

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

**DIREITO
COMUNITÁRIO**



JOSÉ MARIA DE ALBUQUERQUE CALHEIROS

Advogado

*Assistente estagiário da Faculdade de Direito de Lisboa
e da Universidade Católica Portuguesa*

**OS PODERES ORÇAMENTAIS
DO
PARLAMENTO EUROPEU
— PRINCIPAIS PROBLEMAS**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

- 1.1. Apresentação do tema
- 1.2. Delimitação do objecto do nosso estudo. Estrutura do trabalho
- 1.3. Tendências fundamentais do Direito Orçamental Comunitário

2. EVOLUÇÃO DOS PODERES ORÇAMENTAIS DO PARLAMENTO EUROPEU

- 2.1. O Tratado do Luxemburgo de 1970
 - 2.1.1. O Art.º 203.º - *Bis*
 - 2.1.2. O Art.º 203.º
 - 2.1.3. A distinção entre as despesas obrigatórias (DO) e as despesas não obrigatórias (DNO)
- 2.2. O Tratado de Bruxelas de 1975
- 2.3. Síntese e indicação de sequência

3. OS ACTUAIS PODERES ORÇAMENTAIS DO PARLAMENTO EUROPEU — O ART.º 203.º DO TRATADO CEE

- 3.1. A 1.ª leitura do projecto de Orçamento pelo Parlamento Europeu
- 3.2. A 2.ª leitura do projecto de Orçamento pelo Parlamento Europeu

- 3.3. O poder de aprovação do Orçamento
- 3.4. Obrigação do presidente do Parlamento declarar aprovado o Orçamento
- 3.5. “A Margem de Manobra” do Parlamento Europeu — Art.º 203.º, n.º 9 (breve referência)
- 3.6. O poder de rejeição global do projecto de Orçamento

4. O PROBLEMA DA EXECUTORIEDADE DO ORÇAMENTO

- 4.1. Delimitação do problema
- 4.2. As várias posições. A sua fundamentação
 - 4.2.1. A posição do Parlamento
 - 4.2.2. A posição do Conselho
 - 4.2.3. A posição da Comissão
- 4.3. Posição adoptada

5. O ACORDO INTERINSTITUCIONAL DE 1988, FACE ÀS EXIGÊNCIAS DO ACTO ÚNICO EUROPEU

6. APRECIACÃO FINAL

OS PODERES ORÇAMENTAIS DO PARLAMENTO EUROPEU*

PRINCIPAIS PROBLEMAS

1. Introdução

1.1. Apresentação do tema

Já em 1984, Jean-Luc CHABOT⁽¹⁾ chamava a atenção para a importância dos poderes orçamentais do Parlamento Europeu, afirmando que “le Parlement Européen et ses pouvoirs, essentiellement budgétaires, sont devenus l’object d’enjeu pour l’avenir de la construction européenne”. Defendia este autor que uma das vias mais necessárias e eficazes para prosseguir uma verdadeira estratégia de integração europeia era justamente a via orçamental⁽²⁾.

Esta ideia veio desde então a confirmar-se, não só pela importância económica que o orçamento comunitário adquiriu⁽³⁾, mas sobretudo porque ele passou a constituir, mais do que uma mera descrição das receitas e

* “Trata-se de um relatório apresentado no mestrado de Direito Comunitário em Outubro de 1989 na Faculdade de Direito de Lisboa, sob a orientação da Prof. Doutora Isabel de Magalhães Collaço. O texto não sofreu quaisquer alterações”.

(1) “Stratégies de l’intégration européenne et budget communautaire”, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen* (RTDE), A-20, n.º 1, (1984), p. 97.

(2) *Idem*, p. 98 e ss.

(3) Ao longo do presente trabalho, falaremos de Orçamento comunitário para designar o Orçamento Geral das Comunidades. A opção de não nos referirmos ao Orçamento Operacional da C.E.C.A. — o único que ainda possui autonomia em relação ao Orçamento Geral — é deliberada. Ela justifica-se na medida em que é em relação a este último que se colocam os problemas mais importantes.

despesas da Comunidade, um verdadeiro programa político de acção e financiamento das diversas actividades⁽⁴⁾.

Por estas razões, compreende-se bem a importância do estudo da evolução dos poderes orçamentais do Parlamento Europeu até ao seu estágio actual, bem como da perspectiva futura do seu desenvolvimento.

Saliente-se ainda o facto de ser difícil negar que o poder orçamental é o mais importante poder do Parlamento Europeu, não admirando por isso que se tivesse travado uma constante luta pelo seu progressivo acréscimo. A este propósito, tem-se falado numa estratégia de “petits pas”, para caracterizar a contínua luta do Parlamento Europeu⁽⁵⁾.

O estágio actual dos poderes orçamentais do Parlamento Europeu, tendo em conta o silêncio do Acto Único Europeu⁽⁶⁾, impõe uma análise cuidada do art.º 203.º do Tratado C.E.E., e também o estudo do recente Acordo Interinstitucional sobre a disciplina orçamental e a melhoria do processo orçamental⁽⁷⁾.

Se esta reflexão permitir levantar os principais problemas com os quais nos vamos deparar, e apontar qual é (e qual tenderá a ser) o papel do Parlamento Europeu, enquanto autoridade orçamental⁽⁸⁾, poderá estar

(4) Neste sentido, Martin BANGEMANN, “La procédure budgétaire de 1979: l'équilibre nécessaire de la répartition des pouvoirs entre le Conseil et le Parlement”, in *Revue du Marché Commun* (RMC), 226, (1979), p. 170.

Apesar disso, o Conselho e alguns Estados-membros consideram o orçamento como um simples instrumento quantitativo, que deverá ser neutro. Pelo contrário, o Parlamento Europeu e alguns outros Estados-membros (sobretudo os mais pobres) consideram o orçamento como um instrumento político e redistributivo. *Vd.* René MILAS, “Le budget communautaire sous analyse systémique”, in, *RMC*, 317, (1988), p. 294.

(5) Entre outros, Jean-Paul JACQUÉ, “Conquête et revendications: l'évolution des pouvoirs législatifs et budgétaires du Parlement Européen depuis 1979”, in *Revue d'Intégration Européenne*, Vol. 6, n.º 2 e 3, (1983), p. 156.

(6) Conforme decorrerá da nossa exposição, o art.º 203.º do Tratado C.E.E. — preceito central nesta matéria — revela algumas fraquezas e ambiguidades que teria sido útil esclarecer, de modo a evitar a repetição das diferentes crises institucionais geradas pelo orçamento comunitário. Apesar disso, o Acto Único não cumpriu este desígnio.

(7) JOCE, n.º L 185/33, de 15/7/88.

(8) Como é sabido, Conselho e Parlamento constituem os dois ramos da “autoridade orçamental”. Trata-se de uma expressão muito utilizada e que reflecte bem a dualidade e a constante necessidade de equilíbrio entre os poderes orçamentais destas duas instituições.

cumprido o principal objectivo do breve estudo que nos propusemos realizar.

1.2. *Delimitação do objecto do nosso estudo. Estrutura do trabalho*

Os problemas que o orçamento comunitário suscita são tão vastos e complexos que seria impossível tratá-los aqui na sua globalidade. Impõe-se por isso a delimitação clara do objecto do nosso estudo: os *poderes orçamentais do Parlamento Europeu*. Mais do que as implicações económicas e políticas⁽⁹⁾, será nossa preocupação reflectir sobre os vários problemas jurídico-institucionais que se colocam.

Como já se deixou dito⁽¹⁰⁾, a nossa análise incidirá sobre o Orçamento Geral das Comunidades, ficando assim de fora o estudo do Orçamento Operacional da C.E.C.A.; dentro do orçamento comunitário, a nossa atenção recairá sobretudo no orçamento das despesas, dado ser aí que fundamentalmente se exercem os poderes do Parlamento⁽¹¹⁾.

Por outro lado, importa referir que utilizaremos, ao longo deste breve estudo, três expressões que importará distinguir: direito orçamental, processo orçamental e poderes orçamentais⁽¹²⁾.

Entende-se por *direito orçamental* (comunitário) o conjunto de regras que regulam a elaboração e aprovação do Orçamento Geral da Comunidade, bem como a sua estrutura, execução e fiscalização; por *processo orçamental*, o conjunto de regras que devem ser respeitadas na elaboração e aprovação do orçamento, e cuja disciplina decorre do art.º 203.º do Tra-

(9) Cujá importância é aliás decisiva, mas cujo âmbito cai fora dos nossos propósitos.

(10) *Supra*, nota 3.

(11) Como refere Jean-Luc CHABOT, *est. cit.*, p. 102.: “[...] le Parlement ne se prononce que sur les dépenses et non sur les recettes.”

(12) Seguimos aqui de perto a terminologia utilizada por Daniel STRASSER, *Finanças da Europa*, Coleção Perspectivas e Realidades, Bruxelas, 1981.

tado C.E.E.⁽¹³⁾; finalmente, os *poderes orçamentais* são as competências atribuídas pelo Tratado a cada uma das instituições comunitárias, no âmbito do respectivo direito orçamental.

Estamos portanto perante três expressões com significados diversos, cujo uso é compatível, e que não se confundem entre si.

No que diz respeito à estrutura do trabalho, começaremos (*Cap. 2*) por traçar a evolução dos poderes do Parlamento Europeu, desde a primeira revisão das disposições financeiras, realizada em 1970⁽¹⁴⁾, até à versão actual do art.º 203.º do Tratado C.E.E.⁽¹⁵⁾, sendo certo que importará aí comparar os vários textos, apontando as suas diferenças essenciais. Este capítulo será também o momento oportuno para abordar o difícil problema da distinção entre despesas obrigatórias (DO) e despesas não obrigatórias (DNO), de cuja resolução depende a compreensão dos poderes orçamentais do Parlamento Europeu.

Depois disso, entraremos na análise do art.º 203.º (*Cap. 3*), que regula o chamado processo orçamental. A nossa atenção incidirá mais uma vez nos poderes do Parlamento, ainda que por vezes se faça uma ou outra referência às restantes instituições comunitárias que participam na elaboração e aprovação do orçamento comunitário. Porque a nossa preocupação será apenas a de estudar os problemas jurídico-institucionais, faremos somente uma breve referência à chamada “margem de manobra” do Parlamento, e à taxa máxima de aumento das DNO (art.º 203.º, n.º 9)⁽¹⁶⁾.

Uma vez analisados os poderes orçamentais do Parlamento Europeu, importará abordar o problema da executoriedade do orçamento (*Cap. 4*). Eis uma questão decisiva, já que, como veremos, foi por esta via que o Parlamento tentou obviar à sua falta de poderes legislativos. Impõe-se por isso resolver a questão de saber se se pode ou não falar de um poder

(13) Omitimos também deliberadamente a referência ao art.º 177.º do Tratado C.E.E.A., e ao art.º 78.º do Tratado C.E.C.A., cujas redacções não diferem substancialmente da do art.º 203.º do Tratado C.E.E..

(14) Tratado do Luxemburgo de 22/4/70, in JOCE, n.º L 2, de 2/1/71.

(15) Redacção introduzida pelo Tratado de Bruxelas de 1975 in JOCE, n.º L 359, de 31/12/77.

(16) Este assunto, pelos problemas que já colocou e pelas crises que gerou no seio da Comunidade, daria, só por si, um estudo autónomo. Daí que, apesar da sua importância, não lhe possamos fazer mais do que uma pequena referência.

legislativo implícito do Parlamento, resultante dos seus actuais poderes orçamentais.

Finalmente (*Cap. 5*), atendendo ao Acto Único e às exigências que ele coloca, analisaremos o Acordo Interinstitucional realizado em 1988 entre a Comissão, o Conselho e o Parlamento, procurando dessa forma perspectivar o futuro dos poderes orçamentais do Parlamento Europeu.

1.3. *Tendências fundamentais do Direito Orçamental Comunitário*

Na evolução do direito orçamental da Comunidade, descortinam-se três tendências fundamentais, a que importa fazer referência.

Antes de mais, a *unificação gradual dos orçamentos comunitários*. Através do Tratado de Fusão assinado em Bruxelas em 8/4/65, criou-se o Orçamento Geral das Comunidades Europeias, que substituiu o Orçamento da C.E.C.A., o Orçamento da C.E.E., e os Orçamentos de funcionamento, investigação e investimento da C.E.E.A.⁽¹⁷⁾. Este era aliás o único caminho para se dar cumprimento às regras orçamentais clássicas⁽¹⁸⁾, e para se prosseguirem algumas das funções do orçamento, *maxime* a relação das receitas com as despesas.

Apesar disso, por ainda subsistir o orçamento operacional da C.E.C.A., não se pode falar de um orçamento único⁽¹⁹⁾.

Julgamos contudo que é quanto ao Orçamento Geral das Comunidades que se colocam os problemas mais importantes, pelo que a ele nos cingiremos na nossa análise.

Em segundo lugar, cumpre recordar que se tem assistido a um substancial *aumento dos chamados recursos próprios da Comunidade*, que se foram substituindo às contribuições financeiras dos Estados-membros,

(17) Trata-se do art.º 20.º, n.º 1 do Tratado de Fusão, de 1965, que foi entretanto alterado pelo art.º 10.º do Tratado do Luxemburgo, de 21/4/70. A tendência para a unificação do Orçamento Geral das Comunidades foi no entanto mantida.

(18) Designadamente, à regra da unidade.

(19) Neste sentido, Daniel STRASSER, *op. cit.*, p. 20; também Martin BANGEMANN, *est. cit.*, p. 171, refere que "l'unité (relative) du budget communautaire apparait avec le traité de fusion [...] mais on doit considérer qu'elle n'existe véritablement que depuis la création du principe de l'autonomie financière des Communautés".

conforme resulta da decisão de 21/4/70, tomada nos termos do art.º 201.º do Tratado C.E.E..

Existem bastantes divergências quanto à noção de “recursos próprios”, uma vez que, para além da concepção fiscalista⁽²⁰⁾, autores há que defendem uma visão mais lata deste conceito⁽²¹⁾. Apesar disso, talvez se possa afirmar que as Comunidades são hoje integralmente financiadas através de recursos próprios⁽²²⁾.

Finalmente, o direito orçamental caracteriza-se por um substancial *aumento dos poderes do Parlamento Europeu*, cujo início ficou marcado pelo Tratado do Luxemburgo, de 21/4/70.

É a essa evolução que nos referiremos no capítulo que a seguir se inicia.

2. Evolução dos poderes Orçamentais do Parlamento Europeu

2.1. O Tratado do Luxemburgo de 1970⁽²³⁾

2.1.1. O Art.º 203.º - Bis⁽²⁴⁾

Até ao Acto Único Europeu, foram as disposições financeiras aquelas que suscitaram as sucessivas revisões dos Tratados. Não admira por isso

(20) Segundo esta concepção, recursos próprios seriam apenas os provenientes das receitas fiscais da Comunidade.

(21) É o caso de Guy ISAAC, *Les Ressources Financières de La Communauté Européenne*, Economica, Paris, 1986, p. 70 e ss.

(22) Pelo menos em teoria, como refere Daniel STRASSER, *op. cit.*, p. 119; para o Conselho, cujo pensamento é reconstituído pelo Advogado-Geral M. MANCINI, no Proc. 34/86, de 3/6/86, in *Rec.*, 1986, p. 2158., “bien que les ressources communautaires soient qualifiées de propres [...] ce sont toujours les États qui les collectent et les mettent à la disposition de la Communauté”.

(23) JOCE, n.º L2, de 2/1/71.

(24) Introduzido pelo art.º 5.º do Tratado do Luxemburgo.

que, como afirma Daniel STRASSER⁽²⁵⁾, o dinamismo jurídico da Comunidade⁽²⁶⁾ tivesse recaído essencialmente no orçamento e nos poderes orçamentais do Parlamento Europeu.

Pela importância dessas modificações, e também pelo facto de ser necessário compreender os diversos passos de evolução dos poderes do Parlamento, cabe fazer-lhes aqui a referência devida.

Para além do Tratado de Fusão de 8/4/65⁽²⁷⁾, convém atentar no Tratado do Luxemburgo de 1970.

O art.º 5.º deste texto introduziu no Tratado C.E.E. um novo art.º 203.º-*bis*, que constituía uma disposição transitória, aplicável à aprovação e elaboração dos orçamentos anteriores a 1975⁽²⁸⁾.

É fácil constatar a timidez deste art.º 203.º-*bis*, cuja única alteração importante consta do seu n.º 5.

Aí se fixaram novas regras, no que diz respeito aos poderes do Conselho para aceitar ou rejeitar as propostas do Parlamento Europeu de modificação ao projecto de orçamento.

Distinguiu-se entre a hipótese de as propostas do Parlamento Europeu provocarem, ou não, um aumento no montante global das despesas de uma instituição⁽²⁹⁾. No primeiro caso, o silêncio do Conselho valeria como uma rejeição tácita, sendo que o Conselho só aceitaria essas propostas, se se pronunciasse expressamente por maioria qualificada; no segundo caso, isto é, na hipótese de não se registar o aludido aumento, o silêncio do Conselho valeria como aceitação tácita, já que, para rejeitar essas propostas de modificação do Parlamento, o Conselho teria de deliberar por maioria qualificada.

(25) *Op. cit.*, p. 9.

(26) Relativo ao direito originário, acrescentaríamos nós.

(27) Já referido *supra*, p. 9.

(28) O art.º 5.º do Tratado do Luxemburgo derogou expressamente o preceituado no art.º 4.º, o qual só seria aplicável a partir do orçamento de 1975. Do estudo desse art.º 4.º, que modificou o art.º 203.º do Tratado C.E.E., cuidaremos mais adiante. *Vd. infra* 2.1.2..

(29) Note-se que não haveria aumento global do montante das despesas de uma instituição, no caso de os aumentos serem compensados por outras propostas que comportassem uma diminuição correspondente.

Consagrou-se assim o chamado sistema de “maioria invertida”⁽³⁰⁾, obrigando-se o Conselho a deliberar por maioria qualificada, no caso de pretender pronunciar-se contra uma proposta do Parlamento que não tivesse por efeito aumentar o montante global das despesas⁽³¹⁾.

Esta alteração não foi no entanto suficientemente importante, e não cremos que nos exercícios de 71 a 74 o Parlamento possa ser considerado como verdadeira parte no exercício da autoridade orçamental. Efectivamente, o Conselho continuou a deter a última palavra relativamente a todas as despesas, podendo sempre aceitar ou rejeitar as propostas do Parlamento. Acresce o facto de ser ao presidente do Conselho a quem competia, nos termos do n.º 6 do art.º 203.º-bis, a constatação de que o orçamento estava definitivamente aprovado.

Pode pois concluir-se que os poderes orçamentais do Parlamento se mantiveram até 1975 muito reduzidos, pelo que o art.º 203.º-bis mais não constituiu do que um tímido início da sua futura evolução.

2.1.2. O Art.º 203.º⁽³²⁾.

Terminado o período de vigência da disposição transitória atrás analisada, entrou em vigor um novo art.º 203.º introduzido pelo art.º 4.º do mesmo Tratado do Luxemburgo de 1970⁽³³⁾.

A sua redacção, pelas inovações trazidas ao processo orçamental e, designadamente, aos poderes orçamentais do Parlamento, implica uma análise mais cuidada.

(30) Esta expressão, apesar de imaginativa, é incorrecta, já que o que está invertido não é a maioria, mas o objecto de voto — *vd.* Daniel STRASSER, *op. cit.*, p. 5.

(31) Na primeira versão do art.º 203.º — redacção original do Tratado C.E.E. — não se fazia qualquer distinção quanto às propostas do Parlamento, pelo que o silêncio do Conselho era sempre considerado como uma rejeição.

(32) Art.º 4.º do Tratado do Luxemburgo.

(33) Este novo texto aplicou-se já ao orçamento de 1975.

A primeira grande alteração prende-se com a introdução da distinção entre despesas obrigatórias (DO) e despesas não obrigatórias (DNO)⁽³⁴⁾. Conforme decorria do n.º 4 do art.º 203.º, o Parlamento, na sua primeira leitura do projecto de orçamento, elaborado pelo Conselho, poderia *fazer alterações*, por maioria dos membros que o compunham, relativamente às DNO, e *propor modificações*, por maioria absoluta dos votos expressos, em relação às DO.

No caso do Parlamento utilizar estes poderes⁽³⁵⁾, o projecto de orçamento seria de novo transmitido ao Conselho; este, nos termos do n.º 5 do art.º 203.º, poderia aceitar por maioria qualificada as *propostas de modificação* do Parlamento (DO), valendo o seu silêncio como rejeição tácita. Quanto às *alterações* feitas pelo Parlamento (DNO), o Conselho poderia rejeitá-las expressamente por maioria qualificada, valendo agora o seu silêncio como aceitação tácita dessas alterações⁽³⁶⁾.

Além desta modificação, importa salientar o facto de o Parlamento passar a ter competência para efectuar uma segunda leitura do projecto de orçamento. Nos termos do n.º 6 do art.º 203.º, o Parlamento passou a ter em relação às DNO a última palavra, uma vez que poderia, por maioria dos membros que o compunham e 3/5 dos votos expressos, deliberar sobre as modificações feitas pelo Conselho às suas *alterações* (DNO)⁽³⁷⁾.

Na sequência do acréscimo dos poderes orçamentais do Parlamento, o n.º 7 do art.º 203.º atribuiu ao presidente do Parlamento o poder de

(34) *Vd. infra* 2.1.3..

(35) O que de resto veio sempre a acontecer.

(36) Manteve-se assim o já aludido sistema da “maioria invertida”, agora baseado na distinção DO/DNO e já não no aumento ou não das despesas, como acontecia com o art.º 203.º-*bis*.

(37) Há quem defenda que ainda aqui o Parlamento não detinha a última palavra relativamente às DNO. Neste sentido, Francisco FONSECA MORILLO, “Los Gastos no Obligatorios del presupuesto comunitario: regimen jurídico e problemas planteados”, in *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 11, n.º 3, (1984), p. 753. Para este autor, “[...] el Parlamento decidía sobre las modificaciones hechas por el Consejo a sus emmiendas. Sin embargo, no podía hacer nuevas emmiendas sobre las dichas modificaciones y el apartado (art.º 203.º n.º 6) mantenía la ambigüedad sobre el possible rechazo de las mismas”. Este problema de interpretação viria no entanto a ser resolvido com o Tratado de Bruxelas de 1975. *Vd. infra*, p. 18.

constatar a aprovação definitiva do orçamento, deixando esta competência de estar nas mãos do presidente do Conselho⁽³⁸⁾.

Do exposto decorre que, a partir do exercício de 1975, o Parlamento deve ser considerado parte integrante da autoridade orçamental, que exerce juntamente com o Conselho.

A preocupação do Tratado do Luxemburgo⁽³⁹⁾ foi justamente a de procurar um equilíbrio entre os dois pólos da autoridade orçamental, atribuindo também ao Parlamento o papel de sujeito activo no respectivo processo.

Só que este acréscimo de poderes do Parlamento⁽⁴⁰⁾, longe de ter resolvido todos os problemas, veio criar sucessivas crises no desenrolar do processo orçamental, uma vez que passou a ser o meio privilegiado de pressão do Parlamento perante o Conselho.

2.1.3. *A distinção entre as despesas obrigatórias (DO) e as despesas não obrigatórias (DNO)*

A distinção introduzida pelo art.º 5.º do Tratado do Luxemburgo entre DO e DNO justifica, pela sua importância, uma referência autónoma, ainda que tenha de ser necessariamente breve⁽⁴¹⁾.

(38) O art.º 203.º, n.º 8, veio também atribuir ao Parlamento uma certa “margem de manobra”, permitindo-lhe aumentar dentro de certos limites — fixados em função da taxa máxima de aumento resultante do anteprojecto da Comissão e da taxa de aumento utilizada pelo Conselho no projecto de orçamento — as DNO. O Parlamento não descurou esta prerrogativa e foi através dela que procurou introduzir novas linhas orçamentais, dando assim início a novas acções comunitárias.

(39) Traduzida na redacção do novo art.º 203.º.

(40) Cuja legitimidade parece indiscutível, face à própria história dos parlamentos nacionais e evolução dos seus poderes. Com muito interesse pode ver-se, sobre esta eventual analogia, Jean-Luc CHABOT, *est. cit.* p. 103.

(41) Esta distinção não foi consagrada no Projecto do Tratado de União Europeia de 1984, segundo o qual o Parlamento teria a última palavra em relação a todas as despesas. *Cfr.* art.º 76.º, n.º 2, al. f) deste projecto, in *Parlement Européen*, Direction Générale de l'information et des Relations Publiques, 1984.

A sua importância tornou-se decisiva face aos poderes orçamentais do Parlamento. Por outro lado, é em relação às DNO que o Parlamento detém a última palavra, aquando da sua segunda leitura do projecto de orçamento; por outro, é no âmbito das DNO que o Parlamento possui alguma “margem de manobra”, no que diz respeito ao aumento do seu montante global, conforme decorre do n.º 8, §4.º, do art.º 203.º⁽⁴²⁾. A propósito das DNO, costuma dizer-se que elas reflectem a realidade da integração europeia, já que dizem respeito habitualmente a novas linhas orçamentais, consubstanciando novas políticas comunitárias⁽⁴³⁾.

No entanto, mais difícil que salientar a importância da distinção, é explicitar os seus termos.

O n.º 4 do art.º 203.º estabeleceu como critério de distinção o facto de se tratar (DO), ou não (DNO), de despesas que decorrem obrigatoriamente do Tratado ou dos actos adoptados por força deste⁽⁴⁴⁾.

Como resulta evidente, este critério não nos ajuda a distinguir de forma clara as duas categorias de despesas.

A Comissão, aquando da apresentação do anteprojecto de orçamento para 1975⁽⁴⁵⁾, anexou-lhe uma lista de rubricas, distinguindo casuisticamente DO e DNO. Tudo indica que se partiu da ideia segundo a qual as DO seriam aquelas cujo principio e montante era determinado pelos Tratados que instituíram as Comunidades, pelo direito derivado, pelas convenções e tratados internacionais ou pelos contratos de direito privado.

O Conselho, aquando da aprovação desse orçamento de 1975, considerou como obrigatórias “as despesas em relação às quais, por força dos

(42) Continuamos a referir a redacção do art.º 203.º, introduzida pelo art.º 5.º do Tratado do Luxemburgo.

(43) *Vd. René MILAS, est. cit.*, p. 291. O Acordo Interinstitucional de 1988 — *vd. infra*, cap. 5 — é prova disso mesmo, atendendo ao substancial aumento previsto para as DNO, face às exigências do Acto Único Europeu.

(44) Importa notar que, enquanto a versão inglesa fala de despesas “that necessarily resulting from this Treaty or from acts adopted *in accordance therewith*”, a versão francesa refere-se a “*dépenses découlant obligatoirement du Traité et des actes arrêtés en vertu de celui-ci*” (o sublinhado é nosso). Parece pois que mesmo entre as várias versões não haverá uma absoluta identidade de conceitos.

(45) Recorde-se que foi este o primeiro orçamento onde vigorou a distinção.

textos, nenhuma autoridade orçamental, quer o Conselho, quer a Assembleia, tem a possibilidade de fixar livremente os créditos”⁽⁴⁶⁾.

Pese embora a proximidade destas duas posições, pouco se adiantou na clarificação da distinção⁽⁴⁷⁾.

Em 1982, com a Declaração Comum do Parlamento, Conselho e Comissão⁽⁴⁸⁾, voltou-se a suscitar o problema que esta distinção coloca. No ponto 1.1., afirma-se que as despesas obrigatórias seriam aquelas que a autoridade orçamental tem de inscrever no orçamento, para permitir à Comunidade o respeito pelas obrigações internas e externas, tal como resultam dos Tratados e dos actos adoptados por força destes⁽⁴⁹⁾.

A Declaração de 82 previu ainda⁽⁵⁰⁾ um processo para classificar as diferentes linhas orçamentais, que pressupunha o acordo entre o Parlamento e o Conselho, obtido após a classificação de cada nova linha orçamental no anteprojecto da Comissão⁽⁵¹⁾.

(46) *Cfr.* Daniel STRASSER, *op. cit.*, p. 40.

(47) Há também quem procure o critério de distinção no grau de discricionariedade da Comissão na execução de cada rubrica orçamental; a existir um verdadeiro poder discricionário da Comissão, estar-se-ia perante uma DNO. *Vd.* Antonio SACCHETTINI, *Le Droit de la Communauté Européenne, Dispositions financières*, vol. 11, Bruxelas, 1982, p. 152. Temos sérias dúvidas quanto aos resultados deste critério, já que não nos parece fácil, antes da aprovação do orçamento, definir se a Comissão tem ou não poderes discricionários quanto à execução de certas despesas.

(48) JOCE, n.º L194, de 28/7/82.

(49) Daniel STRASSER, *op. cit.*, p. 41, havia já chamado a atenção para a doutrina que toma como critério fundamental de distinção a existência (DO) ou não (DNO) de um direito por parte de terceiros.

(50) Ponto 11.

(51) Sobre o valor jurídico da Declaração Comum existem posições que não são absolutamente coincidentes. Para René MILAS, *est. cit.*, p. 295, ela deverá ser considerada pelo menos como um acto interpretativo do Tratado; a Comissão — JOCE, n.º C180, de 1/6/77 — defende o carácter não vinculativo destas declarações ou acordos inter-institucionais; Também Jean-Louis DEWOST e Marc LEPOIVRE, em “La Déclaration Commune signée le 30 juin 1982”, in *RMC*, 261, 1982, p. 518, defendem esse ponto de vista, chegando mesmo a falar “d’un texte politique, d’un code de bonne conduite”. O TJCE, no Proc. 34/86, de 3/7/86, in *Rec.*, 1986, p. 2155, veio afirmar (considerando 50) que os problemas da delimitação das DO e das DNO foram objecto de um processo interinstitucional de conciliação instituído pela “declaração comum” do Parlamento, Conselho e Comissão, de 30 de Junho de 1982, devendo ser resolvidos nesse âmbito. Parece-nos no entanto que daí não se podem tirar conclusões definitivas sobre a posição do TJCE, relativamente ao valor jurídico das declarações comuns.

Significa isto que, a partir da Declaração de 82, a distinção tem vindo a ser feita com base no compromisso das várias instituições, assente em critérios fundamentalmente políticos.

