 59. En sens contraire, voy. l'opinion séparée de M. OPSAHL, p. 52, § 2.

⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*, § 169.

⁽⁹⁹⁾ Rapport *Handyside*, *Op. Cit.*, § 147.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*, § 148.

⁽¹⁰¹⁾ Cour Eur. D. H., affaire *Klass et autres*, arrêt du 6 Septembre 1978, série A, N.º 28, § 59: "Ainsi que le déclare le préambule de la Convention, le maintien (des libertés fondamentales) repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des Droits de l'Homme dont (les Etats contactants) se réclament".

les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels est inhérente au système de la Convention. La Cour ajoute que, dans le contexte de l'article 8, cette conciliation implique qu'il faut rechercher un équilibre entre l'exercice par l'individu de son droit au respect de la vie privée et la nécessité d'imposer une surveillance secrète pour protéger la société démocratique⁽¹⁰²⁾. En l'espèce, l'équilibre s'est réalisé au profit de la collectivité puisque la Cour a déclaré la surveillance secrète nécessaire. Dans l'affaire *Sunday Times*, au contraire, le droit de l'individu a prévalu. Appelée à mettre en balance l'intérêt de l'individu à connaître chacun des faits sous-jacents aux problèmes de la thalidomide et les intérêts de la justice, la Cour a considéré que "l'ingérence incriminée ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux pour primer l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression au sens où l'entend la Convention" ⁽¹⁰³⁾.

De l'examen de la jurisprudence auquel nous venons de nous livrer, il apparaît que le principe de proportionnalité ou celui, plus large, d'équilibre peut, dans le cadre de la Convention, être considéré comme un principe général d'interprétation⁽¹⁰⁴⁾. Le fait que la Commission et la Cour de Strasbourg s'y réfèrent de manière explicite et de plus en plus souvent trouve probablement sa cause dans la socialisation de la démocratie. Les chevauchements entre les droits de l'homme et les intérêts communs se multiplient et appellent des solutions de compromis. La recherche de ce compromis entre droits et devoirs décèle le souci de la jurisprudence de tenir compte du développement social et technique de notre époque qui offre à l'Etat des possibilités considérables pour régler l'exercice de ces droits⁽¹⁰⁵⁾.

Les organes de la Convention ont aussi invoqué la notion de "société démocratique" pour mettre en exergue la valeur de certaines libertés et en définir le contenu.

La commission, et la Cour se sont dans plusieurs affaires longuement penchées sur l'importance éminente que présente la *protection de la*

⁽¹⁰²⁾ Voy, *Ibidem*, § 59, in *fine*. Dans le même sens, voy, dans l'arrêt *Sunday Times*, l'opinion dissidente commune de MM, WIARDA, CREMONA, THOR, WILHJALMS-SON, RYSSDAL, GANSHOF VAN DER MEERSCH, SIR GERALD FITZMAURICE, LIESCH, MATSCHER, et Mme BINDSCHEDLER-ROBERT, p. 37, § 6.

⁽¹⁰³⁾ Arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, § 67.

⁽¹⁰⁴⁾ En ce sens, M. DE SALVIA, *Op. Cit.*, p. 493.

⁽¹⁰⁵⁾ Sur l'interprétation évolutive de la Convention, voy. le chapitre 2 de la troisième partie de l'étude, p. 85.

liberté d'expression "dans une société démocratique" et sur l'attention que mérite l'introduction des restrictions à cette liberté. Ainsi, dans l'affaire *Handyside*, la Cour, suivant en substance l'avis de la Commission, a considéré que la liberté d'expression constituait "l'un des fondements essentiels de (la société démocratique), l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun" (106). Tenant compte de l'objectif de pareille société pluraliste, ouverte et tolérante, la Cour a délimité le contenu de cette liberté. Elle a estimé que sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, la liberté d'expression valait non seulement "pour les 'informations', ou 'idées', accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fonction quelconque de la population" (107).

Peut-on déduire de cet attendu que chercher à influencer des personnes responsables de leurs faits et gestes est en matière politique ou autre un aspect essentiel et légitime de l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion? La question s'est posée dans l'affaire *Pat Arrowsmith* (108). La Commission ne l'a pas admis et a considéré que le fait de distribuer aux soldats des tracts pouvant être interprétés comme une incitation à la désertion justifiait une ingérence de la part de l'Etat. Il est vrai que la Commission ne pouvait être insensible à la situation en Irlande du Nord et au fait que les tracts étaient adressés à des soldats susceptibles d'être affectés en Irlande.

Cette dernière observation nous conduit à souligner l'approche très concrète de la Commission et de la Cour Européenne. Non seulement elles tiennent compte, comme dans l'affaire examinée ci-dessus, de la qualité du destinataire (109) mais aussi de la situation particulière de la per-

(106) Arrêt *Handyside*, *Op. Cit.*, § 49; voy. aussi le rapport *Op. Cit.*, § 146 et dans l'affaire *P. Arrowsmith*, rapport du 12.10.1978, § 90.

(107) *Ibidem*. Ces principes s'appliquent également au domaine de l'administration de la justice, voy. arrêt *Sunday Times* (commenté ci-après), *Op. Cit.*, § 65. Voy. aussi l'opinion dissidente de M. KLECKER dans le rapport *P. Arrowsmith*, § 12.

(108) Ce problème a été posé par M. OPSAHL (opinion séparée, § 6), suivi par M. KLECKER (opinion dissidente, § 10 et § 13).

(109) La Commission et la Cour ont aussi donné un certain poids à la qualité du destinataire dans l'affaire *Handyside*, Voy. rapport *Op. Cit.*, § 142 et arrêt, *Op. Cit.* § 52.

(110) "Des normes différentes s'appliquent donc aux différentes catégories de personne, telles que fonctionnaires, soldats, agents de police, journalistes, hommes politiques, etc., dont les devoirs et responsabilités doivent être appréciés par rapport à leurs fonctions dans la société". Affaire *Engel et Autres* (cinq soldats contre les Pays-Bas), rapport du 19.7.1974, § 161 et rapport *Handyside*, *Op. Cit.*, § 52.

sonne qui exerce sa liberté d'expression et des devoirs et responsabilités qui lui incombent en raison de cette situation⁽¹¹⁰⁾. Cette pratique est notamment illustrée par l'affaire *Engel et autres* concernant des punitions infligées à des militaires pour publication et diffusion d'articles portant atteinte à la discipline militaire⁽¹¹¹⁾. Dans cette affaire, la Commission a dûment révélé qu'il s'agissait de soldats dont "l'un de leurs devoirs et responsabilités est de maintenir la discipline et l'ordre dans les forces armées"⁽¹¹²⁾. Sur cette base, elle a estimé que "bien que les articles en cause, examinés isolément, ne puissent peut-être pas être jugés propres à porter atteinte à l'ordre dans les forces armées, examinés dans le contexte de la situation particulière existant dans les forces armées au moment et au lieu de leur publication et de leur diffusion, ils ont pu raisonnablement être considérés "comme des articles incitant au désordre" et sanctionnés comme tels⁽¹¹³⁾. La Cour a repris l'analyse de la Commission⁽¹¹⁴⁾.

Trois ans après l'affaire *Handyside*, les organes de Strasbourg, dans l'affaire *Sunday Times*⁽¹¹⁵⁾, ont à nouveau souligné la valeur primordiale de la liberté d'expression "dans une société démocratique". En l'espèce, la question se posait de savoir si la restriction imposée à la liberté d'expression par un article relatif aux enfants victimes de la thalidomie, ou motif que cette publication constituerait une entrave à la justice ("*contempt of Court*"), était justifiée selon l'article 10 § 2. Appelée à mettre en balance, la liberté d'expression et la bonne administration de la justice, la Cour, à l'instar de la Commission, a mis en exergue le rôle important incombant à la presse en considérant que "si les *media* ne doivent pas franchir les tres secteurs d'intérêt public. A leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir"⁽¹¹⁶⁾. La Cour a fina-

(110) Voy. sur cette affaire, G. COHEN-JONATHAN et J. P. JACQUE, "Activités de la Commission Européenne des Droits de l'Homme. A.F.D.I., 1976, pp. 136-137; G. COHEN-JONATHAN, *Op. Cit.*, C.D.E., 1978, p. 337 et P. J. DUFTY, "The Case of Klass and Others: secret surveillance of communications and the European Convention on Human Rights", *Human Rights Review*, Vol. IV, N.° 1, 1979, p. 28.

(111) Rapport *Engel et autres*, *Op. Cit.*, § 162.

(112) *Ibidem*, § 166.

(114) Cour Eur. D.H., Aff. *Engel et autres*, arrêt du 8 Juin 1976, série A, N.° 22, §§ 100-101.

(115) Pour des commentaires sur l'affaire *Sunday Times*. En ce qui concerne le rapport, voy. G. COHEN-JONATHAN et J. P. JACQUE, *Op. Cit.*, A.F.D.I., 1978, pp. 419-421; en ce qui concerne l'arrêt, voy. G. COHEN-JONATHAN, *op. Cit.*, C.D.E., 1980, N.° 4, pp. 481-488.

(116) Arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, § 65.

bornes fixées au fin d'une bonne administration de la justice, il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'ailleurs conclu en égard à l'ensemble des circonstances de la cause que "l'ingérence incriminée ne correspondait à un *besoin social assez impérieux*"⁽¹¹⁷⁾ pour primer l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression au sens de la Convention"⁽¹¹⁸⁾. Cet arrêt nous paraît important non seulement en ce qu'il élargit la portée de liberté de presse en y intégrant celle d'information⁽¹¹⁹⁾, mais aussi en ce qu'il tend à accroître la protection des droits de l'individu à l'égard des restrictions pouvant en affecter l'exercice.

La conception des organes de Strasbourg semble réaliste. Il n'en a pas toujours été de même. Pendant longtemps, nous l'avons vu, appelés à contrôler la liceité des restrictions à la liberté d'expression, ils se sont contentés en guise de conclusion de reproduire le texte du paragraphe 2 de l'article 10⁽¹²⁰⁾. Ce changement d'attitude consistant à examiner l'ensemble de l'affaire au regard de tous les éléments de la cause et de la situation particulière de la personne qui exerce sa liberté marque le souci de la Commission et de la Cour d'opérer le contrôle le plus concret possible. Cette tendance consistant à établir un lien étroit entre les droits garantis et les impératifs de la vie en société a un domaine d'application plus vaste et connaît d'autres illustrations⁽¹²¹⁾.

C'est aussi à la notion de "société démocratique" que la Commission et la Cour se sont attachées pour relever l'importance des garanties judiciaires et plus particulièrement du *contrôle juridictionnel*. Nous nous limiterons sous ce point à étudier le droit à un procès équitable sous le seul

(117) Souligné par nous

(118) *Ibidem*, § 67.

(119) Cf., *mutadis mutandis* l'arrêt *kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, *Op. Cit.*, p. 26, § 52 *in fine*.

(120) Comparez l'attitude de la Commission dans la première affaire de pronographie (Requête 1167/61, précitée et examinée, p. 48 de notre étude) où sans même examiner la publication prétendument scoandaleuse, elle a cité l'exception de l'article 10 § 2 et dans les affaires *Handyside* et *X* contre Autriche (Requête 5777/72, Rec. Déc. N.º 45, p. 87) dans lesquelles la Commission examine, du moins en partie, le contenu des publications en cause. Sur le sujet, voy. la communication écrite de C.C. MORRISSON, "La liberté d'expression: la recherche des normes", *Actes du Quatrième Colloque International sur la Convention Européenne*, *Op. Cit.*, p. 129 et s.

(121) Voir troisième partie de cette étude, chapitre 2, p. 86.

(122) Voir la troisième partie de cette étude, p. 82.

angle des restrictions dans la mesure où c'est dans le cadre plus général de l'interprétation des droits que la jurisprudence est la plus abondante⁽¹²²⁾.

Comme l'ont rappelé certains membre de la Cour dans leur opinion dissidente commune jointe à l'arrêt *Sunday Times*, le régime institutionnel d'une société démocratique comporte essentiellement un contrôle efficace de l'exécutif exercé, sans préjudice du contrôle parlementaire, par un pouvoir judiciaire indépendant⁽¹²³⁾.

Un contrôle judiciaire est-il nécessaire dans tous les cas? Cette question de l'absence d'un recours juridictionnel a été posée dans l'affaire *Klass*⁽¹²⁴⁾. Les requérants protestaient contre certaines dispositions de la loi du 13 Août 1968 de la République Fédérale d'Allemagne portant restriction, dans des circonstances définies de manière limitative, du secret de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications. Les requérants ne contestaient pas la législation allemande en ce qu'elle instituait d'amples pouvoirs de surveillance. Ils critiquaient le manque dans la législation incriminée de garanties adéquates contre les abus éventuels et plus particulièrement l'absence d'un contrôle judiciaire.

Pour mieux apprécier l'ingérence dans le droit ou respecter la vie privée des requérants, la Cour a commencé par examiner les principes fondamentaux de la "société démocratique". Dans ce contexte, elle a relevé le principe de la prééminence du droit et a considéré qu'il impliquait, entre autres, "qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleurs garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière"⁽¹²⁵⁾. Or nous l'avons déjà dit, le problème dans le cas d'espèce était justement que la loi allemande excluait le contrôle judiciaire pour y substituer un contrôle exercé d'abord par un fonctionnaire possédant les qualifications exigées pour accéder à la magistrature, puis par deux organes désignés par les représentants du peuple: le comité des cinq parlementaires et la Commission G. 10. Ces garanties étaient-elles suffisantes? La Cour a répondu qu'il

(122) Opinion dissidente commune de MM. WIARDA, CREMONA, THOR VILHJALMSSON, RYSSDAL, GANSHOF VAN DER MEERSCH, SIR GERALD FITZMAURICE, LIESCH, MATSCHER et Mme BINDSCHIEDLER-ROBERT, § 8.

(123) Arrêt précité, Pour un commentaire de l'affaire, voy. G. COHEN-JONATHAN, "Chronique de jurisprudence 1978", *C.D.E.*, 1979, N.° 4, p. 478 et s.

(124) Arrêt *Klass*, *Op. Cit.*, § 55.

(125) *Ibidem*, § 56.

était "en principe souhaitable que le contrôle soit confié à un juge en un domaine où les abus sont potentiellement si aisés dans des cas individuels et pourraient entraîner des conséquences préjudiciables pour la société démocratique toute entière" (126). Néanmoins, elle a estimé, eu égard à la nature du contrôle et des autres sauvegardes prévus par la loi allemande, que l'exclusion du contrôle judiciaire ne transgressait pas les limites de ce qui pouvait passer pour nécessaire" dans une société démocratique (127).

Nous avons insisté quelque peu sur cette affaire parce que la Commission et la Cour ont accepté des limitations qui dépassent probablement celles admises dans la jurisprudence antérieure (128). C'est d'ailleurs "à regret" (129) que la Cour a jugé nécessaire la surveillance secrète et ses implications dont l'exclusion d'un recours juridictionnel. Les menaces que font peser le terrorisme et les progrès techniques réalisés en matière d'espionnage sur les sociétés démocratiques ont, sans doute, eu un certain poids dans l'établissement de l'opinion des organes de la Convention. L'affaire *Klass* constitue une bonne illustration des compromis entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels, qui, nous l'avons vu précédemment, est inhérent à la Convention.

Enfin, c'est toujours à la notion de "société démocratique" que la Commission s'est référée pour souligner le rôle de la liberté de réunion "dans une société démocratique" (130). La Commission, dans son avis prononcé dans l'*Affaire grecque*, a ainsi estimé que "la liberté de réunion est un élément essentiel à la vie politique d'un pays. Elle est indispensable à

(127) La Cour a noté, en particulier, que les deux organes de contrôle étaient investis de pouvoirs suffisants pour exercer un contrôle efficace et permanent et pouvaient être considérés comme jouissant d'une indépendance suffisante pour statuer de manière objective.