Por nós, julgamos ser possível defender que esta distinção tenderá a perder o seu interesse⁽⁵²⁾. No entanto, enquanto a distinção continuar a integrar o texto do art.º 203.º do Tratado C.E.E.⁽⁵³⁾, não resta outro caminho senão a procura de um acordo entre as várias instituições comunitárias quanto a cada uma das novas linhas orçamentais. Tendo em conta as classificações que desde 1975 têm vindo a ser feitas, pode considerar-se que existe um entendimento relativamente a quase todas as rubricas, pelo que o problema só terá verdadeiramente sentido quanto a novas linhas orçamentais, a inscrever-se em futuros orçamentos. Em relação a essas, julgamos que o critério que aponta para a existência de um direito por parte de terceiros é aquele que melhor se ajusta o espírito do art.º 203.º do Tratado C.E.E. e da Declaração de 82. E, mais do que isso, é o único verdadeiramente jurídico.

2.2. *O Tratado de Bruxelas de 1975*⁽⁵⁴⁾

O Tratado de Bruxelas de 22/7/75 operou uma nova revisão do art.º 203.º do Tratado C.E.E., dando-lhe a redacção que ainda hoje conserva⁽⁵⁵⁾. Devido a sucessivas dificuldades de ratificação do Tratado, o texto do novo art.º 203.º apenas começou a vigorar a 1 de Junho de 1977, vindo a aplicar-se a partir do exercício de 1978.

São fundamentalmente três as alterações que importa reter, no que diz respeito aos poderes orçamentais do Parlamento:

(52) *Vd. infra*, Cap. 5.

(53) Como ainda acontece.

(54) JOCE, n.º L359, de 31/12/77.

(55) De 75 para cá, não se verificaram mais alterações, e é significativo o facto de o Acto Único não ter tocado nesta matéria.

- em primeiro lugar, o n.º 5, al. b), do art.º 203.º, introduziu o chamado sistema da “maioria invertida” para a adopção pelo Conselho das *propostas de modificações* do Parlamento em relação às *DO*, desde que não aumentassem o volume global destas despesas;
- em segundo lugar, clarificou-se a segunda leitura do Parlamento, já que este poderá agora alterar ou rejeitar as modificações introduzidas pelo Conselho às suas *alterações (DNO)* — art.º 203.º, n.º 6⁽⁵⁶⁾;
- finalmente, o Parlamento passou a dispor do poder de rejeição global do projecto de orçamento, nos termos do n.º 8 do art.º 203.º⁽⁵⁷⁾.

2.3. Síntese e indicação de sequência

Do que até aqui se disse, resulta que a evolução dos poderes orçamentais do Parlamento Europeu passou por quatro fases distintas.

A primeira fase corresponde à redacção original do art.º 203.º do Tratado C.E.E., que vigorou até ao exercício de 1970.

A segunda fase surge a partir do exercício de 71 e termina com o exercício de 74. É o resultado do regime transitório do art.º 203.º-*bis*, introduzido pelo art.º 5.º do Tratado do Luxemburgo de 1970. Apesar dessa evolução, não se pode afirmar que o Parlamento passasse a ser detentor de parte da autoridade orçamental, já que a última palavra cabia sempre ao Conselho.

Durante a terceira fase (exercícios de 1975 a 1977), vigorou o art.º 203.º, introduzido pelo art.º 4.º do Tratado do Luxemburgo de 1970 que, esse sim, trouxe alterações importantes, designadamente quando atribuiu ao Parlamento a última palavra em sede de DNO.

(56) Ficou assim resolvido o problema levantado por Francisco FONSECA MORILLO, *est. supra cit.* (nota 37), p. 753.

(57) F. FONSECA MORILLO, *est. cit.*, p. 757, nota 14, afirma que os n.ºs 7 e 8 do art.º 203 teriam idêntica redacção nos Tratados do Luxemburgo de 70 e de Bruxelas de 75. Só por lapso se compreende tal afirmação, uma vez que o poder de rejeição global do projecto de orçamento surge apenas expressamente previsto no Tratado de Bruxelas, de 75.

Para a quarta fase (desde o exercício de 78 até hoje) o Tratado de Bruxelas de 75 clarificou alguns dos aspectos introduzidos em 70, e deu ao Parlamento o importante poder de rejeitar globalmente o projecto de orçamento, consagrando-o juntamente com o Conselho como um dos pólos da autoridade orçamental.

O regime actual (introduzido pelo Tratado de 75) será analisado em pormenor, no capítulo que a seguir se inicia, respeitante aos actuais poderes orçamentais do Parlamento Europeu.

3. Os actuais poderes orçamentais do Parlamento Europeu — O art.º 203.º do Tratado da C.E.E.

3.1. A 1.ª leitura do projecto de Orçamento pelo Parlamento Europeu

Depois de elaborado o anteprojecto de orçamento pela Comissão (art.º 203.º, n.º 2), este é transmitido ao Conselho, que elabora o projecto de orçamento (art.º 203.º, n.º 3).

Tal projecto, uma vez elaborado, é transmitido ao Parlamento, para que este proceda à chamada “1.ª leitura”.

Nesta fase, o Parlamento pode adoptar uma de quatro diferentes atitudes.

A primeira possibilidade consiste na aprovação expressa do projecto de orçamento (art.º 203.º, n.º 4, §3.º, 1.ª parte).

A este propósito, colocam-se duas questões: a primeira consiste em saber qual a maioria exigida para esta aprovação. No silêncio do art.º 203.º, vale o art.º 141.º, pelo que se torna necessário uma maioria absoluta dos votos expressos. O segundo problema prende-se com a questão de saber se, no caso de aprovação expressa do projecto pelo Parlamento, este deverá ser de novo transmitido ao Conselho. O Tratado não nos responde. A posição que nos parece mais correcta é a da desnecessidade dessa transmissão ao Conselho, já que este nada mais poderá fazer, uma vez que o projecto já se encontra aprovado. Aliás, a própria letra do art.º 203.º, n.º 4, §3.º, 1.ª parte, refere que o orçamento fica definitivamente aprovado,

pelo que apenas resta a declaração do presidente do Parlamento, nos termos do art.º 203.º, n.º 7.

Mas, assim como o Parlamento pode aprovar expressamente o projecto, ele pode também optar por não se pronunciar (art.º 203.º, n.º 4, §3.º, 2.ª parte). Neste caso, exige-se que o projecto seja de novo transmitido ao Conselho (art.º 203.º, n.º 4, *in fine*). Esta obrigação de transmissão ao Conselho suscita-nos duas dúvidas, que o art.º 203.º mais uma vez não esclarece.

Antes de mais, não se descortina qual o objectivo desta transmissão. Como parece decorrer do n.º 5, do art.º 203.º, o Conselho só delibera sobre o projecto de orçamento no caso de o Parlamento ter feito alterações ou proposto modificações. Se o Parlamento não se pronunciar, será que o Conselho pode vir alterar o seu próprio projecto de orçamento? Mais uma vez, o art.º 203.º não nos responde.

É verdade que se poderia tentar defender que quem pode o mais, pode o menos: se o Conselho pode deliberar no sentido de aceitar ou rejeitar as alterações ou propostas de modificações introduzidas pelo Parlamento, também o poderá fazer, se este não se pronunciar, relativamente ao seu próprio projecto. Esta argumentação contudo não nos convence. É que o n.º 5 do art.º 203.º só tem verdadeiro sentido se efectivamente houver alterações ou propostas de modificações do Parlamento. Se assim não for, *i.e.*, se o Parlamento não se pronunciar na 1.ª leitura, julgamos que, pese embora a obrigação de transmissão ao Conselho, o orçamento deve considerar-se definitivamente aprovado.

A terceira possibilidade, pela qual o Parlamento pode optar na 1.ª leitura do projecto, é a da rejeição global do projecto de orçamento. A verdade porém é que não é absolutamente líquido que o Parlamento possa exercer este direito aquando da 1.ª leitura.

O art.º 203.º, n.º 8, está sistematicamente colocado no final do processo orçamental, o que pode ser interpretado no sentido de o Parlamento não poder, aquando da 1.ª leitura, rejeitar desde logo o projecto de orçamento. Apesar do argumento sistemático, cremos que se poderá justificar o exercício desse direito logo na 1.ª leitura⁽⁵⁸⁾. A nossa posição será justifi-

(58) No mesmo sentido, António SACCHETINI, *op. cit.*, p. 53.

cada quando estudarmos o poder de rejeição global do projecto de orçamento pelo P.E.⁽⁵⁹⁾.

As três possibilidades já expostas constituem as excepções ao procedimento normal do Parlamento. Aquilo que habitualmente se verifica na 1.ª leitura é a utilização pelo Parlamento dos seus direitos de *alterar (DNO)* e/ou de *proponer modificações (DO)*, nos termos do art.º 203.º, n.º 4, §2.º.

Quanto ao direito de alterar (*DNO*), exige-se do Parlamento Europeu uma deliberação por maioria dos membros que o compõem. Para as *propostas de modificação (DO)* é necessária a maioria absoluta dos votos expressos.

Significa isto que a maioria exigida para as alterações (*DNO*) é (pode ser) superior à maioria requerida para as propostas de modificação (*DO*), já que no primeiro caso são necessários 257 votos, enquanto que no segundo a maioria dos votos expressos pode ser inferior.

Daqui se pode concluir que se pretendeu, logo em sede de 1.ª leitura, responsabilizar o Parlamento face às *DNO*, apesar de ele ter, relativamente a estas despesas, a última palavra (art.º 203.º, n.º 6).

Importa ainda notar que, no que diz respeito ao poder de alterar ou propor modificações ao projecto, não se refere o prazo do seu exercício, nem se prescreve a obrigação de transmissão do projecto ao Conselho.

Julgamos que, quanto ao prazo, deverá valer o prescrito no art.º 203.º, n.º 4, §3.º, que é de 45 dias; em relação à obrigação de transmissão ao Conselho, ela decorre implicitamente do n.º 5 do art.º 203.º.

Uma vez terminada a 1.ª leitura do projecto de orçamento pelo Parlamento, e caso este tenha alterado (*DNO*) ou proposto modificações (*DO*), a generalidade dos autores costuma referir que há então lugar a uma 2.ª leitura do projecto de orçamento pelo Conselho.

Do nosso ponto de vista, não se nos afigura correcto falar aqui em 2.ª leitura do projecto pelo Conselho. Na verdade o Conselho não faz até esse momento qualquer leitura do projecto, antes o elabora, nos termos do art.º 203.º, n.º 3, §3.º⁽⁶⁰⁾. Daí que, salvo sempre melhor opinião, não nos

(59) *Vd. infra*, 3.6..

(60) E não se diga que se trata de uma mera questão terminológica. Conforme refere António SACCHETINI, *op. cit.*, "... l'avant projet de budget transmis au Conseil (pela Comissão) ne constitue pas une proposition". Esta nota é da maior importância,

pareça aconselhável falar aqui de 2.^a leitura do projecto de orçamento pelo Conselho.

Nesta fase do processo orçamental, importa distinguir três situações.

A *primeira* tem que ver com as DO; as propostas de modificação do Parlamento podem ter aumentado ou não o volume das despesas globais de uma instituição — no primeiro caso (aumento), o Conselho pode aceitá-las por maioria qualificada, sendo que o seu silêncio implica rejeição tácita; no segundo caso (não aumento), o Conselho pode rejeitá-las por maioria qualificada, valendo agora o seu silêncio como aceitação tácita.

Trata-se de consagrar o sistema da “maioria invertida” para as DO, inovação trazida pelo Tratado de Bruxelas de 75, para a qual já havíamos chamado a atenção⁽⁶¹⁾.

No entanto, não é fácil saber-se exactamente o que deve ser considerado como “despesas de uma instituição”. Serão só as despesas administrativas⁽⁶²⁾? Existem DO que dificilmente podem ser consideradas como despesas de uma instituição⁽⁶³⁾.

Trata-se de mais uma dificuldade colocada pelo art.º 203.º, que, como se tem vindo a realçar, necessita de uma urgente reelaboração. Pena é que não se tenha aproveitado o Acto Único para clarificar estas questões.

Importa ainda chamar a atenção para o facto de a maioria qualificada⁽⁶⁴⁾ ser a mesma que se exige para a elaboração do projecto de orça-

(Continuação da nota 60)

uma vez que a deliberação a tomar pelo Conselho, aquando da elaboração do projecto de orçamento, exige maioria qualificada — art.º 203.º, n.º 3, §3.º. Ora, nos termos do art.º 148.º, n.º 2, 2.º ífen, porque não se trata de uma deliberação tomada sob proposta da Comissão, exige-se que a maioria qualificada do Conselho exprima a votação favorável de, pelo menos, oito membros.

Por isso, defendemos que, falar-se, a propósito do art.º 203.º, n.º 5, de 2.^a leitura do Conselho, pressupõe que tenha havido uma 1.^a leitura do projecto de orçamento pelo Conselho, o que manifestamente não sucede; até porque, como se disse, a apresentação do anteprojecto pela Comissão não constitui uma proposta.

(61) *Supra*, p. 18.

(62) Note-se que estamos em sede de DO.

(63) *V.g.* o Título IX do Orçamento — “Cooperação com os países em vias de desenvolvimento e países terceiros”.

(64) Referimo-nos à maioria exigida para que o Conselho rejeite as propostas de modificação que não aumentem as despesas globais de uma instituição, ou para que aceite aquelas que as aumentam.

mento (art.º 203.º, n.º 3, §3.º), pelo que, apesar de tudo, não é aqui substancial o reforço de poderes do Parlamento. Isto porque a maioria que elabora o projecto pode também aceitar ou rejeitar as propostas de modificação do Parlamento.

A *segunda* situação surge no caso de o Conselho não modificar as alterações (DNO) e aceitar as propostas de modificação (DO) do Parlamento Europeu (art.º 203.º, n.º 5, §3.º); se assim for, o orçamento considera-se definitivamente aprovado e disso se informará o Parlamento.

Parece-nos que, nesta hipótese, é muito difícil defender que quem aprova o orçamento é o Parlamento. Efectivamente, é depois de um acto do Conselho (aceitação das modificações e não modificação das alterações) que o orçamento se considera definitivamente aprovado. Julgamos por isso que não é correcto defender que o Parlamento detém o monopólio da aprovação do Orçamento Geral das Comunidades Europeias⁽⁶⁵⁾.

Finalmente, quanto às DNO, o Conselho tem o direito de modificar, por maioria qualificada, as alterações introduzidas pelo Parlamento Europeu (art.º 203.º, n.º 5, al. a)).

Nesse caso, passar-se-á à 2.ª leitura do projecto de orçamento pelo Parlamento, de que trataremos em seguida.

3.2. A 2.ª leitura do projecto de Orçamento pelo Parlamento Europeu

A 2.ª leitura do projecto de orçamento pelo Parlamento tem lugar no caso de o Conselho ter modificado algumas das alterações (DNO) adoptadas pelo Parlamento *ou* ter rejeitado ou modificado as propostas de modificação (DO) por este apresentadas, já que em qualquer dos casos o projecto lhe é de novo transmitido, *ex vi* do art.º 203.º, n.º 5, §4.º.

A transmissão do projecto ao Parlamento terá pouco sentido útil *no caso de o Conselho aceitar as alterações do Parlamento (DNO), ainda que possa ter rejeitado ou modificado as propostas de modificação (DO)*. Isto porque a 2.ª leitura incide apenas sobre as DNO.

Apesar disso, tendo em conta o último parágrafo do n.º 5 do art.º 203.º, a obrigação de transmissão ao Parlamento mantem-se mesmo neste caso. O único objectivo desta transmissão é o de *informar* o Parlamento

(65) *Vd. infra*, 3.3..

sobre o destino dado pelo Conselho às suas propostas de modificação. Parece-nos de facto que o Parlamento não poderá, em 2.^a leitura, introduzir outras alterações (DNO), para além daquelas que resultaram da sua 1.^a leitura⁽⁶⁶⁾

Tudo será diferente na hipótese de o Conselho modificar uma ou várias das alterações (DNO) adoptadas pelo Parlamento. Nesta situação, faz todo o sentido que o projecto seja transmitido ao Parlamento, uma vez que este em 2.^a leitura, terá a última palavra quanto às DNO.

O Parlamento pode, deliberando por maioria dos membros que o compõem e 3/5 dos votos expressos, alterar ou rejeitar as modificações introduzidas pelo Conselho às suas alterações.

Importa tecer aqui duas considerações, relativas à regra de voto.

Em primeiro lugar, os requisitos são cumulativos, o que significa que à maioria dos membros que compõem o Parlamento, acresce a necessidade de 3/5 dos votos expressos, não se tratando portanto de qualquer exigência de *quorum*⁽⁶⁷⁾.

Em segundo lugar, importa constatar que estamos aqui em face de uma diferente maioria para a aprovação definitiva do projecto de orçamento. Como melhor veremos⁽⁶⁸⁾, não só se verifica que não é sempre a mesma entidade a aprovar o orçamento, como existem diferentes maiorias para essa aprovação.

Mas, se o Parlamento pode adoptar o procedimento descrito, ele poderá também não se pronunciar, o que significa que o orçamento se considera também definitivamente aprovado (art.º 203.º, n.º 6, *in fine*), além de que poderá exercer o direito de rejeição global do projecto de orçamento, previsto no art.º 203.º, n.º 8.

(66) Esta interpretação é aliás confirmada pelo art.º 203.º, n.º 6, que concede apenas ao Parlamento a possibilidade de “*alterar ou rejeitar as modificações introduzidas pelo Conselho às suas alterações*” (o sublinhado é nosso), e *já não de introduzir novas alterações*.

(67) No mesmo sentido, António SACCHETINI, *op. cit.*, p. 54.

(68) *Infra*, 3.3.

3.3. O poder de aprovação do orçamento

O poder de aprovação do orçamento não pertence, como já se deixou indiciado, exclusivamente ao Parlamento Europeu.

A aprovação do orçamento pode dar-se, segundo cremos, em cinco situações diversas:

- a) na 1.^a leitura do projecto pelo Parlamento; caso este o aprove expressamente — art.º 203.º, n.º 4, §3.º.
- b) na 1.^a leitura do projecto pelo Parlamento, caso este não se pronuncie — art.º 203.º, n.º 4, § 3.º.
- c) na leitura do projecto pelo Conselho, caso este não modifique as alterações adoptadas pelo Parlamento e aceite as propostas de modificação — art.º 203.º, n.º 5, §3.º.
- d) na 2.^a leitura do Parlamento, caso este altere ou rejeite as modificações introduzidas pelo Conselho às suas alterações — art.º 203.º, n.º 6.
- e) e, finalmente, na 2.^a leitura do Parlamento, caso este não se pronuncie — art.º 203.º, n.º 6.

De todas estas hipóteses, decorre a justificação para aquilo que já havíamos afirmado — o poder de aprovação não é exclusivo do Parlamento Europeu. Efectivamente, na hipótese c), não se pode coerentemente defender que é o Parlamento que aprova o orçamento. Com efeito, os últimos actos (expressos ou tácitos) antes de se considerar o orçamento aprovado pertencem ao Conselho⁽⁶⁹⁾.

Além disso, importa dizer que se exigem diferentes maiorias de aprovação do orçamento.

Na hipótese a), exige-se maioria absoluta dos votos expressos⁽⁷⁰⁾, enquanto que na hipótese d) se exige muito mais — além da maioria dos

(69) Note-se que outra é a questão da declaração de aprovação por parte do Presidente do Parlamento Europeu; não se trata aí de aprovar o orçamento, mas antes, conforme a letra do art.º 203.º, n.º 7, de declarar verificado que ele se encontra definitivamente aprovado. *Vd. infra*. 3.4..

(70) *Ex vi* do art.º 141.º.

membros que compõe o Parlamento, são necessários 3/5 dos votos expressos.

No entanto, tal grau de exigência justifica-se plenamente pois nesta última hipótese do que se trata é de conceder ao Parlamento a última palavra em sede de DNO.

3.4. *Obrigação do Presidente do Parlamento declarar aprovado o Orçamento*

O art.º 203.º, n.º 7, do Tratado C.E.E. consagra a obrigação(?) do Presidente do Parlamento Europeu declarar aprovado o orçamento, e tem colocado os mais difíceis e interessantes problemas no seio do processo orçamental.

Tentaremos aqui chamar a atenção para aqueles que nos parecem decisivos, procurando dar-lhes a solução que se nos afigure correcta.

O primeiro problema que importa resolver relaciona-se com a questão de saber se estamos perante uma faculdade, ou antes perante uma verdadeira obrigação jurídica⁽⁷¹⁾.

Julgamos que a resposta não pode deixar de ser a de que estamos perante uma verdadeira obrigação.

Desde logo, a própria letra do n.º 7 do art.º 203.º (“Terminado o processo..., o Presidente *declarar *...”) apoia esta interpretação. Trata-se de uma imposição, não de uma mera faculdade.

(71) A este propósito, é curioso atentar nos ensinamentos de Ant nio L. de SOUSA FRANCO, *Finanç as Públicas e Direito Financeiro*, 1981, Almedina, Coimbra, p. 366 e ss; referindo-se ao problema da não aprovação do orçamento nacional, ensina-nos o Professor que “no século passado se defendia que o Parlamento tinha o dever de aprovar o orçamento para não paralisar o Estado. Outros defendiam que a não aprovação era lícita, mas representava uma desconfiança política no Governo”. Segundo o próprio Prof. SOUSA FRANCO, “a votação do orçamento é um dever, mas a sua não aprovação equivale a uma não confiança prática no Governo ou em alguns dos seus membros.”

É claro que este raciocínio não se pode transpor para a caracterização do acto do Presidente do Parlamento Europeu, uma vez que o que aí está em causa não é propriamente a aprovação do orçamento (uma vez que este se encontra já aprovado), mas antes a declaração, a constatação, da sua aprovação.

No entanto, para que esta obrigação se torne efectiva é necessário que se encontrem preenchidas duas condições: por um lado, importa que o processo previsto no art.º 203.º esteja terminado (art.º 203.º, n.º 7) e, por outro, é necessário que tal processo se tenha desenvolvido em conformidade com o artigo⁽⁷²⁾.

Significa isto que, caso o Presidente do Parlamento verifique o não cumprimento de alguns dos requisitos do art.º 203.º, não está obrigado a declarar que o orçamento se encontra definitivamente aprovado. Com o que o Presidente do Parlamento desenvolve aqui um importante poder de controlo sobre o processo orçamental, sem que com isso se retire o carácter de obrigação jurídica à declaração de aprovação do orçamento.

O segundo problema que importa analisar relaciona-se com a sindicabilidade deste acto do Presidente do Parlamento.

Após o processo 34/86⁽⁷³⁾, esta questão encontrou também uma resposta afirmativa. Efectivamente, o TJCE considerou que o acto do Presidente do Parlamento, que intervem enquanto órgão do Parlamento, é sindicável, confirmando-se de resto a legitimidade passiva do Parlamento, no âmbito do art.º 173.º do Tratado C.E.E.⁽⁷⁴⁾.

Estreitamente ligado à questão da sindicabilidade, está o problema da natureza jurídica do acto.

No processo 34/86⁽⁷⁵⁾, define-se a declaração de aprovação do orçamento como um acto jurídico próprio, de carácter objectivo, e que confere força obrigatória ao orçamento.

O próprio Parlamento Europeu, nos argumentos que aduziu contra o recurso de anulação do acto do seu Presidente, veio defender a ideia, segundo a qual, considerar o acto do Presidente como um acto susceptível de recurso, pressupunha que ele tivesse uma natureza constitutiva. Como é sabido, do acórdão resultou mesmo a anulação do acto, confirmando-se

(72) Trata-se de duas condições objectivas, que não dependem de uma apreciação discricionária do Presidente do Parlamento.

(73) Acórdão de 3/7/86, *in Rec.*, 1986, pp. 2155 e ss.

(74) O TJCE havia já admitido a legitimidade passiva do Parlamento Europeu, ao abrigo do art.º 173.º; *Vd. Proc. 294/83, de 23/4/86, in Rec.*, 1986, p. 1339.

(75) *Vd. considerando 8 do Acórdão.*

assim que estamos perante um acto constitutivo⁽⁷⁶⁾. Referindo-se também a este problema, o Advogado-Geral M. MANCINI considerou que só o acto do Presidente é susceptível de recurso.

Julgamos pois que o acto do Presidente que declara (constata) a aprovação do orçamento no final do processo orçamental tem natureza constitutiva. Tratando-se do acto final de todo o processo, é aquele que, como tal, pode produzir efeitos em relação a terceiros. Todos os outros actos do processo orçamental seriam preparatórios, não sendo assim, em princípio, passíveis de um recurso de anulação⁽⁷⁷⁾.

Um outro problema interessante é o de saber se deve ser ou não admissível um recurso por omissão contra a não declaração de aprovação do orçamento pelo Presidente do Parlamento. Como é sabido, não há ainda decisão do TJCE quanto à legitimidade passiva do Parlamento no âmbito do art.º 175.º⁽⁷⁸⁾. Parece-nos no entanto que a recusa da legitimidade passiva do Parlamento no âmbito do art. 175.º provocaria, no caso presente, um impasse nada desejável no seio do processo orçamental e, sobretudo, como bem defende J.J. VIEIRA PERES⁽⁷⁹⁾, abriria uma brecha no sistema “completo” das vias de recurso.

(75) *Vd.* considerando 8 do Acórdão.

(76) No mesmo sentido, António CAYON GALIARDO, “El recurso de anulacion contra la aprobacion del presupuesto para 1986 por el Parlamento Europeo”, in *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 13, n.º 3, Set. 86, p. 712.

(77) Dizemos em princípio porque o TJCE não rejeitou o recurso *por omissão* de certos actos preparatórios — Proc. 377/87, de 12/7/88, ainda não publicado. *Vd.* um comentário de Mark EKELMANS a este Acórdão, in *Cahiers du Droit Européen*, XXV, 1989, n.º 1 e 2.

(78) Apesar de o cons. 6 do Acórdão proferido na Proc. 15/70, de 18/11/80, in *Rec.*, 1970, p. 979, afirmar que “la notion d’acte pouvant donner lieu à recours est identique dans les articles 173 et 175; les deux dispositions ne forment que l’expression d’une seule et même voie de droit”, deixou de haver certezas quanto a esta questão, já que o TJCE negou a legitimidade activa do Parlamento no âmbito do art.º 173.º — Proc. 302/87 —, depois de a ter admitido no âmbito do art.º 175.º — Proc. 13/83, de 22/5/85, in *Rec.* 1985, p. 1513.

(79) “A posição do Parlamento Europeu no contencioso da Comunidade Económica Europeia”, Relatório de Mestrado em Direito das Comunidades Europeias, 1987/88, p. 56.

3.5. “A margem de manobra” do Parlamento Europeu — art.º 203.º, n.º 9. (Breve referência)

A referência que aqui se faz à chamada “margem de manobra” do Parlamento Europeu não pode deixar de ser necessariamente breve.

A “margem de manobra” é constituída por metade da diferença entre o montante de despesas, determinado por aplicação da taxa máxima às despesas do ano anterior⁽⁸⁰⁾, e o montante das despesas apresentadas no projecto elaborado pelo Conselho.

Tal “margem de manobra”, que apenas diz respeito às DNO, é da maior importância, já que o Parlamento pode, através dessa via, e por sua iniciativa, criar novas linhas orçamentais, incrementando assim novas políticas comunitárias.

Em termos práticos, se a Comissão fixar o aumento em 100 (taxa máxima), pode verificar-se uma de três situações:

- o Conselho cobre 50, podendo o Parlamento cobrir os outros 50;
- o Conselho utiliza 70, sendo que, nesse caso, o Parlamento continua a poder utilizar 50⁽⁸¹⁾;
- o Conselho utiliza apenas 20, podendo o Parlamento utilizar os restantes 80.

Donde se conclui que a margem de manobra do Parlamento varia em função da taxa que resulta do projecto do Conselho; contudo, ela nunca pode ser superior a metade da taxa máxima fixada pela Comissão, a não ser no caso de o Conselho utilizar menos de metade dessa mesma taxa máxima.

A propósito desta questão, têm-se colocado diversos problemas, que originaram algumas das crises orçamentais vividas na Comunidade. No entanto, a sua análise cai fora do âmbito do presente estudo.

(80) Essa taxa máxima é fixada pela Comissão, nos termos do art.º 203.º, n.º 9, §2.º.

(81) É o único caso em que se ultrapassa a taxa máxima fixada pela Comissão.

3.6. O poder de rejeição global do Projecto de Orçamento

Nos termos do n.º 8 do art.º 203.º, introduzido pelo Tratado de Bruxelas de 1975, o Parlamento pode, por motivo importante, rejeitar o projecto de orçamento e solicitar que um novo projecto lhe seja apresentado.

A maioria requerida para esta deliberação é a maior de todas, em sede de processo orçamental. Efectivamente, exige-se a maioria dos membros que compõem o Parlamento e 2/3 dos votos expressos.

Facilmente se compreende esta maior exigência, dadas as graves consequências que a rejeição global acarreta.

Exige-se também que exista um motivo importante para a rejeição. Trata-se de um conceito a necessitar de melhor concretização, uma vez que aquilo que é considerado motivo importante para o Parlamento pode não o ser para as outras instituições da Comunidade⁽⁸²⁾.

Um outro problema, que de resto já foi por nós afluado⁽⁸³⁾, é o de saber em que momentos pode o Parlamento tomar esta decisão. Será que apenas o pode fazer na 2.ª leitura, ou poderá também tomá-la logo na 1.ª leitura⁽⁸⁴⁾?

Julgamos que, pese embora a colocação sistemática do n.º 8 do art.º 203.º, nada impede, que logo na 1.ª leitura, o Parlamento rejeite globalmente o projecto de orçamento⁽⁸⁵⁾. Decisivo é que, logo aí, exista um motivo suficientemente importante, que não esteja na disponibilidade do Parlamento ultrapassar, alterando ou propondo modificações ao projecto.

Finalmente, importa averiguar se o acto de rejeição global é ou não sindicável. Poderão, Comissão ou Conselho, reagir contra a rejeição global

(82) Recorde-se que os motivos invocados pelo Parlamento, aquando da 1.ª rejeição em 1980, foram o não controlo das despesas agrícolas, o não aumento das DNO, o montante de empréstimos contraídos, e o orçamento do Fundo Europeu de Desenvolvimento. Em 1985, aquando da 2.ª rejeição, invocou-se o facto de não haver financiamentos suficientes para cobrir as despesas necessárias, *maxime* as da agricultura.

(83) *Supra*, p. 20.

(84) A hipótese de rejeição global, mesmo antes da 1.ª leitura pelo Parlamento, foi colocada a propósito do orçamento de 80 — Debate de 27/9/79, in *Boletim da Comunidade Europeia*, n.º 245, p. 262.

(85) No mesmo sentido, embora reconheça que esse acto de rejeição será bem mais difícil de justificar, António SACCHETINI, *op. cit.*, p. 53.

do orçamento por entenderem, por exemplo, que não existe motivo importante?

Julgamos mais uma vez que a resposta deverá ser afirmativa, até porque o TJCE já admitiu a legitimidade passiva do Parlamento, no âmbito do art.º 173.º⁽⁸⁶⁾.

4. O problema da executoriedade do orçamento

4.1. Delimitação do problema

A questão da executoriedade do orçamento é da maior importância⁽⁸⁷⁾, na medida em que pode proporcionar ao Parlamento, através dos seus poderes orçamentais, a aquisição de poderes legislativos “implícitos”⁽⁸⁸⁾.

Daí que nos pareça oportuno tratar aqui este problema, já que ele está indissolúvelmente ligado ao orçamento (e à sua natureza jurídica), e aos poderes do Parlamento Europeu⁽⁸⁹⁾.

(86) Aliás, como afirma Hendrick VAN LIER, em “L'autorité budgétaire devant ses juges”, in *RMC*, 301, 86, p. 520; “l'adoption définitive du budget peut être considérée comme une alternative décisionnelle au pouvoir de rejet”. Porque não então admitir também aqui o recurso?

(87) Também Jean-Paul JACQUÉ, em “Conquête et revendications: l'évolution des pouvoirs législatifs et budgétaires du Parlement Européen depuis 1979”, in *Revue d'Intégration Européenne*, vol. 6, n.º 2 e 3, 1983, p. 158, afirma que “le contentieux budgétaire ne découle pas exclusivement de la volonté du Parlement d'accroître ses pouvoirs budgétaires, mais surtout du désir de celui-ci d'exercer, à travers le budget, une influence sur les politiques communautaires. En ce sens, la question du pouvoir législatif reste toujours implicitement présente dans les querelles budgétaires.” (O sublinhado é nosso).

(88) O problema tem sobretudo interesse quanto às DNO, *maxime* quando não existe ainda base jurídica (do Conselho) para a execução dos créditos inscritos no orçamento.

(89) Também René MILAS, *est. cit.*, depois de constatar que na Comunidade não vigora a tradicional separação de poderes, refere a existência de uma divisão dos poderes legislativo e executivo, nos quais o poder orçamental se infiltrou.

A questão fundamental é a de saber se o orçamento é só por si executável ou se, pelo contrário, cada uma das linhas orçamentais necessita, para ser executada, de um acto legislativo prévio do Conselho.

Como é sabido, competente para executar o orçamento é, nos termos do art.º 205.º, a Comissão. Sucede que, se considerarmos o orçamento executável *de per se*, o Parlamento, ao inscrever novas linhas orçamentais⁽⁹⁰⁾, estaria implicitamente a adquirir poderes quase legislativos, já que não seria necessário para a execução desses créditos qualquer outro acto legislativo do Conselho, bastando assim a simples inscrição no orçamento.

O facto de o Tratado C.E.E. não conceder ao Parlamento competências legislativas expressas faz com que este problema se tenha tornado decisivo, na luta do Parlamento pelo acréscimo dos seus poderes.

Mas, está bom de ver, a admitir-se a executoriedade do orçamento, o Parlamento estaria a adquirir outros poderes que em princípio pertencem ao Conselho.

4.2. *As várias posições. Sua fundamentação.*

4.2.1. *A posição do Parlamento*⁽⁹¹⁾

Para o Parlamento, o orçamento comunitário constitui uma base suficiente para que a Comissão possa exercer os seus poderes de execução. Significa isto que não se tornaria necessário para a execução do orçamento qualquer acto legislativo prévio do Conselho.

O Parlamento argumenta no sentido de que, a não ser assim, o acréscimo dos seus poderes orçamentais, proporcionado pelas sucessivas revisões do Tratado C.E.E., perderia sentido; tudo dependeria afinal do Con-

(90) E já vimos que o poderá fazer relativamente às DNO, dentro dos limites da sua "margem de manobra", definida nos termos do art.º 203.º, n.º 9, *Vd. supra*, p. 29.

(91) O Parlamento utilizou os seus crescentes poderes orçamentais com nítidos objectivos políticos, inscrevendo no projecto de orçamento créditos destinados a acções que não tinham sido objecto de uma decisão legislativa por parte do Conselho. *Vd.*, sobre esta matéria, Martin BANGEMANN, *est cit.*, p. 172.

selho que, não criando o respectivo acto legislativo, bloquearia a execução das linhas orçamentais introduzidas pelo Parlamento.

Acresce que, segundo o Parlamento, o art.º 206.º-B lhe confere o direito de dar quitação à Comissão quanto à execução do orçamento.

Finalmente, o Parlamento vem ainda defender que, a não se admitir a excoutoriedade do orçamento, pode bem criar-se um completo vazio, uma vez que se o Conselho não adopta o acto legislativo de base, a Comissão nada poderá fazer.

Julgamos que esta argumentação não está isenta de críticas.

Em primeiro lugar, relativamente ao direito de quitação, também o Conselho, nos termos do art.º 206.º, n.º 4 *in fine*, tem importantes poderes de controlo sobre a execução do orçamento, pelo que não se trata de um poder exclusivo do Parlamento.

Quanto ao argumento do vazio em que se poderia cair, no caso de o Conselho não adoptar um acto legislativo de base, não convence completamente. Parece que, pelo menos em certos casos, o Parlamento ou a Comissão poderiam interpor um recurso por omissão contra o Conselho⁽⁹²⁾, utilizando o art.º 175.º⁽⁹³⁾.

É no entanto decisivo que se preencha, no caso concreto, um dos requisitos do art.º 175.º, *i.e.*, que exista violação do Tratado. Esta exigência, por sua vez, levanta uma outra questão: será que o Conselho, pelo facto de o Parlamento criar uma nova linha orçamental, inscrevendo aí determinados créditos, estará sempre obrigado a adoptar a legislação necessária para a sua execução? E, no caso afirmativo, qual a fonte dessa obrigação? Será que a obrigatoriedade do orçamento implica a criação daque obrigação?

Temos muitas dúvidas quanto a estas questões. Quer-nos contudo parecer que a inscrição duma nova rubrica orçamental pelo Parlamento pode não obrigar, *de per si*, o Conselho, a adoptar a necessária legislação para a sua execução. Mas tudo será diferente se, de alguma forma, essa

(92) Neste sentido, John FORMAN, "Implementing the Community Budget", in *Journal of European integration*, vol. 8, 23, 1985, p. 150.

(93) Recorde-se que já foi admitida a legitimidade activa do Parlamento, ao abrigo do art.º 175.º; *Vd. supra*, p. 28.

nova linha orçamental tiver como objecto o estabelecimento de uma acção ou política previstas no Tratado⁽⁹⁴⁾.

Relativamente ao argumento do Parlamento segundo o qual o acréscimo dos seus poderes ficaria sem sentido útil, também ele não convence. Julgamos que importa não confundir coisas distintas. Uma coisa são os poderes orçamentais do Parlamento e outra, bem diferente, é o poder legislativo.

Não é de admitir que, por via dos poderes orçamentais, o Parlamento possa usurpar ao Conselho determinadas competências legislativas, que o Tratado C.E.E. manifestamente não lhe quis conceder.

4.2.2. *A posição do Conselho*

A posição assumida pelo Conselho está naturalmente nas antípodas da do Parlamento. Para o Conselho, o orçamento é uma base insuficiente; para que as linhas orçamentais sejam exequíveis pela Comissão, é sempre necessário um acto legislativo de base. Onde ele não exista, a execução não é possível.

A posição do Conselho tem sido defendida com base em dois argumentos: em primeiro lugar, invoca-se o art.º 4.º do Tratado C.E.E., que consagra o princípio das competências por atribuição. Ao dar-se executividade ao orçamento, estar-se-ia a atribuir ao Parlamento poderes legislativos implícitos, sendo que não foi essa a intenção do Tratado. Como segundo argumento, tem-se invocado o art.º 155.º, 4.º ítem, segundo o qual a Comissão exerce as competências que o Conselho lhe atribuir, para a execução das regras por ele estabelecidas, pelo que, sem esse acto prévio do Conselho, nunca seria possível dar execução ao orçamento.

Pese embora a força do primeiro argumento aduzido, com o qual em geral estamos de acordo, temos necessariamente de criticar o segundo. Chamar para aqui o art.º 155.º constitui, salvo melhor opinião, procedimento menos correcto. Na verdade, conforme decorre do art.º 205.º do Tratado C.E.E., a competência de execução da Comissão é, em sede orçamental, originária. Não se trata portanto de uma competência dele-

(94) No sentido da necessidade de uma "disposition de fond", para além da inscrição no orçamento, pode ver-se António SACCHETINI, op. cit., p. 174.

gada pelo Conselho, como acontece no art.º 155.º, 4.º ífen, pelo que este argumento perde sentido.

4.2.3. A posição da Comissão

O posicionamento da Comissão não é, nesta controvérsia, nada fácil. Se, por um lado, ela tem obrigação de executar o orçamento, a verdade é que não o pode fazer por forma a que as competências legislativas do Conselho saiam diminuídas.

Daí que a sua posição se possa considerar intermédia.

Para a Comissão, quando um determinado capítulo do orçamento autoriza uma abertura de crédito para a adopção de medidas que constituam uma política comunitária, mas que não podem ser definidas com precisão, nem estão absolutamente especificadas no orçamento, é necessário, para a sua execução, uma base jurídica e regulamentar a adoptar pelo Conselho.

Se, pelo contrário, essas medidas se encontrarem claramente definidas no orçamento, então já será possível a sua execução, sem qualquer acto prévio do Conselho.

O que significa, em síntese, que o orçamento seria uma base necessária, mas insuficiente, pelo menos em certos casos.

4.3. Posição adoptada

Já fizemos a crítica a alguns dos argumentos aduzidos pelo Parlamento e pelo Conselho, e quer-nos parecer que a posição da Comissão é a mais consentânea com a distribuição de competências feita pelo Tratado C.E.E.

Importa no entanto referir aqui a Declaração Comum de 1982⁽⁹⁵⁾, onde de alguma forma se chegou a um entendimento quanto à questão da executoriedade do orçamento. Aí se refere⁽⁹⁶⁾ que a execução de créditos

(95) *Vd supra*, p. 16.

(96) Ponto IV, 3, al. c).

inscritos no orçamento para uma *nova* acção comunitária *significativa* necessita de um prévio regulamento de base.

Com esta posição comum, parece ter-se concluído que o orçamento, embora base necessária, não é sempre uma base suficiente.

Questão mais difícil é a de saber em que consiste uma acção nova e significativa. De qualquer forma, com esta Declaração Comum, acabou por se consagrar a posição intermédia que era defendida pela Comissão.

Concilia-se assim a salvaguarda da competência legislativa do Conselho com a possibilidade de, em certos casos pontuais, quando o orçamento for suficientemente claro e preciso e não se estiver perante uma acção significativa, a Comissão poder executar desde logo esses créditos.

Pensamos assim que, pese embora o manifesto alargamento dos poderes orçamentais do Parlamento, e apesar dos entraves que uma omissão do Conselho pode causar, o orçamento não pode ser sempre considerado como uma base só por si suficiente para a respectiva execução, por parte da Comissão.

Nem o facto de no Proc. 34/86 se conceber o orçamento como um facto susceptível de produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros⁽⁹⁷⁾ faz inverter a nossa posição.

Face ao princípio das competências por atribuição (art.º 4.º), e sobretudo face à não atribuição pelo Acto Único de um verdadeiro poder legislativo ao Parlamento, parece ser de exigir um acto de base, a não ser que as acções a executar estejam perfeitamente delimitadas no orçamento.⁽⁹⁸⁾

Quanto ao possível entrave do Conselho provocado pela não adopção dum acto legislativo de base, parece-nos que, quer a Comissão quer o Parlamento, poderão recorrer ao art.º 175.º. Esta possibilidade é uma das

(97) *Vd.* o considerando 6 deste acórdão de 3/7/86, *in Rec.* 1986, p. 2155 e ss.; a este propósito, é também elucidativa uma das conclusões do Advogado-Geral, M. MANCINI, p. 2176 — “... nous pensons que, une fois promulgué, le budget est créateur de droits et d'obligations non moins et souvent plus importants que ceux engendrés par une grande partie de la législation communautaire”.

(98) Na mesma linha, podem ver-se António SACCHETINI, *op. cit.*, p. 173, e Daniel STRASSER, *op. cit.*, p.12. Curioso é o facto de, no direito nacional, o Governo (a quem compete assegurar a execução do orçamento) dever, no exercício do seu poder de execução, aprovar os decretos-lei, contendo as disposições essenciais a tal execução — art.º 16.º da Lei n.º 40/83, de 13/12. Também aqui portanto o orçamento não goza sempre de executoriedade.

consequências da obrigatoriedade do orçamento a que alude o Acórdão proferido no Processo 34/86⁽⁹⁹⁾.

5. O Acordo Interinstitucional de 1988, face às exigências do Acto Único Europeu⁽¹⁰⁰⁾

O Acordo Interinstitucional sobre a disciplina orçamental e a melhoria do processo orçamental, assinado em 20 de Junho de 1988, marca, do nosso ponto de vista, uma nova etapa na concepção de todo o processo orçamental.

Se é verdade que o Acordo não afecta os poderes orçamentais das diferentes instituições⁽¹⁰¹⁾, nem consubstancia qualquer revisão das normas do Tratado C.E.E.⁽¹⁰²⁾, não é menos verdade que ele constitui uma importantíssima referência relativamente ao estudo do processo orçamental.

A primeira nota importante deste Acordo, cujo objectivo é assegurar a realização do Acto Único⁽¹⁰³⁾, é a definição das perspectivas financeiras até 1992⁽¹⁰⁴⁾.

Estas perspectivas financeiras traduzem um substancial aumento das DNO, e uma estabilização das DO.

Além disso⁽¹⁰⁵⁾, as instituições concordam em que os objectivos financeiros definidos representam um limite anual de despesas para a Comunidade, comprometendo-se a respeitá-lo.

(99) *Cfr.*, no entanto, as nossas dúvidas, *supra*, p. 33, relativamente a algumas dificuldades no preenchimento de um dos requisitos do art.º 175.º.

(100) JOCE, n.º L185, de 15/7/88.

(101) Trata-se de um dos princípios básicos do Acordo — *Cfr.* I, 3.

(102) Quanto ao valor jurídico deste Acordo, vale o que atrás se disse relativamente à Declaração Comum de 1982, *supra*, p. 16.

(103) *Cfr.* I, 1

(104) *Cfr.* II

(105) *Cfr.* II, 7

Acresce⁽¹⁰⁶⁾ que todas as instituições se associam no sentido de se alcançar um maior equilíbrio entre as diferentes categorias de despesas, não podendo a revisão das DO implicar uma redução nas DNO. Significa isto que a ideia segundo a qual as DO seriam prioritárias em relação às DNO cai por terra⁽¹⁰⁷⁾.

Mais importante do que isso é talvez o facto de o Parlamento adquirir, pela primeira vez, um “direito de veto” em relação ao crescimento das DO. No ponto 12 deste Acordo, sujeita-se a revisão das perspectivas financeiras a um acordo entre os dois ramos da autoridade orçamental. Nestes termos, a última palavra do Conselho em relação às DO perde sentido, pelo menos quanto ao respectivo volume de aumento⁽¹⁰⁸⁾.

Não menos importante é a aceitação pela autoridade orçamental (Parlamento e Conselho) de taxas máximas de aumento para as DNO⁽¹⁰⁹⁾. Cria-se assim um tecto para o crescimento das DNO, representado pelo limite fixado nas perspectivas financeiras.

Por todas estas razões, é manifesta a importância deste Acordo, que altera profundamente as anteriores concepções das várias instituições sobre algus dos principais problemas do processo orçamental.

A distinção entre DO e DNO é extraordinariamente abalada. As DO perdem o seu carácter prioritário e verifica-se uma procura de equilíbrio entre as duas categorias de despesas. O objectivo da Comissão é aliás o de acabar com a distinção em 1992.

A fixação de um tecto para o crescimento das DNO retira parte da relevância ao n.º 9 do art.º 203.º e põe termo às constantes discussões relativamente ao problema das DNO.

(106) *Cfr.* II, 8

(107) No mesmo sentido, William NICOLL, “L’Acord interinstitutionnel sur la discipline budgétaire et l’amélioration de la procédure budgétaire”, *in RMC*, 319, (Julho/Agosto de 1988), p. 371. Este autor defende também que a distinção entre DO e DNO perde parte do seu significado.

(108) O que constitui uma verdadeira “revolução” no próprio processo orçamental. Ainda que formalmente não se alterem as competências de cada instituição, a verdade é que, em termos práticos, a revisão das perspectivas financeiras, que fixam o limite de aumento das DO e das DNO, só pode ser feita com o assentimento do Parlamento. O Conselho deixa assim de ter a última palavra em sede de DO. No mesmo sentido, pode ver-se William NICOLL, *est. cit.*, p. 319.

(109) *Cfr.* IV, 15.

Estas duas consequências revelam, só por si, a importância do Acordo que, a ser integralmente cumprido, altera substancialmente o desenrolar do processo orçamental.

É preciso no entanto não esquecer que o Acordo não consubstancia nenhuma revisão formal do Tratado C.E.E., salvaguardando assim as competências que as várias instituições já detinham; porém, na prática, o seu cumprimento embate necessariamente com a distribuição de competências feita pelo art.º 203.º, manifestando uma ligeira tendência para reforçar o papel do Parlamento como um dos ramos da autoridade orçamental. Favorece-se assim um maior equilíbrio entre o Conselho e o Parlamento, evitando-se a repetição das sucessivas crises orçamentais da Comunidade, incompatíveis com o estabelecimento do mercado interno.

6. Apreciação Final

Não vamos aqui enumerar conclusões gerais e definitivas quanto aos poderes orçamentais do Parlamento Europeu. Essa não é, por certo, uma tarefa fácil.

É certo que o acréscimo de poderes do Parlamento foi uma realidade até ao Tratado de Bruxelas de 1975. A partir daí, pelo menos em termos de novas revisões do Tratado, os poderes orçamentais não voltaram a ser repensados.

O Acordo Interinstitucional de 1988 revela uma ligeira tendência para a procura de um maior equilíbrio entre os dois ramos da autoridade orçamental. As suas preocupações são no entanto fundamentalmente económicas — o seu objectivo imediato é cumprir o Acto Único, através da criação de mecanismos financeiros que facilitem o estabelecimento do mercado interno.

Daí que nos pareça legítimo sustentar que a evolução dos poderes do Parlamento, em sede orçamental, dependerá sobretudo de questões pragmáticas e já não de considerações relacionadas com a sua indiscutível e crescente legitimidade política. Por isso, também nos quer parecer que a analogia com a história dos parlamentos nacionais não é linear. O quadro jurídico e institucional da Comunidade é singular; não resulta de uma mera transposição das experiências nacionais.

Tudo isto para dizer que não nos parece fácil no futuro próximo vislumbrar grandes desenvolvimentos nos poderes orçamentais do Parlamento. Julgamos mesmo que, a verificarem-se novos acréscimos, voltaremos a encontrar novos desequilíbrios e consequentes crises no “diálogo” Conselho — Parlamento.

O que não significa que o art.º 203.º não necessite de uma urgente revisão. Mas aí tratar-se-ia de o melhorar, de corrigir as suas imperfeições e minorar as suas ambiguidades. Já não portanto de aumentar substancialmente os poderes do Parlamento.

Quanto à questão da executoriedade do orçamento, parece-nos também difícil chegar a posições muito diferentes daquela que deixámos enunciada. A via para a atribuição de competências legislativas ao Parlamento não pode encontrar-se no poder orçamental. Tal solução consubstanciaria uma descaracterização da filosofia subjacente à atribuição de competências na Comunidade.

Se este trabalho tiver conseguido chamar a atenção para os principais problemas jurídico-institucionais que o processo orçamental nos coloca, e se ele tiver sabido transmitir qual a posição do Parlamento enquanto um dos pólos da autoridade orçamental, julgamos que terão sido cumpridos os dois principais objectivos que nos propusemos alcançar.

Lisboa, 19 de Outubro de 1989

BIBLIOGRAFIA

A bibliografia consultada foi por nós citada nas diversas notas feitas ao longo do trabalho.

PEDRO SOUSA E SILVA

**AS FRONTEIRAS
DO DIREITO COMUNITÁRIO:
AS SITUAÇÕES PURAMENTE INTERNAS
E A DISCRIMINAÇÃO
“A REBOURS”**

**ANOTAÇÃO AO ACORDÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
29 DE NOVEMBRO DE 1989**



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão de 29 de Novembro de 1989

DIREITO COMUNITÁRIO:

**SITUAÇÕES PURAMENTE INTERNAS
DE UM ESTADO-MEMBRO DA CEE**

SUMÁRIO

- I** — As operações de bancos, tendentes a realizar lucros sobre títulos negociáveis e, em particular, as de desconto e empréstimo, são operações comerciais regulando-se, por isso, pelas disposições específicas do Código Comercial.
- II** — O artigo 396 deste código, dispõe que, “o empréstimo entre comerciantes admite, seja qual for o seu valor, todo o género de prova”. Por sua vez, o artigo único do Decreto 32765 de 29.04.43 estatui que “... os contratos de mútuo ou usura, seja qual for o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda que a outra parte não seja comerciante”.

III — O Direito Comunitário não se aplica a situações puramente internas do Estado Português, ou seja, inexistindo qualquer elemento de conexão com alguma das situações previstas no Tratado de Roma e respectivo direito derivado.

Na ausência de tais elementos de conexão, é totalmente desproposito invocar um corpo legislativo autónomo, destinado a disciplinar relações que, por definição, são de carácter internacional ou nas quais, pelo menos, terá que existir um elemento transfronteiriço.

IV — A verdadeira função do título executivo é criar a acção executiva. Tem, quanto a ela, função constitutiva vindo o legislador, no título, a expressão ou a afirmação do direito do credor.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

I — F. (...) e mulher (...), vieram deduzir embargos de executado na acção executiva que lhes move (...) [instituição de crédito], com base num contrato de mútuo, celebrado entre eles, no montante de 1.700.000\$00 (um milhão e setecentos mil escudos), com hipoteca.

Este contrato é nulo por falta de forma, dado que não consta de escritura pública. E porque é nulo o título, também a hipoteca é nula.

O pedido do exequente é ininteligível porque não indica os factos em que se fundamenta para pedir os juros, sendo que, o exequente, inscreveu no registo, por acto unilateral, o limite de juros em execução da 3.^a cláusula do contrato de mútuo.

É impossível o pedido porque o contrato refere que o empréstimo é de 1.700 contos e o exequente diz que o capital é de 1.894.234\$00 (um milhão oitocentos e noventa e quatro mil duzentos e trinta e quatro escudos).

Pede juros de mora e despesas que não documenta a sua origem.

No caso de sustentar que o (...), como banco especial, pode, sem escritura pública, ter título executivo, este princípio ofende o Tratado de Roma, estando, assim, o Estado Português a obrigar um parceiro comercial numa vantagem que prejudicava os outros Bancos Portugueses.

As normas de 1874 e 1876 estão revogadas pelo art. 3.º do preâmbulo do Código Civil e pelo Tratado de Roma.

Conclui pedindo a procedência dos embargos.

O exequente contestou, alegando que o contrato de mútuo constitui título executivo e é válido por se tratar de um Contrato Comercial.

O M.º Juiz da 1.^a instância, pelas razões que apontou, julgou improcedentes os embargos. Inconformados com esta decisão, dela apelaram os embargantes mas a Relação manteve-a — fls. 52 a 57. Daí o presente

recurso de Revista interposto para este Tribunal, de novo pelos embargantes (cf. fls. 60 e 61).

Apresentadas as alegações e corridos os “vistos”, cumpre decidir:

II — Este recurso, interposto do Acórdão da Relação que confirmava a decisão da 1.^a instância proferida no sentido de julgar improcedentes os embargos de executado deduzidos pelos recorrentes, tem como objecto questões várias, a saber: nulidade do mútuo por falta de forma e da hipoteca, violação do Tratado de Roma e colisão da petição inicial com o disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 467 do C.P. Civil, designadamente a ininteligibilidade do pedido exequendo.

Apreciemos, pois, e decidamos estas questões, começando pela primeira.

Entendem os recorrentes que o mútuo em causa c/ hipoteca deveria ser reduzido a escritura pública, de acordo com o que se dispõe no art. 1143 do C. Civil. Não têm razão.

Com efeito, as operações de bancos tendentes a realizar lucros sobre títulos negociáveis e, em particular, as de desconto e *empréstimo*, são operações comerciais, regulando-se, por isso, pelas disposições especiais do código comercial.

Ora, o art. 396 deste código dispõe que “o empréstimo entre comerciantes admite, seja qual fôr o seu valor, todo o género de prova”.

Por sua vez, o art. único do Dec. Lei n.º 32765 de 29.04.48, estatui que os contratos de mútuo ou usura, seja qual fôr o seu valor, quando feitos por estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular, ainda que a outra parte não seja comerciante.

Estas disposições, por serem de carácter especial, não foram revogadas pelos preceitos de carácter geral constantes do Código Civil (art. 1143) e do Código do Notariado (art. 89, n)). Cfr. neste sentido os Profs. P. de Lima e A. Varela, in Cod. Civil anot. vol. II, págs. 447 e, Ac. R.L. de 3.10.78, sumariado no Bol. M. J. f. 282-241. Aquele diploma (Dec. 32765) é específico do trato bancário e o art. 3.º do Dec. Lei n.º 47344, de 25.11.66, apenas encara como ficando revogada pelo novo Código Civil a legislação relativa às matérias que ele abranja.

Assim, é evidente que a legislação não civil (designadamente a referida pelos recorrentes), como é a dos preceitos atrás indicados, que dizem respeito ao direito mercantil, não está abrangida pela revogação do Dec. Lei 47344, de 25.11.66.

Sendo válido o contrato de mútuo, válida é a obrigação de garantia hipotecária, dado que esta não está, como refere a Veneranda Relação, ferida de qualquer falta de forma exigida por lei. Esta hipoteca foi efectuada e está requerida como definitiva e registada a favor do exequente.

Improcedem, deste modo, as conclusões 1.^a a 4.^a das alegações dos recorrentes.

Vejamos, agora, a questão posta na conclusão 5.^a (quinta) das mesmas alegações, respeitantes à violação do Tratado de Roma. A sorte não é diferente, sendo também manifesta a “sem razão” dos recorrentes.

De facto, conforme vem sustentando o Banco recorrido e as decisões sob censura neste recurso, trata-se, no caso em apreço, de uma situação puramente interna do Estado Português, inexistindo qualquer elemento de conexão com alguma das situações previstas no Tratado de Roma e respectivo Direito privado^(*).

“Na ausência de tais elementos”, como bem se foca nas alegações do recorrido (F. 78), “é totalmente despropositado invocar um corpo legislativo autónomo destinado a disciplinar relações que, por definição, são de carácter internacional ou nas quais, pelo menos, terá que existir um elemento transfronteiriço.

Ora, no caso presente, não se vê como possa qualificar-se doutra forma uma questão entre sujeitos de direito portugueses, residentes em Portugal e no âmbito de um contrato celebrado, incumprido e discutido nesse mesmo Estado, versando sobre matéria tão ligada ao território nacional como o pode estar o próprio prédio cuja hipoteca garante o crédito do Banco Recorrido.

Pelo contrário, trata-se comensinamente, de uma disposição de carácter notarial, probatório ou processual, interna, inerente ao crédito de habitação, que de algum modo colide ou conflitua com as disposições comunitárias...”

É, assim, e sem necessidade de mais delongas, também improcedente a conclusão 5.^a (quinta) das alegações dos Recorrentes.

Finalmente, dir-se-á, também improcedem as questões postas nas conclusões 6.^a a 7.^a das mesmas alegações.

(*) Seguramente por lapso de escrita, até por nesta passagem o Acordão se reportar às alegações do recorrido, refere-se “Direito privado” onde faria sentido referir-se “Direito derivado”, conforme constava das referidas alegações, sendo, aliás, expressão consagrada na Doutrina e Jurisprudência; por isso utilizamos a expressão “Direito derivado” no sumário que encabeça este Acordão.

A verdadeira função do título executivo é criar a acção executiva. Tem quanto a ela função constitutiva, vendo o legislador no título a expressão ou a afirmação do direito do Credor. Ora, no caso em apreço, o título executivo habilita a determinar o fim da acção executiva porque através dele se verifica qual foi a obrigação contraída pelo executado. E não é impossível porque através desta acção executiva consegue-se o próprio benefício que o cumprimento devia produzir.

O crédito mencionado pelo Banco Recorrido encontra-se nos limites do título executivo invocado, estando, por isso, nele contido.

Termos em que acordam em negar a Revista, com custas a cargo dos recorrentes.

Lisboa, 29 de Novembro de 1989

**MANUEL AUGUSTO GAMA PRAZÈRES
JOSÉ MENÉRES PIMENTEL
JOÃO ALCIDES DE ALMEIDA**

PEDRO SOUSA E SILVA*

ANOTAÇÃO

AS “FRONTEIRAS” DO DIREITO COMUNITÁRIO: AS SITUAÇÕES PURAMENTE INTERNAS E A DISCRIMINAÇÃO “A REBOURS”

1. Ao que sabemos, esta é a primeira vez que o Supremo Tribunal de Justiça traça a linha divisória entre as questões potencialmente sujeitas às normas comunitárias e aquelas que, por natureza, lhes estão subtraídas.

Trata-se de um aspecto fundamental.

Por um lado, porque o Direito Comunitário vem alargando o seu já considerável âmbito de aplicação. Por outro, porque a própria natureza das disposições comunitárias conduz à infiltração dessas normas nos mais variados domínios das legislações nacionais — atentos os princípios da primazia e do efeito directo⁽¹⁾ — impondo, assim, uma cautela acrescida áqueles que têm por missão interpretar e aplicar o Direito.

Esta linha jurisprudencial, na esteira do que foi já consagrado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias⁽²⁾, permite delimitar, com alguma clareza, a esfera de influência do Direito Comunitário, e o âmbito de aplicação exclusiva do Direito Nacional.

(*) Advogado; assistente do ISCA de Aveiro; docente do Centro de Estudos Europeus da Universidade Católica Portuguesa

(1) Para um enunciado destes princípios, cfr. Carlos BOTELHO MONIZ, “Direito Económico da C.E.E. Reflexão sobre os objectivos, instrumentos e princípios da acção comunitária — Primeira parte”, Rev. Assuntos Europeus, 1982, pp. 169 e ss..

(2) Ac. de 25.03.79, Proc.º n.º 175/78 (“Vera Ann Saunders”), Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (abrev. “Rec.”), 1979, p. 1129.

Poder-se-ia supôr que, estando o Direito Comunitário vocacionado para regular situações jurídicas de carácter internacional, a questão residirá apenas em determinar se estarão ou não presentes, no caso concreto, elementos de estraneidade que transcendam o puro âmbito nacional.