(128) On a même parlé de limitations exceptionnelles, Voy. R. PELLOUX, *Op. Cit.*, *Actes du Colloque sur les Droits de l'Homme de Louvain-la Neuve*, décembre 78. On peut aussi relever une tendance de la jurisprudence à assimiler l'apparition des actes de terrorisme à une situation exceptionnelle au sens de l'article 15. Voy. M. SPERDUTI qui s'est demandé, à la fois dans son opinion séparée jointe au rapport de la Commission (p. 34 et s.) et dans son mémoire présenté à la cour, si la législation critiquée ne serait pas justiciable de l'article 15. Voy. aussi Ph. VEGLERIS, *Op. Cit.*, *Actes des Xe Journées d'Etudes Juridiques Jean DABIN*, Louvain-la Neuve, Octobre 80, p. 347, note (22).

(129) Arrêt *Klass*, *Op. Cit.*, § 68.

(130) Nous ne signalerons que les affaires dans lesquelles l'élément de "société démocratique" est distinctement considéré. La Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer en matière de restrictions à l'article II.

l'exercice des activités des partis politiques et à la conduite des élections en vertu de l'article 3 du Premier Protocole, lesquelles doivent assurer la libre expression de l'opinion du peuple"⁽¹³¹⁾. Ensuite, examinant les restrictions apportées à la tenue des réunions, elle a considéré que le fait soumettre les réunions en salle au bon vouloir de la police et l'audition des cours à celui des autorités militaires, sans stipuler clairement en droit comment devait s'exercer ce bon vouloir et sans prévoir aucun contrôle, consistait à créer un état policier, qui est l'antithèse d'une "société démocratique".

Récemment, la Commission a été saisie d'une requête par deux mouvements, militant pour l'indépendance du territoire Jurassien, se plaignant des interdictions totales qui les ont frappés d'organiser des réunions politiques⁽¹³²⁾. La Commission a, avant tout examen, affirmé le caractère fondamental "dans une société démocratique" du droit de réunion pacifique. Elle a ajouté que le fait de soumettre les réunions sur la voie publique à une procédure d'autorisation ne portait pas atteinte à l'essence du droit. Néanmoins, lors de l'examen de la conformité des mesures d'interdiction de manifester avec la clause générale de limitation, l'attention de la Commission ne s'est pas portée sur la question de savoir quelles étaient les limitations à la liberté de réunion qu'une "société démocratique", tolérerait.

Dans tous les cas examinés précédemment, il convient de remarquer la démarche des organes de Strasbourg consistant à définir les objectifs et les besoins d'une société démocratique pour mieux apprécier les restrictions indispensables à la satisfaction de ces besoins. Dans ce cadre, la clause "dans une société démocratique" permet non seulement de souligner la force qu'il faut reconnaître à certains droits, mais constitue également le critère qui permet d'apprécier la "mesure" à évaluer entre la substance de la liberté à protéger et l'intérêt légitime qui justifie les restrictions à l'exercice de cette liberté.

A travers le système des restrictions, nous avons longuement examiné la manière dont la Convention a voulu assurer la sauvegarde des principes démocratiques en période normale. Cet examen n'empêche pas de se poser la question de savoir quelles sont les mesures prévues par la Convention pour affronter les périodes de crise pouvant atteindre la démocratie.

(131) *Affaire grecque*, rapport du 5 novembre 1969, Vol. 1, 1ère partie, p. 208 et pour un résumé du rapport, Voy. A. TOUSSAINT, "Le rapport de la Commission Européenne des Droits de l'Homme", *Journal des Tribunaux (B)*, 1970, n.º 4704, pp. 369-375.

(132) Requête 8191/78, *Déc. Rap. n.º 17*, p. 93.

CHAPITRE II

LA DEFENSE DE LA DEMOCRATIE DANS LE CADRE DES ARTICLES 15 et 17 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME.

La raison pour laquelle les auteurs de la Convention n'ont admis les restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention que dans la mesure où elles sont nécessaires "dans une société démocratique" apparaît encore plus nettement lorsqu'on envisage la notion de "société démocratique" dans le cadre des articles 15 et 17. Ces deux articles, nous l'avons déjà dit, témoignent du souci de sauvegarder l'existence des institutions démocratiques non pas dans des conditions normales de fonctionnement d'un régime, mais dans des circonstances exceptionnelles ou contres des ennemis exceptionnels. Les mesures prévues tant par l'article 15 que par l'article 17 ont pour trait commun d'être provisoires et exceptionnelles. A l'encontre des restrictions et exceptions qui ne valent que pour des droits spécifiques, elles ont une portée générale.

Section 1: Le pouvoir de dérogation en vertu de l'article 15 de la Convention.

Les principes fondamentaux de la démocratie libérale, tels qu'ils sont inscrits dans la Convention, sont parfois de nature à gêner les Etats en période troublée. L'article 15 leur donne pour cette raison la possibilité de s'écarter des principes posés par la Convention et de se dérober aux obliga-

tions qui en découlent⁽¹³³⁾. Les dérogations marquent la sortie totale ou partielle “de l'état des droits de l'homme”⁽¹³⁴⁾: Aussi leur légitimité est-elle subordonnée à l'existence de circonstances jugées graves et exceptionnelles, telles que la “guerre” ou un “danger public menaçant la vie de la nation”. Craignant cependant que l'impératif de la défense de la démocratie ne conduise à la dénaturation de ce régime dans son essence même, la Convention soumet l'application de l'article 15 à des conditions de forme, en limite la portée et institue un contrôle minutieux par les organes qu'elle a mis en place. En ce qui concerne les conditions de forme, l'Etat qui entend faire usage des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 15 doit tenir le Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe “pleinement informé des mesures prises, des motifs qui les ont inspirées” et “de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur”. Ensuite, quant à la portée limitée, les mesures prises doivent être strictement proportionnées au degré de gravité de la situation et ne pas être “en contradiction avec les autres obligations découlant du droit internationale”. Le paragraphe 2 précise, en outre, que la situation de guerre ou de danger public n'autorise aucune dérogation au droit à la vie, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre; ne permet ni la torture, ni le travail forcé, ni la rétroactivité des lois pénales. Enfin quant à l'efficacité du contrôle prévu, il suffit de se référer aux décisions des organes de Strasbourg dans les affaires importantes touchant l'article 15 pour se rendre compte du caractère rigoureux du contrôle européen.

La première affaire à propos de laquelle la Commission a exercé un tel contrôle est l'*affaire de Chypre*⁽¹³⁵⁾. En l'espèce, le problème qui se posait à la Commission consistait à savoir quelle étaient ses pouvoirs lorsqu'un Etat, invoquant l'article 15, dérogeait aux obligations prévues par la Convention. La Commission allait définir largement sa compétence en se

(133) Parmi des commentaires abondants sur l'art. 15 Voy. dans la série “Sujets de jurisprudence” publiée par le Secrétariat de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, Vol. 4 “Les Droits de l'Homme et leurs limitations”, 1974; le rapport de F.J. JACOBS. *Op. Cit.*, *Actes du Quatrième Colloque International sur la Convention*, pp. 194-197 et le rapport de J. KELLY *Op. Cit.*, *Cinquième Colloque International sur la Convention*, Doc. Conseil de l'Europe H/Coll (80) 3, p. 3 et s.

(134) Ph. VEGLERIS, *Op. Cit.*, p. 224.

(135) Requête 176/56, Annuaire 2, p. 177. Le rapport de la Commission au Comité des Ministres n'a pas été publié, des commentaires permettent d'en connaître certains éléments. Dans sa résolution (59) 12, le Comité des Ministres a déclaré que, eu égard au règlement général de Chypre, il n'y “avait pas lieu de prendre de nouvelles mesures”.

reconnaissant, d'une part, la faculté de se prononcer quant à l'existence d'un danger public qui, selon l'article 15, accord à un Etat le droit de déroger aux obligations prévues par la Convention, et d'autre part, "compétente pour se prononcer sur le point de savoir si les mesures prises par une Partie en vertu de l'article 15 de la convention l'ont été dans la stricte mesure exigée par la situation".

Toutefois, elle ajoutait que, sur ce second point, "le Gouvernement doit pouvoir conserver une certaine marge d'appréciation. (136).

La Commission a réaffirmé cette opinion dans l'affaire *Lawless*(137) et la Cour l'a confirmée en substance dans son arrêt rendu en 1961 dans cette même affaire (138).

Dans l'affaire *grecque*, le contrôle s'est avéré encore plus rigoureux. Tout d'abord, tout en évoquant la marge d'appréciation de l'Etat, la Commission ne s'est pas limitée à examiner si le Gouvernement grec avait raisonnablement conclu à l'existence d'un danger, elle est allée jusqu'à examiner si un tel danger existait en fait. En second lieu, elle a estimé qu'en l'espèce la charge de démontrer que les conditions justifiaient des mesures de dérogations au titre de l'article 15 incombait au Gouvernement défendeur (139). Ayant constaté que la principale condition de l'article 15, à savoir l'existence d'un danger, ne se trouvait pas remplie en l'occurrence, elle a estimé ne pas devoir exprimer un avis sur la question de savoir si les mesures prises par le Gouvernement grec l'ont été "dans la stricte mesure où la situation l'exige" (140).

(136) Voy. pour des commentaires plus complets, F. MONCONDUIT, "La Commission Européenne des Droits de l'Homme", 1965, p. 164 et s. et l'étude de J. VELU, "Le contrôle des organes prévues par la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette Convention, dans *Mélanges H. ROLIN, Problèmes du Droit des Gens*, 1964, p. 46 et s.

(137) Cour. Eur. D.H., affaire *Lawless*; rapport du 15.12.59, série B, 1960-1961, p. 82, § 90.

(138) Cour. Eur. D.H., affaire *Lawless*, arrêt du 1^{er} Juillet 1961, série A, n.º 3, p. 55.

(139) Rapport affaire *grecque*, *Op. Cit.*, Vol 1, 1^{ère} partie, p. 81, § 154.

(140) Elle a toutefois examiné cette question dans le cadre de l'examen article par article. Voy. par exemple à propos des articles 5 et 6, M. DE SALVIA, *Op. Cit.*, p. 483

Toujours concernant l'affaire grecque⁽¹⁴¹⁾, il est intéressant de constater que le concept de démocratie tel qu'il est formulé dans le statut du Conseil de l'Europe recoupe la notion de démocratie telle qu'elle résulte de l'application des dispositions de la Convention. Les rapporteurs de l'Assemblée Consultative et la Commission Européenne des Droits de l'Homme se sont tout naturellement fondés sur les mêmes critères d'appréciation et ont relevé les mêmes anomalies pour évaluer l'anéantissement du régime démocratique en Grèce: arrestations et déportations massives des opposants virtuels, recours de la police à des traitements inhumains, atteintes diverses à la liberté de pensée et d'expression, ajournement prolongé de la consultation électorale...⁽¹⁴²⁾.

Plus récemment, l'article 15 a trouvé application à l'occasion de l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni*. En l'espèce, la cour a examiné la conformité des "privations extrajudiciaires" de liberté avec l'article 5, à la lumière de l'article 15 de la Convention. La Cour, dans son arrêt du 18

(141) En réalité, deux affaires grecques ont été débattues devant le Conseil de l'Europe, l'une par les organes politiques du Conseil, l'autre par les instances judiciaires: la première concernait la violation par le gouvernement grec du statut même de l'organisation, la seconde portait sur la violation par ce même gouvernement d'un certain nombre de dispositions de la Convention au niveau du Comité des Ministres, celui-ci n'était pas saisi en la même qualité dans les deux cas.

(142) Voy. P. MERTENS, "les organes du Conseil de l'Europe et le concept de démocratie dans le cadre des deux affaires Grecques", *Revue Belge de droit international*, n.º 1/1971, p. 144; Voy. aussi le rapport introductif de Monsieur VAN DER STOEL, doc. Assemblée du Conseil de l'Europe, n.º 2384, 7 Mai 1968 et le compte-rendu des discussions devant cette assemblée. L'étude du concept de démocratie dans le cadre communautaire n'entrant pas dans le champ de cette étude, nous observerons uniquement, que les Communautés Européennes semblent partager l'idéal démocratique des organes du Conseil de l'Europe. Nous en donnons pour preuve l'attitude des institutions communautaires à l'égard du contrat d'association entre la Grèce et la Communauté Européenne pendant toute la période de dictature en Grèce (Voy. J. SIOTIS, "La Grèce sur le Chemin de l'Europe, *Mélanges F. DEHOUSSE*, vol. 1, pp. 73-85, en particulier p. 76 et s. et les références citées); l'attachement des Communautés aux Droits de l'Homme, (Voy. Déclaration Commune de l'Assemblée du Conseil et de la Commission du 5 Avril 1977, *Actes de la Table ronde sur les "Droits spéciaux et la Charte des droits des citoyens de la Communauté Européenne"*, Florence, Octobre 1978; la jurisprudence de la Cour sur les droits de l'homme et la volumineuse doctrine à ce sujet); la recherche du renforcement de l'emprise parlementaire principalement par le biais de l'élection au suffrage universel du Parlement Européen (Voy. P. PESCATORE, "Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté Européenne", *C.D.E.*, 1974, pp. 499-514), ainsi que le comportement de la Communauté à l'égard des pays candidats européens à l'adhésion (Voy. la *Déclaration sur la démocratie* du 8 Avril 1978 par laquelle le conseil Européen a déclaré que "le respect et le maintien de la démocratie représentative et des Droits de l'Homme dans chacun des Etats membres constituent des éléments essentiels de l'appartenance aux Communautés Européennes").

Janvier 1978 ⁽¹⁴³⁾, a adopté une attitude plus souple que dans l'*affaire grecque* dans la mesure où elle a dûment tenu compte de la marge d'appréciation que l'article 15 § 1 laisse aux autorités nationales.

Signalons enfin l'*affaire Chypre contre Turquie* ⁽¹⁴⁴⁾ dans laquelle la Commission a considéré que l'article 15 n'était pas applicable en raison de l'absence d'un acte formel et public de dérogation de la part de la Turquie ^(144 bis).

Le contrôle rigoureux exercé par les organes de la Convention en matière de dérogations démontre leur attachement à la défense de la démocratie et s'explique par le fait que l'existence d'un Etat démocratique est la condition même de la protection des droits de l'homme. Même si l'exigence de la "société démocratique" n'est pas mentionnée à l'article 15, on ne peut douter que le contrôle de la conformité à la convention des dérogations décidées par les Etats couvre le point de vue de la société démocratique".

Section 2: La prévention des abus en vertu de l'article 17 de la Convention.

La convention permet, également, aux Etats de se défendre contre des ennemis exceptionnels. Hantés par le souvenir des dictatures totalitaires et secoués par le coup de Prague de 1948, les rédacteurs de la Convention

⁽¹⁴³⁾ Cour Eur. D.H., affaire *Iralnde c/ Royaume-Uni*, série A, n.º 25, pp. 77-85, §§ 202-224.

⁽¹⁴⁴⁾ Requêtes 6780/74 et 6950/75, rapport du 10 Juillet 1976, pp. 157-162. La documentation ayant été déclassifiée, l'ensemble du dossier peut-être consulté au siège du Conseil de l'Europe. Le Gouvernement de Chypre a introduit contre la Turquie une troisième requête (n.º 8007/77), qui a été déclarée recevable par la Commission dans la décision du 10.7.78 (*Déc. Rap.* n.º 3 p. 85). Cette affaire est toujours en instance.

^(144 bis) Cette conclusion a été critiquée par la Turquie qui a repris en partie l'analyse figurant dans l'opinion dissident de M. SPERDUTI, partagée par M. TRECHSEL. Pour ces derniers, certaines situations peuvent, en effet, déclencher automatiquement l'application des règles régissant l'exercice de pouvoirs d'exception. Voy. sur ce point. G. COHEN-JONATHAN et J. P. JACQUE, *A.F.D.I.*, 1979, pp. 387-388.

reprennent à leur compte le vieil adage: "Pas de liberté, pour les ennemis de la liberté" et le développent en ces termes: "Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits ou libertés que celles prévues à ladite Convention". En d'autres termes, l'article 17 a pour but d'empêcher les individus ou les groupements de se fonder sur la Convention pour en tirer des droits ou libertés dès lors qu'ils chercheraient à les utiliser pour détruire ces mêmes droits et libertés. La jurisprudence relative à cet article marque le souci des organes de Strasbourg de défendre la démocratie⁽¹⁴⁵⁾.