Esta linha de fronteira, no entanto, não pode traçar-se de uma forma geométrica ou linear.

Na verdade, há certas normas comunitárias que, pela sua redacção ou pela sua natureza, são aplicáveis em qualquer caso que se enquadre na respectiva previsão, independentemente da existência daqueles elementos de estraneidade.

Além disso, a qualificação de uma dada situação como “puramente interna” de um Estado deverá rodear-se de algumas precauções, na medida em que a mera identidade de nacionalidade ou de residência dos intervenientes não basta para excluir a incidência das normas comunitárias, podendo estar presentes outros elementos de conexão que a assegurem. É o que pode suceder, designadamente, quando um nacional de um dado Estado membro entra em litígio com esse mesmo Estado, por ser objecto de um tratamento menos favorável do que o dispensado por este aos nacionais de outros Estados membros. Numa situação deste tipo — a despeito das aparências — podem existir elementos de conexão que conduzam à aplicabilidade do Direito Comunitário, que proíbe, em certas circunstâncias, aquilo que foi designado por *discriminação “à rebours”*⁽³⁾.

O comentário que se segue irá versar sobre a jurisprudência comunitária nesta matéria, relacionando os conceitos de “situação puramente interna” e de discriminação “à rebours”, com o objectivo de contribuir para uma definição mais precisa dos limites de incidência deste ordenamento jurídico.

Antes, porém, faremos um breve comentário sobre o fundo do litígio apreciado pelo nosso Supremo Tribunal.

2. As questões levantadas pelos Recorrentes (Embargantes numa execução) prendiam-se com a aplicabilidade, ao caso, dos artigos 3.º e 86.º

(3) Cfr., a título ilustrativo, Gérard DRUESNE, “*Droit matériel et politiques de la Communauté Européenne*”, P.U.F., 1986, p. 117; os autores anglófonos designam este fenómeno por “*reverse discrimination*”. Entre nós não está consagrada uma expressão equivalente, recorrendo-se em regra à expressão francesa.

do Tratado de Roma, alegando-se que a prerrogativa concedida pelo Estado à instituição de crédito Exequente (Recorrida) seria contrária a estas disposições, na medida em que a dispensava da formalidade da escritura pública, na celebração de mútuos hipotecários. Esta prerrogativa, contudo, é extensível a outras instituições de crédito.

Para além do acerto demonstrado pelo Supremo, ao afastar a aplicabilidade do Direito Comunitário a uma situação que era, efectivamente, interna ao Estado Português, há que sublinhar, igualmente, a inaplicabilidade das disposições referidas a um caso deste tipo: Desde logo, o artigo 3.º do Tratado não goza de aplicabilidade directa, não conferindo, por si só, direitos de que os particulares possam prevalecer-se⁽⁴⁾. Por seu turno, o artigo 86.º visa regular o comportamento de empresas no mercado, proibindo que explorem abusivamente o seu poder económico, o que não abrange, seguramente, a concessão de prerrogativas, pelo Estado, a essas empresas.

A questão poderia, quando muito, enquadrar-se no âmbito do artigo 90.º, relativo às empresas públicas e às empresas às quais os Estados concedam direitos especiais ou exclusivos, ou do artigo 92.º do Tratado de Roma, que regula a concessão de auxílios estatais às empresas.

De facto, um privilégio do tipo referido poderia ser qualificado como um auxílio público: Trata-se de uma dispensa, por parte do Estado, de uma formalidade que envolve um encargo pecuniário cuja receita reverte, ainda que parcialmente, para os cofres públicos (tais como os emolumentos de uma escritura pública)⁽⁵⁾. Tal regime, de facto, poderá conferir uma vantagem concorrencial, face às instituições bancárias sujeitas àquela formalidade, visto que o recurso ao crédito destas se revelará mais oneroso, em princípio, para a respectiva clientela. Ora, o artigo 90.º, n.º 1, dispõe precisamente que os Estados, no que toca às empresas públicas, e às bene-

(4) Cfr. Ac. de 10.01.85, Proc.º n.º 229/83 ("Leclerc"), Rec. 1985, pp. 1 e ss.

(5) Pese embora o facto de serem os mutuários a suportar tais custos. Para um desenvolvimento do conceito dos auxílios estatais às empresas, cfr. C. BOTELHO MONIZ, "O regime jurídico dos auxílios públicos às empresas na Comunidade Europeia. Reflexos na caracterização do sistema económico português", Rev. da Ordem dos Advogados, Abril de 1987, pp. 27 e ss., e M.M. CORDEIRO MESQUITA, "O regime comunitário dos auxílios de Estado e suas implicações em sede de benefícios fiscais", Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1987, n.º 158; Cfr. igualmente Fiona COWNIE, "State Aids in the 80's", European Law Review, August 1986, pp. 247 a 267.

ficiárias de direitos especiais ou exclusivos, não tomarão nem manterão qualquer medida contrária às regras do Tratado, designadamente às normas da concorrência, em que se inclui o artigo 92.º.

Contudo, para que fosse admissível a aplicação desta última norma, haveria ainda que preencher diversos outros requisitos, como a susceptibilidade de afectação das trocas intracomunitárias, o que não parecia suceder no caso em apreço.

3. Para situarmos convenientemente a análise dos limites de incidência das normas comunitárias, haverá que fazer uma referência aos objectivos e princípios fundamentais desta ordem jurídica.

É que, na ausência — e talvez desnecessidade — de normas expressas sobre esta matéria, a construção jurisprudencial e doutrinária tem assentado quase exclusivamente sobre tais princípios, norteando-se por aqueles objectivos.

Os objectivos imediatos⁽⁶⁾ da Comunidade Económica Europeia consistem numa integração das economias dos Estados-membros, através da criação de um mercado comum, complementada, basicamente, pela implementação de certas políticas comuns, incluindo a disciplina da concorrência, pela harmonização das legislações nacionais com incidência no âmbito económico, além da coordenação das políticas económicas dos diversos governos.

Deste nível de integração, situado algures entre o modelo de mercado comum e o da união económica, deveria resultar a liberdade de circulação de bens e factores de produção, bem como a ausência de discriminação entre os agentes económicos dos Estados-membros, que passariam a operar, no mercado comunitário, em condições análogas às existentes no mercado interno de cada país⁽⁷⁾.

Num quadro deste tipo, assume um relevo evidente o princípio — considerado central — *da não-discriminação*.

(6) Como objectivos mediatos poderemos qualificar os enunciados no artigo 2.º do Tratado de Roma.

(7) Para um desenvolvimento destas noções, cfr. João MOTA DE CAMPOS, "*Direito Comunitário*", vol. I, Lisboa, 1983, pp. 150 e ss.; numa perspectiva económica, Peter ROBSON, "*Teoria Económica da integração internacional*", Coimbra, 1985.

Este princípio, enunciado no artigo 7.º do Tratado e retomado expressa e implicitamente em inúmeras outras disposições⁽⁸⁾, constitui a linha-mestra de toda a ordem jurídica comunitária.

E, se o objectivo instrumental das Comunidades Europeias é a criação de uma zona económica que funcione de modo idêntico ao mercado interno de um Estado, a lógica desta construção implica a eliminação das distorções de ordem jurídica relacionadas com a localização espacial ou origem nacional dos diversos factores de produção.

Ou seja, a lógica do Mercado interno pressupõe a proscrição de qualquer discriminação fundada na nacionalidade ou residência das pessoas (físicas ou colectivas), na origem das mercadorias, ou na localização dos transacções comerciais.

Em contrapartida, a discriminação é afastada apenas e na medida em que estejam presentes factores de produção de proveniência comunitária, ou que tenham adquirido essa origem. É que, de um modo geral, o protecționismo económico não foi banido da CEE, mas apenas deslocado para as fronteiras exteriores da Comunidade.

Por outro lado — e este aspecto é central para a nossa análise — a discriminação que se pretendeu banir, ao criar o Mercado Comum, foi aquela que mais frequentemente é praticada: a que favorece o nacional em detrimento do estrangeiro.

E isto conduz a que, surpreendentemente, os nacionais de um dado Estado-membro sejam, por vezes, colocados, pela sua própria legislação, em situação menos favorável daquela que é conferida, nesse mesmo Estado, a outros cidadãos comunitários.

Este contrasenso, que terá escapado à previsão dos fundadores da C.E.E., dá pelo nome de discriminação "*à rebours*", ou "*reverse discrimination*", e escapa, em princípio, à influência igualitária das normas do Direito Europeu. Isto porque, como veremos, estas disposições não se aplicam a situações puramente internas de um Estado-membro da C.E.E.⁽⁹⁾.

(8) Designadamente, nos artigos 36.º, 37.º, 48.º, 52.º, 60.º, 67.º, 92.º e 95.º.

(9) Como é óbvio, a influência do direito comunitário sobre situações internas é consideravelmente alargada pelas normas — de direito nacional — editadas pelos Estados-membros em execução das *directivas* que lhe são dirigidas. Nessa medida, as disposições comunitárias acabam por ter uma aplicação, *indirecta*, a situações que são puramente nacionais. No entanto, os direitos de que os particulares poderão prevalecer-se decorrem, nesse caso, da própria legislação interna dos Estados.

No entanto, desde que, no caso, seja identificável um elemento de conexão com alguma das situações reguladas pelo Direito Comunitário, a primazia deste impõe a sua aplicação, ainda que o litígio ocorra unicamente dentro das fronteiras de um só Estado.

Como se qualifica, então, uma dada situação como “puramente interna” de um Estado-membro?

4. O conceito de “*situações puramente internas*” foi criado e desenvolvido no seio do Direito Internacional Privado.

Recorrendo à síntese do saudoso Professor BAPTISTA MACHADO⁽¹⁰⁾, “*Uma relação jurídica pode, através de qualquer dos seus elementos (sujeitos, objecto, facto jurídico), achar-se em contacto apenas com o sistema jurídico português (p. ex., um contrato de mútuo celebrado em Portugal, entre dois portugueses, para ser executado em Portugal), (...) ou apenas com um determinado sistema jurídico estrangeiro (...), ou com vários sistemas jurídicos (...)*”.

“*Nos casos do primeiro tipo (casos puramente internos) ao órgão português de aplicação do direito, não se põe qualquer problema de determinação da lei estadual aplicável: esta lei há-de ser necessariamente a lei portuguesa.*”.

Como se depreende implicitamente desta exposição, a questão poderá colocar-se diferentemente se à escolha da lei aplicável se deparar uma opção, não entre leis estaduais, mas entre uma lei estadual e um ordenamento jurídico supra-estadual, como é comumente qualificado o Direito Comunitário⁽¹¹⁾.

(10) “*Lições de Direito Internacional Privado*”, 2.^a edição, Coimbra, 1982, pp. 10 e 11.

(11) Sobre este tema, abundantemente tratado na Doutrina, cfr. entre nós, MOTA DE CAMPOS, ob. cit., pp. 447 e ss., J.C. MOITINHO DE ALMEIDA, “*Direito Comunitário. A Ordem Jurídica Comunitária. As liberdades fundamentais na C.E.E.*”, Lisboa, 1985, p. 83 e ss., FAUSTO DE QUADROS, “*Direito das Comunidades Europeias*”, Lisboa, 1984, pp. 410 e ss., Isabel JALLES, “*Implicações Jurídico-constitucionais da adesão de Portugal às Comunidades Europeias. Alguns aspectos*”, cadernos de C.T.F., n.º 116, 1980, pp. 155 e ss.

Cfr., igualmente, René JOLIET, “*Le droit institutionnel des Communautés Européennes. Les institutions. Les sources. Les rapports entre ordres juridiques*”, Liège, 1983, pp. 326 e ss., LASOK & BRIDGES, “*An Introduction to the Law and Institutions of the European Communities*”, 3rd. ed., Londres, 1982, pp. 261 e ss.

Refira-se ainda que a questão se encontra resolvida, para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, desde 15 de Julho de 1964 (Proc.º n.º 6/64, “*Costa c. ENEL*”, Rec. 1964, pp. 1217 e ss.).

No entanto, o Tribunal do Luxemburgo adoptou este mesmo raciocínio para fundamentar a sua recusa em aplicar normas comunitárias a situações do tipo acima descrito.

Da primeira vez que uma questão foi qualificada, por aquele Tribunal, como puramente interna, estava-se perante a seguinte situação:

Uma cidadã britânica foi julgada, no Reino Unido, por um crime de roubo praticado nesse território. Uma das sanções aplicadas pelo Tribunal britânico consistiu em condenar a Ré a permanecer, durante 3 anos, no território da Irlanda do Norte (parte integrante do Reino Unido) e de não se deslocar, durante esse período, ao País de Gales ou a Inglaterra⁽¹²⁾.

Na sequência de um reenvio prejudicial efectuado pela jurisdição britânica, que indagava da compatibilidade desta condenação com as regras comunitárias referentes à liberdade de circulação de Trabalhadores (artigo 48.º do Tratado), o Tribunal de Justiça enunciou a seguinte doutrina:

“O artigo 48.º (...) não visa (...) limitar a competência dos Estados-membros em prever restrições, no seu próprio território, à livre circulação de quaisquer pessoas abrangidas pela sua jurisdição, em execução de leis penais nacionais” acrescentando que *“as disposições do Tratado em matéria de liberdade de circulação de trabalhadores não são aplicáveis a situações puramente internas de um Estado-membro, isto é, na ausência de qualquer elemento de conexão com alguma das situações previstas pelo direito comunitário”*. (sublinhados nossos).

Saliente-se a prudência do tribunal em limitar este enunciado às regras relativas à liberdade de circulação de trabalhadores, embora já o ouvesse afirmado, em abstracto, quanto à liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços⁽¹³⁾.

Este princípio veio a ter aplicação, mais tarde, em outros domínios, como o da circulação de mercadorias (embora sem menção explícita da expressão “situações puramente internas”)⁽¹⁴⁾, e a casos concretos em que se invocavam as liberdades de prestação de serviços ou de estabelecimento.

(12) Ac. de 28.03.79 (“Saunders”), cit. supra, nota (2).

(13) Ac. de 07.02.79, Proc.º 115/78 (“Knoors”), Rec. 1979, p. 399; quanto à prestação de serviços, cfr. Ac. de 18.03.80, Proc.º n.º 52/79, (“Débauve”), Rec. 1988, p. 833.

(14) Cfr. a jurisprudência do T.J.C.E. relativa à lei francesa sobre o preço dos livros, designadamente Ac. de 23.10.86, Proc.º n.º 355/85, (“Cognet”), rec. 1986, p. 3238 e Ac. de 09.04.87, Proc.º n.º 160/86, (“Verbrugge”), Rec. 1987, p. 1783.

Num dos mais recentes, (“M. Público A. GAUCHARD”⁽¹⁵⁾), o Tribunal decidiu-se a fazer, finalmente, um enunciado geral daquele princípio, apesar da prudência manifestada pelo Advogado-Geral, CRUZ VILAÇA.

No caso que originou o reenvio prejudicial estava-se perante um procedimento criminal contra o gerente de um supermercado, em França, que havia procedido a uma extensão da superfície de vendas desse estabelecimento sem obter a autorização exigida pela lei francesa que regulamenta o urbanismo comercial; indagava-se, a esse propósito, se não se trataria de uma restrição ilegítima à liberdade de estabelecimento consagrada no Tratado de Roma.

O Tribunal de Justiça começou por constatar que *“a sociedade que explora o supermercado em causa é francesa, estabelecida em França e o gerente incriminado é de nacionalidade francesa e reside em França”* para concluir que se trataria de uma *“situação puramente interna de um Estado-membro”*.

De seguida, generalizando, declarou que *“A ausência de qualquer elemento que extravase de um quadro puramente nacional num caso concreto tem como consequência, em matéria de liberdade de estabelecimento como em qualquer outro domínio, que as disposições do direito comunitário não serão aplicáveis a essa situação”*. (sublinhados nossos).

Ficou, assim, traçada uma primeira linha de fronteira entre as esferas de incidência dos Direitos nacionais face à do Direito comunitário: terá de existir, no caso concreto, um elemento que, extravasando *“de um quadro puramente nacional”*, assegure a conexão ao Direito comunitário. Ou seja, e como bem se refere no acordão do nosso Supremo Tribunal de Justiça, terá, pelo menos, que existir um *“elemento transfronteiriço”*.

5. Ora, em que deverá traduzir-se este elemento de conexão?

Como vimos, deverá tratar-se de um factor que enquadre o caso concreto em alguma das situações de facto previstas pelo Tratado de Roma ou pelo direito derivado.

Mas existe, desde logo, uma exigência de grau: o elemento de conexão não poderá consistir numa perspectiva puramente hipotética; deverá

(15) Ac. de 08.12.87, Proc.º n.º 20/87, Rec. 1987, p. 4879.

tratar-se de um facto real, sob pena de não constituir “*um vínculo bastante com o Direito comunitário para justificar*” a sua aplicação⁽¹⁶⁾.

Por isso, não será muito comum que, designadamente nas relações entre um dado Estado-membro e os seus próprios nacionais, venham a suscitar-se questões de Direito Comunitário, salvo quando estejam em causa mercadorias ou produtos importados ou exportados, caso em que estará naturalmente presente um elemento “*transfronteiriço*”.

Não obstante, existem situações que, parecendo à primeira vista puramente internas de um Estado, contêm afinal elementos capazes de determinar a aplicabilidade das normas comunitárias. Poderemos sistematizá-las em dois grupos:

Em primeiro lugar, temos a considerar os casos enquadráveis por certas normas que se aplicam a todas as questões que se recaiam no seu âmbito, independentemente de terem carácter interestadual ou puramente interno de um Estado. Embora sejam raras, tais disposições, devido à sua estrutura, à sua redacção e, principalmente, aos interesses que visam salvarguardar, regulam directamente determinadas questões, independentemente de existirem no caso elementos de estraneidade que extravasem do plano nacional.

O exemplo mais flagrante encontra-se no artigo 119.º do Tratado de Roma, que estabelece o princípio da igualdade de remunerações, por trabalho igual, entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos. Esta norma, a que foi reconhecido efeito directo, no célebre acordão DEFRENNE II⁽¹⁷⁾, impõe-se não só no âmbito das relações entre um Estado e os seus próprios nacionais, como até nas relações destes últimos entre si⁽¹⁸⁾.

(16) Ac. de 28.06.84, Proc.º 180/83 (“*Hans Moser*”), Rec. 1984, p. 2539, em que um cidadão alemão, candidato a um estágio de formação de professores primários, na R.F.A., e recusado por motivos políticos, alegava que tal recusa o privaria de usufruir, no futuro, da possibilidade de exercer aquela profissão noutros Estados-membros, o que contrariaria a liberdade de circulação de trabalhadores.

(17) Ac. de 08.04.76, Proc.º 43/75, Rec. 1976, pp. 455 e ss..

(18) A oponibilidade de uma norma comunitária nas relações entre particulares foi designada por “*efeito directo horizontal*” (cfr., a este propósito, JOLIET, ob. cit., p. 315 e ss. e I. JALLES, ob. cit., p. 123). Convém sublinhar, porém, a delicadeza da apreciação de situações à luz deste artigo 119.º, dado o melindre da análise do requisito da

Em casos deste tipo, como salientou o Tribunal nessa decisão, estão em causa “*objectivos sociais da Comunidade, que não se limita a uma união económica*”.

Por essa razão, os respectivos elementos de conexão não têm a ver, necessariamente, com o exercício das liberdades típicas que resultam do Tratado, nem são, necessariamente, de carácter “transfronteiriço”. Mas trata-se, apesar de tudo, de situações de expressão reduzida na ordem jurídica comunitária.

6. Um segundo grupo de casos, a que já nos referimos, abrange aqueles em que um cidadão de certo Estado-membro recebe deste um tratamento legal menos favorável do que aquele que é dispensado — por esse mesmo Estado — aos cidadãos dos outros Estados-membros.

Esta diferenciação — denominada discriminação “*à rebours*” — resulta, normalmente, da existência de normas comunitárias imperativas que obrigam um Estado-membro a conceder determinados benefícios aos cidadãos dos demais parceiros comunitários, quando esse mesmo Estado não atribui tais benefícios aos seus próprios nacionais.

Ou seja, e na sugestiva fórmula avançada por um autor inglês, “*reverse discrimination arises when a national of a Member State is disadvantaged because he or she may not rely on a protective provision of Community law when a national of another Member State in otherwise identical circumstances may rely on that same provision*”⁽¹⁹⁾.

Este problema tem sido vivamente discutido na doutrina europeia e, mesmo a nível das instituições comunitárias, não tem sido entendido de forma unânime por todos os intervenientes nos recursos prejudiciais que versaram sobre o tema.

Assim, e num extremo, poder-se-ão colocar aqueles que, como o Advogado-geral WARNER, defendem que o artigo 7.º do Tratado de

(continuação da nota 18)

igualdade de funções; sobre este tema, cfr. a detalhada exposição de MOITINHO DE ALMEIDA, ob. cit., pp. 432 e ss.

Refira-se, aliás, que existem decisões recentes reconhecendo a legitimidade de trabalhadores masculinos em se prevalecerem desta norma para evitar discriminações retributivas (Ac. de 03.12.87, Proc.º n.º 192/85, “*George Noel Newstead*”, Rec. 1987, p. 4921).

(19) David PICKUP, “*Reverse discrimination and freedom of movement for workers*”, *Common Market Law Review*, 23, 1986, p. 137.

Roma proíbe discriminações “tanto de um Estado-membro contra os seus próprios nacionais como de um Estado-membro contra os nacionais doutros Estados”⁽²⁰⁾. Daqui resultaria, obviamente, a eliminação completa de toda a discriminação “à rebours”, em domínios abrangidos pelo Tratado.

No entanto, não foi este o caminho trilhado pelo Tribunal de Justiça, que, além do mais, só recentemente pareceu admitir a aplicabilidade directa do referido artigo 7.º e, mesmo assim, em situações em que o cidadão desfavorecido não é nacional do Estado a quem se opõe⁽²¹⁾.

Isto posto, será legítimo concluir que os nacionais de um dado Estado-membro ficarão privados de beneficiar das disposições comunitárias, de que usufruem os não-nacionais, quando tais benefícios lhes sejam negados pela legislação do seu próprio país?

A questão é delicada, e merece alguma aprofundamento.

7. Ao nível puramente textual, as disposições do Tratado com relevo nesta matéria não apontam para soluções idênticas: No domínio da liberdade de circulação de trabalhadores (artigo 48.º, n.º 2) prescreve-se “a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros (...)”, sem distinguir, portanto, entre os estrangeiros e os nacionais de um dado Estado; assim, a redacção desta norma apontaria para a proibição, pura e simples, da discriminação “à rebours”.

No âmbito da liberdade de estabelecimento, a incidência recai especificamente sobre os “nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro” (artigo 52.º do Tratado), pressupondo-se claramente a não-coincidência entre a origem nacional e o país de acolhimento do beneficiário.

De sentido análogo, as normas relativas à liberdade de prestação de serviços referem-se aos “nacionais dos Estados-membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação” (artigo 59.º), bem como àqueles que pretendem “exercer, a título temporário, a sua actividade no estado onde a prestação é realizada”, ou seja, num

(20) Conclusões apresentadas no Proc.º n.º 132/78. que originou o Acórdão de 07.02.79, Rec. 1979, p. 437.

(21) Ac. de 13.02.85, Proc.º n.º 293/83 (“Gravier”), Rec. 1985, pp. 593 e ss..

Estado diferente daquele em que se encontram estabelecidos (artigo 60.º). Parecia, portanto, que estas normas apenas aproveitariam aqueles que fossem alvo de discriminação no exterior do seu país de origem, ou por parte de autoridades dos outros Estados-membros.

No entanto, a jurisprudência do Tribunal das Comunidades, que nunca se prendeu demasiado com o teor literal das normas, evoluiu num sentido diferente do que resultaria de uma análise centrada apenas na redacção do Tratado.

Na verdade, aquando de um reenvio prejudicial relativo à interpretação de uma directiva em matéria de liberdade de estabelecimento — o célebre caso KNOORS — o Tribunal admitiu claramente a aplicabilidade das normas dessa directiva, apesar de se tratar de uma questão “aparentemente interna” de um Estado.

No caso em apreço, um cidadão holandês que residira durante vários anos na Bélgica, exercendo a profissão de canalizador, pretendia estabelecer-se, no mesmo ofício, na Holanda. Contudo, as autoridades do seu país natal recusaram-lhe a necessária autorização, porquanto aquele profissional não dispunha das habilitações exigidas pela lei holandesa; e, embora existisse uma directiva destinada a promover a liberdade de estabelecimento, impondo aos Estados de acolhimento a aceitação, como habilitação bastante, do exercício efectivo da profissão no Estado-membro de proveniência, as autoridades holandesas entendiam que tal benefício não era extensível aos seus próprios nacionais.

O Tribunal, admitindo embora que as disposições do Tratado não se aplicam a situações puramente internas dos Estados-membros, constatou que as normas da directiva em questão não subordinavam a sua aplicação ao facto de o Estado de acolhimento ser diverso do Estado de que o beneficiário era nacional. E, assim, considerando que os nacionais de todos os Estados podem invocar as disposições da directiva “*desde que se enquadrem objectivamente numa das situações previstas*” pela norma, o acórdão prosseguiu, declarando que as liberdades de circulação de pessoas, de estabelecimento e de prestação de serviços “*não seriam plenamente implementadas se os Estados-membros pudessem recusar o benefício das disposições do Direito Comunitário àqueles, dentre os seus nacionais, que tivessem feito uso das facilidades existentes em matéria de circulação e de estabelecimento e obtido, através das mesmas, as qualificações profissionais previstas na directiva, num país membro diferente daquele de que possuem a nacionalidade*”⁽²²⁾.

Ou seja, tratando-se de disposições que estabeleçam um regime uniforme, aplicável sem distinção a todos os cidadãos comunitários, os nacionais de um dado Estado-membro poderão prevalecer-se dessas normas, mesmo contra esse mesmo Estado, desde que se posicionem de molde a enquadrarem-se “objectivamente” na previsão legal. Este enquadramento objectivo pode, pois, resultar do facto de esses cidadãos haverem exercitado os direitos decorrentes das normas comunitárias relativas à liberdade de circulação de pessoas.

Tal exercício, portanto, faz emergir na ordem jurídica comunitária um elemento de conexão que desencadeia a sua aplicação⁽²³⁾.

Parece, assim, que a discriminação “à rebours”, no âmbito da liberdade de estabelecimento, só é incompatível com o Direito Comunitário quando nesse domínio existam normas de direito derivado aplicáveis indistintamente aos cidadãos comunitários, independentemente de serem ou não nacionais do Estado de acolhimento.

Por outro lado, as disposições comunitárias que permitem obstar à discriminação “à rebours” só poderão ser invocadas por cidadãos comunitários que tenham, como foi dito, exercitado os direitos decorrentes da

(22) Proc.º n.º 115/78 (“Knoors”), cit., considerando 17 a 22; de sentido análogo, Ac. de 06.10.81, Proc.º n.º 246/80 (“Broekmeulen”), Rec. 1981, pp. 2324 e ss.

(23) Estes princípios tiveram já aplicação na jurisprudência portuguesa, num caso de um emigrante português em França, regressado definitivamente a Portugal em início de 1986, e que invocou em seu favor o regime de uma directiva comunitária em matéria de carta de condução automóvel (Directiva n.º 80/1263/CEE de 04 de Dezembro de 1980) para se furtar à disciplina estabelecida pelo disposto no artigo 46.º, n.º 1 do Código da Estrada.

Embora sem analisar a questão da eventual discriminação “à rebours” que resultaria da aplicação, ao caso dos autos, da legislação portuguesa, o Tribunal da Relação de Coimbra decidiu conceder ao Réu a protecção decorrente daquela Directiva.

Duvidosa — conforme se salienta no excelente parecer emitido pelo Ministério Público — era a questão de saber se, à data dos factos, tal Directiva seria já directamente aplicável em Portugal. Atento o prazo de um ano previsto na directiva em causa para a sua aplicação, bem como o facto de a adesão produzir efeitos apenas a partir de 1 de Janeiro de 1986, e tendo ainda presente o disposto no artigo 392.º do Tratado de Adesão, parece-nos que tal directiva não poderia ter-se aplicado a factos ocorridos em 11 de Março de 1986. Perdeu-se, na ocasião, um bom ensejo de solicitar ao Tribunal de Justiça das Comunidades o esclarecimento da questão, através do mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 177.º do Tratado de Roma.

(Cfr. Ac. Relação de Coimbra, de 30 de Julho de 1986, in B.M.J. n.º 360, pp. 307 e ss.).

liberdade de circulação de pessoas. De facto, havendo permanecido sempre no interior do Estado de origem, sem nunca ter exercido actividade noutra país da Comunidade, um cidadão de um Estado-membro pode ficar à margem da incidência de certas normas e, como tal, privado de determinados benefícios. Foi o que sucedeu no caso MORSON⁽²⁴⁾, em que um trabalhador holandês pretendia acolher em sua casa, na Holanda, e com carácter definitivo, os seus pais, cidadãos do Suriname; perante a recusa das autoridades holandesas, invocou o artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68, do Conselho⁽²⁵⁾, relativo à liberdade de circulação de Trabalhadores, que consagra o direito dos ascendentes “*a cargo*” de um trabalhador, a instalarem-se junto deste, seja qual for a sua nacionalidade. Contudo, esse artigo 10.º refere-se expressamente a um “*trabalhador nacional de um Estado-membro empregado no território de um outro Estado-membro*”, o que levou o Tribunal de Justiça a considerar esta disposição inaplicável por inexistir qualquer elemento de conexão com o direito comunitário, uma vez que aquele cidadão holandês nunca havia “*exercido o direito à liberdade de circulação no interior da Comunidade*”⁽²⁶⁾.

Por injusta que seja, a solução decorre simplesmente da constatação de que o cidadão holandês e os seus pais surinameses não se haviam colocado numa posição enquadrável objectivamente pelo referido Regulamento. No desabafo de um comentador “*three months work in another Member State, would, perhaps, have made the world of difference to the application of the dependant parents*”.

Não obstante, não será prudente concluir-se que toda e qualquer estadia no exterior do país de origem, ainda que no exercício de uma actividade económica, desencadeia necessariamente a aplicação das normas comunitárias do tipo acima referido. Isto porque o Tribunal do Luxemburgo achou por bem dotar o regime de discriminação “*à rebours*” de uma válvula de escape, reconhecendo aos Estados-membros o direito de impedir que, “*recorrendo aos benefícios decorrentes do Tratado, alguns dos*

(24) Ac. de 27.10.82, Proc.º ap.os n.º 35 e 36/82, Rec. 1982, pp. 3721 e ss.