La première affaire qui ait soulevé des questions concernant l'application de l'article 17 fut celle introduite par le *Parti Communiste Allemand* dissous par les autorités de la République Fédérale suite à un arrêt de la Cour fédérale de justice constitutionnelle. Dans sa décision du 20 Juillet 1957, la commission a déclaré "que l'article 17 a pour but de sauvegarder les droits inscrits dans la Convention en protégeant le libre fonctionnement des institutions démocratiques"⁽¹⁴⁶⁾. Pour ce faire, elle s'est référée aux travaux préparatoires de la Convention selon lesquels: "Il s'agit d'empêcher que les courants totalitaires puissent exploiter en leur faveur les principes posés par la Convention, c'est-à-dire invoquer les droits et libertés pour supprimer les droits de l'homme"⁽¹⁴⁷⁾. La Commission ayant souligné que le but du Parti Communiste était d'établir l'ordre social communiste par la voie de la révolution prolétarienne et la dictature du prolétariat a estimé que "le recours à la dictature pour l'instauration d'un régime est incompatible avec la Convention en ce qu'il comporte la destruction de nombre de droits et libertés". Elle a, dès lors, considéré la requête irrecevable au titre de l'article 17.

Dans deux affaires ultérieures, les instances de Strasbourg ont manifesté le souci de limiter la portée de l'article 17 et par là d'accroître la

⁽¹⁴⁵⁾ Pour des commentaires de la jurisprudence relative à l'art. 17, Voy. les références mentionnées à la note⁽²¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Requête 250/57, *Annuaire I*, p. 222.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem* et *Recueil des Travaux Préparatoires, Op. Cit.*, Vol 2, p. 137.

protection des droits et libertés de l'individu. Dans l'affaire *Lawless*, déjà mentionnée, la cour, suivant en substance l'avis de la Commission a estimé que cet article n'impliquait pas la déchéance de tous les droits, notamment ceux inscrits aux articles 5 et 6 de la Convention relatifs à la garantie juridictionnelle. L'article 17 concernerait uniquement l'activité d'un groupement ou d'un individu utilisant des droits positifs, tels que ceux garantis par les articles 9, 10 et 11 de la Convention, en vue de la destruction de l'ordre d'une démocratie libre⁽¹⁴⁸⁾. "Le problème est toujours de savoir dans quel but les droits sont utilisés, le principe étant que personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à la destruction des droits et libertés". Aussi, la Commission a-t-elle considéré dans l'affaire de *BECKER* que l'article 17 n'autorise pas la privation à jamais des droits reconnus du fait de l'appartenance à un moment donné à une organisation totalitaire⁽¹⁴⁹⁾.

La décision de la Commission dans l'affaire du *Parti Communiste Allemand* et la manière dont la Commission et l'Assemblée Consultative ont écarté l'hypothèse du danger communiste qui aurait pesé sur la Grèce avant de 21 Avril 1967 n'exclut pas quelques interrogations sur l'attitude des organes du Conseil de l'Europe à l'égard du communisme⁽¹⁵⁰⁾. A trop considérer les idéologies extérieures à la conception libérale — occidentale comme autant d'hérésies à détruire, ne risque-t-on pas d'aboutir à une conception trop étroite de la démocratie qui finalement constituerait la négation même du système pluraliste? L'idéal démocratique défendu par le Conseil de l'Europe s'oppose à toutes les formes de dictature quelles que soient leurs tendances idéologiques. Néanmoins, on pourrait se demander si "l'orthodoxie démocratique" du Conseil de l'Europe ne l'amène pas à disqualifier le communisme comme tel. Pierre MERTENS, à propos de l'affaire *grecque*, écrivait: "...la minutie avec laquelle les organes du Conseil ont veillé à mettre en évidence l'invraisemblance d'un accès au pouvoir du Parti Communiste — détruisant ainsi, en quelque sorte, 'l'alibi' des colonels — nous est apparu quelquefois exagérée... il nous a semblé quelquefois que le communisme était envisagé ici sans nuances comme un péril

(148) Rapport *Lawless Op. Cit.*, p. 180. § 141.

(149) Rapport *De BECKER, op. Cit.*, p. 137-138, § 279.

(150) Voy. P. MERTENS, *Op. Cit.*, p. 146. Nous ne faisons que soulever cette critique. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de relier les reflets des tiraillements qu'engendrent la peur du communisme et le souvenir de l'ascension du national — socialisme.

devant compromettre de toute façon la démocratie. Il eût fallu davantage, selon nous, insister sur le choix des méthodes que les partis d'extrême gauche prétendent adopter pour accéder au pouvoir en Grèce et les juger sur celles-ci plutôt que de le faire par référence à leur idéologie comme Le Conseil de l'Europe doit-il admettre l'éventualité d'un communisme "démocratique" et "à visage humain"? La réponse à cette question peut se révéler capitale ou demeurer purement théorique, en fonction de l'avenir politique des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Ces dernières observations nous amènent à souligner l'importance du contrôle de la conformité à la Convention des restrictions et dérogations. A travers ce contrôle, la Commission et la Cour peuvent parfois être conduites à apprécier le degré de démocratie des institutions d'un Etat. Le Président WALDOCK, dans son discours de Bruxelles⁽¹⁵¹⁾ déclarait d'ailleurs dès 1960 qu'à son sens, "la Commission n'a pas de tâche plus importante que celle qui consiste à apprécier dans quels cas les restrictions imposées (aux) libertés vont au-delà de ce qui est légitime dans une démocratie libre". Ce contrôle des restrictions et dérogations apparaît donc comme étant d'une importance essentielle pour la protection de la société démocratique. Si la notion de démocratie permet d'apprécier les limitations aux droits et libertés, elle sert aussi, nous l'examinerons dans la partie suivante, à interpréter et à compléter ces mêmes droits et libertés.

(151) Cinquième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention, Publication du Conseil de l'Europe.

II

LA NOTION DE DEMOCRATIE ET LE CONTENU DES DROITS

La notion de démocratie sous-jacente à toute la Convention joue un rôle non seulement quant à l'interprétation des limitations aux droits, mais aussi en ce qui concerne l'interprétation de la Convention en général.

L'objet du présent chapitre sera dès lors de vérifier quelle est l'influence de cette notion sur le contenu des droits. La question se présente sous deux aspects.

La notion de démocratie constitue incontestablement un facteur d'interprétation de la Convention. Sans pour autant imposer aux Etats des obligations nouvelles, elle engendre au profit des individus des droits qui, s'ils ne sont pas indiqués expressement dans la Convention, résultent cependant d'une interprétation de celle-ci fondée sur la notion de démocratie.

On peut ensuite se demander si cette notion ne constitue pas un facteur d'interprétation large et "évolutive" de la Convention. L'expression "société démocratique", bien qu'elle ne figure pas dans toutes les dispositions du Titre I de la Convention, représente, à notre avis, un fil conducteur pour l'interprète appelé à confronter les prétentions individuelles et les exigences de la vie en société. La notion de démocratie, évolutive par nature, introduirait ainsi dans la Convention un élément de dynamisme permettant de prendre en considération les changements ou évolutions survenus dans les Etats-membres.

CHAPITRE I

LA NOTION DE DEMOCRATIE ET L'INTERPRÉTATION TEXTUELLE DES DROITS ET LIBERTÉS

La notion de "société démocratique" doit pouvoir être édifiée sur une base plus large que le contenu exclusif de la Convention⁽¹⁵²⁾. Dès lors, prenant appui sur cette notion, ne pourrait-on introduire dans la Convention certains principes, tradition ou usages de la démocratie que les rédacteurs n'ont pas réussi à faire formellement dans le système de protection de cette Convention? Ne pourrait-on pas d'ailleurs établir un parallélisme entre la profession de foi en un "régime véritablement démocratique" et la clause dite de MARTENS⁽¹⁵³⁾, reprise au préambule du Règlement de la Haye de 1899? La première aurait, en ce qui concerne les droits de l'homme, la portée générale de la seconde en ce qui concerne le droit humanitaires. Au delà de la règle concrète non formulée existe le principe qui régit la Convention entière. En effet, à côté des dispositions formelles des conventions internationales qui énoncent en termes précis des obligations, il existe des principes qui découlent des règles énoncées dans la Convention⁽¹⁵⁴⁾.

Dans ce contexte, nous croyons pouvoir considérer que la notion de "société démocratique" constitue un principe d'interprétation et d'application des droits de l'homme. L'idée de démocratie est une idée claire et suggestive d'un comportement, mais cependant imprécise. Or, ainsi que l'écrit H. COURSIER: "Certaines idées, formulées avec une imprécision

(152) Ph. VEGLERIS, *Op. Cit.*, p. 238.

(153) Clause de MARTENS: "Les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre les notions civilisées".

(154) J. PICTET, "*Les principes du droit international humanitaire*", C.I.C.R., Genève, p. 23.

voulue, occupent dans les traités une place privilégiée, qui les désigne comme élément créateur de droit" (155). Dès lors, la formule du préambule de la Convention stipulant que le maintien des libertés fondamentales reposent essentiellement "sur un régime politique véritablement démocratique" et la clause "dans une société démocratique" doivent permettre d'introduire dans la Convention des éléments complémentaires aux droits déjà reconnus.

La jurisprudence relative à la Convention Européenne semble étayer cette théorie. Les organes de Strasbourg, s'inspirant de l'idée de démocratie, ont non seulement donné aux droits et libertés une interprétation tendant à accroître la protection de l'individu, mais ont également tiré des dispositions des droits non formellement inscrits dans celle-ci.

L'affaire *Lawless* illustre cette manière de raisonner. Un des considérants de l'arrêt invoque ce qui est de règle "dans une société démocratique au sens du préambule et des autres dispositions de la Convention "pour en déduire que le principe de la procédure contradictoire et publique doit être observé lors des débats devant la Cour" (156). Le passage est important à un double titre. D'une part, parce que la Cour tire de la notion de "société démocratique" une conséquence qui n'est pas formellement incluse dans la Convention. En effet, cette règle de procédure n'est pas énoncée dans la Convention à propos de la procédure devant la Cour; l'article 6 de la Convention ne le consacre qu'en ce qui concerne les juridictions civiles ou pénales nationales. D'autre part, parce qu'est établi un lien d'intention entre la profession de foi du préambule en un "régime véritablement démocratique" et le critère de "société démocratique". Comme l'a observé M. A. EISSEN, "l'arrêt du 14 Novembre 1960 constitue un événement notable dans l'histoire de la protection internationale des Droits de l'Homme. Affirmant fortement l'originalité et l'autonomie de la Convention Européenne, il ouvre la voie à des constructions généreuses et libérales inspirés de l'idée de 'société démocratique', qui la domine toute entière" (157).

(155) H. COURSIER, "L'évolution du droit international humanitaire", Leyde, 1960.

(156) Cour Eur. D. H., arrêt du 14 Novembre 1960, série A, N.º 1, p. 13.

(157) M. A. EISSEN, "Le premier arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme "affaires *Lawless* — exceptions préliminaires et questions de procédure", A.F.D.I., 1960, p. 75.

C'est aussi à la notion de démocratie que la Cour s'est référée pour mettre en exergue le rôle important des garanties judiciaires de l'article 6 dans une société démocratique et pour en déduire une série de conséquences qui dépassent la lettre de cette disposition. Dans l'affaire *Delcourt*, la Cour a considéré que le droit à une bonne administration de la justice occupait une place si éminente dans une société démocratique qu'une interprétation restrictive de l'article 6 § 1 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition⁽¹⁵⁸⁾. Elle en a déduit que l'article 6 s'appliquait donc bien à la procédure devant la Cour de Cassation.

L'affaire *Golder* constitue une autre et excellente illustration de l'interprétation constructive de la Convention à la lumière des principes fondamentaux de la démocratie. Dans cette affaire, la Cour, combattant la thèse du Gouvernement britannique, a estimé que l'accès aux tribunaux constituait un élément inhérent au droit à un procès équitable consacré par l'article 6. Il est intéressant de noter que pour arriver à cette conclusion, la Cour s'est notamment référée au principe de la prééminence du droit inscrit dans le préambule de la Convention et dans le statut du Conseil de l'Europe. En matière civile, a-t-elle dit, la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux⁽¹⁵⁹⁾. La Cour a donc déduit, d'un des éléments essentiels de la démocratie un droit non formulé par la Convention. Elle a tenu à ajouter qu'il ne s'agissait pas d'une interprétation extensive de nature à imposer aux Etats Contractants de nouvelles obligations; elle se fondait sur les termes mêmes de la première phase de l'article 6 § 1, lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention, ainsi que des principes généraux du droit.

Il convient de faire une remarque en ce qui concerne la prééminence du droit. S'il est hors de doute qu'elle figure parmi les principes fondamentaux d'une société démocratique⁽¹⁶⁰⁾, on peut se demander si elle est garantie directement par la Convention. A ce sujet, on note dans la juris-

(158) Arrêt *Delcourt*, *Op. Cit.*, § 25, voy. *mutadis mutandis*, Cour Eur. D. H. affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 Juin 1968, série A, N.º 7, § 8.

(159) Cour. Eur. D. H., Affaire *Golder*, arrêt du 21 Février 1973, série A, N.º 18, § 34 et s.

(160) En ce sens, voy. l'arrêt *Klass*, *Op. Cit.*, § 55; l'opinion dissident commune de MM. WIARDA, CREMONA, THOR VILHJALMSSON, RYSSDAL, GANSHOF VAN DER MEERSCH, SIR GERALD FITZMAURICE, LIESCH, MATSCHER et Mme BINDSCHIEDLER-ROBERT jointe à l'arrêt *Sunday Times* précité, voy. § 8 de cette opinion; voy. également Cour. Eur. D. H., affaire *Winterwerp*, arrêt du 24 Octobre 1979, série A, N.º 33, † 39.

prudence une certaine évolution. En effet, alors ue, dans l'affaire *Golder* la Cour a admis que le préambule n'incluait pas la prééminence du droit dans l'objet et le but de la Convention, mais la désignait comme l'un des éléments du patrimoine commun aux Etats membres du Conseil de l'Europe⁽¹⁶¹⁾; elle a estimé dans l'affaire *Sunday Times* que l'article 6 de la Convention consacrait ce principe fondamental⁽¹⁶²⁾. Il paraît justifier de considérer que la Convention consacre le principe de la prééminence du droit dans la mesure où ce dernier constitue la raison d'être de l'article 6.

C'est encore l'importance du droit à une bonne administration de la justice dans une société démocratique qui paraît décider la Cour a juger, dans l'affaire *Deweer*, qu'une disposition légale permettant à un procureur du Roi de transiger avec un commerçant en lui proposant d'éteindre l'action pénale, consécutive à une infraction dont il s'était rendu coupable, moyennant le paiement immédiat d'une somme d'argent violait le droit à un procès équitable. La Cour a estimé que le droit à un tribunal revêtait une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice du seul fait qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire⁽¹⁶³⁾.

La Cour s'est également penchée sur l'importance du droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention et sur le fait que toute restriction à ce droit méritait un contrôle attentif de la part des organes de Strasbourg. Dans l'affaire **De Wilde, Ooms et Versyp**, elle a considéré que, dans une société démocratique, le droit à la liberté occupait une place trop importante pour qu'une personne en perde le bénéfice du seul fait qu'elle se constitue prisonnière⁽¹⁶⁴⁾. Toujours dans le cadre de l'article 5, signalons l'affaire *Winterwerp*⁽¹⁶⁵⁾, relative à un internement psychiatrique dans laquelle la Cour a interprété étroitement le terme "aliéné" estimant qu'une interprétation large méconnaîtrait l'importance du droit à la liberté dans une société démocratique.

Ainsi, grâce à l'interprétation de la Convention éclairée par la notion de société démocratique, les organes de Strasbourg ont affiné et même complété les droits et libertés énoncés dans la Convention en y intégrant les droits jugés inhérents. Une telle interprétation, si elle a pour effet d'en-

(161) Arrêt *Golder*, *Op. Cit.*, § 34.

(162) Arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, § 55.

(163) Affaire *Deweer*, arrêt du 27 Février 1980, ronéo, p. 20, § 49.

(164) Arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp*, *Op. Cit.*, § 65.

(165) Arrêt *Winterwerp*, *Op. Cit.*, § 39.

richir le contenu des droits et libertés dans le sens d'une plus grande protection de l'individu, n'impose pas pour autant de nouvelles obligations aux Etats contractants. Cette constatation nous conduit à se poser la question de savoir si la notion de démocratie ne peut fonder une interprétation large et évolutive de la Convention.