(25) Regulamento de 15.10.68, publicado no J.O.C.E. n.º 1257, de 19.10.68.

(26) Para um comentário a este acórdão, vd. Gérard DRUESNE, “*Liberté de Circulation de Personnes*” (Crónica de Jurisprudência), Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1984, pp. 289 e ss.

seus cidadãos tentem subtrair-se abusivamente à influência da legislação nacional". Esta restrição, enunciada no acordão KNOORS e repetida no caso AUER (I)⁽²⁷⁾, introduz um elemento de incerteza no regime exposto, na medida em que não se explicitou em que consiste a "subtracção abusiva", admitindo-se que se trate de algo situado entre os conceitos do abuso do direito e da fraude à lei.

Analisemos de seguida o âmbito de aplicação da proibição da discriminação "à rebours".

A jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo foi clara ao condenar esse tipo de discriminação quando a mesma ocorra no domínio da "liberdade de circulação", tendo referido expressamente, além do direito de estabelecimento e da prestação de serviços, a norma do artigo 48.º do Tratado, que regula a liberdade de circulação de trabalhadores⁽²⁸⁾.

Não obstante, esta posição de princípio (favorável à proibição da "reverse discrimination" no âmbito da liberdade de circulação dos trabalhadores) não foi até à data aplicada pelo Tribunal em casos concretos.

Esta omissão tem suscitado críticas de certos autores que referem ser incompreensível que, justamente num domínio em que o próprio Tratado (artigo 48.º) parece equiparar os trabalhadores de todos os Estados-membros sem referências à sua nacionalidade ou origem, não se haja ainda deparado com um reconhecimento claro da ilegitimidade daquela discriminação⁽²⁹⁾.

Julgamos, contudo, que para além do acaso que governa o suscitar das questões, existe uma explicação satisfatória para este estado de coisas, a que voltaremos mais adiante.

8. Como é óbvio, a possibilidade de um Estado tratar os interesses dos seus próprios nacionais menos favoravelmente que os dos cidadãos doutros Estados-membros, não se confina à circulação de pessoas e prestação de serviços.

(27) Ac. de 07.02.79, Proc.º n.º 136/78, Rec. 1979, p. 449.

(28) Ac. "Knoors", cit., considerandos 19 e 20.

(29) Cfr. PICKUP, ob. cit., pp. 151 e 152.

Essa questão pode colocar-se noutros domínios do Direito Comunitário, como a liberdade de circulação de mercadorias.

Tal não significa, porém, que devam estender-se a esta matéria as soluções já apontadas para a circulação de pessoas.

De facto, e de há longo tempo a esta parte, o Tribunal de Justiça tem evitado admitir essa possibilidade. Chegou mesmo a dar sinais de sentido negativo, ao restringir o alcance de um acordão proferido em aplicação do artigo 30.º do Tratado, declarando que o mesmo “*visa apenas o tratamento aplicado aos produtos importados doutros Estados-membros (...)*”⁽³⁰⁾.

Por seu lado, a regra da proibição da discriminação no domínio da fiscalidade indirecta (artigo 95.º, n.º 1) foi já expressamente interpretada no sentido de não obstar a um tratamento menos favorável dos produtos nacionais. Assim sucedeu no acordão BOBIE, em que o Tribunal afirmou “*que, deixando aberta a possibilidade de um Estado membro aplicar ao produto importado um regime tributário diferente do previsto para o produto nacional similar, esta disposição só admite tal possibilidade quando o nível da tributação do produto importado permanece, em qualquer circunstância, igual ou inferior ao que se aplica ao produto nacional similar*”⁽³¹⁾.

Esta atitude indiciava — como referiu em 1984 Paul DEMARET que a discriminação desfavorável aos produtos nacionais seria uma questão a resolver unicamente pelo legislador nacional⁽³²⁾.

E, recentemente, em vários acordãos proferidos a respeito da denominada lei “*Lang*” sobre a fixação do preço dos livros, em França, de novo o Tribunal evitou comprometer-se com uma resposta definitiva, embora não tenha deixado de afirmar que “*tratando-se do princípio geral da não-discriminação convém precisar que um tratamento desfavorável dos pro-*

(30) Ac. de 14.12.82, Proc. ap.os n.º 314 a 316 (“*Waterkein*”), Rec. 1982, p. 4358; no mesmo sentido, cfr., designadamente, Ac. de 13.03.79, Proc.º N.º 86/78 (“*Grandes Distilleries Peureux*”), Rec. 1979, p. 897, Ac. de 16.12.80, Proc.º n.º 27/80 (“*Fietje*”), Rec. 1980, p. 3839 e Ac. de 19.02.81, Proc.º n.º 130/80 (“*Kelderman*”) Rec. 1981, p. 527.

(31) Ac. de 22.06.1976, Proc.º n.º 127/75, Rec. p. 1086, Considerando 3.

(32) “*Les quatre libertés fondamentales du Marché Commun — Syllabus et dossier de documentation*”, Collège d’Europe, Bruges, 1984, p. 43.

duto de fabrico nacional em relação aos produtos importados (...) não releva do campo de aplicação do direito comunitário"⁽³³⁾.

Desta jurisprudência chegou a haver quem retirasse a conclusão da total irrelevância, para o Direito Comunitário, da discriminação "*à rebours*", no domínio da circulação de mercadorias⁽³⁴⁾. Isto porque a legislação francesa em discussão — que previa um regime de fixação de preço de venda mais restritivo para os livros impressos em França e aí vendidos ao público do que para esses mesmos livros quando houvessem sido exportados e depois reimportados — não foi julgada incompatível com as normas do Tratado de Roma.

A referida conclusão baseou-se sobretudo na seguinte passagem: "*nem o artigo 7.º do Tratado C.E.E., nem qualquer outra disposição ou princípio do Tratado C.E.E., se aplicam a uma diferença de tratamento (no quadro de uma legislação que prevê a fixação, pelo editor ou pelo importador, do preço de venda ao público dos livros, obrigatório para todos os retalhistas), segundo a qual o preço dos livros editados e impressos no Estado-membro, em questão, é livre, quando se trata de livros reimportados após prévia exportação para outro Estado-membro, ao passo que é imposto pelo editor quando se trata de livros que não atravessaram uma fronteira intracomunitária no decurso da sua comercialização*" (sublinhado nosso).

Ora, salvo melhor opinião, não parece que esta passagem permita concluir pela inaplicabilidade, à circulação de mercadorias, da doutrina tradicional da discriminação "*à rebours*". Senão vejamos:

Por um lado, nestes acordãos, o Tribunal refere-se apenas a disposições do **Tratado**; ora, nos casos em que a discriminação desfavorável aos nacionais foi julgada como incompatível com o Direito Comunitário estiveram sempre em causa normas de **direito derivado**, estabelecendo regimes mais específicos e detalhados do que os resultantes das regras fundamentais consagradas no Tratado.

Por outro lado, e principalmente, haverá que analisar atentamente a situação de facto presente nos acordãos em questão. E, nessa perspectiva,

(33) Cfr. Proc.º n.º 355/85 ("*Cognet*") e Proc.º n.º 160/86 ("*Verbrugge*"), *cits. supra*, nota (14).

(34) Cfr. Bernard GRELON, "*La 'Loi Lang' sur le prix du livre et la discrimination à rebours*", R.T.D.E., 23, 1987, pp. 412 e 413.

onde alguns pretenderam ver um caso típico de discriminação “a rebours” existia apenas uma “situação puramente interna”, nos termos anteriormente descritos. Na verdade, os produtos que eram alvo do tratamento mais desfavorável eram, na expressão do Tribunal, “*livros que não tenham cruzado uma fronteira intracomunitária no decurso da respectiva comercialização*”.

Isto é, inexistia, quanto a esta situação, qualquer elemento de conexão com alguma das situações previstas pelo Direito Comunitário; como inexistia, aliás, qualquer dos dois requisitos que atribuem relevância comunitária à discriminação “à rebours”: normas que enquadrem “objectivamente” a situação e terem-se exercitado, no caso correcto, os direitos decorrentes do Tratado.

Tratava-se, portanto, de uma situação puramente interna do estado francês, na medida em que estavam em causa mercadorias que não haviam “*cruzado uma fronteira intracomunitária*”.

Curiosamente, nas diversas situações previstas na lei francesa, existia uma que poderia gerar um caso de discriminação “à rebours” com relevância comunitária, a saber, o dos livros exportados e depois reimportados em França. Aí sim, tais bens estariam colocados numa posição que relevaria “*objectivamente*” das regras da liberdade de circulação das mercadorias. Só que, nesses casos, a lei francesa aplicava precisamente o regime mais favorável... o que não aconteceu certamente por acaso. Discriminação “à rebours”, ou eventualmente contrária ao Direito Comunitário, teria ocorrido justamente se a França impusesse o regime restritivo apenas àqueles — de entre todos os livros importados — que houvessem sido inicialmente exportados de França, com o fundamento de que, quanto a estes, não se impunha a liberdade de circulação comunitária, por serem mercadorias de origem nacional.

É nisto que consiste essa discriminação: um cidadão ou um produto, colocados na posição de beneficiários das normas comunitárias, verem-se sujeitos a discriminação em relação aos estrangeiros, pela simples e exclusiva razão de serem nacionais ou originários do Estado que a pratica.

Sendo assim, tudo continua em aberto, no que respeita à liberdade de circulação de mercadorias. Se é certo que a jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo não consagrou, ainda, a ilegitimidade da discriminação, por um dado Estado, das mercadorias nacionais em relação às importadas,

quando ambas se encontrem objectivamente na mesma situação, não é menos certo que tal possibilidade nunca foi eliminada, até à data.

9. Isto posto, parece indiscutível que — no actual estágio da integração — existem diversas situações de discriminação que escapam à incidência das normas comunitárias.

Tal conclusão não deixa de ser chocante, especialmente se recordarmos que a ideia-base que norteou a integração europeia foi e é a criação de um espaço económico e porventura político em que a nacionalidade deixasse de ser um factor de distinção entre as pessoas.

Ora, nas situações que analisamos, é precisamente o facto de alguém ser nacional de um certo Estado que parece legitimar um tratamento desfavorável, a que os nacionais doutros Estados são poupados. E, embora “às avessas”, não deixa por isso de ser discriminação baseada na nacionalidade.

No entanto, e mau grado as injustiças a que possa conduzir, o regime que ficou exposto parece-nos dotado de uma inquestionável coerência técnico-jurídica.

De facto, não pode retirar-se dos Tratados mais do que eles contêm, ainda que implicitamente.

Neste sentido, haverá que ponderar no seguinte:

A lógica de funcionamento do Mercado Comum europeu — que está longe do estágio de uma União Económica — visa a eliminação das discriminações no que toca à circulação dos factores de produção. Esta eliminação foi prosseguida mediante a consagração de uma regra simples, de que existem aplicações ao longo de todo o Tratado de Roma: o princípio do “tratamento nacional”.

Esta foi a chave usada pelos autores do Tratado para abrirem as fronteiras dos Estados-membros. Impondo-lhes a obrigação de tratarem os cidadãos dos demais parceiros europeus de forma idêntica à que tratam os seus próprios nacionais, conseguir-se-ia, senão a uniformidade — que pressupõe harmonização — pelo menos a fluidez indispensável nos movimentos de pessoas, bens, serviços e capitais para se avançar decididamente na criação de um mercado único.

Como é óbvio, esse mercado unitário pressupõe um nível de integração muito superior ao que resulta de um simples mercado comum: haverá que eliminar distorções resultantes de políticas económicas distintas e de divergentes legislações com incidência na actividade económica.

Actualmente, como é sabido, existem já certas políticas comuns e um acervo considerável de legislação comunitária ou harmonizada, no âmbito económico, o que não significa que não haja ainda um longo caminho a percorrer até à União Económica e Monetária, que estabelecerá, então, um mercado único no espaço comunitário.

Sendo assim, o panorama actual da integração europeia situa-se em **dois planos distintos**: a par de áreas já harmonizadas, existem domínios extensos, em que as prescrições comunitárias se limitam a impôr a regra do tratamento nacional.

Ora, por contraditório que pareça, a regra do “tratamento nacional” não obriga os Estados a tratarem de forma idêntica os seus nacionais e os cidadãos dos demais Estados-membros. O sentido deste princípio visa apenas impedir que tal tratamento seja, para os estrangeiros, menos favorável do que o concedido aos nacionais, constituindo assim um **padrão, mínimo**, que é imposto a cada Estado. Por isso mesmo, tal regra não é violada quando os Estados — indo além do que lhes é exigido — proporcionem condições mais favoráveis aos estrangeiros do que as que concedem aos seus próprios nacionais. Para assegurar igualdade de tratamento, não basta fixar-se um “limiar” mínimo, é necessária a harmonização.

Por outro lado, convém não esquecer que a construção europeia, porque progressiva, visou mais a eliminação das barreiras que se opunham à livre circulação dos factores de produção, do que propriamente a instituição de um sistema acabado que gerasse, de cima para baixo, um espaço económico e político unitário. Foi o que se designou, aliás, por estratégia “funcionalista”.

Por isso, a tarefa a empreender prendeu-se sobretudo com o desmantelamento progressivo dos obstáculos — proteccionistas — com que os diversos Estados defendiam as respectivas economias.

Assim, poder-se-á compreender que tenha sido negligenciada a possibilidade inversa, ou seja, a discriminação, pelos Estados, em detrimento dos seus próprios nacionais.

E, de facto, parece ter sido isso mesmo que aconteceu⁽³⁵⁾:

Visando primariamente eliminar o protecționismo e o chauvinismo dos Estados, os fundadores da Comunidade não a terão apetrechado para combater o fenómeno inverso.

(35) Neste sentido, David PICKUP, ob. cit., p. 149.

É daqui que deriva o problema da discriminação “à rebours”, na medida em que **as regras do Tratado de Roma não se destinavam a evitar que os Estados discriminem contra os seus próprios nacionais**, mas sim a impedir que aqueles favoreçam estes em detrimento dos cidadãos dos demais Estados-membros.

Pois bem, é à luz destas duas considerações que deverá perspectivar-se a demarcação das esferas de incidência das normas comunitárias e das normas nacionais.

10. Quando esteja em causa uma situação enquadrável apenas por normas que consagrem a regra do “tratamento nacional”, ou a questão da discriminação “à rebours” não se coloca — por serem idênticas as disposições aplicáveis aos estrangeiros e aos nacionais — ou, não o sendo, tal regra será inútil para os nacionais do Estado em causa, porquanto não poderão prevalecer-se da mesma. Como vimos, esse princípio não proíbe toda e qualquer discriminação, limitando-se apenas a prescrever um padrão mínimo, de que os nacionais — por definição — já beneficiam.

Quando, porém, o Direito Comunitário estabelecer um **grau de protecção superior** — normalmente ao nível do direito derivado e designadamente através de directivas — poderá então surgir uma diferença de regimes, caso o Estado-membro em questão não adopte o padrão comunitário por forma a abranger, também, os seus próprios nacionais. Numa hipótese deste tipo, será possível que ocorram diferenças de tratamento, entre estes últimos e os nacionais de outros Estados-membros, os quais beneficiam da protecção conferida pela legislação comunitária.

Esta modalidade de discriminação, em princípio, não releva do Direito Comunitário. Por um lado, porque este ordenamento não se destina, como vimos, a proteger os cidadãos contra os seus próprios Estados de origem. Por outro, porque as normas comunitárias não se aplicam a situações puramente internas dos Estados-membros.

Contudo, **a discriminação adquire relevância** logo que um desses impedimentos seja afastado: ou porque se trata de aplicar uma norma que — excepcionalmente — se aplica a todas as situações independentemente da nacionalidade dos intervenientes, como é o caso do artigo 119.º do Tratado; ou porque o caso em apreço se configura como segue: Sendo abstractamente aplicável uma disposição que estabeleça um regime que não pressuponha diferenças de nacionalidade ou de origem dos intervenientes, qualquer cidadão que se enquadre objectivamente na previsão

legal beneficiará desse regime, ainda que invoque essa norma contra o seu próprio Estado. Estará normalmente nesta situação objectiva um cidadão que haja feito uso das faculdades concedidas pelo Tratado, designadamente da liberdade de circulação.

Ao colocar-se numa tal situação, o potencial beneficiário das normas comunitárias faz surgir um elemento de conexão que desencadeia a aplicação das mesmas. A existência deste factor constitui portanto a chave que abre a fronteira das situações puramente internas para dar acesso aos benefícios concedidos por aquele Ordenamento.

Ele confere relevância jurídica à discriminação "*à rebours*".

Em contrapartida, na ausência deste requisito nada impede, à luz do Direito Comunitário, que um Estado trate mais favoravelmente os estrangeiros do que os seus próprios nacionais.

**REENVIO PREJUDICIAL
DO TRIBUNAL FISCAL ADUANEIRO
DO PORTO
PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS**

(ART. 177.º DO TRATADO CEE)

NOTA

Com origem no Tribunal Fiscal Aduaneiro do Porto, deu entrada a 14 de Novembro de 1989 na Secretaria do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) o primeiro reenvio prejudicial efectuado por uma jurisdição portuguesa, que agora se publica⁽¹⁾.

O referido tribunal foi assim, entre nós, o pioneiro no accionamento do artigo 177.º do Tratado institutivo da Comunidade Económica Europeia, que estabelece um mecanismo de cooperação entre as jurisdições nacionais e o TJCE, visando assegurar a uniformidade de interpretação aplicação do direito comunitário.

Qual a necessidade de um mecanismo deste tipo?

Por força dos princípios da primazia e do efeito directo do direito comunitário, os órgãos jurisdicionais nacionais são chamados a aplicar aos litígios que têm de dirimir, os preceitos relevantes da ordem jurídica comunitária.

Sucedem que a ordem jurídica comunitária tem características que a revestem de uma especificidade própria, tornando-a autónoma, quer em relação ao direito internacional público, quer em relação aos direitos nacionais dos Estados-membros. Com as Comunidades Europeias, nasceu uma ordem jurídica nova, que faz apelo a conceitos e princípios que não encontram paralelo nos conceitos e princípios com que os juristas estavam habituados a lidar. As dificuldades de interpretação deste sistema são assim, óbvias.

(1) Este reenvio deu origem ao Processo C-348/89.

Acresce que o direito comunitário é aplicado no território de doze Estados diferentes, herdeiros de tradições jurídicas díspares. Nada mais natural que o intérprete seja levado, ainda que involuntariamente, a assimilar o direito comunitário ao “seu” direito nacional, procurando naquele os conteúdos que está habituado a encontrar neste. Esta atitude multiplicada por doze traduzir-se-ia na cisão de um direito que se pretende uniforme em vários direitos que de comunitário só teriam o nome.

Há ainda que pensar que todos os textos de direito comunitário são redigidos nas nove línguas oficiais das Comunidades, sendo que todas as versões fazem fé. Obviamente que o que possa ser claro numa das versões pode não o ser noutra. O que se impõe como evidente ao juiz português, poderá não se impor com igual clareza ao juiz de qualquer outro Estado-membro.

Todos estes factores põem em risco a fundamental unidade do direito comunitário. É para a assegurar que surge o artigo 177.º.

Basicamente, ele atribui a obrigação às jurisdições de cujas decisões não caiba recurso de direito interno — e a faculdade a todas as outras — de submeter ao TJCE as questões de interpretação e apreciação de validade do direito comunitário, cuja resolução seja necessária à decisão do litígio que têm dirimir.

O mecanismo instituído pelo artigo 177.º, baseando-se numa repartição de funções entre as jurisdições nacionais e o TJCE, em que a resolução das questões relacionadas com o direito comunitário é atribuída a este, assegura a correcta e, logo, uniforme aplicação do complexo normativo comunitário.

A publicação do presente despacho de reenvio justifica-se, não só por se tratar do primeiro com origem no nosso país, mas também porque nele se pode constatar a presença de algumas características que o TJCE tem julgado úteis para uma melhor resposta às questões que lhe são colocadas.

Desde logo, verifica-se que o órgão reenviante teve o cuidado de submeter as questões prejudiciais à apreciação do TJCE num momento em que o quadro factual do litígio se encontrava já definido. É apenas nesse momento que o juiz tem uma compreensão completa dos problemas que se levantam e, portanto, do exacto teor das questões de direito comunitário envolvidas. Acresce que a indicação dos factos apurados permite ao TJCE entrar em linha de conta com o circunstancionalismo do caso concreto e, assim, emitir um acórdão que não se fique pela enunciação abstracta de princípios que pouca ligação terão com o litígio.

Por outro lado, nota-se a preocupação do juiz nacional em explicar pormenorizadamente os pontos que para si resultaram duvidosos e a razão das suas dúvidas, adiantando ainda a sua opinião quanto à solução a dar às questões que submete ao TJCE. Também esta é uma conduta vista com bons olhos, uma vez que ela implica que a jurisdição reenviante tenha uma visão completa dos pontos que há que ter presentes para que possa ser emitida uma decisão prejudicial, para além de permitir ao TJCE aperceber-se, com rigor, da verdadeira natureza das dúvidas do juiz nacional, tornando assim possível uma resposta eficaz.

M. A. A.

**EXCELENTÍSSIMOS SENHORES JUIZES
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS**

O TRIBUNAL FISCAL ADUANEIRO DO PORTO, órgão integrado na jurisdição administrativa e fiscal portuguesa, vem, ao abrigo do disposto no art.º 177.º do Tratado CEE, proceder ao reenvio prejudicial para V. Exas. do presente recurso contencioso de acto de liquidação de receita tributária aduaneira, o que faz nos termos seguintes:

1.º Relatório

Inconformada com o acto de liquidação “a posteriori” de receita tributária aduaneira, no montante de 3.611.559\$00, comunicado pelo escritório

n.º 119, Proc.º C.F. 1/30, Livro 23, de 30.1.89, da Alfândega do Porto (Serviço de Despacho), contra ele recorreu a importadora MECANARTE — MATALÚRGICA DA LAGOA, LDA., contribuinte n.º 500189005, com sede em Lagoa, S. Tiago de Bougado, Santo Tirso, pedindo a sua anulação com os seguintes fundamentos:

- a) A liquidação “a posteriori” resulta do facto de a Administração Aduaneira alemã ter invalidado o EUR 1 n.º D 790072 com base no qual a mercadoria foi importada em Portugal, pelo facto de haver sido induzida em erro quanto à sua origem, que não é sueca, como se declarou, mas da Alemanha oriental;
- b) A Alfândega do Porto carece de competência para efectuar a referida liquidação, porque, sendo a mesma de montante superior a 2000 ECUS, só pela Comissão das Comunidades Europeias podia ser efectuada;
- c) O acto de liquidação impugnado padece de vício de violação de lei, por ter resultado de uma errada interpretação e aplicação do art.º 5.º do Reg. (CEE) n.º 1697/79 e do art.º 4.º do Reg. (CEE) n.º 1573/80, já que estas disposições são bem claras ao mostrar que o erro a que a primeira se refere é das autoridades que fazem a liquidação e exigem o pagamento;
- d) Que recai sobre as autoridades aduaneiras o ónus da prova dos factos que fundamentaram a invalidação, o que elas não fizeram.

A autoridade recorrida — Exmo. Chefe do Serviço da Conferência Final da Alfândega do Porto — prestou, a fls. 17 a 19, a sua informação sobre os elementos oficiais respeitantes à liquidação impugnada e sobre a restante matéria do pedido e juntou fotocópias do processo de cobrança “a posteriori” n.º 798/88.

Regularmente notificado, o Exmo. Representante da Fazenda Pública junto deste Tribunal não respondeu ao recurso.

2.º Fundamentos

2.1. *Factos que se julgam provados*

- a) A MECANARTE adquiriu à fornecedora da RFA, SCHMOLZ + BICKENBACH, uma partida de 42 atados de chapa de aço lami-

- nada a quente, através da sociedade SEIM — SOCIEDADE DE EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAIS, LDA. que é agente em Portugal daquela empresa alemã;
- b) Tal partida de aço foi importada através da declaração de importação para consumo n.º de ordem 5197, de 2.2.87, n.º de registo de liquidação 17731, de 3.6.87 e n.º de receita 39299, de 4.6.87, da Delegação Aduaneira de Leixões;
- c) No acto da aceitação da referida declaração, foi presente o certificado de circulação de mercadorias modelo EUR 1 n.º D 790072, emitido em Dusseldorf em 18.2.86, assim como a factura comercial n.º 0001 de 18.2.86 da firma alemã, onde consta que as mercadorias aí descritas — chapa de aço laminada a quente — eram originárias da RFA;
- d) A mercadoria em causa foi declarada como procedente da RFA, foi-lhe aplicado o regime CEE e classificada pelos códigos pautais 73.13.230.100 j e 73.13.260.000 t, tendo-lhe sido aplicada a taxa CEE livre;
- e) Por carta de 29.3.88, o Serviço de Fiscalização Aduaneira de Dusseldorf comunicou à Direcção-Geral das Alfândegas que o certificado EUR 1, n.º D 790072, tinha sido invalidado por ter sido indevidamente emitido por empregados da firma SCHMOLZ + BICKENBACH, pois os produtos de aço laminado referidos nos certificados eram originários da RDA e não da RFA ou da Suécia;
- f) Que esta conclusão de que a Administração Aduaneira alemã havia sido induzida em erro resultou da realização de investigações junto da firma SCHMOLZ, pois a mercadoria, contrariamente à menção relativa ao porto de ca. ga sueco “Uddevalla”, constante dos conhecimentos referentes à embarcação “Patrícia Z.S.”, não é procedente da Suécia, e a firma sueca indicada como expedidor — “Uddevalla Shipping Services AB” — não existe.
- g) Na sequência da comunicação aludida, a Alfândega do Porto, através do seu Serviço de Conferência Final, procedeu à liquidação “a posteriori” de 3.611.559\$00, a pagar pela importadora MECANARTE, sendo 245.043\$00 de direitos aduaneiros CECA, 2.868.370\$00 de direitos anti-dumping CECA e 498.146\$00 de IVA.

2.2. *As questões de direito que o recurso levanta*

O objecto do presente recurso contencioso consiste no controle da legalidade de uma cobrança “a posteriori” dos direitos de importação, que não foram exigidos ao devedor, por mercadorias declaradas para um regime aduaneiro que implica a obrigação de pagamento dos referidos direitos.

Está em causa a determinação do sentido e alcance de algumas disposições do Regulamento (CEE) n.º 1697/79 do Conselho, de 24.7.79 e do Regulamento (CEE) n.º 1573/80 da Comissão, de 20.7.80.

Determina o art.º 2.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Regulamento (CEE) n.º 1697/79 que:

“Sempre que as autoridades aduaneiras verifiquem que a totalidade ou parte do montante dos direitos de importação (...) legalmente devidos por uma mercadoria declarada para um regime aduaneiro que implica a obrigação de pagar os referidos direitos, não foi exigida ao devedor, darão início a uma acção para cobrança dos direitos não recebidos.”

Esta norma prescreve o princípio geral da obrigatoriedade de cobrança dos direitos legalmente devidos e não cobrados. A sua justificação racional consta do preâmbulo do Regulamento, segundo o qual “o carácter essencialmente económico dos direitos de importação ou dos direitos de exportação em vigor na Comunidade” não se compadece com insuficiências de cobrança que teriam consequências prejudiciais sobre a economia comunitária.

Mas essa regra geral sofre duas excepções: a *impossibilidade* das autoridades aduaneiras cobrarem direitos “a posteriori” (art.º 5.º, n.º 1, do Reg. 1697/79) e a *possibilidade* das autoridades aduaneiras se dispensarem da cobrança “a posteriori” (art.º 5.º, n.º 2). Reza este último preceito:

“As autoridades competentes podem não proceder à cobrança ‘a posteriori’ do montante dos direitos de importação ou dos direitos de exportação que não tenham sido cobrados em consequência de um erro das próprias autoridades competentes, que não podia razoavelmente ser detectado pelo devedor, tendo este, por seu lado, agido de boa-fé e cumprido todas as disposições previstas pela regulamentação em vigor no que respeita à declaração para a alfândega.”

De uma forma esquemática, pode dizer-se que são os seguintes os pressupostos para que a autoridade se possa decidir pela *não cobrança* “a posteriori”:

- a) erro das autoridades competentes para a cobrança “a posteriori”;
- b) não poder o devedor razoavelmente detectar esse erro;
- c) estar o devedor de boa-fé;
- d) ter o devedor cumprido todas as disposições previstas pela regulamentação em vigor no que respeita à declaração para a alfândega.

A *decisão de não cobrança* é da competência das autoridades dos Estados membros ou da Comissão das Comunidades Europeias, conforme o montante dos direitos seja inferior ou superior a 2000 Ecus (art.ºs 2.º e 4.º do Regulamento (CEE) n.º 1573/80, da Comissão, de 20.6.80). A competência das autoridades dos Estados-membros onde foi cometido o erro será transferida para a Comissão quando essas autoridades não estiverem em condições de assegurar, pelos seus próprios meios, que todos os pressupostos descritos estão reunidos.

Este, o quadro normativo à luz do qual o recurso contencioso tem de ser decidido.

Porém, graves dúvidas de interpretação, e mesmo de validade normativa, se levantam a este tribunal nacional.

2.2.1 Começemos pela questão de validade. Prescreve o art.º 5.º, n.º 2 1.º parágrafo, do Reg. 1697/79 que “as autoridades competentes *PODEM NÃO PROCEDER À COBRANÇA*”. Esta norma de direito derivado comunitário parece conceder às autoridades um poder discricionário para *COBRAR ou NÃO COBRAR*. O certo é que a lei não diz, pelo menos de uma forma indicativa, quando é que as autoridades devem ou não cobrar. Claro que pode haver cobrança quando estiverem reunidos os pressupostos referidos, mas nada impede as autoridades de dispensarem a cobrança mesmo que todos os pressupostos se verifiquem num caso concreto. Repare-se que a norma não diz que as autoridades não procederão à cobrança, mas, que as autoridades *PODEM* não proceder à cobrança.

No direito administrativo português vem-se entendendo que quando a estatuição do preceito deixa à Administração uma aparente escolha alternativa — conceitos de *pode* — reconhece-se uma discricionariedade, no

sentido de uma delegação feita pela lei à autoridade administrativa para encontrar a solução para o caso concreto — vide, Prof. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo I*, lições policop. da Universidade Católica, páginas 57 e 66.

O mesmo se passa com o direito administrativo alemão para o qual os conceitos normativos contidos pelos “*preceitos-poder*”, implicitamente conferem ao órgão aplicador do direito o poder de fazer uma valoração pessoal. O “*podem*” não é uma possibilidade fáctica mas uma autorização — vide, KARL ENGISCH, *Einführung in das Juristische Denken*, 1964, cap. VI, n.º 3 (na tradução portuguesa, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3.ª ed., págs. 184 e 185).