CHAPITRE II

LA NOTION DE DEMOCRATIE ET L'INTERPRÉTATION LARGE ET EVOLUTIVE DES DROITS ET LIBERTÉS

La conception de la démocratie a changé. Jusqu'au milieu du siècle, elle était essentiellement une notion juridique caractérisant une forme d'Etat. La démocratie actuelle devient de plus en plus un style de vie collective, un type de communauté humaine. Du fait de cette évolution, certains principes inscrits dans la Convention, ou du moins certaines notions, ont pu prendre une signification nouvelle ou appeler une application plus complète.

Il convient cependant de remarquer que les droits civils et politiques inscrits dans la Convention ne sauraient à l'instar des droits économiques et sociaux, être dépassés par l'évolution de la société. Ils constituent toujours des buts à atteindre et ont gardé la signification que les auteurs leur ont attribué en 1950, à savoir l'expression des principes essentiels qui s'imposent à l'Etat dans l'exercice de son pouvoir à l'égard des individus de façon à sauvegarder la démocratie. Néanmoins, certains des droits garantis par la Convention sont sur beaucoup de points formulés en termes généraux sur le sens et la portée desquels de points formulés en termes généraux sur le sens et la portée desquels les opinions peuvent changer. Il ne s'agit pas de modifier la signification première des principes, mais de permettre à leurs manifestations de varier selon l'évolution générale de la société⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ En ce qui concerne l'interprétation évolutive de la Convention, voy. M. SORENSEN, "Les droits inscrits en 1950 dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme ont-ils la même signification en 1975?", *Actes du Quatrième Colloque sur la Convention, Op. Cit.*, 83-109.

Nous pensons pouvoir trouver dans la dimension sociale de la démocratie un élément d'assistance à une interprétation "évolutive" qui permet de tenir compte des transformations du milieu dans lequel la Convention doit s'appliquer. Cette idée d'une structure sociale dont les droits de l'homme ne constituent qu'un aspect, certes fondamental, n'est pas apparue directement. L'homme dont il est question dans la Convention est plutôt l'"être abstrait" de G. BURDEAU, caractérisé par des droits incitant davantage l'Etat à l'abstention qu'à l'action. Aujourd'hui, la dimension sociale dans laquelle l'individu exerce ses droits est plus visible. Nous pouvons observer dans la jurisprudence la souci de mieux ajuster les droits inscrits dans la Convention à réalité socio-économique. Ce souci se manifeste dans la méthode d'interprétation des organes de Strasbourg à "lire la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui" et à assurer à l'individu "une protection réelle et concrète". Cette démarche aboutit parfois à imposer aux Etats des obligations "actives". Sans vouloir faire un bilan exhaustif de la jurisprudence des organes de la Convention, nous voudrions donner une illustration de cette méthode d'interprétation à propos du droit à l'information, du droit au respect de la vie privée et familiale et du droit à un procès équitable.

Nous avons précédemment relaté l'évolution, dans la doctrine, du droit de l'individu à une information pluraliste⁽¹⁶⁷⁾. Il s'agit maintenant d'examiner la manière dont les organes de Strasbourg ont traduit cette évolution consistant à reconnaître à la liberté d'expression un aspect actif traditionnel et un aspect passif.

Cette conception n'est pas étrangère à la Commission. Dans l'affaire *De Geillustreerde Pers N.V. contre Pays-Bas*, elle a remarqué que l'article 10 visait à garantir la libre circulation des informations vers le public en général⁽¹⁶⁸⁾. Elargissant le débat, elle a relevé qu'un problème pourrait sans doute surgir sous l'angle de cet article "lorsqu'un Etat manque à son obligation d'empêcher les concentrations excessives..."⁽¹⁶⁹⁾. Cette phrase importante illustre la tendance à procurer une réalité plus complète au droit de l'individu à l'information. Elle signifie que "non seulement l'Etat ne doit pas entraver la liberté d'expression notamment des organes de

⁽¹⁶⁷⁾ *Supra*, p. 20.

⁽¹⁶⁸⁾ Requête N.º 5178/71, Rapport de la Commission du 6 Juillet 1976. Voy. *mutatis mutandis*, arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, *Op. Cit.*, p. 26 § 52 et arrêt *Sunday Times*, *Op. Cit.*, §65.

⁽¹⁶⁹⁾ Rapport de la Commission, p. 31.

presse, (devoir d'abstention) mais qu'il doit garantir l'existence de *média* permettant de donner une réalité à ces droits; c'est-à-dire finalement veiller à ce que la liberté d'information ne soit pas menacée par des tiers (obligation active)" (170).

Cette évolution a été traduite avec éloquence dans la Résolution N.° 43 adoptée le 16 Décembre 1974 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, relative aux concentrations de presse (171). Cette résolution veut faire face au danger que fait peser sur le pluralisme de la presse le partage entre un nombre de plus en plus réduit de journaux. Assurément, la diversité de sources d'information constitue la condition essentielle de l'exercice effectif de la liberté d'information sous non aspect passif. Il convient dans ce cadre de rappeler le rôle de la presse, mis en exergue dans l'affaire *Sunday Times*, pour assurer cette diversité (172).

Signalons également les travaux en cours au sein du Conseil de l'Europe pour inclure la liberté de rechercher les informations dans l'article 10. En ce qui concerne son corollaire, l'obligation pour les pouvoirs publics de communiquer des informations relatives aux questions d'intérêt public, un comité d'experts a été constitué et chargé spécialement d'étudier ce thème sur base des suggestions formulées lors d'un colloque organisé en la matière (173). Il faut noter que l'inclusion dans l'article 10 de la liberté de rechercher des informations n'impliquerait pas nécessairement une obligation juridique pour les gouvernements de fournir des informations à la demande d'un particulier. Il convient d'ajouter que l'Assemblée Parlementaire a adopté "la Recommandation 854" relative à l'accès du public aux documents gouvernementaux et à la liberté d'information" (174) dans laquelle elle recommande au Comité des Ministres "d'inviter les Etats membres qui ne l'ont pas encore fait à introduire un système de liberté d'information, c'est-à-dire d'accès aux documents gouvernementaux, y compris le droit de demander et de recevoir des informations des organismes et services gouvernementaux, le droit d'examiner et de corri-

(170) G. COHEN-JONATHAN et J. P. JACQUE, *Op. Cit.*, A.F.D.I., 1976, p. 134.

(171) Résolution (74) 43. *Annuaire Européen*, 1974, Vol. XXII, p. 414. Voy. également le rapport RODGERS présenté à l'Assemblée Parlementaire, 21 Janvier 1975, Doc. 3536.

(172) *Supra*, p. 66.

(173) Colloque de Graz du 21 au 23 Septembre 1976 "sur la liberté d'information et l'obligation pour les pouvoirs publics de communiquer les informations", *Op. Cit.*

(174) Discussion et texte adopté par l'Assemblée le 1^{er} Février 1979 (24.^o Séance). Voy. Doc. 4195, rapport de la Commission des questions juridiques.

ger les dossiers qui contiennent des renseignements d'ordre personnel, le droit au respect de la vie privée, et le droit, d'agir rapidement devant les tribunaux dans ces domaines”.

Toujours en ce qui concerne la liberté d'information, nous pouvons relever l'importance de la jurisprudence européenne et des travaux du Conseil de l'Europe en tant que modèle ou référence dans l'affrontement des conceptions à l'égard des pays de l'Est, ainsi que dans le concert mondial pour l'établissement d'un nouvel ordre international de l'information.

A l'instar de la liberté d'expression, le droit ou respect de la vie privée et familiale réserve une place importante à l'interprétation “évolutive”. L'évolution des moeurs, les progrès techniques et plus particulièrement le développement de l'informatique ⁽¹⁷⁵⁾ constituent autant de défis appelant les organes de Strasbourg à faire preuve d'une certaine souplesse d'adaptation.

Cette façon de voir est remarquablement illustrée par l'affaire *Marckx*. La démarche adoptée décèle la préoccupation de la Cour et de la Commission de donner non seulement un contenu plus concret au droit consacré par l'article 8, mais aussi de l'adapter à l'évolution générale des moeurs dans les Etats membres ⁽¹⁷⁶⁾.

En l'espèce, la Cour s'est trouvée amenée à préciser la portée des mots “respect de la vie familiale”. Elle a tenu à relever avant l'examen des griefs des requérants que l'article 8 avait “essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics”.

⁽¹⁷⁵⁾ Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de faire un examen complet de la jurisprudence. On peut, toutefois mentionner que les organes de Strasbourg ont eu à connaître de multiples affaires posant des problèmes de société, c'est-à-dire des problèmes dont la solution ne peut résulter uniquement de raisonnements juridiques, mais dépend, dans une large mesure, d'une conception de l'homme et de ses rapports avec la société. Parmi ces affaires qui appellent une interprétation dynamique de l'article 8 de la Convention, on peut citer, entre autres, celles relatives aux homosexuels, transsexuels et à l'interruption volontaire de grossesse. L'essor de l'informatique constitué également un sujet intéressant d'exploration. Sur ce dernier thème, voy. notamment le Volume V; “Informatique et Démocratie”, in *Actes du Colloque International Informatique et Société*, Coll. Informatisation et Société 10, La Documentation française, Paris, 1980 et aussi le rapport de M. P. JUVIGNY, “Les réalisations scientifiques et techniques modernes et leurs conséquences sur la protection du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications”, in *Actes du Troisième Colloque International sur la Convention*, Bruylant Bruxelles, 1973, pp. 171-239.

⁽¹⁷⁶⁾ Cette étude se limitera à l'examen de la méthode d'interprétation de la Cour. Il convient de noter que l'arrêt soulève une autre question de principe d'un grand intérêt, à savoir la détermination des effets, dans l'ordre interne d'un Etat, de la constatation par la Cour de Strasbourg d'une violation de la Convention commise par cet Etat.

Cependant, il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences: "à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un 'respect' effectif de la vie familiale. Il en résulte notamment que l'Etat, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec son enfant, doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale" (177).

L'arrêt *Marckx* non seulement confirme la tendance à imposer aux Etats des obligations "actives", mais marque également le souci de la Cour de prendre en considération l'évolution du droit interne des Etats membres depuis la conclusion de la Convention. Deux passages de l'arrêt méritent d'être mentionnés (178). Dans le premier, appelée à examiner la conformité du système belge en matière d'établissement de la filiation maternelle naturelle exigeant une reconnaissance volontaire, la Cour a rappelé que la Convention doit s'interpréter "à la lumière des conditions d'aujourd'hui" (179). En l'espèce, la Cour considère qu'"elle ne peut pas ne pas être frappée par un phénomène: le droit interne de la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer... vers la consécration juridique intégrale de l'adage '*mater semper certa est*'. Le seconde passage se rattache à la discussion des droits patrimoniaux de l'enfant naturel reconnu (180).

(177) Arrêt *Marckx*, *Op. Cit.*, p. 15, § 31 (C'est nous qui soulignons). Voy. également l'opinion séparée de M. SPERDUTI dans le rapport *D. Van Oosterwijck*, p. 24 et l'arrêt *Airey*, examiné ci-après, p. 17, § 32.

(178) En ce qui concerne la Commission, voy. le rapport, *Op. Cit.*, p. 38, § 80 *in fine* et p. 42, § 93.

(179) Arrêt, p. 19, § 41. Une formule similaire figurait déjà dans l'arrêt *Tyrer* du 25 Avril 1978, Cour. Eur. D. H., série A, N.º 26, p. 15 § 31.

(180) "La Cour Européenne des Droits de l'Homme interprète la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais elle n'ignore pas que des différences de traitement entre enfants 'naturels' et enfants 'légitimes', par exemple dans le domaine patrimonial, ont durant de longues années passé pour licites et normales dans beaucoup d'Etats contractants". Arrêt, p. 26, § 58.

(181) Le souci d'interpréter la Convention d'une manière dynamique semble assez ancien. Il est déjà perceptible dans la décision du 14 Décembre 1962, (Requête N.º 1068/61, *Annuaire 5*, p. 279) dans laquelle la Commission a estimé que l'adhésion obligatoire aux services des soins vétérinaires constituait une mesure nécessaire "dans une société moderne". En assimilant la notion de société démocratique à celle de société moderne, la Commission paraît considérer qu'il convient de tenir compte des modifications que subit le milieu social.

Ces deux portions d'arrêt sont très importantes en ce qu'elles montrent clairement de quelle manière la Cour entend donner à la Convention une interprétation souple et "évolutive" permettant de tenir compte des conditions de vie actuelles⁽¹⁸¹⁾. Il est utile d'observer que les organes de la Convention trouvent une source d'inspiration et un moyen de renfort dans la pratique générale des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ainsi, comme l'a souligné le Professeur SORENSEN, "l'analyse de cette pratique dans un domaine spécifique peut servir non seulement à préciser les limites d'un droit garanti, mais aussi à justifier une interprétation large et libérale"⁽¹⁸²⁾. Il a également été remarqué qu'une telle méthode d'interprétation est préférable à la méthode historique, en ce qu'elle permet de suivre les progrès des institutions et des normes du droit national et qu'elle favorise une interaction entre ce dernier et la Convention⁽¹⁸³⁾.

Toutefois, la méthode d'interprétation suivie par la Cour a suscité plusieurs critiques.

Tout d'abord, Sir Gerald FITZMAURICE dans son opinion dissident, a reproché à la Cour de ne pas adopter une méthode d'interprétation "textuelle" consistant en une analyse des textes et à une recherche du sens des dispositions du Traité au moment de sa conclusion⁽¹⁸⁴⁾. En réalité, il s'agit là d'une critique ancienne qui ne vise pas uniquement, l'arrêt *Marckx*. Dès la première affaire où il siégeait, le juge FITZMAURICE, ancien membre de la Cour Internationale de Justice de la Haye, a fait savoir qu'il considérait la méthode d'interprétation de la Cour malsaine en écrivant qu'"il existe une différence considérable entre une 'législation législative', édictée dans l'exercice d'un pouvoir souverain, et une législation fondée sur une convention, qui elle-même résulte d'une négociation, et limitée à ce qui a été accepté ou peut à bon droit être censé l'avoir été"⁽¹⁸⁵⁾. Il est heureux que la Convention fasse l'objet d'une interprétation plus souple que celle adaptée aux instruments qui règlent les rapports interétatiques traditionnels.

(182) M. SORENSEN, *Op. Cit.*, p. 94.

(183) Voy. J. RAYMOND, *Op. Cit.*, R.D.H., 1970, vol. 3, p. 292.

(184) Arrêt, p. 39 et s.

(185) Arrêt *Golder*, *Op. Cit.*, opinion dissidente de Sir Gerald FITZMAURICE, p. 48, § 32. Voy. sur la méthode d'interprétation "saine" prônée par le jeune, M. BOSSUYT, "L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des Droits de l'Homme", *Revue Belge de droit international*, 1980-1, p. 63 etc.; publié également au *Rechtskundig Weekblad*, 8 décembre 1979, 43.^o jaargang N.^o 15, p. 930 et s.

Dans le même ordre d'idées, certains ont opéré une distinction entre l'interprétation stricte de la compétence de la Cour et une interprétation large des droits et libertés classiques. Les limites de cette dernière interprétation seraient toutefois déterminées par le critère de la transformation ou non d'un droit ou d'une liberté classique en un droit social. Ainsi, M. BOSSUYT considère difficilement justifiable par la voie de l'interprétation la transformation des libertés classiques, qui imposent essentiellement des obligations négatives (un devoir d'abstention), en droits sociaux, qui exigent une intervention positive. Toute interprétation transformant le contenu négatif d'un droit garanti en une obligation positive revient, à son avis, à élargir considérablement la compétence de la Cour sans cependant trouver appui dans le droit international ⁽¹⁸⁶⁾.

D'aucuns, d'une manière plus nuancée, ne sont pas hostiles à une interprétation "évolutive" des concepts utilisés par le traité mais, en l'espèce, ils estiment contestable que l'objet des obligations respectives soit à ce point élargi que le devoir de respecter la "vie familiale" des individus se transforme en une obligation d'adopter une règle uniforme en ce qui concerne le mode d'établissement de la filiation naturelle. Dans un article remarquable, le Professeur F. RIGAUX examine d'une manière très critique la méthode d'interprétation suivie par la Cour qu'il juge trop fortement influencée par celle de la Cour Européenne de Justice de Luxembourg ⁽¹⁸⁷⁾.

D'autres encore considèrent comme un progrès important pour la protection des droits de l'homme l'attitude de la Cour qui met en lumière les *obligations actives de l'Etat*. Toutefois, le Professeur G. COHEN-JONATHAN considère qu'en l'occurrence la Cour est allée trop loin en imposant aux Etats un statut civil de la filiation relativement uniformisé. Or, dit-il "une chose est de définir des 'standards' — qui doivent tenir compte de l'évolution de la 'société démocratique' depuis 1950 — autre chose est d'imposer une règle unique parce qu'elle est reçue dans la majorité des ordres juridiques internes. La Cour Européenne des Droits de l'Homme n'a pas pour mission de promouvoir un 'droit de l'intégration' et de définir des normes uniformes" ⁽¹⁸⁸⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ M. BOSSUYT, *Op. Cit.*, p. 68.

⁽¹⁸⁷⁾ F. RIGAUX, "La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 Juin 1979 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", *Journal des Tribunaux*, 22-9-1979, N.° 5093, p. 513 et s.

⁽¹⁸⁸⁾ G. COHEN-JONATHAN, *Op. Cit.*, C.D.E., 1980, N.° 4, p. 478.

Pour notre part, nous considérons la méthode d'interprétation de la Cour très heureuse en ce qu'elle permet à la Convention de demeurer un instrument vivant et tend à assurer une protection plus complète de l'individu. En ce qui concerne la référence à la pratique générale, en tant que source d'inspiration⁽¹⁸⁹⁾, il faut noter que l'examen de cette pratique aboutit parfois à un constat de disparité dans la mesure où les législations des Etats membres varient en ordre dispersé. Les organes de la Convention doivent évidemment tolérer cette variété des normes nationales dans la mesure où la Convention n'est pas un instrument d'intégration, mais a pour but essentiel "de fixer certaines normes internationales à respecter par les Etats contractants dans leurs rapports avec les personnes placées sous leur juridiction"⁽¹⁹⁰⁾. Néanmoins, comme l'a observé le Professeur H. MOSLER, ex-juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, l'homogénéité existant entre les Etats membres de la Convention permet l'établissement d'un standard jusqu'à un degré assez élevé. L'interprétation ne doit pas nécessairement rester stable. Elle peut être flexible et devenir plus stricte dans la mesure où l'harmonisation des ordres juridiques nationaux progresse⁽¹⁹¹⁾.

Il convient d'ajouter que la référence à l'évolution convergente du droit interne des Etats membres du Conseil de l'Europe implique pour être correcte que l'évolution soit de caractère suffisamment général. La comparaison sommaire de la législation de quelques Etats ne pourrait justifier une interprétation évolutive. Il faudrait à la limite que la modification soit perçue comme une conséquence nécessaire de l'interprétation nouvelle donnée à la disposition⁽¹⁹²⁾. En ce qui concerne l'affaire *Marckx*, certains auteurs ont estimé que la conviction des organes de Strasbourg,

(189) On peut à ce propos signaler une autre critique du Professeur RIGAUX (*Op. Cit.*, p. 524) selon laquelle aucune clause de la Convention ne permettrait à la Cour de se référer à la pratique générale et cela contrairement à la Cour de Justice de Luxembourg autorisée par plusieurs dispositions du Traité C.E.E., tantôt explicite, tantôt implicite, à s'inspirer des principes généraux communs aux Etats membres. Toutefois, ne pourrait-on trouver dans la clause "dans une société démocratique" un soutien à la convergente des droits internes les signes d'une adhésion commune à une interprétation évolutive? Rappelons que la Commission considère que la "société démocratique" envisagée par la Convention vise les Etats membres du Conseil de l'Europe.

(190) Cour. Eur. D.H., affaire "*linguistique belge*", arrêt du 9 Février 1967, série A, N.º 5, p. 19.

(191) Voy. H. MOSLER, "L'influence du droit national sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme", dans *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, 1972, T. I, p. 532.

(192) En ce sens, voy. F. RIGAUX, *Op. Cit.*, p. 521.

consistant à considérer la règle "*mater semper est*" comme l'unique moyen compatible avec le respect de la vie familiale de déterminer la filiation maternelle, reposait sur un examen un peu rapide du droit interne des Etats contractants⁽¹⁹³⁾.

Si nous nous sommes longuement attardé sur cette affaire, c'est parce que l'arrêt de la Cour occupera sans doute une place importante dans la jurisprudence. Rarement, en effet, la Cour a rendu un arrêt dont les conséquences paraissent aussi profondes pour l'évolution du système de la Convention Européenne. L'examen, ci-après, de l'affaire *Airey*⁽¹⁹⁴⁾, nous en apporte la preuve.

La Cour s'est efforcée dans cette affaire de donner une réalité plus complète au droit à un procès équitable. Dans l'affaire *Golder*, nous l'avons déjà vu, elle a clairement indiqué que le droit d'accès constituait un élément inhérent à ce droit. Mais suffit-il que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention soit formellement prévu dans la législation d'un Etat-membre ou faut-il en plus qu'il puisse être effectivement mis en oeuvre, ce qui suppose parfois, que son exercice ne rencontre pas d'obstacles économiques ou autres? En l'espèce, la Cour, suivant en substance l'avis unanime de la Commission, a choisi la seconde branche de l'alternative à savoir la possibilité d'une mise en oeuvre effective du droit.

L'arrêt de la Cour mérite plusieurs observations:

— Tout d'abord, il confirme la méthode d'interprétation suivie dans l'affaire *Marckx*. Après avoir souligné que la Convention avait pour but "*de protéger des droits non pas théoriques ou illusôires mais concrets et effectifs*"⁽¹⁹⁵⁾, elle a noté que l'exécution d'un engagement assumé en vertu

(193) Ibidem, p. 521 et p. 524. Voy; également G. COHEN-JONATHAN, *Op. Cit.*, C.D.E. 1980, p. 479. La même critique a été faite à propos de l'affaire *Klass*, dans laquelle la pratique générale a servi non pas à justifier une interprétation large, mais à préciser une restriction. Voy. G. COHEN-JONATHAN et J. P. JACQUE (*Op. Cit.*, A.F.D.I., 1978, p. 412) qui observent que la Commission s'est référée de manière abstrait à un "tour comparatif d'horizon des réglementations... dans les différents Etats signataires" pour en conclure qu'en général un système d'écoutes du type allemand est nécessaire dans une société démocratique.

(194) Requête N.° 6289/73, Rapport de la Commission du 9 Mars 1978, Cour. Eur. D. H., arrêt du 9 Octobre 1979, série A, N.° 32.

(195) Arrêt, *Op. Cit.*, p. 12 § 24. La Cour fait un renvoi aux arrêts suivants: arrêt du 23 Juillet 1968 en l'affaire "*linguistique belge*", *Op. Cit.*, n.° 6, p. 31, §§ 3 *in fine* et 4, arrêt *Golder*, *Op. Cit.*, p. 18, § 35 *in fine*; arrêt *Luedicke, Belkacem et Koç*, du 28.11. 1978, série A, n.° 29, pp. 1718, § 42; arrêt *Marckx*, *Op. Cit.*, p. 15 § 31.

de la Convention appelait parfois “*des mesures positives de l'Etat, en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif... Or l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès se range dans cette catégorie d'engagement*”⁽¹⁹⁶⁾. Notons que la Cour a tenu un raisonnement similaire dans l'affaire *Artico* en ce qui concerne les droits de la défense⁽¹⁹⁷⁾. Il convient de remarquer que tant dans l'affaire *Airey* que *Artico*, elle a dûment pris en considération la place éminente qu'occupe le droit à un procès équitable dans une société démocratique⁽¹⁹⁸⁾.

L'arrêt *Airey* apporte également un nouvel élément qui nous paraît important pour l'appréciation de la portée des droits et libertés garantis par la Convention. Répondant à l'argument du Gouvernement irlandais selon lequel il ne faut pas interpréter la Convention de manière à réaliser dans un Etat contractant des progrès économiques et sociaux qui ne peuvent être que graduels, la Cour a déclaré: “La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des Etats et notamment de leurs finances. D'un autre côté, *la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui...*”⁽¹⁹⁹⁾, et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu. Or *si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoirs écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention*”⁽²⁰⁰⁾. Ainsi, la volonté d'assurer une protection plus concrète de l'individu conduit même la Cour à considérer que les prolongements d'ordre économique ou social des droits civils et politiques pourraient

⁽¹⁹⁶⁾ Arrêt, *Op. Cit.*, p. 14 § 25.

⁽¹⁹⁷⁾ Arrêt du 13 Mai 1980, ronéo, p. 12 § 33 et p. 14 § 36 *in fine*. “La Cour rappelle que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense en égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique.

⁽¹⁹⁸⁾ Voy. aussi l'arrêt *Deweer*, *Op. Cit.*, § 44 dans lequel la place éminente occupée par le droit à un procès équitable dans une société démocratique a conduit la Cour à opter “pour une conception ‘matérielle’ et non ‘formelle’ de l’‘accusation’ visée à l'article 6. Elle lui commande de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la procédure en litige”.

⁽¹⁹⁹⁾ La Cour reprend la formule utilisée dans l'arrêt *Marckx*, p. 19, § 41, analyse *supra*.

⁽²⁰⁰⁾ Arrêt, *Op. Cit.*, p. 14-15, § 26.

entrer dans le système de protection particulier à la Convention. Cette affirmation de principe laisse la porte ouverte à des constructions très généreuses.

Enfin, nous pouvons nous demander, sans pour autant approfondir la question, si la notion de démocratie ne pourrait pas permettre d'expliquer, à tout le moins en partie, l'évolution ou les indices d'évolution de la jurisprudence de la Commission et de la Cour en ce qui concerne la protection des individus contre certaines formes d'ingérences émanant d'autres particuliers, groupes ou organisations?⁽²⁰¹⁾ Cette évolution en ce qu'elle tient compte des nouvelles structures de la société contemporaine est étroitement liée à la notion de démocratie. En effet, dans la société actuelle menacée tant par les agissements des organisations et institutions non-étatiques que par les autorités étatiques, il semble raisonnable de déduire de certaines dispositions de la Convention l'obligation de l'Etat de protéger les individus contre les atteintes à leurs droits et libertés provenant d'autres individus ou groupes privés. L'idée d'une protection "horizontale indirecte" des droits fondamentaux ne modifie pas le principe selon lequel la Convention défend les individus contre l'arbitraire des pouvoirs publics et met des obligations à la charge de l'Etat et de lui seul.

En conclusion, nous pouvons dire que la notion de "société démocratique" en ce qu'elle reflète la dimension sociale dans laquelle s'exercent les droits de l'homme contribuent de différentes manières et avec plus ou moins d'intensité à l'interprétation souple et évolutive de la Convention. Cette idée d'une interprétation dynamique est de façon générale bien accueillie dans la mesure où elle permet de compenser certaines lacunes ou inadéquations dues aux transformations que subit le milieu social⁽²⁰²⁾. Bien sûr, il s'agit d'une interprétation prudente qui trouve ses limites dans

(201) La Convention, en dehors d'une obligation de ne pas porter atteinte aux droits et libertés d'autrui ne prescrit pas un comportement déterminé des individus envers la société ou leur semblables. Sous ce rapport, elle se distingue de la Déclaration Universelle dont l'art 29 met l'accent sur les devoirs et marque ainsi les limites sociales d'un droit (*supra* p. 37 et s.). Sur le sujet, voy. notamment le rapport de MM. MUSLER, G. SPERDUTI et Ph. VEGLERIS; Voy. aussi M. A. LISSEN, "La Convention et les devoirs de l'individu", dans *Travaux du 1^{er} Colloque International sur la Convention (Strasbourg, 14-15 Novembre 1960), Paris, Dalloz 1961, pp. 167-194 et une mise à jour, dans René Cassin Amicorum Discipulorum que Liber*, Vol. III, pp. 151-162.

(202) Voy. *Actes du Quatrième Colloque International sur la Convention, Op. Cit.*, pp. 111-118.

le texte même de la Convention⁽²⁰³⁾. Comme l'a remarqué l'ancien Président de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, G. BALLADORE-PALLIERI, il ne faut pas tirer des règles générales de l'interprétation évolutive. Au contraire, il faut étudier avec attention toutes les conséquences étant donné qu'une grande différence existe dans l'examen des questions d'interprétation du point de vue des théoriciens et de celui des juges⁽²⁰⁴⁾. En outre, une politique d'interprétation trop libérale reconnaît probablement de décourager ceux qui n'ont pas encore déclaré reconnaître la compétence de la Commission ou la juridiction de la Cour, ainsi que ceux qui doivent renouveler leurs déclarations.

C'est donc un dynamisme modéré qui doit caractériser la Convention. En effet, la Convention n'est pas destinée à promouvoir la réforme sociale. Toutefois, comme l'écrit le Professeur SORENSEN, "elle peut servir, non seulement à préserver ce qui est acquis, mais aussi en tant qu'instrument pour articuler un consensus en voie de formation et pour aligner les Etats qui sont en retard sur une évolution générale des idées et des institutions en Europe"⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰³⁾ En ce sens, *Ibidem*, intervention de H. MOSLER, p. 111. Signalons la critique du Professeur RIGAUX à propos de l'arrêt *Marckx*; "Il ne faut surtout pas croire que, parce qu'elle est plus aventureuse, la méthode d'interprétation (évolutive) de la Cour sert mieux le progrès des droits de l'homme en Europe. La jurisprudence de la Cour fait parfois penser aux homélies de certains curés qui leur reste, entendent fustiger tous ceux qui ont cessé de fréquenter l'église. Compte tenu de la situation dans le monde, et même en Europe, il paraît plus sage d'exiger impérativement que les droits fondamentaux soient universellement respectés que de poursuivre dans quelques rares Etats ayant souscrit la déclaration prévue par l'article 46 de la Convention, une mise à jour de la législation civile selon le dernier cri de quelques Etats dont la législation est citée en modèle obligatoire", article précité, p. 523.

⁽²⁰⁴⁾ *Ibidem*, Conclusion finales du Colloque, p. 277.

⁽²⁰⁵⁾ *Ibidem*, p. 106.

CONCLUSION GÉNÉRALE

D'année en année, les organes de Strasbourg précisent, affinent et confirment le contenu de la notion de "société démocratique" et par la lui donne une valeur propre dans le jeu de la Convention.

A ce jour, la jurisprudence est encore trop limitée pour élaborer une théorie complète de la démocratie. Toutefois, on ne peut dire que c'est par un excès de prudence, ou à cause des difficultés de la matière, que la Cour et la Commission n'ont pas précisé tous les éléments utiles à la formation d'une doctrine. Tout simplement, elles n'ont pas été contraintes de le faire par les éléments des causes qui leur étaient soumises. La matière des restrictions s'avère particulièrement propice à un développement de la jurisprudence sur le sujet de notre étude. Le mouvement de "socialisation" caractérisant la société contemporaine tend à effacer l'individu au profit du groupe et rend plus difficile la recherche du compromis entre la liberté individuelle et les nécessités collectives. Dans tous ces cas de chevauchements, les organes de Strasbourg, appelés à signaler le point d'équilibre entre les deux intérêts seront conduits à donner par leur vote le ton de la vie sociale démocratique et donc à préciser le contenu de la notion examinée.

Rassembler et synthétiser toutes les émisses au cours de cette recherche ne constitue pas l'objet de ces conclusions. Nous préférons faire part de deux suggestions qui peuvent contribuer à renforcer le rôle de la notion de démocratie.

En premier lieu, nous pensons que le critère de "société démocratique" pourrait servir à qualifier les actes des Etats affectant l'exercice ou la portée des droits et libertés. Dans ce contexte, les observations faites tout au

long de l'étude, nous amènent à dégager trois catégories d'actes dans lesquelles la notion pourrait avoir ce rôle.