O art.º 173.º, 1.º parágrafo, do Tratado CEE, ao aludir à “*ouverture*” do *desvio do poder*, admite a possibilidade de consagração pelo direito comunitário de poderes discricionários para as autoridades encarregadas da sua aplicação.

Porém, a concessão de poderes discricionários em sede de tributação ou cobrança de direitos aduaneiros — que deve ser actividade essencialmente vinculada à lei — levanta enormes dúvidas sobre a validade da norma que tal autoriza. De facto, sob o pretexto de se estar a usar um poder discricionário pode-se estar a praticar um acto arbitrário e, com isso, a violar o princípio da igualdade tributária dos cidadãos comunitários. Se fica nas mãos das autoridades a possibilidade de tributar ou não tributar, de acordo com a valoração pessoal, está aberta a porta para discriminações inadmissíveis, contrárias ao princípio jurídico fundamental de que as comunidades europeias são “*comunidades de direito*”.

Por outro lado, tal poder discricionário é contrário ao princípio da legalidade tributária, estabelecido pelo art.º 28.º do Tratado CEE, na redacção que lhe foi dada pelo Acto Único. Se a lei comunitária fixa os direitos aduaneiros devidos pela prática de actos de comércio internacional, não pode nem deve a autoridade aplicadora dispensar-se da sua cobrança, mesmo invocando razões de conveniência e oportunidade.

Acresce que um poder discricionário de cobrança “*a posteriori*” poderia implicar uma violação do princípio da imparcialidade das autoridades, com a conseqüente violação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, consagrado no art.º 7.º, 1.º parágrafo, do Tratado CEE e no art.º 4.º do Tratado CECA.

Repara-se que no preâmbulo do Reg. (CEE) n.º 1697/79 se alude à necessidade de segurança que os devedores têm o direito de esperar dos actos administrativos que acarretam consequências pecuniárias. Ora, essa segurança não se compadece com a possibilidade de escolha, pelas autoridades, dos cidadãos que serão dispensados do pagamento.

O princípio da não discriminação em razão da nacionalidade cobre formas dissimuladas de discriminação que por aplicação de outros critérios conduzissem ao mesmo resultado.

O princípio da igualdade dos agentes económicos privados é violado por qualquer tratamento de favor, por qualquer privilégio sem fundamentação razoável, e foi consagrado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias nos acórdãos de 19.10.77, proc.º 117/76 e 16/77, Col. 1977, pág. 120 e de 2.12.71, proc.º 5/71, Col. 1971, pág. 985.

Deste modo, ou o conceito de “*PODEM*”, empregado no n.º 2, do art.º 5.º, do Reg. (CEE) n.º 1697/79, é interpretado no sentido de conceder às autoridades um poder discricionário — e neste caso essa norma será inválida por violação dos princípios citados e não pode ser aplicada por este Tribunal Fiscal Aduaneiro do Porto — ou é interpretado no sentido de conceder às autoridades um poder-dever ou poder funcional, caso em que a invalidade não se verificará e as autoridades não procederão à cobrança sempre que se verificarem os respectivos pressupostos. Nesta última interpretação — de poder-dever ou poder funcional — a norma seria lida como se nela estivesse escrita a palavra *DEVEM* em vez da palavra *PODEM*.

Este Tribunal Fiscal Aduaneiro inclina-se para a tese da invalidade da norma, nessa parte, mas não pode declarar essa invalidade sem previamente suscitar a questão prejudicial ao TCE, de acordo com o aresto deste Venerando Tribunal de finais do ano de 1987, de que ainda se desconhece o número, data e publicação. De qualquer modo, o fundamento deste procedimento está no facto de, sendo as Comunidades Europeias “comunidades de direito”, os actos das instituições comunitárias — e este Tribunal Fiscal Aduaneiro do Porto também é uma instituição comunitária “hoc senso” — estarem sujeitos a um controle de validade de que é juiz natural o juiz comunitário do TCE. Acresce que só o TCE e não este Tribunal Fiscal Aduaneiro pode pedir elementos às instituições, relacionados com as motivações dos próprios actos e com as condições económicas e sociais que presidem à sua existência.

2.2.2. A segunda dúvida deste tribunal prende-se com o sentido da expressão “erro das próprias autoridades competentes” para proceder à cobrança “a posteriori”.

O recorrente sustenta que o erro foi cometido pelas alfândegas portuguesas, enquanto que estas sustentam que o erro foi cometido pelas alfândegas alemãs por ter sido aí que foi emitido o EUR 1 n.º D 790072, que veio a ser invalidado por falsas declarações sobre a origem das mercadorias importadas em Portugal.

O articulado do Reg. (CEE) n.º 1697/79 não define o que seja “erro”, mas o respectivo preâmbulo alude a

“montante dos direitos (...) inferior ao que era legalmente devido, *quer* em consequência de um erro de cálculo ou de transcrição por parte das autoridades competentes, *quer* em consequência da tomada em consideração por estas de elementos de tributação inexactos ou incompletos, nomeadamente no que respeita à natureza, à quantidade, ao valor, à origem ou ao destino da mercadoria considerada”.

Em publicação da Direcção-Geral das Alfândegas portuguesas, para uso interno do respectivo pessoal, esclareceu-se que o erro em causa não podia ser detectável pelo devedor, pelo que estava excluído o erro material (de cálculo v.g.) pois este é sempre detectável. Somente relevariam os erros de direito (por exemplo, a interpretação incorrecta de um texto legal).

Será esta a interpretação correcta da expressão “erro” usada no aludido art.º 5.º, n.º 2?

Este tribunal tem dúvidas sobre a bondade dessa interpretação e inclina-se para um sentido mais conforme com o preâmbulo do Reg. (CEE) n.º 1697/79. Assim, por erro deve entender-se apenas o que incide sobre cálculos ou transcrições inexactas por parte das autoridades, o que só acontece quando se escreveu coisa diversa do que se queria escrever, quando o teor da decisão tomada pela autoridade liquidadora não coincide com aquele que se teve em mente, quando, em suma, houver uma divergência entre a vontade real e a declarada.

O erro relevante nada tem a ver com a decisão ou acto de liquidação errado. Neste caso, a autoridade competente para a tributação decide mal, decide contra lei expressa ou contra a factualidade tributária apurada. E assim, ou a decisão é revogada ou consolida-se na ordem jurídica após o decurso do respectivo prazo.

Para que se dê erro de cálculo ou de transcrição o mesmo há-de resultar do contexto do acto da autoridade. No erro de cálculo a autoridade escreveu o que quis escrever, mas devia ter escrito coisa diversa. Errou as operações do cálculo, pelo que chegou a resultado diferente do que chegaria se as operações estivessem certas.

No erro a que se refere o art.º 5.º, n.º 2, é a própria autoridade que erra e não é induzida em erro pelo devedor ou por outrem. Assim se, como no caso do recurso “sub judice”, a alfândega é induzida em erro acerca da origem da mercadoria por meio de uma falsa declaração prestada pelo devedor ou pelo anterior dono da mercadoria, não se pode dizer que existe um erro relevante para efeitos do art.º 5.º, n.º 2. Quando a alfândega alemã emitiu o EUR 1, porque os empregados da exportadora declararam que a mercadoria era originária da Suécia, quando era originária da RDA, essa alfândega não estava a praticar qualquer erro de cálculo ou de transcrição.

Claro que todo o erro pode ser detectado pelo devedor, mas há erros de difícil e erros de fácil detecção. Daí que o art.º 5.º, n.º 2, exija que o erro não pudesse *RAZOAVELMENTE* ser detectado pelo devedor. Por isso, tratando-se de um erro grosseiro de cálculo ou de transcrição, o devedor não tem desculpa e dele se não pode aproveitar, em obediência à regra de direito segundo a qual a ninguém é lícito aproveitar-se da sua própria falta de cuidado.

Com este sentido da expressão “erro”, estão excluídos os erros de interpretação de textos legais ou erros de direito e estão abrangidos os erros de cálculo desde que não sejam grosseiros e não possam ser detectados pelo homem médio sem a utilização de rigorosos exames ou comparações. Daí que se discorde do critério proposto pela Direcção-Geral das Alfândegas portuguesas.

Mais descabida nos parece a interpretação dada pela recorrente ao sustentar que a falsa declaração de origem da mercadoria que induziu em erro a alfândega alemã é de considerar “erro” para efeitos do art.º 5.º, n.º 2. Com efeito, e seguindo o critério que parece resultar do preâmbulo do Reg. (CEE) n.º 1697/79, se a alfândega tomar em consideração elementos de tributação inexactos ou incompletos, como é o caso dos respeitantes à origem da mercadoria considerada, não está a praticar qualquer erro mas a ser induzida em erro, a ser enganada, a ser defraudada por quem fornece tais elementos. E neste caso, se quem fornecer os elementos de tributação

inexactos ou incompletos estiver de má fé, não há lugar a qualquer decisão de não cobrança, pois a cobrança é sempre obrigatória, nos termos do art.º 3.º do Reg. (CEE) n.º 1697/79.

Em conclusão: embora com dúvidas — e por isso é que queremos desfazê-las — entendemos que a expressão “erro”, utilizada no art.º 5.º, n.º 2, abrange apenas os erros de cálculo ou de transcrição.

2.2.3. A terceira dúvida deste tribunal relaciona-se com o facto de parecer resultar da letra do art.º 5.º, n.º 2, que só são relevantes os *erros praticados pelas autoridades competentes para proceder à cobrança “a posteriori”*. Só há interesse em resolver esta dúvida se a interpretação que a recorrente dá à expressão “erro” for julgada a correcta.

Foi mesmo com base numa interpretação literal deste género que a Direcção-Geral das Alfândegas portuguesas entendeu que “o erro cometido pelas alfândegas do país de exportação, invocado pela recorrente, ao emitirem indevidamente os certificados de circulação EUR 1, não é erro relevante para efeitos de aplicação do art.º 5.º, n.º 2, do Reg. 1697/79, de 24 de Julho”.

A reforçar esta interpretação literal estão os art.ºs 2.º e 3.º do Reg. (CEE) n.º 1573/80, da Comissão, de 20.6.80, que falam em “*autoridade competente do Estado-membro onde tiver sido cometido o erro que conduziu à cobrança*”.

E se o erro tiver sido cometido num Estado-membro e a decisão de cobrança “a posteriori” tiver lugar noutro Estado-membro?

Quer-nos parecer que não há razões objectivas para esta diferença de tratamento, pouco importando que o erro tenha sido cometido pela alfândega alemã ou pela portuguesa. É que, além do mais, se a alfândega alemã errar também a portuguesa erra. Numa é praticado um erro originário e noutra é praticado um erro subsequente.

Só assim não seria se o erro tivesse sido cometido num país terceiro.

Por isso, entendemos que o art.º 5.º, n.º 2, deve ser sujeito a uma interpretação extensiva por forma a abranger não só os erros cometidos pela autoridade do Estado-membro onde terá lugar a decisão de cobrança ou não cobrança “a posteriori”, como os erros cometidos noutro Estado-membro, nomeadamente no Estado de exportação.

2.2.4. A quarta dúvida diz respeito à interpretação do pressuposto de cumprimento de todas as disposições previstas pela regulamentação em

vigor no que respeita à declaração para a alfândega (parte final do 1.º parágrafo, do n.º 2, do art.º 5.º).

Nenhuma das partes neste recurso suscitou esta questão, mas ela parece-nos pertinente tendo em conta as considerações feitas quanto ao “erro”. De facto, não considerando este tribunal como erro a tomada em consideração pelas autoridades competentes de elementos de tributação inexactos ou incompletos, nomeadamente no que respeita à natureza, à quantidade, ao valor, à origem ou ao destino da mercadoria considerada, mas devendo estes elementos ser tomados em consideração para efeito de decisão de não cobrança “a posteriori”, como preencher o aludido pressuposto?

Do preâmbulo do Reg. (CEE) n.º 1697/79, parece resultar que o exercício de uma acção de cobrança não se afigura em caso algum justificado quando o primitivo registo de liquidação dos direitos de importação tiver sido processado com base em elementos de tributação expressamente reconhecidos pelas autoridades competentes como conformes aos declarados pelo devedor, desde que se prove que este agiu de boa-fé e em conformidade, em todos os aspectos, com a regulamentação em vigor para a formulação da declaração para a alfândega.

Quando o devedor, de boa-fé, fornecer à alfândega elementos de tributação inexactos ou incompletos — como é aquele que respeita à origem da mercadoria — estará, ainda assim, a cumprir “todas as disposições previstas pela regulamentação em vigor no que *respeita à declaração para a alfândega*”?

É nossa convicção que neste caso também se justifica ou pode justificar uma decisão de abstenção de cobrança “a posteriori”, em atenção ao princípio geral de direito da “boa-fé”. Só assim terá algum efeito útil a parte final do 1.º parágrafo, do n.º 2, do art.º 5.º, conjugado com as considerações feitas no preâmbulo do Reg. (CEE) n.º 1697/79. Com esta interpretação consegue-se equiparar o erro da alfândega ao erro do devedor, ambos merecedores do mesmo tratamento.

Mas sendo assim, como nos parece que é, os pressupostos do art.º 5.º, n.º 2, deixam de ser de verificação cumulativa, bastando que se verifique algum ou alguns. Aliás, da letra do art.º 5.º, n.º 2, parece resultar uma ligação entre a actuação de boa-fé e o cumprimento de todas as disposições regulamentares da declaração para a alfândega.

Em conclusão: na interpretação deste tribunal, sempre que o devedor preste de boa-fé uma falsa declaração sobre a origem da mercadoria, pode beneficiar de uma decisão de não cobrança “a posteriori”, nos termos do último requisito do art.º 5.º, n.º 2, 1.º parágrafo.

2.2.5. A quinta dúvida resulta de uma interpretação “a contrario senso” do art.º 5, n.º 2, conjugado com o art.º 4.º do Reg. de aplicação, segundo os quais, sendo o montante a cobrar superior a 2000 Ecus, a Comissão pode *NÃO* proceder à cobrança.

Por este caminho, a decisão de COBRANÇA cabe sempre às autoridades competentes dos Estados-membros, mesmo que o montante a cobrar exceda os 2000 Ecus, enquanto a decisão de NÃO COBRANÇA só compete à Comissão. Assim, a competência da Comissão fixar-se-ia pela negativa.

Dir-se-ia: se a Comissão só decide os casos em que se pode dispensar a cobrança, é porque todos os casos em que essa cobrança não é de dispensar são da competência das autoridades dos Estados-membros.

A consabida falibilidade do argumento “a contrario” aconselha uma jurisprudência cautelosa. Daí as nossas dúvidas.

É certo que a regra geral é a cobrança: tudo o que é devido deve ser cobrado (art.º 2.º). O art.º 5.º consagra excepções, mas sabe-se que as normas excepcionais não comportam aplicação analógica, admitindo porém interpretação extensiva.

Para a decisão desta questão não se pode prescindir de determinar qual o valor que se quis acautelar com a fixação do montante de 2000 Ecus para uma decisão obrigatória da Comissão. Foi a razão de conveniência que levou à fixação desse montante, o qual funciona como uma espécie de alçada das autoridades dos Estados-membros. Como os direitos aduaneiros têm carácter essencialmente económico e como a insuficiência de cobrança tem consequências prejudiciais sobre a economia comunitária, quiz-se rodear as dispensas de cobrança de maior montante de especiais cautelas, atento o maior prejuízo que são susceptíveis de causar nessa economia. Acresce que a Comissão está em melhores condições para tomar as decisões economicamente mais importantes, tanto mais que consulta obrigatoriamente um grupo de peritos composto por representantes de todos os Estados-membros reunidos no âmbito do Comité das Franquias Aduaneiras (art.º 6.º do Reg. (CEE) 1573/80).

Por estas razões, se a decisão a tomar for de cobrança nenhuns prejuízos advêm para a economia comunitária, tudo se passando segundo a regra geral.

Porém, se a decisão for de não cobrança, a mesma tem de ser mais ponderada quanto aos efeitos que pode causar na economia comunitária.

Assim, cremos que a competência da Comissão só entra em acção quando se pense tomar uma decisão de não cobrança. Se as autoridades dos Estados-membros resolverem proceder à cobrança directamente, não precisam de submeter à Comissão um pedido de decisão contendo todos os elementos de apreciação necessários.

Esta interpretação está de acordo com o disposto no art.º 8.º do Regulamento de aplicação, que determina o deferimento tácito do pedido de não-cobrança quando a Comissão não tomar a decisão dentro do prazo legal. Deferre-se tacitamente o que se pede, e o que se pede é a não cobrança dos direitos em dívida.

Nestes termos, a competência da Comissão só começa quando acaba a competência das autoridades dos Estados-membros.

2.2.6. Finalmente, a sexta e última dúvida está relacionada com o princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito nacional, articulado com a questão de inconstitucionalidade suscitada pelos tribunais nacionais.

Alega a recorrente que pelo facto de a liquidação "a posteriori" ser superior a 2000 Ecus, só a Comissão das Comunidades Europeias seria competente para tomar uma decisão de cobrança "a posteriori", nos termos do art.º 4.º do Reg. (CEE) n.º 1573/80, da Comissão, de 20.6.80, pelo que o acto recorrido está inquinado pelo vício de incompetência.

Por sua vez a Alfândega do Porto, na qualidade de autoridade recorrida, entende que detém competência para a tomada da decisão de cobrança "a posteriori" com base no disposto nos art.ºs 481.º, n.º 5 e 488.º § 2.º do Regulamento das Alfândegas português, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/88, de 15 de Janeiro.

Estipula o primeiro destes preceitos:

"Constitui atribuição da conferência final organizar os processos de cobrança "a posteriori" das quantias que, após a saída das mercadorias, se reconheça não terem sido pagas".

Estipula o segundo:

“Sempre que os casos a decidir relevem do n.º 2 do artigo 5.º do Regulamento (CEE) n.º 1697/79, os respectivos processos deverão ser enviados à *Direcção-Geral* para apreciação e *decisão*”.

É notória a contradição que existe entre o direito aduaneiro português e o direito aduaneiro comunitário no respeitante às cobranças “a posteriori” superiores a 2000 Ecus: enquanto o direito aduaneiro comunitário atribui essa competência à Comissão, o direito aduaneiro português atribui os poderes de decisão à *Direcção-Geral* das Alfândegas portuguesas.

Pelo princípio da primazia do direito comunitário sobre o direito nacional este tribunal fiscal aduaneiro não hesitaria em desaplicar o direito aduaneiro português. É essa a jurisprudência antiga e uniforme do TCE, na qual sobressai o acórdão *Simmenthal*.

Sucede que os dois citados preceitos do Regulamento das Alfândegas portuguesas, para além do vício de oposição ao direito comunitário, estão também afectados dos vícios de inconstitucionalidade material e orgânica.

Vejamos:

Tratam essas normas da cobrança de impostos alfandegários, o que interfere com a propriedade dos cidadãos e com as suas garantias como contribuintes. Determinando o art.º 168.º, n.º 1, alínea i) da Constituição da República Portuguesa que é da exclusiva competência da Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, legislar sobre sistema fiscal; constituindo a cobrança de impostos alfandegários um elemento do sistema fiscal aduaneiro português; mandando o art.º 106.º, n.º 3, da Constituição, que as liquidações e cobrança se façam nas formas prescritas na *lei*; e tendo o Governo, sem autorização legislativa e para mais através de um simples regulamento (acto normativo emanado no exercício da função administrativa e não no exercício da função legislativa), tratado da liquidação e cobrança de direitos aduaneiros, é manifesto que usurpou o poder legislativo da Assembleia da República, agiu a descoberto de qualquer autorização legislativa e sem a necessária credencial parlamentar, pelo que as normas em causa estão feridas de inconstitucionalidade orgânica.

A esta acresce a inconstitucionalidade material resultante de as duas normas citadas serem contrárias ao princípio da primazia ou da superioridade

dade hierárquica do direito internacional sobre o direito interno. Com efeito, determina o art.º 8.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, que as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vinculam internacionalmente o Estado Português. Esta norma constitucional não tem sido de entendimento pacífico no quadro do direito público nacional. De facto, se há quem veja na violação desse princípio uma inconstitucionalidade directa, também há quem a entenda como inconstitucionalidade meramente indirecta, no sentido de só operar após infracção directa de uma norma interposta. Inscreve-se no número destes últimos o Prof. AFONSO QUEIRÓ (vide, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3756, de 1.7.87, pág. 79).

O Tribunal Constitucional português, após muitas hesitações, decidiu-se, no último acórdão que versou a matéria, pela tese de que o princípio da primazia do direito internacional está consagrado no art.º 8.º, n.º 2 (vide, acórdão n.º 219/89, publicado na *II Série do Diário da República*, de 30.6.89).

Sendo o direito comunitário de considerar como direito internacional, apesar de directamente aplicável nos Estados-membros, constituirá a sua violação por parte do direito interno um caso de inconstitucionalidade?

Dispõe o art.º 2.º do Acto de Adesão de Portugal às Comunidades Europeias que, a partir da adesão, as disposições dos actos adoptados pelas instituições das Comunidades antes da adesão vinculam o Estado Português e são aplicáveis em Portugal. Assim sendo, o art.º 4.º do Reg. (CEE) n.º 1573/80, da Comissão, de 20.6.80, que atribui à Comissão a competência para proferir a decisão de não cobrança relativamente a importâncias superiores a 2000 Ecus, vincula o Estado Português e é directamente aplicável em Portugal.

Ora, num ordenamento constitucional, como o português, que consagre o princípio da primazia do direito internacional sobre o direito interno, é duvidoso se a violação do direito comunitário derivado por parte do direito interno não se configura como uma questão de inconstitucionalidade.

A haver inconstitucionalidade, a sua declaração pelos tribunais está sujeita a recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional, nos termos do art.º 280.º, n.º 3, da Constituição. Por esta lógica, só o Tribunal Constitucional teria competência para operar o reenvio prejudicial nestes casos, o que parece contrariar o disposto no 3.º parágrafo do art.º 177.º do Tratado CEE.

Por outro lado, parece que só se deve proceder à desaplicação de uma norma de direito interno que viole o direito comunitário quando aquela norma for perfeita, isto é, quando sofra de vícios capazes de serem sanados na ordem interna. Desde que com os “remédios” do direito interno se possa evitar um reenvio prejudicial, porque não utilizar previamente semelhante “terapêutica”!

3.º Questões prejudiciais que em concreto se suscitam

Queiram os senhores Juizes do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias esclarecer-me os seguintes pontos:

- a) O art.º 5.º, n.º 2, 1.º parágrafo (parte inicial), do Reg. (CEE) n.º 1697/79, do Conselho, de 24.6.79 — “as autoridades competentes PODEM não proceder à cobrança” — concede a essas autoridades um poder discricionário ou um poder-dever?
- b) Se concede um poder discricionário em matéria de tributação, essa parte da norma será inválida por violação dos princípios da legalidade tributária, da igualdade dos agentes económicos, de não discriminação e da proibição de arbítrio (art.º 7.º e 28.º do Tratado CEE e art.º 4.º do Tratado CECA)?
- c) Para efeitos do disposto no art.º 5., n.º 2, deve entender-se por “erro” apenas o de cálculo ou de transcrição, ou também os erros induzidos pelo devedor?
- d) O erro relevante é apenas o cometido pelas próprias autoridades competentes para a cobrança “a posteriori”, ou pode ser um erro cometido pelas autoridades do país de exportação da mercadoria, se este também pertencer às Comunidades Europeias?
- e) Quando o devedor, de boa fé, fornecer à alfândega elementos de tributação inexactos ou incompletos — como é aquele que respeita à origem da mercadoria — estará, ainda assim, a cumprir “todas as disposições previstas pela regulamentação em vigor no que respeita à declaração para a alfândega”, como o art.º 5.º, n.º 2, in fine, exige?

- f) A competência da Comissão atribuída pelo art.º 4.º do Reg. (CEE) n.º 1573/80, da Comissão, de 20.6.80, quanto a montantes superiores a 2000 Ecus, abrange todas as decisões (de cobrança ou não cobrança) ou só as decisões de não cobrança?
- g) Num ordenamento constitucional com o português, que consagra o princípio da primazia do direito internacional sobre o direito interno, a violação do direito comunitário derivado pelo direito interno configura um caso de inconstitucionalidade que dispense o reenvio prejudicial imediato para interpretação do direito comunitário?
- h) Aceitando-se que a decisão de cobrança pertence às autoridades aduaneiras nacionais, no caso de o devedor fazer um requerimento fundamentado de decisão de não cobrança, deve tal requerimento ser apreciado pela Comissão, a fim de esta se decidir ou não pela não cobrança, ou podem as autoridades aduaneiras nacionais decidir por si esse requerimento?

Informa-se V. Exas. que estão pendentes neste tribunal mais seis recursos que versam as mesmas questões de direito comunitário, pelo que ficarão a aguardar a decisão a título prejudicial do TCE, a fim de lhes ser aplicado o mesmo entendimento.

Recentemente o art.º 6.º do Regulamento de base foi revogado pelo Reg. (CEE) n.º 1854/89, do Conselho, de 14.6.89, mas isso em nada interfere com as questões suscitadas neste processo.

Com os meus respeitosos cumprimentos para V. Exas.

Porto, 16 de Outubro de 1989

O Juiz,

(JOSÉ JOAQUIM ALMEIDA LOPES)

**PROTECÇÃO
DOS DIREITOS DO HOMEM**

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

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

B CONTRA PORTUGAL

- I — O princípio da igualdade das armas é um elemento inerente à noção de processo equitativo perante um Tribunal, garantido pelo artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- II — A Comissão não tem por tarefa estatuir *in abstracto* sobre a conformidade do artigo 485.º, alínea b) do Código de Processo Civil mas de procurar se, nas circunstâncias da causa, o requerente teve ou não a possibilidade de razoavelmente expor a sua causa ao Tribunal em condições que não o prejudicassem de uma maneira geral em relação à parte contrária, ou se um eventual desequilíbrio teve ou não uma influência decisiva sobre o processo, afectando-o no seu desenvolvimento posterior.
- III — Embora a falta de contestação não importasse a confissão dos factos, tal não impediu ou tornou mais difícil a defesa dos interesses do requerente ou a produção de prova, tanto mais que ao propôr a acção o requerente devia esperar estar à altura, no momento próprio, de provar os factos que invocava.

I. C. B.

La Commission européenne des Droits de l'Homme, siégeant en chambre du conseil le 2 juillet 1990 en présence de

MM. C. A.NØRGAARD, *Président*
S. TRECHSEL
F. ERMACORA
E. BUSUTTIL
A.S. GÖZÜBÜYÜK
A. WEITZEL
J.C. SOYER
H. DANELIUS
Mme. G.H. THUNE
Sir. Basil HALL
MM. F. MARTINEZ
C.L. ROZAKIS
Mme. J. LIDDY
MM. L. LOUCAIDES
J.C. GEUS

M. H.C. KRÜGER, *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 de 10 juillet 1987 par B contre le Portugal et enregistrée le 17 septembre 1987 sous le N.º de dossier 13249/87;

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

Après avoir délibéré,

Rend la décision suivante:

EN FAIT

Les faits de la cause, tels qu'il ont été exposés par le requérant, peuvent être résumés comme suit:

Le requérant est un ressortissant portugais, industriel de profession et domicilié à V (Brésil). Pour la procédure devant la Commission il est représenté par Me. L., Avocat à Lisbonne.

Le 17 mai 1975, le président de la Commission d'Extinction de la PIDE/DGS et LP (Police internationale de défense de l'Etat/Direction générale de Sûreté portugaise et Légion portugaise), ordonna l'arrestation du requérant au motif qu'il était un "dangereux réactionnaire" afin "d'enquêter sur ses activités réactionnaires".

Sachant qu'il allait être arrêté, le réquerant s'enfuit au Brésil avec sa famille.

Le 30 juillet 1981, le requérant engagea devant le tribunal administratif ("auditoria administrativa") de Lisbonne, une action en responsabilité civile de l'Etat, en application du décret-loi n.º 4851 du 21 novembre 1967, qui régit la responsabilité civile extra-contractuelle de l'Etat pour des actes de gestion publique. Il faisait valoir que le mandat d'arrêt décerné à son encontre était illégal et demanda 8 800 000 escudos de dommages-intérêts pour le préjudice matériel et moral subi.

Le 31 juillet 1981, la partie défenderesse, en l'occurrence l'Etat, fut citée et invitée à présenter ses conclusions en réponse ("contestação") dans un délai de vingt jours.

Le 26 octobre 1981, 26 janvier, 26 avril et 8 juin 1982, Le Ministère public, représentant de l'Etat, sollicita avec succès des prorogations du délai qui lui avait été imparti. Le 21 juillet 1982, il sollicita une autre prorogation de trente jours. Le 27 juillet 1982, le magistrat donna une suite favorable à la demande.

Le 29 septembre 1982, le requérant forma un recours ("agravo") à la Cour suprême administrative ("Supremo Tribunal Administrativo") contre cette décision.

Le 15 octobre 1982, le juge admit le recours formé par le requérant mais il ordonna que le recours soit transmis à la juridiction supérieure avec l'appel qui serait interjeté par le requérant contre la décision finale.

Le 4 novembre 1982, le Ministère public demanda au juge administratif une nouvelle prolongation de dix jours du délai pour présenter ses conclusions ("contestação") en réponse à la demande introductive d'instance.

Le 15 novembre 1982, le requérant protesta contre une telle demande de prolongation qu'il considérait injustifiée. Selon lui, la demande présentée par le Ministère public devait être rejetée et le délai accordé à ce dernier pour présenter ses conclusions avait de ce fait expiré.

Le 18 novembre 1982, le Ministère public déposa ses conclusions en réponse que furent notifiées au requérant par le greffier du tribunal.

Ayant estimé que la jonction des conclusions du Ministère public et leur notification avaient été décidées par le juge du tribunal administratif de Lisbonne, le requérant forma le 25 novembre 1982 un recours ("agravo") à la Cour suprême administrative ("Supremo Tribunal Administrativo") et demanda que le recours fût transmis immédiatement à la juridiction supérieure, avec effet suspensif.

Le 30 novembre 1982, le requérant déposa sa réplique ("réplica") aux conclusions en réponse du Ministère public. Le 17 décembre 1982, ce dernier déposa sa duplique ("tréplica").

Le 21 décembre 1982, le Ministère public présenta ses observations ("contra-alegações") à la Cour administrative suprême ("Supremo Tribunal Administrativo") au sujet du recours formé par le requérant le 29 septembre 1982.