— La menace provenant de l'"éternelle raison d'Etat" et de sa "tentation permanente"⁽²⁰⁶⁾ pèse toujours sur nos droits et libertés. Le manie- ment de la notion ultime de "société démocratique" pourrait se révéler d'une fécondité particulière pour maintenir la distinction entre ce qui est "restriction nécessaire" pour la défense de la démocratie et ce qui n'est abolition ou refus arbitraire par raison d'Etat⁽²⁰⁷⁾.

— Ensuite, la mise en valeur de l'élément de "société démocratique" dans l'arrêt *Klass* où la Cour, semble-t-il, a davantage considéré la mesure comme nécessaire" pour une société démocratique "que nécessaire" dans une société démocratique "nous fait penser que cette dernière notion pourrait s'avérer utile dans la conservation de la distinction entre, d'une part, les "restrictions" qui touchent l'exercice des droits en période normale et, d'autre part, les "dérogations" qui opèrent une véritable, mais temporaire, suspension de l'application de la Convention⁽²⁰⁸⁾.

— Enfin, une réflexion soucieuse des conceptions démocratiques pourrait aider à établir la délicate gradation entre la simple intervention qui représente l'exercice normal du pouvoir d'un Etat d'édicter des règles juridiques, l'ingérence admise dès lors qu'elle remplit les conditions posées par la Convention et la méconnaissance qui est injustifiable⁽²⁰⁹⁾.

En second lieu, nous pensons que la formule de "société démocratique" doit pouvoir permettre de mettre en lumière la spécificité de la Convention et certaines des différences les plus évidentes entre cet instrument et les textes qui ont été rédigés sur les droits de l'homme dans d'autres enceintes.

Les organes de Strasbourg raisonnent dans le cadre des sociétés de type libéral relativement homogène. La référence à la pratique générale, tant pour préciser les limites d'un droit garanti que pour justifier une interprétation large, démontre la manière dont ils entendent interpréter la

⁽²⁰⁶⁾ Cette menace a été soulignée par P.H. TEITGEN lors de la discussion sur le projet de la Convention Européenne, voy. *supra*, p. 9.

⁽²⁰⁷⁾ En ce sens, Ph. VEGLERIS, *Op. Cit.*, in *R.D.H.*, 1968, p. 241.

⁽²⁰⁸⁾ sur la distinction, voy. *supra*, p. 31.

⁽²⁰⁹⁾ sur la distinction, voy. *supra*, p. 35.

⁽²¹⁰⁾ Voy. G. COHEN-JONATHAN, "Les rapports entre la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques", in *Régionalisme et Universalisme*, Pedone, 1977, p. 324.

Convention. Ce sont les “principes généraux à l'échelle régionale”⁽²¹⁰⁾ qui permettront de fixer la jurisprudence. Comme nous l'avons déjà dit, la notion de “société démocratique” ou de pratique générale n'exclut pas les différences, certes non fondamentales mais quand même perceptibles. Le contenu de la notion est susceptible de varier en considération des circonstances particulières à chaque pays. C'est probablement la raison pour laquelle la Commission et la Cour ont introduit dans la jurisprudence le concept de “marge d'appréciation”.

Dans le cadre des Communautés Européennes, la marge d'appréciation des Etats dans la détermination des motifs d'ordre public venant restreindre certaines libertés semble plus réduite que dans le cadre de la Convention Européenne⁽²¹¹⁾. Cette différence s'explique par le fait que l'encadrement communautaire des libertés se situe dans une perspective d'intégration qui dépasse le désir du Conseil de l'Europe de “réaliser une union plus étroite”. En gros, si l'un des objectifs des Communautés est d'unifier les législations internes dans le domaine d'application des Traités de Rome et de Paris, l'objectif de la Convention est plutôt de fixer des normes minimales. Il semble dès lors normal de penser que le contrôle du juge communautaire est plus poussé dans la mesure où il s'agit moins de faire respecter un standard minimum que d'appliquer un droit commun de manière uniforme⁽²¹²⁾. A ce contrôle plus étendu, correspond une idée plus précise de la notion de “société démocratique”.

Cette dernière notion inclue dans les Pactes des Nations Unies a, nous l'avons déjà dit, un contenu plus vague en ce que les types de socié-

(211) Cette jurisprudence a récemment été démentie en ce qui concerne la notion de moralité par l'arrêt *Henn et Darby* (examiné *supra*, p. 56). La position de la Cour de Justice de Luxembourg conduit à élargir considérablement la marge d'appréciation des Etats dans la détermination des limitations. En effet, elle confie en principe à chaque Etat membre la tâche de déterminer les exigences de la moralité. Deux raisons peuvent contribuer à expliquer cette attitude. D'une part, il ne s'agit plus de la notion d'ordre public, mais de celle, plus subjective, e moralité. D'autre part, est en cause non plus une restriction à la libre-circulation des personnes, mais à celle des marchandises. Remarquons que la Cour n'a pas suivi les conclusions de son avocat général qui avait plaidé pour l'application des principes adoptés par cette Cour en matière d'ordre public dans le cadre de l'article 48 C.E.E. et plus particulièrement dans les arrêts *Bouchereau* (Aff. N.º 30-77, Rec., 1977, p. 1999) et *Van Duyn* (Aff N.º 41-74 Rec. 1974, p. 1337). A savoir que tout motif de dérogation est d'interprétation stricte et ne saurait être déterminée unilatéralement sans contrôle des institutions de la Communauté. Il nous semble qu'en l'espèce l'encadrement des interdictions d'importation méritait d'être plus rigoureux.

(212) En ce sens, voy. G. COHEN-JONATHAN, *Op. Cit.*, in *R.M.C.*, 1978, p. 92.

tés concernées sont assez peu homogènes. Si la mention de la clause “dans une société démocratique” dans le cadre de la Convention constitue une protection supplémentaire et utile contre les limitations excessives, cette protection fait défaut dans le Pacte sur les droits civils et politiques dans lequel les restrictions sont plus larges⁽²¹³⁾. A la différence de traditions et de cultures des pays — membres du Pacte, il faut encore ajouter le fait que le Comité des Droits de l’Homme des Nations Unies dispose de pouvoirs d’investigation limités, alors que la démarche des organes de la Convention s’apparente à celle d’un “juge”. Le Comité se heurte également à la souveraineté plus étendue des Etats parties.

Suite à ces considérations, il semble difficile de douter de l’importance et de la valeur de la notion de démocratie dans la mesure où son contenu relativement précis permet aux organes de Strasbourg de développer un système propre des droits de l’homme. Ainsi, affirmant la spécificité de la Convention Européenne, l’idée de démocratie ouvre la voie à des constructions généreuses dans le sens d’une protection accrue des droits et libertés de l’individu.

(213) Voy. G. COHEN-JONATHAN, *Op. cit.* in *Régionalisme et Universalisme*, p. 325 et C. TOMUSCHAT, “La Libre-circulation et le statut politique des ressortissants communautaires, *C.D.E.*, 1976, p. 63.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

Vu le grand nombre d'ouvrages et d'articles consacrés aux droits de l'homme et à la démocratie, il a fallu opérer un choix fondé sur l'importance de la source pour le thème étudié.

I. — TRAITES - MANUELS — OUVRAGES GENERAUX

BURDEAU, G.: *Traité de Science politique* — T.V.: Les régimes politiques — Paris, L.G.D.J., 1970.

: *La démocratie* — Collection Points, série politique, éd. 1978.

CASTBERG, F.: *The European on Human Rights*, — A.W. Sijthoff, Leiden, 1974.

CLUB JEAN MOULIN: *L'Etat et le citoyen* — Paris, Ed. du Seuil, 1961.

FAWCETT, J.: *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1969.

FREUND, J.: *Le Nouvel âge. Eléments pour la théorie de la démocratie et de la paix* — Paris, Ed. M. Rivière et Cie, 1970.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.: *Organisations européennes* — Bruxelles, Bruylant, 1966.

GISCARD D'ESTAING, V.: *Démocratie Française* — Livre de poche, n.° 5090, 1978.

HAURION, A, GICQUEL J. et GELARD P.: *Droit constitutionnel et institutions politiques* — Paris Ed. Montchrestien, 1975.

JACOBS, F.G.: *The European Convention on Human Rights* — Oxford, Clarendon Press, 1975.

KELSEN, H: *La démocratie — Sa nature — Sa valeur* — Traduction française de la deuxième édition (1929) par C. Eisenman — Librairie du Recueil Sirey, 1932.

MADIRAN, J.: *Les deux démocraties* — Paris, Nouvelles éditions latines, 1977.

Mc. KEON, R.: *Democracy in a World of Tensions*. A symposium prepared by Unesco — Chicago, The University of Chicago Press, 1951.

MADIOT, Y: *Les droits de l'homme et libertés publiques* — Paris, Masson, 1976.

MARQUET, F: *Commentaire critique de la Convention européenne des Droits de l'Homme, de son organisation judiciaire et l'arrêt du 23 Juillet 1968* — Anvers, 1973(Hors commerce)

MONCONDUIT, F: *La Commission européenne des Droits de l'Homme* — A.W. Sijthoff, Leyden, 1965.

MOURGEON, J: *Les droits de l'homme* — Paris, P.U.F., 1978.

NAESS A., CHRISTOPHERSEN J.A., KVALO K.: *Democracy Ideology and Objectivity* — Oslo, University Press, Oxford, Blacknell, 1956.

NEDJATI, Z M: *Human Rights under the European Convention* — Amsterdam — New-York — Oxford — North Holland, 1978.

PELLOUX, R: *Essais sur les droits de l'homme en Europe*. Sous la direction et avec un avant-propos de R. Pelloux — Bibl. européenne publiée sous les auspices de l'Inst. Universitaire d'études européennes de Turin, 1959 — 1966, 7 Tomes.

PINTO, R: *Les Organisations européennes* — 2 ème éditions mise à jour — Paris, Payot, 1965.

ROBINSON, N: *The Universal Declaration of Human Rights — Its origins, significance, application and interpretation* — New York — 1958.

ROBERTSON, A. H.: *Human Rights in Europe* — 2^{ème} ed, Manchester, University Press, 1977.

VAN DIJK P. et VAN HOOFF G.J.H.: *De Europese Conventie in theorie en praktijk* — Ars Aequi Libri, Rechten van de mens, deel 2, 1978.

VASAK, K: *La Convention européenne des Droits de l'Homme* — Paris, L.G.D.J., 1968.

: *La Convention interaméricaine des droits de l'homme* — Paris, L.G.D.J., 1968.

: *Les dimensions internationales des droits de l'homme* — manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités publié sous la direction de K. VASAK — Paris, Unesco, 1978.

VEDEL, G: *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques* — Paris, Les Cours de droit, 1958 — 59.

VERDOODT, A: *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* — Louvain, Paris, Nauwelaerts, 1964.

WEIL GORDON, L: *The European Convention on Human Rights* — A. W. Sijthoff, Leyden, 1963.

ZORGBIDE, C: *La construction politique de l'Europe* — Paris, P.U.F., 1978.

II. — ETUDES — ARTICLES

BOSSUYT, M: "L'arrêt Marckx de la Cour européenne des Droits de l'Homme", R.B.D.I., 1980-81, 53-81; publié en néerlandais au *Rechtskundig Weekblad*, 8 décembre 1979, 43^o jaargang Nr 15, 929 — 970.

CASSIN, R: "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", *R.C.A.D.I.*, 1951, II, p. 237 et s.

COHEN-JONATHAN, C et JACQUE J. P.: "Activités de la Commission européenne des droits de l'homme", *A.F.D.I.*, 1975 (340-358), 1976 (128-147), 1978 (403-421), 1979 (382-401).

COHEN-JONATHAN, G.: "Chronique de jurisprudence. Cour européenne des Droits de l'Homme, *C.D.E.*, 1978 N.° 2-3, 342-370; 1979, n.° 4, 464-484 1980, N.° 4, 463-488). "La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme, *R.M.C.*, 1978, n.° 214, 74-100.

DE SALVIA, M: "La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et Cour européenne des Droits de l'Homme", "*Diritto comunitario e degli scambi internazionali*", n.° 3/1978, 463-493.

DUFTY, P.J.: "The case of Klass and others: secret surveillance of communications and the European Convention on Human Rights" *Human Rights Review*, Vol IV, n.° 1, 1979, 20-40.

ESPIELL, G: "Le système interaméricaine comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme, *R.C.A.D.I.*, 1975, Vol 2, 1-56.

EISSEN, M.A.: "Le premier arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme. "Affaire Lawless" — exceptions préliminaires et questions de procédure, *A.F.D.I.*, 1960, 444-497.

FEINGOLD, C: "The little red schoolbook", *Human Rights Review*, Vol. III, n.° 1 1978, 21-47.

HIGGINS, R: "Derogations under Human Rights Treaties", 1976-77, 48, *BYBIL*, 307-315.

JONES, P.W.: Human Rights in Europe after the greek case, *European Review*, Vol. XXI, 1971, n.° 4, p. 22 et s.

KELSEN, H: "Foundations of democracy", *Ethics*, Vol. L XVI, October 1975, n.° 1, Part. II.

KISS, A.C. et VEGLERIS P.: "L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des Droits de l'Homme, *A.F.D.I.*, 1971, 887-931.

MERLE, M.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme et de libertés fondamentales", *R.D.P.*, 1951, 705-735.

MERTENS, P.: "Les organes du Conseil de l'Europe et le concept de 'démocratie' dans le cadre des deux affaires grecques", *R.B.D.I.*, 1971, 118-147.

MODINOS, P.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme", *Annuaire européen*, 1955, p. 141 et s.

: Les droits de l'homme dans les articles de P. Modinos, *R.D.H.*, Vol. VIII, n.º spécial 1975, p. 627-776.

: Démocratie et démocraties — *R.D.H.*, Vol IX, 1976, 577-584.

MORRISSON, C.C.: "Margin of appreciation in European Human Rights Law", *R.D.H.*, Vol VI, 1973, 263-286.

MOSLER, H.: "L'influence du droit national sur la Convention européenne des Droits de l'Homme", *Miscellanea W. T. Ganshof van der Meersch*, Vol. 1, Bruxelles, Buylant, 1972, 521-542.

: "Problems of interpretation in the case law of the Europe Court of Human Rights", doc. Conseil de l'Europe, Janvier 1980, Cour (80) 2.

PELLOUX, R.: "Trois problèmes de société devant la Cour européenne des Droits de l'Homme", *A.F.D.I.*, 1977, 480-499.

: "L'affaire irlandaise et l'affaire Tyrer devant la Cour européenne des Droits de l'Homme", *A.F.D.I.*, 1978, 379-402.

: "Trois affaires allemandes devant la Cour européenne des Droits de l'Homme", *A.F.D.I.*, 1979, 338-355.

POLAK, C.H.F.: "Het europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens in mundiaal en europees perspectief" — *Ars Aequi Libri*, Rechten van de mens, deel 1, 1978, pp. 76-98.

RAYMOND, J.: "La suisse devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme", Fascicule 1, 1979, Société Suisse des Juristes, Bâle.

: "Les Droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales", *R.D.H.*, 1970, Vol III, 289-312.

RIGAUX, F.: "La loi condamnée à propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des Droits de l'Homme", *J.T.*, 22 sept. 1979, n.º 5093, 513-524.

ROBERTSON, A.H.: "The political background and historical development of the European Convention on Human Rights", *I.C.L.Q.*, supp. publication n.º 11, 24-37.

SORENSEN, M.: "Le Conseil de l'Europe", *R.C.A.D.I.*, 1952, II, 121-197.

TANASE AI: "Democracy and Humanism" — *Res Publica*, Vol XVII, 1975, n.º 5, 747-555.

TOMUSCHAT, C.: "Commentaires sur l'arrêt Rutili — La Libre — circulation et le statut politique des ressortissants communautaire", *C.D.E.*, 1976, 58-67.

TOUSSAINT, A.: "Le rapport de la Commission européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire grecque", *J.T.*, 6 Juin 1970, n.º 4704, 369-375.

VASAK, K.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme", *J.C.D.I.*, n.º 2, Fascicule 155 F.

: "Chronique de jurisprudence des organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme", *Clunet* 1967 (n.º 2), 459-498.

VEDEL, G.: "Existe-t-il deux conceptions de la démocratie", *Etudes*, Janvier 1946, 5-53.

VELU, J.: "Contrôle des organes prévus par la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exception dérogeant à cette Convention", *Mélanges offerts à H. Rolin* Problèmes de droit des gens — Paris, Pedone, 1964, 462-478.

VEGLERIS, Ph.: "Valeur et signification de la clause 'dans une société démocratique' dans la Convention européenne des Droits de l'Homme", *R.D.H.*, Vol I, n.º 2, 1968, 219-241.

WIEBRINGHAUS, H.: "La Convention européenne des Droits de l'Homme et la Charte sociale européenne", *R.D.H.*, Vol VIII, n.º 2-3, 1975, 527-544.

III - COLLOQUES-CONFÉRENCES

MANIFESTATIONS ORGANISÉES PAR LE CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, novembre 1960 — Premier Colloque International sur la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le thème "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen" — Paris, Dalloz, 1961.

— V. le rapport de M. MOUSKHELY sur "Les fondements philosophiques et sociologiques des droits de l'homme", 35-37.

— V. la communication de M. J. FREUND sur "La Convention européenne des Droits de l'Homme et la politique", 70-82.

— V. la communication de M.M. HEUMANN: "Les droits garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme: étude des limitations de ces droits", p. 143-161.

— V. la communication de M.M. A/Eissen: "La Convention et les devoirs de l'individu", 167-194, et une mise à jour, dans R. Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber*, Vol. III, 151-162.

— V. le rapport de M.P./Modinos: "Les enseignements de la Convention, 337-359.

Bruxelles, septembre-octobre 1970 — Troisième Colloque International sur la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le thème "Vie privée et droits de l'homme" — Bruxelles, Bruylant, 1973.

— V. le rapport de M.P. JUVIGNY: "Les réalisations scientifiques et techniques modernes et leurs conséquences sur la protection du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications", 171-183.

— V. le rapport de M. L. WILDHABER: “Dans quelle mesure le droit à l’instruction a-t-il subi une évolution?”, 141-181.

— V. le rapport de M. F. JACOBS: “Dans quelle mesure les restrictions à l’exercice des libertés ont-elles subi une évolution?”, 185-198.

Francfort, avril 1980 — Cinquième Colloque International sur la Convention européenne des Droits de l’Homme sur le thème “La Convention européenne des Droits de l’homme et les Etats parties”, Doc. Conseil de l’Europe, Strasbourg, 1980.

— V. le rapport de M. J. KELLY: “Contrôle international des restrictions et limitations”, Doc. H/ Coll (80) 3.

Strasbourg, avril 1976 — Conférence de l’Assemblée Parlementaire sur l’évolution des institutions démocratiques en Europe, Doc. Conseil de l’Europe.

— V. le rapport de M.R.V. JONES: “La vie privée mise en péril par la technologie”, 185-214.

— V. le rapport de M.P. VEGLERIS: “Vingt ans d’expérience de la Convention et perspectives”, 453-530.

Rome, novembre 75 — Quatrième Colloque International sur la Convention européenne des Droits de l’Homme sur le thème: “25 ans de protection européenne des droits de l’homme. La Convention européenne des Droits de l’Homme, 1950-1975: Bilan et perspectives” — Documents ronéotypés du Conseil de l’Europe.

— V. la communication écrite de M.C.G. TORNARITIS QC: “La Convention européenne des Droits de l’Homme dans l’ordre juridique de la République de Chypre”, 61-73.

— V. le rapport présenté par M.M. SORENSEN: “Les droits inscrits en 1950 dans la Convention européenne des Droits de l’Homme ont-ils la même signification en 1975?”, 85-109.

— V. le rapport de M. W. PAHR: “Dans quelle mesure la liberté d’expression a-t-elle, subi une évolution?” 119-128.

— V. la communication écrite de M. C. C. MORRISSON Jr: “La liberté d’expression: la recherche de normes”, 129-134.

AUTRES MANIFESTATIONS

Saint-Germain-en-Laye, janvier 1962 — Colloque France — Forum sur le thème "La démocratie à refaire" — Paris, Ed. ouvrières, 1962.

— V. le rapport de M. R. REMOND: "Le problème de la dépolitisation de l'opinion publique en France", 13-30.

— V. le rapport de M. G. VEDEL: "Rapports du pouvoir et Démocratie", 75-96 et les interventions, 96-142.

— V. le rapport de M. J. FAUVET: "Les moyens d'expression efficaces de la volonté populaire", 143-159 et les interventions, particulièrement celles de MM. M. DEBATISSE et H. BOURDON, 159-272.

— V. le rapport de M. E. BORNE: "Pour une philosophie de la démocratie", 273-288.

Caen, juillet 1963 — 50.^o Semaine Sociale de France sur le thème: "La société démocratique" — Lyon, Ed. Chronique Sociale de France, 1963.

— V. le cours de M. A. BARRERE: "Socialisation et démocratie", 11-29.

— V. le cours de M. R. REMOND: "Le fait de la socialisation et les idéologies démocratiques", 31-48.

— V. le cours de M. J. FOLLINET: "La démocratie selon les différents types de culture", 71-94.

— V. le cours de M.J.L. QUERMONNE: "Le pouvoir et les pouvoirs: les grandes fonctions nationales", 225-239.

— V. les conclusions sous forme d'entretien public avec M. M. J. DELORS, M. MERLE sous la présidence de M. A. BARRERE: "Les institutions de l'Etat démocratiques".

Louvain-la-Neuve (B), décembre 1978. Colloque organisé par le Centre de Droit Européen de l'Université Catholique de Louvain sur le thème "Les droits de l'homme face aux nécessités vitales de la Nation". Actes à paraître.

— V. le rapport de M. R. PELLOUX: "Les limitations prévues pour protéger l'intérêt commun offrent-elles une échappatoire aux Etats liés par les conventions et les pactes relatif aux droits de l'homme".

Paris, septembre 1979 — Colloque International Informatique et Société — Paris, La Documentation Française, Coll. Informatisation et Société (série Impact) — 1980.

— Voy. le volume V: Informatique et Démocratie, 253 p.

San José, janvier 1980 — Réunion de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme — Doc. Conseil de l'Europe, Strasbourg, janvier 1980.

— Voy. le rapport de M. H. MOSLER: "Problems of interpretation in the case — law of the European Court of Human Rights, Doc. Cour⁽⁸⁰⁾ 2, 23 p + VIII p.

Louvain-le-Neuve (B), octobre 1980 — X Journées d'Études Juridiques Jean Dabin sur le thème "Légalité et référence aux valeurs", Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Notes et documents à paraître.

— Voy. le rapport de M. P. VEGLERIS: "La clause 'dans une société démocratique' et les nécessités publiques", 23 p.

IV — PUBLICATIONS-DOCUMENTS et RAPPORTS du CONSEIL DE L'EUROPE relatifs à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et aux droits de l'homme en général.

Textes fondamentaux

— Recueil de Textes (14^e édition — septembre 1979).

— Les droits de l'Homme en Droit International: Textes de base (doc. H⁽⁷⁹⁾ 4).

Publications, documents et rapports préparés par la Direction des Droits de l'Homme.

— Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme — La Haye, Martinus Nijhoff.

— Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme — La Haye, Martinus Nijhoff (cinq volumes ont paru, trois sont à paraître).

— Bibliographie relative à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (1978) — Voy, aussi doc. H ⁽⁷⁹⁾ 8.

— Activités du Conseil de l'Europe dans le domaine des droits de l'homme — bilan annuel (années 1972-1978).

Publication du Secrétariat de la Commission européenne des Droits de l'Homme.

— Recueil des Décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme (N.° 1 à 46).

— Décisions et rapports de la Commission européenne des Droits de l'Homme (N.° 1 à 17).

— Sujets de jurisprudence, Vol. 4: "Les droits de l'homme et leurs limitations", 1974 (version française).

— Stock taking ont the European Convention (doc. H ⁽⁷⁷⁾ 3 et doc H ⁽⁷⁹⁾ 1).

I - LA NOTION DE DEMOCRATIE DANS LE CADRE DES LIMITATIONS AUX DROITS DE L'HOMME

CHAPITRE I: Le rôle de la notion de démocratie dans le système des restrictions

Section 1: La signification historique de la clause “dans une société démocratie”.

**Par. 1: Origine et signification de la clause dans
les travaux préparatoires
de la Convention**

**Par. 2: La clause dans les autres instruments relatifs
aux droits de l'homme**

A. Les instruments internationaux

B. Les instruments régionaux

Section 2: L'application de la clause “dans une société démocratique” par les organes de la Convention

**Par. 1: La clause “dans une société démocratique” comme
critère des restrictions aux droits garantis**

**Par. 2: La valeur jurisprudentielle de la clause
“dans une société démocratique”.**

*CHAPITRE II: La défense de la démocratie dans le cadre
des articles 15 et 17 de la Convention européenne
des droits de l'homme*

*Section 1: Le pouvoir de dérogation en vertu de l'article 15
de la Convention*

*Section 2: La prévention des abus en vertu de l'article 17
de la Convention*

**II - LA NOTION DE DEMOCRATIE ET LE CONTENU
DES DROITS**

INTRODUCTION

*CHAPITRE I: La notion de démocratie et l'interprétation textuelle
des droits et libertés*

*CHAPITRE II: La notion de démocratie et l'interprétation large
et évolutive*

CONCLUSION GÉNÉRALE

CONSELHO DA EUROPA

**SUBIR SA PEINE CHEZ SOI:
UNE NOUVELLE CONVENTION
DU CONSEIL DE L'EUROPE**

ERIK HARREMOES*
Directeur des Affaires Juridiques
au Conseil de l'Europe

* Les opinions exprimées ne reflètent pas nécessairement la position du Conseil de l'Europe.

1. L'oeuvre conventionnelle du Conseil de l'Europe se poursuit⁽¹⁾. Le Comité des Ministres de l'Organisation dont le Portugal est membre depuis 1976 a récemment décidé d'ouvrir à la signature de ses 21 Etats membres, ainsi que des Etats Unis d'Amérique et du Canada, une nouvelle Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (Série des Traités Européens N.º 112).

L'origine de cette Convention remonte à la 11ème Conférence des Ministres européens de la Justice, tenue en 1978 à Copenhague, où, sur l'initiative du Ministre suédois, ont été examinés les problèmes posés par la détention de ressortissants étrangers, y compris celui de la mise en place de procédures permettant leur transfert dans leur pays d'origine pour y subir leur condamnation. Les discussions ont abouti à l'adoption d'une Résolution demandant au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de charger, entre autres, le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) "d'examiner la possibilité d'élaborer un accord-type prévoyant une procédure simple de transfert des détenus que les Etats membres pourraient utiliser dans leurs relations mutuelles ou dans leurs relations avec des Etats non membres".

2. Le Comité des Ministres ayant donné son accord, le Comité européen pour les problèmes criminels a créé un comité restreint qui fut essen-

(1) Voir les articles de C. Cunha et E. Harremoës dans *Documentação e Direito Comparado*, n.º 8, pág. 271.

tiellement chargé d'étudier les problèmes posés par le traitement des ressortissants étrangers dans les établissements pénitentiaires et d'envisager la possibilité de mettre sur pied un accord-type prévoyant une procédure simple pour leur transfert. Lors de sa session, en mars 1980, le Comité européen pour les problèmes criminels a autorisé le Comité restreint, à la demande de celui-ci, à élaborer une convention multilatérale plutôt qu'un accord-type bilatéral, sous réserve que celui-ci ne soit pas en conflit avec les dispositions des conventions européennes existantes. Il était, en effet, primordial d'assurer une parfaite compatibilité entre une telle nouvelle convention multilatérale et les instruments déjà élaborés dans le domaine du droit pénal sous les auspices du Conseil de l'Europe. La nouvelle Convention fait partie intégrante du réseau créé par l'Organisation au cours des trente dernières années et visant à établir entre les 21 nations collaborant au sein du Conseil de l'Europe un véritable espace judiciaire.

3. Le point de départ pour les travaux aboutissant à l'élaboration du nouveau texte a été l'augmentation, dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, du nombre de détenus étrangers dans les prisons et les difficultés que leur présence présente pour les administrations pénitentiaires.

Ainsi, à titre d'exemple, on a constaté que le pourcentage de détenus de nationalité étrangère se situe dans plusieurs pays autour de 20% ou plus (par exemple, en Suède: 21% (1980), en France: 23,3% (1982); en Belgique: 21,1% (1982). Il en ressort que des milliers de personnes sont détenues dans des prisons situées dans un pays autre que le leur, subissant ainsi des sanctions dans des conditions qui leur sont loin d'être idéales. Ceci vaut aussi bien pour les touristes de passage que pour les travailleurs immigrés dont la situation juridique et sociale est particulièrement précaire.

4. Les administrations pénitentiaires ont dû faire face à des problèmes pratiques très divers, dont il suffit de mentionner les plus importants.

a) Il est certain que la question de *langues* représente une des principales sources de difficultés. Souvent, les détenus étrangers, en particulier

ceux qui ne sont pas des travailleurs immigrés, connaissent mal ou pas du tout la langue du pays où ils ont été condamnés ou même une des langues européennes les plus répandues. La réhabilitation et la préparation à la libération, buts essentiels de l'incarcération, semblent difficiles à atteindre si les contacts avec les détenus sont sporadiques et imparfaits. En particulier, les efforts des travailleurs sociaux sont compromis si la langue fait obstacle à la communication. Il y a lieu dans ce contexte de saluer les efforts faits par les administrations pénitentiaires des pays accueillant un grand nombre de travailleurs migrants pour créer des services sociaux spécifiques à leur intention.

Egalement l'organisation rationnelle de la vie quotidienne ainsi que le maintien de l'ordre et de la discipline dans la prison sont rendus plus difficiles en raison des barrières linguistiques.

Pour le détenu handicapé par les problèmes de langue, qui se trouve sans famille ou sans amis, l'isolement social est une dure réalité. Contrairement à beaucoup d'autres détenus, il ne reçoit souvent ni lettres ni visites et il ne bénéficie guère des possibilités pour écouter la radio, regarder la télévision ou lire des livres et des journaux; il a généralement peu de contact avec les visiteurs des prisons ou autres personnes ou organisations s'occupant du sort des détenus. Si les consulats sont une source de contacts, l'aide qu'ils peuvent apporter est inévitablement limitée, surtout en raison de l'éloignement des prisons des villes où résident les consuls.

b) Il y a aussi les problèmes qui découlent du fait que les détenus sont originaires d'un *milieu culturel différent*, par exemple les problèmes relatifs aux habitudes alimentaires et vestimentaires, à l'exercice de leur religion, à leurs comportements et réactions devant les phénomènes sociaux généraux ou particuliers à la prison. Il en résulte souvent une absence de compréhension entre le personnel pénitentiaire et les détenus étrangers, voire entre détenus ressortissants et non-ressortissants.

c) En troisième lieu, les peines privatives de liberté sont, pour les étrangers, souvent liées à des *mesures d'expulsion* ou d'interdiction de séjour, au moins celles qui sont imposées en raison d'infractions graves telles que trafic de drogues et actes de violences. Il en résulte que les autorités pénitentiaires doivent appliquer la peine surtout en vue de prévenir toute évasion. Le détenu purge souvent la plus grande partie de la

peine en milieu fermé. En corollaire, les congés pénitentiaires et autres séjours à l'extérieur sont refusés ou du moins extrêmement limités. Dans les pays pratiquant une politique libérale à cet égard, tels que le Danemark et la Suède, ces limitations sont ressenties comme une véritable discrimination. Dans cette situation, le dilemme entre la nécessité de protéger la société et les efforts visant à humaniser au maximum la détention, prend une acuité toute particulière qui a vivement préoccupé l'opinion publique et dont même les Ombudsmen ont été saisis.

Il doit être ajouté que ces considérations visent beaucoup moins les travailleurs immigrés, d'ailleurs en règle générale moins criminels que les autochtones; cette catégorie d'étrangers a souvent famille et amis, employeurs et soutien social dans l'Etat où ils résident et où ils ont été condamnés.

d) Il convient d'ailleurs de rappeler dans ce contexte le principe général du *même traitement pour nationaux et étrangers*. Il est ancré dans la Résolution (73) 5 du Conseil de l'Europe concernant l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus⁽¹⁾, où sont énumérés et "codifiés" les principes qui doivent guider la législation et la pratique en matière de traitement des détenus. Le paragraphe 5 de l'annexe à la résolution stipule que les règles minima doivent être appliquées impartialement, sans différence de traitement fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Il importe en particulier de respecter les croyances religieuses et les préceptes moraux du détenu étranger et la privation de liberté doit avoir lieu dans des conditions matérielles et morales qui assurent le respect de la dignité humaine.

Il est certain que des obstacles et des difficultés d'ordre pratique parfois presque insurmontables sont susceptibles de gêner l'application intégrale de cette Résolution. Même si tous les Etats font des efforts considérables et louables pour la mettre scrupuleusement en oeuvre, il va sans

(1) Adopté avant l'entrée du Portugal au Conseil de l'Europe, mais toutefois investie de la même force morale et persuasive à l'égard du Portugal qu'à l'égard des Etats ayant participé à l'élaboration de la Résolution.

dire que l'exécution des jugements pose moins de problèmes sur le plan administratif, social et humain quand il s'agit des détenus ressortissants.

L'élaboration d'un instrument favorisant le retour d'un étranger condamné vers son pays d'origine est donc à considérer comme une suite logique à la Résolution (73) 5.

5. La nouvelle Convention a pour objet de faciliter le transfèrement des personnes détenues vers leur pays d'origine en créant une procédure simple et rapide. Elle vise à compléter la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970 (Série des Traités Européens N.º 70) qui, tout en permettant le transfert des détenus étrangers, présente deux inconvénients importants: elle n'a jusqu'à présent été ratifiée que par un petit nombre d'Etats ⁽¹⁾ et la procédure qu'elle prévoit ne facilite pas leur transfèrement rapide ⁽²⁾.

La nouvelle Convention, dont les aspects principaux sont décrits ci-dessous (par. 6 à 12), constituera ainsi un maillon supplémentaire dans le réseau de Conventions élaborées dans le domaine du droit pénal sous les auspices du Conseil de l'Europe. En cherchant à faciliter le transfèrement des détenus étrangers, elle tient compte de l'évolution moderne de la criminalité et de la politique pénale, à savoir que, d'une part, l'amélioration des moyens de transport et de communication ont accru la mobilité des personnes et, en conséquence, contribué à l'internationalisation du crime et, d'autre part, que la politique pénale, dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, insiste davantage sur la réinsertion sociale des délinquants.

(1) Autriche, Chypre, Danemark, Norvège, Suède et Turquie; signée par le Portugal le 10 mai 1979.

(2) Voir par exemple une demande du Gouvernement suédois visant le rapatriement de 22 ressortissants turcs condamnés en Suède à des peines privatives de liberté de longue durée, qui a été faite en 1980 et qui n'avait pas encore abouti deux ans plus tard (Svenska Dagbladet, 15.8.1982).

6. L'article 2 de la Convention pose le principe de base en stipulant que:

“les Etats contractants s'engagent à s'accorder mutuellement, dans les conditions prévues par la présente Convention, la coopération la plus large possible en matière de transfèrement des personnes condamnées”.

En vertu du même article, la demande de transfèrement peut être faite par l'Etat dans lequel le détenu a été condamné à une peine privative de liberté (l'Etat de condamnation), ce qui permet à cet Etat de proposer le rapatriement d'un étranger qui n'a aucun attachement ou lien avec lui et dont la détention pose, pour ses autorités, de sérieux problèmes administratifs, ou par l'Etat vers lequel le détenu peut être transféré en application des dispositions de la Convention (l'Etat d'exécution), ce qui permet à cet Etat de demander le rapatriement de ses propres ressortissants, une innovation par rapport à la Convention sur la valeur internationale des jugements répressifs. En outre, la Convention prévoit que le détenu étranger peut lui-même proposer son transfèrement, ce qui lui permet d'attirer l'attention des autorités de l'Etat de condamnation sur les problèmes sociaux et culturels auxquels il est confronté du fait de sa détention et d'indiquer une solution appropriée et acceptable pour lui.

7. Dans son article 3, la Convention subordonne le transfèrement à plusieurs conditions.

a) Il est d'abord stipulé que le détenu doit être ressortissant de l'Etat d'exécution, tel que ce terme “ressortissant” pourrait être défini par l'Etat concerné; cette possibilité de définition permettra aux Etats d'y inclure, par exemple, les apatrides et les étrangers résidents de façon permanente ou de longue date.

b) Deuxièmement, le jugement doit être définitif et exécutoire, c'est-à-dire que les voies de recours internes doivent être épuisées.

c) Troisièmement, la durée de condamnation que le détenu a encore à subir doit être au moins de six mois à la date de réception de la demande de transfèrement, ou indéterminée. Cette condition, à laquelle

une exception est faite au paragraphe 2, s'explique essentiellement par deux motifs: le premier est que la Convention est conçue comme un instrument devant aider à la réinsertion sociale des délinquants, objectif qui ne peut être utilement poursuivi que lorsque la durée de la peine encore à purger est assez longue, le deuxième, que la transfèrement d'un détenu coûte cher, et les dépenses importantes encourues par les Etats concernés doivent aussi être proportionnelles à l'objectif visé, en d'autres termes une considération basée sur les rapports coût/efficacité du système.

d) Il est également une condition que le détenu ou, lorsqu'en raison de son âge ou de son état physique ou mental l'un des deux Etats l'estime nécessaire, son représentant doit consentir au transfèrement. Il s'agit ici d'un élément vital du fonctionnement de la Convention. La coopération complète et sans réserve du détenu est primordiale pour atteindre un des buts essentiels de la Convention: la réussite de sa réhabilitation. La Convention introduit ainsi, par rapport aux Conventions précédentes du Conseil de l'Europe en matière pénale⁽¹⁾, une innovation: le consentement de la personne intéressée, certainement inspiré par les principes de la Convention des Droits de l'Homme qui ne cessent de se développer à la lumière de la jurisprudence de la Commission et de la Cour des Droits de l'Homme.

Dans l'article 7, la Convention d'une part impose à l'Etat de condamnation l'obligation de s'assurer que le consentement a bien été donné volontairement par le détenu et que celui-ci est pleinement conscient des conséquences juridiques qui en découlent, et d'autre part permet à l'Etat d'exécution de vérifier que le consentement remplit bien les conditions requises. Aux termes du paragraphe 2, l'Etat vers lequel le transfèrement doit s'effectuer est en effet autorisé à faire procéder à cette vérification par un consul ou tout autre fonctionnaire désigné d'un commun accord par les deux Etats.

La Convention reposant sur le principe du consentement préalable du détenu, il n'a pas été jugé nécessaire de poser une règle de spécialité précisant que la personne transférée au titre de la Convention pour l'exé-

(1) Voir par exemple les 22 détenus turcs en suède mentionnés ci-dessus, qui sont opposés à leur rapatriement.

cution d'une peine ne peut être ni poursuivie, ni condamnée, ni détenue pour une infraction autre que celle liée à l'exécution de la peine ayant donné lieu au transfèrement. D'autres conventions prévoient cette règle de spécialité, par exemple la Convention européenne d'extradition en son article 14, ou la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs en son article 9, mais ces instruments n'exigent pas le consentement de l'intéressé, si bien que la règle de la spécialité constitue pour lui, dans ces cas, une garantie indispensable.

e) La cinquième condition vise à assurer le respect du principe de la double incrimination. Elle est remplie lorsque le fait qui a donné lieu à la condamnation dans l'Etat de condamnation aurait été punissable s'il avait été commis dans l'Etat d'exécution et lorsque l'auteur qui a commis ce fait aurait, aux termes de la loi de l'Etat d'exécution, encouru une sanction. Il n'est pas nécessaire que l'infraction soit précisément la même dans les deux législations. Le libellé ou la qualification juridique peuvent être différents. L'idée fondamentale est qu'il y ait correspondance entre les éléments constitutifs essentiels de l'infraction dans la législation de l'un et l'autre Etat.

f) La sixième condition confirme le principe de base de la Convention, à savoir que le transfèrement nécessite l'accord des deux Etats concernés.

Il importe, dans ce contexte, de rappeler qu'en vertu de l'article 9, l'Etat vers lequel le transfèrement doit avoir lieu a deux options; il peut librement choisir:

- soit de poursuivre l'exécution de la condamnation immédiatement ou sur la base d'une décision judiciaire ou administrative (article 10);
- soit de convertir la condamnation, par une procédure judiciaire ou administrative, en une décision de cet Etat, substituant ainsi à la sanction infligée dans l'Etat de condamnation une sanction prévue par la législation de l'Etat d'exécution pour la même infraction (article 11).

Toutefois il doit, sur demande, indiquer préalablement à l'Etat de condamnation laquelle de ces deux options il suivra.

Si un Etat contractant souhaite exclure d'une manière générale l'application de l'une des deux procédures ou si sa législation interne ne lui ouvre pas ces possibilités alternatives, il peut indiquer, par une déclaration adressée au Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, qu'il a l'intention d'exclure ou qu'il doit exclure dans ses relations avec les autres Etats contractants, l'application, soit de la procédure de poursuite de l'exécution, soit la procédure de conversion. La déclaration offre à l'Etat qui la fait la possibilité d'exclure l'une des deux procédures, non seulement lorsqu'il accepte le transfèrement mais aussi lorsqu'il le demande. Dans ce dernier cas, la déclaration aura pour effet de subordonner l'acceptation d'une demande de transfèrement par l'Etat de condamnation au fait que l'Etat d'exécution n'applique pas la procédure exclue.

8. Dans les articles 4 à 6, la Convention précise les obligations des Parties contractantes quant à la transmission de diverses informations à fournir au détenu, dont le transfèrement est envisagé, à l'Etat vers lequel le transfèrement doit avoir lieu et à l'Etat à partir duquel le transfèrement doit s'effectuer, ainsi que quant à la forme et aux voies de communication et aux pièces devant accompagner les demandes de transfèrement.

Il convient, en particulier, de relever les obligations vis-à-vis du détenu.

Conformément au paragraphe 1 de l'article 4, tout condamné transférable sera informé, par l'Etat de condamnation, de la teneur de la Convention, ceci afin de faire prendre conscience au condamné des possibilités de transfert offertes par la Convention et des conséquences juridiques d'un transfert vers son pays d'origine. L'information lui permettra de décider s'il souhaite ou non son transfèrement. Il convient cependant de rappeler que le condamné ne peut pas lui-même exiger le transfèrement; il découle de l'article 2, paragraphe 3, que les transfèrements ne peuvent être demandés que par l'Etat de condamnation ou l'Etat d'exécution.

9. Les dispositions clefs de la Convention sont les articles 10 et 11 qui indiquent en détail les procédures alternatives d'exécution: poursuite de l'exécution ou conversion.

La différence fondamentale entre la procédure de “poursuite de l'exécution” prévue à l'article 10 et la procédure “de conversion de la condamnation” prévue à l'article 11 (généralement appelée “exequatur”) est que, dans le premier cas, l'Etat d'exécution continue l'exécution de la condamnation prononcée par l'Etat de condamnation, alors que dans le second cas, la sanction est convertie en une sanction de l'Etat d'exécution, ce qui a pour résultat que la condamnation exécutée ne repose plus directement sur la sanction imposée dans l'Etat de condamnation.

10. L'article 10 stipule qu'en cas de poursuite de l'exécution, l'Etat vers lequel le transfèrement a eu lieu est lié par la nature juridique, c'est-à-dire le type de sanction et la durée de celle-ci telle qu'elle résulte de la condamnation.

Si les systèmes de sanctions ou si les minima et les maxima légaux des sanctions ne sont pas les mêmes dans les deux Etats, l'Etat peut être obligé d'adapter la sanction à la peine ou à la mesure prévue par sa propre législation pour une infraction de même nature. Cette adaptation est autorisée dans certaines limites: la peine ou la mesure adaptée doit, dans la mesure du possible, correspondre à celle infligée par la condamnation à exécuter et elle ne peut aggraver par sa nature ou par sa durée la sanction prononcée dans l'Etat de condamnation, ni excéder le maximum prévu par la loi de l'Etat d'exécution.

En d'autres termes: l'Etat peut adapter la sanction à son plus proche équivalent en vertu de sa propre législation, à condition de ne pas entraîner une peine plus sévère ou une détention plus longue. Cette procédure, à l'inverse de la procédure de conversion par laquelle l'Etat d'exécution *substitue* une sanction à celle imposée dans l'Etat de condamnation, ne permet à l'Etat d'exécution que *d'adapter* la sanction à une sanction équivalente prévue par sa propre législation, afin de pouvoir exécuter la condamnation. L'Etat d'exécution continue ainsi l'exécution de la condamnation infligée dans l'Etat de condamnation, mais il le fait conformément aux exigences de son propre système pénal.

11. L'article 11 stipule qu'en cas de conversion de la condamnation, la procédure prévue par la législation de l'Etat d'exécution s'applique. Cette procédure peut être judiciaire ou administrative.

Lors de la conversion, l'autorité compétente est liée par la constatation des faits dans la mesure où ceux-ci figurent explicitement ou implici-

tément dans le jugement prononcé dans l'Etat de condamnation, aussi bien les éléments objectifs liés à la commission de l'acte et de ses résultats subjectifs liés à la préméditation et à l'intention du prévenu. Etant donné que le but de la Convention est le transfert de l'exécution d'une sanction privative de liberté, l'autorité ne peut convertir une telle sanction en une sanction pécuniaire. Elle doit déduire intégralement la période de privation de liberté subie par le détenu avant ou après la condamnation et en transit.

L'autorité ne doit pas aggraver la situation pénale du détenu, en ce qui concerne le type de sanction infligé et la durée de celle-ci. Si, par exemple, la législation qu'elle doit appliquer prévoit une peine plus sévère que celle infligée para la condamnation, c'est cette dernière qui indique le type de sanction à exécuter et la durée maximale. L'autorité n'est pas non plus liée para la sanction minimale éventuellement prévue par sa législation et doit respecter la condamnation initiale, même si celle-ci est inférieure au minimum prévu par la législation de l'Etat de l'exécution.

12. Les articles suivants traitent les problèmes relatifs à la grâce, l'amnistie et la commutation où les deux Etats concernés sont compétents (article 12) et la révision où seul l'Etat de condamnation est compétent (article 13).

13. Il est à espérer que cette nouvelle Convention obtiendra, dans un proche avenir, les trois ratifications nécessaires pour son entrée en vigueur et qu'elle deviendra rapidement d'application courante dans l'Europe des 21. Elle complétera ainsi très utilement le réseau d'entraide en matière pénale qui se crée lentement mais sûrement entre les Etats collaborant au sein du Conseil de l'Europe.

Il est également à souhaiter que le Portugal, en déposant les instruments de ratification des Conventions qu'elle a signées depuis son adhésion au Conseil de l'Europe, à savoir les Convention d'extradition (1977), d'entraide judiciaire en matière pénale (1979), sur la valeur internationale des jugements répressifs (1979), et le transfert des procédures répressives (1979), se joigne au cercle des Etats qui mènent en commun la lutte contre la criminalité sur le plan international.

ÍNDICE

1. DIREITO COMUNITÁRIO

- Algumas considerações sobre a adopção do IVA Comunitário
Maria Teresa Lemos

7

2. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

- Sumários das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos
do Homem (31 a 35)
- Sumário e texto da decisão da Comissão Europeia
dos Direitos do Homem na queixa de “Andreas Baader,
Holger Meins, Ulrike Marie Meinhof
e Wolfgang Grundmann contra a República
Federal da Alemanha”.
- Sumário e texto da decisão da Comissão Europeia
dos Direitos do Homem na queixa de “Manuel Guincho
contra Portugal”.
- Sumário e texto da decisão do Comité de Ministros
no caso “Sunday Times contra o Reino Unido”.

43

59

69

97

3. ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM

- Intervention du Directeur des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Peter Leuprecht, devant la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies. 103
- As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o contributo da jurisprudência nacional na interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Pinheiro Farinha. 113
- La notion de démocratie dans le cadre des limitations aux droits de l'Homme — Françoise Elens 163

4. CONSELHO DA EUROPA— COOPERAÇÃO EUROPEIA EM MATÉRIA PENAL

- Subir sa peine chez soi — une nouvelle Convention du Conseil de l'Europe — Erik Harremoes. 251

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
LISBOA