Le 11 février 1983, le juge du tribunal administratif de Lisbonne annula sa décision du 27 juillet 1982, d'accorder une prolongation du délai au Ministère public et la remplaça par une décision de rejet de la demande formulée par le Ministère public. Le magistrat décida par ailleurs de ne pas prendre en considération les conclusions présentées postérieurement par les parties, à savoir les conclusions ("contestação") du Ministère public du 18 novembre 1982, la réplique du requérant du 30 novembre 1982 et la duplique du Ministère public ("tréplica") du 17 décembre 1982 et ordonna l'exclusion de ces pièces du dossier de la procédure. Ayant constaté enfin la notification des conclusions ("contestação") du Ministère public avait été faite par le greffier et non pas par lui-même, le juge du tribunal administratif rejeta le recours formé par le requérant le 25 novembre 1982.

Le 26 avril 1983, le Ministère public, se fondant sur l'article 744 par. 3 du code de procédure civile⁽¹⁾, demanda au juge de transmettre le recours introduit par le requérant le 29 septembre 1982 à la juridiction supérieure.

(1) L'article 744 par. 3 du code de procédure dispose:

"Au cas où le juge décide de changer la décision attaquée ("reparar o agravo"), la partie

Le 4 mai 1983, le juge fit droit à sa demande. Il précisa que le Ministère public occuperait désormais la position de la partie ayant interjeté le recours sans qu'il y ait lieu de présenter de nouveaux mémoires. Le magistrat maintint le régime de transmission du recours fixé par son ordonnance du 15 octobre 1982.

Le 30 décembre 1983, le juge du tribunal administratif rendit une décision préparatoire ("despacho saneador") par laquelle il déclara l'affaire recevable et dressa une liste des faits incontestés ("especificação") et de ceux qu'il faudrait éclaircir à l'audience ("questionário"). Cette dernière liste énumérait 38 faits à prouver ("quesitos"), celle des faits non controversés comptait six faits prouvés.

Contre cette décision, le requérant présenta, le 20 janvier 1984, une réclamation conformément à l'article 511 par. 2 du code de procédure civile. Il fit valoir qu'en conséquence de l'exclusion ("desentranhamento") des conclusions en réponse ("contestação") du Ministère public, tous les faits allégués par lui dans la demande introductive d'instance devraient être considérés comme étant admis. Ceci en raison du fait que, selon le requérant, les articles 485 alinéa b) et 490 par. 4 du code de procédure civile⁽²⁾ avaient été abrogés par l'article 6 par. 1 de la Convention, qui consacrait le droit à l'égalité des armes. Le requérant concluait que les faits que le juge

(continuação da nota 1)

qui n'a pas introduit le recours peut, dans un délai de quarante-huit heures à partir de la connaissance de l'ordonnance, demander sa transmission à la juridiction supérieure, afin qu'il soit statué sur la question sur laquelle les deux ordonnances opposées se sont prononcées."

- (2) Aux termes de l'article 484 par. 1 du code de procédure civile "si la partie défenderesse ne présente pas ses conclusions en réponse bien qu'ayant été régulièrement citée... les faits présentés par le demandeur sont considérés comme étant admis par aveu". L'article 485 établit certaines exceptions à ce principe. Son alinéa b) notamment stipule que ledit principe ne s'applique pas lorsque la partie défenderesse est une personne morale ou un incapable et la question litigieuse se situe dans le domaine de l'incapacité. L'article 490 par. 1 du même code prévoit que "la partie défenderesse doit se déterminer clairement sur chaque fait figurant dans la demande introductive d'instance; les faits qui n'ont pas été contestés expressément ("especificadamente") sont considérés comme étant admis par accord entre les parties, sauf s'ils sont manifestement en contradiction avec la défense prise dans son ensemble, ou s'ils ne sont pas susceptibles d'être admis par aveu ou, enfin, s'ils ne peuvent être prouvés que par document écrit". Le paragraphe 4 de cette disposition stipule que ce devoir de se déterminer expressément sur chaque fait ne s'applique ni au défenseur d'office ni au Ministère public.

avait estimé comme devant être éclaircis à l'audience de jugement ("questionário") devraient tous être considérés comme admis et inclus dans l'"especificação".

Le 12 avril 1984, le juge rejeta la réclamation. Il reconnut que le point de vue du requérant avait déjà été soutenu dans un article de doctrine ainsi que par un tribunal de première instance, dont la décision fut annulée par la cour d'appel de Porto par arrêt du 7 juin 1983. Le juge du tribunal administratif de Lisbonne marqua son accord avec le raisonnement utilisé à cet égard par cette cour d'appel. Il releva en effet que le Ministère public n'avait pas autant de possibilité de contact avec ceux qu'il représentait, notamment lorsqu'il s'agissait d'un organisme d'Etat. En outre, en vue même d'être équitable il fallait parfois que la loi traite différemment les parties afin d'éviter qu'une égalité purement formelle recouvre en fait une inégalité de fait. Ainsi le principe de l'égalité voulait que l'on trouve des solutions compensatoires pour des situations inégales au départ; tel était le cas en matière d'assistance judiciaire ou lorsque les délais fixés par la loi étaient plus longs s'il s'agissait d'une personne résidant dans un pays lointain ou dans un endroit inconnu.

Contre cette décision du juge du tribunal administratif, le requérant forma le 10 mai 1984 un recours ("agravo") à la Cour suprême administrative ("Supremo Tribunal Administrativo"). Il déposa son mémoire de recours le 5 juin 1984 et le Ministère public le sien le 20 juillet 1984.

Le 24 juillet 1984, le juge administratif décida de maintenir sa décision attaquée du 12 avril 1984 et ordonna la transmission du dossier à la Cour suprême administrative.

Le 21 mai 1985, la Cour suprême administrative rejeta les deux recours des 29 septembre 1982 et 10 mai 1984.

En ce qui concerne le premier, dirigé contre la décision du juge administratif du 27 juillet 1982, elle confirma la décision de ce magistrat du 11 février 1983 d'annuler ladite décision et d'écarter, pour tardiveté, toutes les conclusions postérieures au 27 juillet 1982.

Quant au second recours, qui visait la décision du juge administratif du 12 avril 1984, la Cour suprême jugea, contrairement à la thèse du requérant, que l'article 6 par. 1 de la Convention n'avait pas abrogé l'article 485 alinéa b) du code de procédure civile, l'Etat se trouvant du reste dans une position différente de celles des sociétés privées. Dès lors, il n'y avait

pas lieu de considérer comme admis tous les faits avancés par le requérant dans sa demande; il appartenait à la juridiction administrative de les apprécier à la lumière des preuves produites à l'audience.

Le 8 avril 1985, le requérant attaqua cette décision ("acordão") devant le tribunal constitutionnel, l'invitant à se prononcer sur le point de savoir si l'article 485 alinéa b) demeurait en vigueur.

Le 5 mars 1986, le tribunal constitutionnel rejeta une exception soulevée par le Ministère public et par arrêt du 19 novembre 1986, ayant considéré que l'article 485 alinéa b) du code de procédure civile ne violait pas le principe de l'égalité procédurale des parties, elle débouta le requérant.

Dans son arrêt le tribunal constitutionnel souligna notamment que la disposition selon laquelle, en l'absence de conclusions en réponse de la part du défendeur, les faits présentés par le demandeur étaient considérés comme admis "par aveu", vise les personnes physiques, capables de comprendre la portée de ladite disposition et pouvant seules ester en justice et manifester leur volonté. Par contre, l'exception consacrée par l'article 485 alinéa b) ne visait pas à favoriser une des parties au préjudice de l'autre mais à protéger l'intégrité de l'aveu en sauvegardant les intérêts de ceux qui ne peuvent manifester leur volonté ni ester en justice qu'à travers un représentant. Elle souligna en outre que cette disposition s'appliquait à toute personne morale et aux incapables et que de ce fait, n'établissant aucune distinction entre eux et ne portant pas préjudice à la défense des intérêts des personnes physiques dont l'accès à la justice n'était ni empêché ni rendu plus difficile qu'aux personnes morales, elle ne portait pas atteinte au principe de l'égalité procédurale des parties.

Le tribunal constitutionnel considéra par ailleurs qu'un tel principe n'impose pas un traitement absolument égal des situations mais un traitement égal de situations identiques et différent de situations différentes. Il en résulte que la discipline juridique doit être la même en cas d'uniformité des conditions objectives des hypothèses ou des prévisions réglées et différente en l'absence d'une telle uniformité, la différence de traitement de situations apparemment identiques devant par ailleurs se justifier pour des raisons non arbitraires, non déraisonnables ou non contraires à la justice.

En l'espèce, le tribunal constata que les parties intervenaient dans la procédure dans une position différente: le requérant en tant que personne physique pouvait, par lui-même, ester en justice, tandis que la partie défenderesse ne pouvait le faire qu'à travers un représentant. De ce fait, comme toute autre personne morale, l'absence de présentation de conclu-

sions en réponse de la part de celle-ci ne valait pas aveu des faits présentés par le demandeur.

Le 27 novembre 1986, le requérant demanda au tribunal d'éclaircir les fondements de l'arrêt ("aclaração"). Il souleva en outre la question de sa nullité.

Le 14 janvier 1987, le tribunal constitutionnel confirma l'arrêt.

La procédure fut par conséquent renvoyée au tribunal administrative de Lisbonne.

L'audience de jugement eu lieu en 1987 à une date qui n'a pas été précisée, vraisemblablement au mois de juin.

A l'audience, le requérant, compte tenu de l'érosion monétaire, porta le montant figurant dans la demande introductive d'instance à 28 850 555 escudos.

Le 17 juin 1987, à la fin de l'audience, le tribunal, composé de trois juges, après avoir entendu les 13 témoins présentés par le requérant, se fondant sur leur déposition ainsi que sur les documents produits par le requérant à l'appui de sa demande, décida les questions de fait de la cause.

Le tribunal considéra entièrement prouvés 14 des faits qu'il aurait fallu éclaircir à l'audience et non prouvés 5 d'entre eux. Les 19 faits restants furent considérés partiellement prouvés. La partie non prouvée concernait uniquement, pour certains de ces faits, la détermination des montants exacts de sommes dépensées par le requérant ou de préjudices subis par lui.

Les parties présentèrent ensuite leurs plaidoiries écrites sur les questions de droit.

Dans sa plaidoirie, le requérant demanda la condamnation de l'Etat au paiement de la somme de 9 800 000 escudos à titre de dommage moral subi et 5 880 000 escudos, ainsi qu'une somme à déterminer dans la procédure ultérieure d'exécution ("execução em liquidação de sentença") pour le dommage matériel.

Le Ministère public, pour sa part, souleva l'exception de nullité de la procédure en raison du défaut essentiel de la requête introductive d'instance ("ineptidão da petição inicial"). Le Ministère public fit valoir à cet égard que le requérant n'avait pas invoqué les faits constitutifs du droit dont il prétendait obtenir reconnaissance. Il demanda par conséquent l'acquiescement de l'Etat de l'instance. Subsidiairement le Ministère public fit valoir qu'en tout état de cause le mandat d'arrêt décerné à l'encontre du requérant n'était pas un acte juridique mais un acte inexistant, réprouvé

par le droit, qui n'avait été accompli que dans l'exercice de la fonction publique et que, dès lors, il ne pouvait fonder la responsabilité civile de l'Etat.

Le 19 février 1988, le tribunal administratif de Lisbonne accueillit l'exception soulevée par le Ministère public et, ayant considéré que la demande introductive d'instance était entachée d'un défaut essentiel, annula toute la procédure et, par conséquent, débouta le demandeur.

A une date qui n'a pas été précisée le requérant interjeta appel contre cette décision devant la Cour suprême administrative.

La procédure est toujours pendante.

GRIEFS

Le requérants se plaignent de ce que le Ministère public qui représente l'Etat bénéficie de prérogatives qui ne sont pas accordées à l'autre partie à la procédure.

Ainsi, le défaut de présentation de conclusions en réponse ne comporte pas pour le Ministère public reconnaissance des faits avancés dans la demande introductive d'instance, comme il arrive pour les particuliers (article 485 alinéa b) du code de procédure civile).

Le requérant considère que cette prérogative du Ministère public est contraire au principe de l'égalité des armes, contenu dans l'article 6 par. 1 de la Convention.

EN DROIT

Le requérant se plaint de ce que, conformément à l'article 485 alinéa b) du code de procédure civile portugais, le défaut de présentation des conclusions en réponse par le Ministère public n'a pas eu comme consé-

quence la reconnaissance des faits allégués par lui dans la requête introductive d'instance comme ce serait normalement le cas si la partie défenderesse avait été un particulier. Il estime qu'il s'agit là d'un privilège qui a porté atteinte au principe de l'égalité des armes et allègue la violation de l'article 6 par. 1 de la Convention.

La Commission rappelle que ce grief présenté dans le cadre de la requête n.º a été rejeté le 10 décembre 1984 pour non-épuisement des voies de recours internes, le recours que le requérant avait formé devant la Cour suprême administrative étant encore pendant à cette époque. La Commission note que ce même grief a fait l'objet du recours introduit devant le tribunal constitutionnel contre l'arrêt de la Cour suprême administrative du 21 mars 1985 et que par arrêt du 19 novembre 1986 le tribunal constitutionnel a débouté le requérant. Cette décision étant définitive la Commission considère par conséquent que le requérant satisfait à la condition relative à l'épuisement des voies de recours internes comme l'exige l'article 26 de la Convention.

Aux termes de l'article 6 par. 1 de la Convention "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)".

La Commission rappelle que le principe de l'égalité des armes est un élément inhérent à la notion de procès équitable devant un tribunal, garanti à l'article 6 par. 1 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, Cour Eur. D.H., arrêt Bönisch du 6 mai 1985, série A n.º 92, p. 15, par. 32). Elle relève que la question de savoir si un procès est conforme aux exigences de cette disposition doit être tranchée sur la base d'une appréciation du procès dans son ensemble, c'est-à-dire une fois que celle-ci a pris fin, mais qu'on ne saurait exclure qu'un élément déterminé de la procédure, qui peut être apprécié plus tôt, soit d'une importance telle qu'il soit décisif pour juger du déroulement du procès, même à un stade plus précoce (n.º 7945/77, déc. 4.7.78, D.R. 14, p. 229; N.º 8603/79, 8722/79, 8723/79 et 8729/79, déc. 18.10.80, D.R. 22, p. 147).

Le requérant se plaint de ce que la décision du 12 avril 1984, par laquelle le juge, en application de l'article 485 alinéa b) du code de procédure civile portugais, a considéré qu'en dépit du défaut de présentation de conclusions en réponse par le Ministère public, le requérant aurait dû prouver les faits allégués dans la requête introductive d'instance, a enfreint le principe de l'égalité des armes.

La Commission rappelle que le requérant a fait valoir devant toutes les instances de recours que le privilège qui serait ainsi reconnu au Ministère public méconnaît ce principe et que le tribunal constitutionnel, statuant en dernière instance, a considéré que la disposition litigieuse ne portait pas atteinte à l'égalité des armes. Cette décision étant définitive, il est par conséquent certain qu'au regard du grief tiré de la violation de l'article 6 par. 1 de la Convention, tel que soumis à la Commission, aucune autre décision en la matière ne pourra intervenir au cours de la procédure.

La Commission n'a pas pour tâche, dans la présente affaire, de statuer in abstracto sur la conformité de la disposition précitée du code de procédure civile portugais à l'article 6 par. 1 de la Convention mais de rechercher si dans les circonstances de la cause, le requérant a ou n'a pas eu la possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne le désavantagent pas d'une manière générale para rapport à la partie adverse (N.º 434/58, déc. 30.6.59, Annuaire II, p. 371; N.º 2857/66, déc. 22.5.69, Recueil 29, p. 15) et si un éventuel désavantage a ou n'a pas pu avoir une influence décisive sur le procès au point que toute la procédure ultérieure s'en serait trouvée affectée et n'aurait dès lors pas été équitable.

La Commission constate qu'au cours de la procédure le requérant a pu, sans entrave d'aucune sorte, produire à l'appui de ses prétentions les preuves qu'il a estimées pertinentes. Elle note en particulier que lors de l'audience le requérant a pu faire entendre un nombre considérable de témoins de telle sorte que, se fondant sur leur déposition, le tribunal a considéré comme prouvés la majeure partie des faits allégués par le requérant.

La Commission relève par conséquent que, si en raison du défaut de présentation des conclusions en réponse par le Ministère public, la reconnaissance automatique des faits allégués dans la requête introductive d'instance, qui aurait ainsi dispensé le requérant d'étayer ses allégations par la production des moyens de preuve pertinents, aurait rendu sa position plus aisée, l'absence d'une telle reconnaissance, à supposer même qu'elle puisse en l'espèce être considérée un avantage pour la partie adverse, n'a pas pour autant empêché ou rendu plus difficile la défense des intérêts du requérant ou la production de la preuve, d'autant qu'en introduisant l'action le requérant devait s'attendre à être en mesure, le moment venu, de prouver les faits qu'il invoquait. En effet, selon l'article 342 par. 1 du code civil, la charge de la preuve des faits d'une cause incombe à la partie qui les invoque. La Commission relève par ailleurs que la question de la reconnais-

sance des faits sur lesquels se fondaient les prétentions du requérant, n'a jusqu'à présent pas eu d'influence sur la décision puisque le tribunal de première instance a débouté le requérant en raison d'un défaut essentiel de la requête introductive d'instance sans avoir examiné le bien-fondé de ses prétentions.

Dans ces conditions, aucune atteinte à l'équité de la procédure et donc à l'article 6 par. 1 de la Convention ne saurait être constatée en l'espèce.

Il s'ensuit que la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée conformément à l'article 27 par. 2 de la Convention.

Par ces motifs, la Commission

DECLARE LA REQUETE IRRECEVABLE.

Le Secrétaire de la Commission

H.C. KRÜGER)

Le Président de la Commission

(C.A. NØRGAARD)

ANOTAÇÃO

1 — A garantia de um processo equitativo, consagrada no artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, escreve Jean Raimond, “Les droits judiciaires en matière non repressive”, in *Annales de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse*, tomo XXIX, 1981, págs. 98 e segs. é uma noção “très comprehensive et un peu floue qui laisse une grande marge à la jurisprudence, ce qui n’a rien de surprenant puisqu’elle est issue de la “common law””; precisando:

“La garantie d’un procès équitable exige que chacune des parties ait des possibilités raisonnables de défendre ses intérêts dans une position qui ne soit pas désavantageuse vis-à-vis de celle de sa partie adverse”.

2 — Com a entrada em vigor da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, uma certa corrente doutrinária passou a entender que determinados preceitos do Código de Processo Civil, — os que introduziam desvios à regra geral quando o Ministério Público intervinha em representação de uma das partes —, teriam sido revogados.

Esta ideia foi suscitada, inicialmente, por Aragão Seia, “Privilégios do Ministério Público no Direito Processual Civil revogados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano VII, tomo 4, 1982, págs. 14 e segs., e encontrou eco em José Lebre de Freitas, “Justiça e Processo Civil”, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 350, págs. 13 e segs., *maxime* pág. 26, que menciona “uma desigualdade flagrante e sistemática entre a posição do Ministério Público e a da parte privada”, e Luso Soares, “Processo Civil de Declaração”, Coimbra, 1985, págs. 478 e segs.; e “A igualdade das partes e as prerrogativas processuais do Ministério Público”, na “*Revista Jurídica*”, da AAFDL, n.º 2-3, 1989, págs. 111 e segs.

Luso Soares, contudo, introduz na sua análise um elemento qualitativo: “O que parece ser necessário em primeira linha de raciocínio é distinguir — do ponto de vista processual — os casos em que domina a específica personalidade daquele que é representado pelo Ministério Público, daqueles outros em que isso não acontece. Resulta naturalmente óbvio que se tal representado é por exemplo, um incapaz, todas as suas insuficiências pessoais afectam a suficiência (a excelência técnica) do Ministério Público, e justificam, segundo um são princípio de justiça distributiva, que o legislador lhe estatua (ao incapaz) um regime de parte processual “privilegiada”.”

A posição de Aragão Seia foi aceite no acórdão da Relação de Lisboa, de 26 de Julho de 1984, na Colectânea de Jurisprudência, Ano IX, tomo Iv, 1984, págs. 103 e segs.: “essa óptica legislativa redundava numa posição de manifesta desigualdade em relação à outra parte...”.

3 — Uma outra corrente doutrinária veio defender a compatibilidade das referidas normas do Código de Processo Civil.

Logo, no seu Parecer n.º 32/83, de 7 de Julho de 1983, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, concluiu:

- “1.^a — O n.º 3 do artigo 486.º, o n.º 4 do artigo 490.º e o n.º 2 do artigo 505.º do Código de Processo Civil não se encontram revogados pelo parágrafo 1.º do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
- 2.^a — O n.º 3 do artigo 486.º, n.º 4 do artigo 490.º e o n.º 2 do artigo 505.º do Código de Processo Civil devem ser aplicados em conformidade com o parágrafo 1.º do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem o que supõe a exigência de equilíbrio entre os meios e as oportunidades processuais de que cada parte deve dispor;
- 3.^a — Um juízo sobre a existência de equilíbrio entre os meios e as oportunidades processuais facultados a cada parte pressupõe, em regra, um exame de conjunto do processo e dever ter em conta a situação pré-processual da parte quando e na medida em que esta situação condicione a intervenção na lide;
- 4.^a — No caso de o desequilíbrio entre os meios e as oportunidades processuais facultados à parte representada pelo Ministério Público e à outra parte se reflectir na dedução ou na prova das pretensões, o princípio da igualdade de armas impõe que a esta parte sejam concedidos idênticos meios e oportunidades em medida necessária ao reequilíbrio da relação processual.”

Neves Ribeiro, “O Estado nos Tribunais”, Coimbra, 1985, pág. 38, escreve especificamente sobre a prorrogação do prazo: “... não será legítimo afirmar-se que ofenda por forma inaceitável o princípio de “igualdade de armas”, utilizadas pelas partes no processo civil. O que é decisivo para esta igualdade é a garantia de idênticas condições de eficácia, ainda que

com recurso a meios diversos, favorecendo-se instrumentalmente uma parte, sem prejudicar substancialmente qualquer delas”.

Simas Santos, na Revista do Ministério Público, Ano 4.º, vol. 14, págs. 144 e segs., invocando o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição, sublinha: “E, como é sabido, tal princípio contém a directiva fundamental do tratamento igual daquilo que é essencialmente igual e do tratamento desigual daquilo que é essencialmente desigual”.

4 — Descontado o acórdão referido, a Jurisprudência dos nossos Tribunais manifestou-se no sentido da compatibilização das referidas normas do Código de Processo Civil com o n.º 1 do artigo 6.º da Convenção, e com a disciplina constitucional.

4.1. — A Relação do Porto, no seu acórdão de 7 de Junho de 1983, na Colectânea de Jurisprudência, Ano VIII, 1983, tomo 3, págs. 257 e segs. (acórdão comentado por Simas Santos no loc. cit.), afirma: “A igualdade de armas ou de meios tem de ser entendida em termos hábeis e de harmonia com as circunstâncias de cada caso. Numa organização judiciária como a nossa, em que o Digno Agente do Ministério Público não tem tantas possibilidades, como um advogado de contactar com as partes que representa, nomeadamente quando esta é um organismo estadual ou autárquico, não julgamos curial que se lhe exija a apresentação de articulados posteriores à petição inicial no mesmo prazo que a lei fixa para a generalidade dos casos”.

A mesma Relação do Porto, no seu acórdão de 3.11.1983, na Colectânea citada, Ano VIII, tomo V, 1983, págs. 201 e segs., encontra a razão da diferença de tratamento no seguinte:

“invertem-se os papéis: em vez de ser a parte a procurar o patrono, é este que tem de contactar a parte (representante orgânico e não judicial)”.

O acórdão da Relação de Lisboa, de 17.12.1985, sumariado no Boletim do Ministério da Justiça n.º 359, pág. 765, conclui que “os artigos 486.º, n.º 3, e 505, n.º 2, do Código de Processo Civil não violam o disposto no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e n.º 1 do artigo 17.º da Constituição da república Portuguesa.

Os acórdãos da Relação de Lisboa, de 12.4., 21.6. e de 7.7., todos de 1988, sumariados no Boletim do Ministério da Justiça n.º 376, pág. 644,

n.º 378, pág. 779, e n.º 379, pág. 631, pressupõem em vigor o n.º 3 do artigo 486.º do Código de Processo Civil.

4.2 — O Supremo Tribunal Administrativo, no seu acórdão de 21.3.1985 (Recurso n.º 21.447), publicado no Apêndice ao Diário da República de 30.11.1988, e na *Scientia Juridica*, Julho-Dezembro, 1985, tomo XXXIV, n.º 197-198, pág. 303 e segs., afirma:

“No processo, esta regra (a do n.º 3 do artigo 486.º do C.P.C.) não prejudica nenhuma das partes; estas geram no processo uma posição equilibrada; no processo os direitos processuais do autor e do Ministério Público não são afectados”.

4.3 — No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Janeiro de 1984, no Boletim do Ministério da Justiça n.º 333, pág. 393 e segs., conclui-se que “o artigo 486.º, n.º 3 do Código de Processo Civil não ofende o princípio da igualdade de armas, consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nem o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, constante do artigo 13.º da Constituição da República, porque tais princípios exigem que situações desiguais tenham tratamento diferenciado”.

4.4 — O Tribunal Constitucional teve oportunidade de clarificar que, “embora não expressamente formulados na Constituição para o processo civil, os princípios da igualdade processual das partes e do contraditório não podem deixar de ser exigências constitucionais também neste domínio, pois tal decorre a própria ideia de Estado de Direito” — acórdão n.º 397/89, de 18.5.1989, no Diário da República, II Série, de 14.9.1989.

No seu acórdão n.º 86/88, de 13.4.1988, no Diário da República, II Série, de 22.8.1988, o Tribunal Constitucional precisou que o “direito de acesso aos Tribunais para a defesa dos seus direitos (art.º 20.º da Constituição da República Portuguesa) é, entre o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder “deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultados de umas e outras”.

E, no acórdão n.º 324/86, de 19.11.1988, no Diário da República, II Série, de 19.3.1987, debruçando-se sobre a questão concreta da conformidade da alínea b) do artigo 485.º do Código de Processo Civil, o Tribunal Constitucional teceu considerações que interessam extractar:

“

“Não pode deixar de entender-se que a al. b) do art. 485.º do CPC não viola o princípio da igualdade processual das partes, não estando, pois, viciada de inconstitucionalidade.

“É que a cominação de ter como confessados os factos alegados pelo autor, se o réu não contestar a acção contra si proposta, dirige-se tão-só a pessoas físicas capazes de, por si só, perceberem o alcance da cominação e dispendo de capacidade de, por si só, manifestarem, livremente e em consciência, a sua vontade.

“É óbvio que esse não é o caso das pessoas colectivas e dos incapazes, pois tanto umas como outras só através de representantes podem manifestar a sua vontade; as primeiras através dos órgãos que as representam legalmente, os demais através das pessoas físicas que legalmente os representam.

“A norma em causa defende a genuinidade e a bondade da confissão, acautelando os interesses daqueles que não estão em condições de, por si só, manifestarem a sua vontade, apenas o podendo fazer por intermédio dos que legalmente os podem substituir na manifestação dessa vontade. Não se pode, assim, considerar que aqueles que, por si mesmos, podem manifestar a sua vontade fiquem prejudicados no tocante à defesa dos seus direitos e interesses, pois se lhes não veda, nem sequer se lhes torna mais difícil do que às pessoas colectivas, o acesso à justiça.

“

“...Não pode falar-se em violação do princípio da igualdade processual das partes, uma vez que o objectivo da lei não é o de beneficiar uma parte em detrimento ou prejuízo da outra, mas apenas o de acautelar os direitos da parte que não pode, por si só, estar em juízo, nem manifestar a sua vontade.

.....”

5. Propomo-nos terminar esta anotação com duas citações sempre actuais de Manuel de Andrade:

“O princípio da igualdade processual consiste em as partes serem postas no processo em perfeita paridade de condições, disfrutando, portanto, idênticas possibilidades de obter a justiça que lhes seja devida. ... É necessário também realizar entre eles (os litigantes), no processo, a *igualdade prática* (substancial, factual, real): impedir, quanto possível, que a igualdade jurídica seja frustrada em consequência de uma grave *desigualdade de facto*” — “Noções elementares de Processo Civil”, Coimbra 1963, pág. 353.

“Das diversas concepções de justiça, aquela que mais poderosa influência tem exercido ao longo dos tempos — e continua exercendo hoje em dia, mais do que nunca — na mente e na acção dos homens reconduz essa ideia a um princípio de igualdade no sentido de proporcionalidade.

“...Por força dela terá de ser idêntico o tratamento jurídico de situações iguais e diverso — proporcionadamente — o de situações desiguais” — “Sentido e valor da Jurisprudência”, Coimbra (separata do vol XLVIII — 1972 — do BFDVC), 1973, pág. 14.

I. C. B.

**ESTUDOS
SOBRE DIREITOS
DO HOMEM**



*Bureau de Documentation et de Droit Comparé,
Office du Procureur-général de la République du Portugal*

**LA JURISPRUDENCE*
DES ORGANES
DE LA CONVENTION EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME
ET DE LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE
CONCERNANT L'ENTREE
ET LA SORTIE DES ETRANGERS
DU
TERRITOIRE D'UN ETAT**

(*) La jurisprudence couvre la période allant jusqu'au 30 juin 1989. Une annexe contient un résumé d'un arrêt important rendu récemment par la Cour européenne des droits de l'homme.

Document d'information rédigé à l'occasion du Colloque "Droits de l'Homme sans Frontières", Strasbourg, 30 novembre/1 décembre 1989.

PLAN

I. L'ENTREE

A. LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE REFUS D'ENTREE DES ETRANGERS

1. Le droit au respect de la vie familiale
2. Le problème de discrimination
 - 2.1. Le principe de la non-discrimination de l'article 14 de la Convention
 - 2.2. La discrimination comme traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention
3. Le droit de fonder une famille

B. LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE ET LE REFUS D'ENTREE DES ETRANGERS

II. LA SORTIE

A. LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

1. Expulsion individuelle ou extradition
 - 1.1. Traitements dégradants ou inhumains dans le pays de destination
 - 1.2. L'expulsion répétée — le requérant fait l'objet de mesures successives d'expulsion (traitement inhumain ou dégradant)

- 1.3. L'expulsion elle-même peut entraîner une violation de la Convention, notamment de l'article 3
 - 1.4. Le droit au respect de la vie familiale
 - 1.5. Le droit à la liberté de religion
 - 1.6. Le droit à la liberté d'expression
 - 1.7. Le droit à la liberté d'association
 - 1.8. Le droit de contracter mariage ou de fonder une famille
 - 1.9. Le droit à l'éducation
2. Entraves à la liberté d'un étranger de quitter le pays
 3. Expulsion collective d'étrangers
 4. La légalité et la régularité de la détention en vue de l'expulsion et de l'extradition — Garanties de la procédure — Droit de recours effectif.

B. LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE ET L'EXPULSION DES TRAVAILLEURS MIGRANTS.

Abréviations utilisées dans les références à la publication des décisions

DR — Décisions et Rapports

CD — Collection des Décisions

AN — Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme

Bilan — Bilan de la Convention européenne des Droits de l'Homme

D — Digest of Strasbourg — Case-law related to the European Convention on Human Rights

INTRODUCTION

Les droits et libertés définis au titre I de la Convention européenne des Droits de l'Homme sont garantis à toute personne, qu'il s'agisse d'un national, étranger ou apatride.

Les Etats parties reconnaissent ces droits et libertés à toute personne relevant de leur juridiction (article 1^{er}) "sans distinctions aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation (article 14)."

Ce principe fait, pourtant, l'objet d'exceptions.

Il y a, en effet, des restrictions à la jouissance par les étrangers de certains de ces droits ou libertés expressément mentionnées par la Convention.

C'est le cas des restrictions à l'activité politique, admises par l'article 16, et le traitement différencié accordé aux étrangers par rapport aux ressortissants, d'après certaines dispositions du protocole 4 à la Convention⁽¹⁾.

Outre ces cas, la Convention ne prévoit expressément aucun traitement différencié à l'égard des étrangers dans l'exercice de leurs droits et libertés garantis par la Convention.

En principe, donc, et sauf dans les cas mentionnés, la qualité d'étranger ne justifie pas, en tant que telle, un traitement différent par rapport aux nationaux.

(1) Article 16: "Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers."

Mais la Convention prévoit certaines dérogations et certaines limitations aux droits et libertés qui y sont prévus.

Ces dérogations et limitations sont autorisées par des dispositions mêmes de la Convention, notamment les dérogations prévues par l'article 15 (en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation) ou les limitations constantes des deuxièmes paragraphes des articles 8 à 11. Ces limitations doivent être interprétées restrictivement; c'est-à-dire, qu'elles ont un caractère limitatif, les limitations implicites découlant de l'existence des autres droits et libertés n'étant pas admises.

C'est souvent dans le cadre de ces limitations et de leur éventuelle justification que les affaires concernant les étrangers ont été appréciées.

Il y a aussi certaines situations, qui, en raison de leur nature, découlent de la qualité d'étranger et peuvent entraîner, dans certaines circonstances, une violation des droits et libertés prévus par la Convention.

Ces situations ont trait normalement à deux moments différents dans les rapports qui peuvent être établis entre les étrangers et les autorités publiques: l'entrée et la sortie des étrangers du territoire d'un Etat.

Les cas les plus significatifs, et qui correspondent aux situations les plus fréquemment appréciées par les organes de la Convention dans leur tâche de contrôle du respect des engagements en résultant pour les parties contractantes, seront par la suite analysés.

A cet effet, la systématisation suivie découle de la considération de ces deux moments et fera référence aux droits et libertés et aux dispositions de la Convention, à la lumière desquels les situations ont eu à être appréciées.

Nous avons cru aussi utile de donner un bref aperçu de la "jurisprudence" des organes de la Charte sociale européenne sur les problèmes concernant l'entrée et la sortie des étrangers, travailleurs migrants, à l'égard du territoire d'un Etat partie à cet instrument.

On doit souligner en effet que, contrairement à la Convention européenne, la Charte sociale ne s'applique qu'aux travailleurs migrants ressortissants des Etats parties à cet instrument.

Bien que moins abondante que la jurisprudence des organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la jurisprudence des organes de contrôle de l'application de la Charte sociale apporte néanmoins des aspects importants concernant la protection du travailleur étranger, qui sont en réalité des aspects complémentaires aux garanties prévues par la Convention européenne.

Outre les exigences de traitement égalitaire des travailleurs étrangers vis-à-vis des nationaux, protection parallèle à celle qui découle des dispositions de la Convention européenne, la Charte sociale exige, dans certains aspects concernant les sujets dont nous nous occupons, l'adoption de mesures positives de la part des Etats en vue de la mise en oeuvre des garanties accordées à ces travailleurs, mesures qui ont été précisées dans leur contenu par les organes de contrôle de l'application de la Charte et qui sont prévues par les articles 25, 27, 28 et 29 de cet instrument⁽²⁾.

(2) Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe a même proposé, dans son discours du 26 octobre 1987, lors de la session d'ouverture du colloque, tenu à Grenade, commémorant le 25^{ème} anniversaire de la signature de la Charte sociale européenne, l'inclusion de certains droits prévus par cet instrument dans la Convention européenne des Droits de l'Homme. Parmi d'autres il a mentionné le droit à la protection contre l'expulsion arbitraire des travailleurs étrangers légalement résidents et le droit à la réunion des familles de tous les travailleurs étrangers légalement résidents. Cf. feuille d'information n.º 21, page 181/187.



I. L'ENTREE

A. LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

La Convention ne garantit pas, comme tel, le droit pour un étranger d'entrer, de résider ou de s'établir dans un pays déterminé⁽¹⁾.

Les Etats sont *libres* de contrôler l'entrée des étrangers sur leur territoire.

En ratifiant la Convention, les Hautes parties contractantes ont accepté de restreindre le libre exercice des pouvoirs que leur confère le Droit international général, y compris celui de contrôler l'entrée des étrangers, dans la *mesure et la limite des obligations* qu'ils ont assumées en vertu de cet instrument⁽²⁾.

Le refus d'entrée d'un étranger sur le territoire d'une Haute partie contractante à la Convention peut ainsi soulever des problèmes vis-à-vis de l'exercice de certains droits et libertés garantis par cet instrument et entraîner, dans certaines circonstances, une violation de ces mêmes droits et libertés.

1. Le refus d'entrée d'un étranger et la violation du droit au respect de sa vie familiale.

“Le refus de laisser pénétrer des personnes dans un pays déterminé ou les autoriser à s'établir, peut avoir pour conséquence que ces personnes

(1) Cf. Jurisprudence constante de la Commission: 9124/80, 9473/81, 9474/81, DR 29 p. 176 (191) et jurisprudence citée: 0041/77 DR 12 p. 197, 4403/70 CD 36 p. 92; 5269/71 CD 39 p. 104; 9492/81 DR 30 p. 236 et D1 p. 117-118.

(2) 6319/73, DR 17, p. 488-493 et p. 117-118.

soient séparées de membres proches de leur famille, ce qui pourrait donner lieu à des graves problèmes, aux termes de l'article 8 de la Convention."⁽³⁾.

Le refus d'entrée d'un étranger sur le territoire d'un Etat peut donc constituer une *ingérence* dans le droit au respect de sa vie familiale.

1.1. *L'application de l'article 8 par. 1 de la Convention*

Mais pour conclure qu'il y a eu une ingérence, la commission juge nécessaire d'établir, d'une part, l'existence d'une vie familiale et, d'autre part, si cette vie familiale ne peut s'établir ailleurs.

1.1.1. *L'existence d'une vie familiale*

L'existence d'un lien

La Commission doit ainsi rechercher si les liens entre la victime et les membres proches de sa famille *existent* toujours et s'ils sont suffisamment *étroits et fermes* pour constituer une vie familiale, ou sens de l'article 8.

L'article 8 ne garantit que l'exercice du droit au respect d'une vie familiale *existante*⁽⁴⁾.

"La Commission rappelle qu'elle a déjà estimé qu'en plus de la parenté par le sang, il doit *exister certains liens* entre des personnes pour que leurs relations puissent être considérées comme représentant une "vie familiale" aus sens de l'article 8 de la Convention (cf. Requête n.º 2442/66, Singh contre le Royaume-Uni, Annuaire X, p. 449, Recueil de décisions 24, p. 116; Requête n.º 5269/71, X et Y contre le Royaume-Uni, Annuaire XV, p. 565, Recueil de décisions 39, p. 104). Ainsi, pour se prononcer sur *l'existence* ou l'absence d'une "vie familiale", la Commission a recherché,

(3) 1855/63 An. 8 p. 201 (203-205); RD 16, p. 50 (52).

Dans cette partie nous ferons référence à la jurisprudence relative aux cas d'expulsion et d'extradition vis-à-vis du droit au respect de la vie familiale, étant donné les mêmes critères, *mutatis mutandis*, suivis par la Commission dans l'appréciation de ces affaires. Voir *infra* II-A-1.4.

Expulsion: D3, 127 et jurisprudence citée; 9088/80, DR 28, p. 160 (167); 9492/81 DR 30 p. 232 (237); 9478/81, DR 27, p. 243 (247).

(4) 5416/72 CD 46/88.

par exemple, si les personnes vivaient effectivement ensemble et s'il *existait* entre elles en rapport de dépendance pécuniaire."⁽⁵⁾

Cet aspect de *dépendance* est aussi importante, du point de vue de la Commission, pour apprécier les liens existants⁽⁶⁾.

"The Commission notes that the applicants are all adults with their own families established in the United Kingdom for several years. Moreover their parents and brothers in India are not dependent on them despite a certain financial subsidy which the applicants send."⁽⁷⁾

Le concept de vie familiale

De l'avis de la Commission, les relations entre un père et ses *enfants illégitimes* sont toujours couvertes par le concept de vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, alors qu'il n'en va pas nécessairement de même pour les *relations extraconjugales* même si des enfants en sont nés. La Commission ne nie pas que des relations extraconjugales peuvent constituer "une vie familiale" au sens de la disposition précitée⁽⁸⁾.

La commission n'estime, cependant, pas, malgré l'évolution des mentalités à l'égard de *l'homosexualité*, que la relation homosexuelle entre dans le cadre du droit au respect de la vie familiale, garanti par l'article 8⁽⁹⁾.

(5) 7229/75 DR 12, p. 32 (36) — D3, 145, 145 et D3, 129 — jurisprudence citée.
Expulsion: 7768/77 (n.p.) — D3, 138; 7912/77 (n.p.) — D3, 145-146.

(6) *Expulsion*: 9478/81 DR 27, p. 243 (247).

De même en ce qui concerne le bas âge des enfants, dans le cas où un de leurs parents s'est vu dans l'impossibilité, suite à son expulsion, de maintenir des relations avec eux: 10730/84.

(7) 8157/78 (n.p.) — D3, 148; *Expulsion*: 8986/80 (n.f.) — D3, 150, 9492/81 DR 30 p. 232 (237).

(8) 7288/75 et 7349/76 — An. 20 p. 372 (409) — D3, 144; 7626/76 DR 11, page 160 (162).
Cf. *Plender, R.* Les droits de l'homme des étrangers: jurisprudence des organes de la CEDH, H/OMB (88) 6, page 4, sur les mariages polygames et l'interprétation parallèle à celle de l'inclusion des enfants illégitimes dans la notion de "famille" pour les cas des "époux coutumiers".

Cf. aussi la requête n.º 8823/79 (n.p.) — D3, 149 où la Commission a considéré qu'il n'y avait pas, dans le cas d'espèce, un lien suffisamment étroit entre le requérant et sa fiancée, qui pouvait constituer une vie familiale.

(9) 9369/81 (n.p.).

“En outre, la Commission a déclaré que la vie familiale entre parents et leurs enfants ne prend pas fin avec le divorce d’un couple marié (7770/77 DR 14, p. 175-178) et qu’aux termes de l’article 8 par. 1 de la Convention, le père ou la mère ont toujours, en principe, le *droit de voir leur enfant* (7911/77, DR 12, p. 192-195).

En conséquence, la *vie commune* n’est pas un élément indispensable pour qu’une vie familiale entre parents et enfants mineurs existe.”⁽¹⁰⁾

1.1.2. *La possibilité de continuer la vie familiale dans un autre pays*

Selon la jurisprudence de la Commission, refuser l’entrée dans le pays à un étranger ne porte pas atteinte à sa vie familiale, au sens de l’article 8, si *aucun obstacle juridique ou d’autre nature*⁽¹¹⁾ n’empêche son conjoint ou ses familiers de s’installer dans un autre pays pour y vivre en famille⁽¹²⁾:

“The Commission would not suggest that, where a couple is refused residence in a country of which one of them is a national, there is no violation of Art. 8 simply because they can find some legal residence elsewhere. If the only legal residence which they can find is in a country unconnected with either of them, might constitute a violation of Art. 8.”⁽¹³⁾

(10) 10730/84.

(11) Par exemple: *Raisons d’ordre culturel* ou autres qui puissent rendre difficile l’adaptation du conjoint du requérant dans le pays de destination. *Expulsion*: 7647/76 (n.p.) — D3, 137.

Raisons de difficulté d’adaptation aux changements des enfants du requérant, dues à leur bas âge. *Expulsion*: 9088/80, DR 28, p. 160 (167).

Raisons relatives aux mauvaises perspectives d’enseignement des enfants du requérant dans le pays de destination. *Expulsion*: 9478/81 DR 27, p. 243 (247) — D3, 153; 9492/81 DR 30 p. 232 (238).

(12) 7671/76 DR 9 p. 185 (189) et jurisprudence constante citée — D3, 132. *Expulsion*: 6357/73 DR 1 p. 77; 7816/77 DR 9, p. 219, 8157/78 (n.p.) 8353/78 (n.p.), 8441/78 (n.p.), 8615/79 (n.p.) — D3, 135. 7647/76 (n.p.) — D3, 137.

(13) 5301/71, CD 43, p. 82 (84), *Expulsion*: 9478/81 DR 27, p. 243 (247) D3, 153. Dans cette affaire concernant l’expulsion, la Commission est d’avis que les liens que l’étranger expulsé et les membres de sa famille peuvent avoir par rapport au pays de destination est un facteur à considérer et en particulier s’il y a d’autres membres de la famille résidant dans ce pays.

1.1.3. *L'ingérence effective*

Une fois établie l'existence d'une vie familiale et vérifiés les obstacles juridiques ou autres empêchant de continuer cette vie familiale dans un autre pays, la Commission doit vérifier s'il y a eu une ingérence.

L'ingérence de la part des autorités doit, elle aussi, être *effective*, notion qui touche celle de victime à la lumière de la Convention. Dans une affaire où les requérants se plaignaient qu'une certaine législation approuvée par le gouvernement d'un Etat leur avaient causé une rupture dans l'unité "de jure" de leur famille, quoique "de facto" cette unité n'avait pas encore été touchée, la Commission a exprimé l'avis que:

"The 'de jure unity' of the family is, of itself, irrelevant to a consideration of the issue under Art. 8. The Article concerns not 'de jure' but '*de facto*' family life and the applicants have made no claim that they have been separated from their children nor does it appear in any way probable that they will be separated from them within the foreseeable future. If at some future date the family should be split up against its will, it will then be possible, if the applicants so wish, for the Commission to examine, as a fresh complaint, their allegation that the authorities have failed to grant them the right to respect for their family life."⁽¹⁴⁾

Et il faut apprécier les *circonstances particulières de chaque cas*. Par exemple, la possibilité accordée à un étranger, malgré le fait d'avoir fait l'objet d'un refus d'entrée dans un pays, de faire des visites régulières aux membres proches de sa famille, vivant dans ce pays⁽¹⁵⁾, ou y purgeant une peine⁽¹⁶⁾, a été jugée importante par la Commission pour écarter une violation de l'article 8.

En outre, la Commission considère que celui qui se prétend victime d'une violation de la Convention parce qu'il s'est vu refuser l'entrée dans un pays ne peut plus se prétendre victime d'un tel refus une fois qu'il a obtenu la permission de revenir dans ce pays.⁽¹⁷⁾ Mais le fait de ne pas avoir eu la possibilité d'y revenir pendant un certain temps, suite à une

(14) 5302/71, CD 44, p. 29 (47) — D 3, 134.

(15) 1855/63, An. 8, p. 200 (202-204) et 7757/77 (n.p.) — D 3, 128.

(16) 7455/76 (n.p.) — D 3, 137 et 6665/74 (n.p.) — D 3, 138.

(17) 9436/81 (n.p.), 9097/80 DR 30 p. 119 (124-125).

décision d'expulsion, peut légitimer sa prétention de victime d'une violation de l'article 8⁽¹⁸⁾.

1.1.4. *La procédure de reconnaissance du droit d'entrée peut violer le droit au respect de la vie familiale*

Une procédure de reconnaissance du droit d'entrée est susceptible, elle-même, de susciter un problème au regard de l'article 8.

Dans une affaire⁽¹⁹⁾ où le requérant se plaignait que le long délai imposé à son épouse, avec qui il s'était marié à l'étranger, pour obtenir une autorisation d'entrée entraînait une violation du droit au respect de sa vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention⁽²⁰⁾, la Commission a exprimé l'avis suivant:

"Ce qui est ici allégué, toutefois, c'est que la *procédure de reconnaissance du droit d'entrée* à l'épouse est contraire à l'article 8. La Commission est d'avis que, à *supposer même* qu'une procédure de reconnaissance du droit d'entrée puisse faire surgir un problème sur le terrain de l'article 8, paragraphe 1, le délai qui a été imposé à l'épouse du requérant par les autorités du Royaume-Uni pour lui délivrer un permis d'entrée ne peut, dans les circonstances de la présente affaire, être considéré comme d'une durée si *déraisonnable* qu'il constituerait une atteinte au droit du requérant au respect de sa vie familiale, tel que le reconnaît cette disposition."^{(21) (22)}

(18) 10730/84: Dans cette affaire, le requérant, un étranger dont le permis de séjour dans un pays avait été accordé lors de son mariage avec une ressortissante de ce pays s'était vu refuser ce permis, suite à son divorce. Depuis la date de son expulsion il n'a pu rentrer dans le pays jusqu'au moment où, ayant contracté un second mariage avec son ex-femme, il s'est vu accorder un nouveau permis de séjour.

(19) 7048/75 DR 9, p. 42 (45) — D 3, 139 et 6696/74 (n.p.) D 3 — 141.

(20) A ce propos, la Commission a dit que l'article 8 ne conférait aucun droit à un couple étranger de transporter son domicile dans un pays déterminé. Ceci résultait de la liberté, non restreinte par la Convention, accordée aux Etats de réglementer l'entrée des étrangers.

(21) La Commission n'a pas jugé nécessaire de trancher dans cette affaire la question de savoir si "le fait qu'un des époux a obtenu une autorisation d'établissement avant le mariage y change quelque chose".

(22) A la procédure de reconnaissance du droit d'entrée, les garanties prévues à l'article 6, par. 1, notamment la décision dans un délai raisonnable, ne sont pas applicables. Cf. infra II-A-4.2.

1.1.5. *La vie privé*

La Commission a eu aussi à apprécier si, après un long séjour dans un pays, les liens créés par les *rappports sociaux* d'un individu pendant cette période relèvent de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention.

“La Commission a déjà interprété l'expression ‘vie privée’ employée dans la Convention, notamment dans la requête n.º 6825/74 (D.R. 5, p. 88) où elle a admis que l'expression visait non seulement le droit de vivre, autant qu'on le désire, à l'abri des regards étrangers, mais incluait, aussi, dans une certaine mesure:

“le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif, pour le développement et l'épanouissement de sa propre personnalité”.

La Commission a, cependant, déclaré que la prétention au respect de la vie privée se trouve automatiquement réduite dans la mesure où l'individu lui-même met sa vie privée en contact avec la vie publique ou la place dans un rapport étroit avec d'autres intérêts protégés (requête n.º 6959/75, D.R. 10, pp. 100 à 138).”⁽²³⁾

1.2. *L'ingérence légitime*

Une fois constatée l'existence d'une ingérence des autorités d'un Etat par rapport au droit au respect de la vie familiale ou privée, cette ingérence, *dès que prévue par la loi*, peut néanmoins se justifier comme “*nécessaire dans une société démocratique*”, pour des *raisons constantes du paragraphe 2* de l'article 8.

(23) 9478/81, p. 243 (248). *Expulsion*: Dans cette affaire, la requérante, une étrangère, avait obtenu une autorisation provisoire de travailler dans un pays pour entretenir sa famille. Cette autorisation était limitée à la durée des études que son mari faisait dans ce pays. Le caractère exceptionnel de cette autorisation a donc été établi et rien ne permettait de penser qu'elle avait cessé d'être conditionnelle et temporaire.

“Même en admettant que les liens que la requérante a noués pendant son séjour en Allemagne soient reconnus comme relevant de la vie privée, au sens de l'article 8, par. 1, de la Convention, la Commission estime que l'arrêté d'expulsion de la requérante ne saurait être considéré comme une atteinte au droit au respect de ces liens, puisque la requérante savait et a reconnu à l'époque des faits que sa présence, et donc la possibilité pour elle de créer et de développer ces liens étaient temporaires et précaires.”

1.2.1. *La subsidiarité du contrôle des organes institués par la Convention*

Il faut remarquer qu'il échoit, en premier ressort, aux organes compétents de l'Etat d'apprécier *l'existence réelle des liens* étroits et fermes auxquels l'on fait référence, aussi bien que la nécessité, pour des motifs constants du paragraphe 2 de l'article 8, de la mesure prise affectant ces liens.

La tâche des organes prévus par la Convention est limitée à celle d'un *organe subsidiaire* de contrôle.

Dans une affaire où ce qui était en cause étaient les preuves exigées par les autorités d'un pays pour démontrer l'existence d'un lien familial, la Commission conclut:

"De l'avis de la Commission, le grief du requérant doit manifestement être examiné sur le terrain de l'article 8 de la Convention. Il est tout aussi manifeste, cependant, qu'une Haute Partie contractante, qui admet le principe de la réunion des familles, a le droit, au regard de l'article 8 de la Convention, d'instituer une *procédure interne de vérification* pour les prétentions familiales d'immigrants futurs ou établis.

La tâche de la Commission se limite à celle d'un organe subsidiaire de contrôle. Lorsque, comme en l'espèce, l'intéressé se plaint que les autorités chargées de la vérification se soient trompées dans leurs conclusions, elle n'a pas pour rôle de se substituer aux autorités nationales compétentes, mais seulement d'examiner si, dans l'exercice de leurs fonctions, ces autorités ont agi au-delà de ce que l'on peut raisonnablement attendre d'elles, s'agissant de l'article 8 de la Convention, pour sauvegarder le droit au respect de la vie familiale."⁽²⁴⁾

Dans une autre affaire⁽²⁴⁾, et sur l'interprétation du concept de "*nécessité*", la Commission estima qu'"une ingérence ne peut être nécessaire dans une société démocratique que si elle est proportionnée au but légitime poursuivi. Cette *exigence de proportionnalité* suppose qu'un juste équilibre doit être ménagé entre le respect des droits individuels en jeu et la protection des intérêts particuliers sur lesquels se fonde l'ingérence. Il faut, en outre, que l'appréciation des autorités nationales fasse ressortir que ce

(24) 8378/78, DR 20, p. 168 (177-178).

principe a bien été respecté (cf. Cour Eur. D.H., arrêt Barthold du 25 mars 1985, Série A, n.º 90, par. 55-59)".⁽²⁵⁾

1.2.2. *Les raisons constantes du paragraphe 2 de l'article 8*

Pour ce qui est des raisons constantes du paragraphe 2 de l'article 8, la Commission a considéré que le refus d'entrée d'un étranger, étant donné ses antécédents, caractère et casier judiciaire défavorables, se justifiait comme étant nécessaire pour la *prévention des infractions pénales* et la défense de l'ordre.⁽²⁶⁾

La Commission rappelle même, à l'égard de la *défense de l'ordre*, le lien étroit qui existe entre une politique de contrôle de l'immigration et les considérations d'ordre public. La nécessité de protéger le marché du travail et la situation des immigrants dans un pays peuvent justifier des décisions ayant pour objectif légitime la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui.⁽²⁷⁾

Dans un autre cas, où la vie familiale d'un parent et d'un enfant a fait l'objet d'une ingérence de la part des autorités de l'Etat, la Commission a considéré qu'il fallait s'attacher tout particulièrement aux intérêts de ce dernier. Donc, pour apprécier si *l'ingérence est proportionnée*, la décision interne qui l'a motivée doit montrer qu'elle a suffisamment tenu compte des intérêts de l'enfant.⁽²⁸⁾

La Commission rappelle à cet égard que, dans une société démocratique, la loi a pour fonction importante de prévoir des garanties pour proté-

(25) 10730/84, Rapport de la Commission (adopté le 7 octobre 1986) dans l'affaire Berrehab c. Les Pays-Bas.

(26) 3170/67 (n.p.) et 3184/67 (n.p.) — D 3, 273.

L'extradition a été considérée comme nécessaire pour la prévention des infractions pénales: 8897/80 (n.p.) — D 3, 150 et 8971/80 (n.p.) — D 3, 152.

Expulsion: 9203/80, DR 24 p. 239; 7816/77, DR 9, p. 219. Ces affaires concernaient l'expulsion d'étrangers condamnés pour trafic illicite de stupéfiants. Ces mesures ont été considérées nécessaires à la prévention des infractions pénales et à la protection de la santé.

(27) 10730/74.

9088/80 DR p. 160 (168).

Expulsion: 9285/81 DR 29, p. 205 (216), 9326/81 (n.p.) — D 3, 152.

(28) 10730/84.

ger les enfants, notamment ceux que l'âge rend spécialement vulnérables, contre les dangers et souffrances mentales découlant, par exemple, du divorce de leurs parents (cf. Hendriks c/Pays-Bas, Rapport Comm. 8.3.1982, par. 120, DR 29, p. 5 (11)).

Le plus souvent, la Commission apprécie les plaintes des requérants ayant fait l'objet de refus d'entrée dans un pays à la lumière de l'article 8. Mais les cas de refus d'entrée des étrangers peuvent aussi être appréciés dans le cadre de la non-discrimination.

2. Le refus d'entrée d'un étranger et les problèmes de discrimination

2.1. *Le principe de la non-discrimination de l'article 14 de la Convention*

2.1.1. *Application de l'article 14*

D'après son libellé, l'article 14 *ne peut pas être appliqué isolé*, mais doit être lu en liaison avec les droits et libertés reconnus dans la Convention.

Mais, même si ces droits et libertés comme tels n'ont pas été violés, les faits du litige peuvent entraîner une violation d'un de ces droits et libertés appréciés en liaison avec le principe de la non-discrimination, reconnu à l'article 14. C'est là que réside sa *portée autonome*, d'après la jurisprudence de la Cour⁽²⁹⁾.

“Au regard de l'article 14, une distinction est discriminatoire si elle *manque de justification objective et raisonnable*, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* (voir notamment les arrêts précités relatifs aux affaires “linguistique belge? Marckx et Rasmussen, Série A n.° 6, p. 34, par. 10, n.° 31, p.16, par. 33, et n.° 87, p. 14, par. 38).

Les Etats contractants jouissent d'une certaine *marge d'appréciation* pour déterminer si, et dans quelle mesure, des différences entre des situations à d'autres égards analogues, justifient des distinctions de traitement

(29) Arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali, 28.5.1985, Série A, Vol. 94, par. 71.

juridique (voir l'arrêt Rasmussen précité, *ibidem*, p. 15, par 40), *mais* la décision ultime sur ce point relève de la Cour.⁽³⁰⁾

2.1.2. *La discrimination dans l'exercice des droits reconnus par la Convention*

La Convention n'oblige pas un Etat, nous l'avons vu, à admettre des étrangers sur son territoire, mais, une fois le droit de résidence accordé dans une situation donnée, il ne sera pas admissible de créer des situations discriminatoires.

Le problème s'est posé dans des affaires concernant l'autorisation du regroupement familial dans un Etat où la loi permettait aux femmes des étrangers résidant légalement dans le territoire de cet Etat, de les rejoindre et niait aux maris, qui auraient voulu rejoindre leurs femmes y résidant, la possibilité d'entrée.

A cet égard, l'arrêt de la Cour dans l'affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali, concernant le refus d'entrée des maris des requérantes, établies légalement dans le Royaume-Uni, est concluant sur la discrimination dans le respect de la vie familiale.

La discrimination en raison du sexe

“Assurément, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si, et dans quelle mesure, des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des traitements dissemblables, mais son étendue varie selon les circonstances, les domaines et le contexte (arrêt Rasmussen précité, Série A n.º 87, p. 15, par. 40).

Or, quant au problème en jeu, on peut relever que la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Pourtant, *seules des raisons très fortes* pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe...

(30) Arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali, précité, par. 72.

De toute manière, la Cour n'est pas persuadée que la différence pouvant néanmoins régner à cet égard entre les hommes et les femmes revête assez d'ampleur pour justifier la distinction, dont se plaignent les requérantes, relative à la possibilité pour une personne établie au Royaume-Uni d'y être rejointe qui par son épouse qui par son mari."⁽³¹⁾ ⁽³²⁾

La discrimination raciale

“En limitant — comme elles (les dispositions légales) le font — la liberté d'accès, les politiques d'immigration opéreraient d'ordinaire des distinctions fondées sur la nationalité des gens et indirectement sur leur race, leur origine ethnique, voire leur couleur. Sans doute, un Etat ne saurait-il mener une politique de caractère purement raciste, mais accorder un traitement de faveur à ses nationaux, ou aux personnes venant de pays avec lesquels il a les liens les plus étroits, *ne constituerait pas* pour autant de sa part une “discrimination raciale”. La conséquence pratique des règles du Royaume-Uni ne les entacherait pas de pareil vice: rien ne révélerait une différence réelle de traitement reposant sur la race.”⁽³³⁾

(31) La Cour a constaté que la discrimination sexuelle dont les requérantes avaient été victimes découlait de normes incompatibles, à cet égard, avec la Convention. Comme la Convention n'est pas incorporée au Droit interne du Royaume-Uni, les requérantes ne pouvaient pas avoir un *recours effectif* au sens de l'article 13. En effet, la législation qu'elles attaquaient ne prévoyait pas le droit à ne pas être victime d'une discrimination et le seul moyen auquel elles pouvaient recourir aurait dû se fonder sur une mauvaise application de cette législation. La Cour a donc conclu qu'il y avait eu aussi violation de l'article 13 de la Convention (par. 92-93). On doit remarquer que, à la suite de l'arrêt de la Cour, le Gouvernement a modifié les règles d'immigration mentionnées de façon à les rendre conformes aux dispositions de la Convention. Cette nouvelle réglementation est entrée en vigueur le 26 août 1985. Cf. Feuille d'information n.º 19, p. 59, Annexe à la Résolution du C.M. DH (86) 2.

(32) L'interprétation de l'article 19, par. 6, de la Charte sociale, concernant la réunion familiale, ne va pas dans le même sens, d'après les conclusions du Comité d'experts indépendants concernant l'interprétation de la notion de famille au sens de cette disposition. CF. I-B.

(33) La Cour cite l'avis majoritaire de la Commission dans cette affaire. Cf. aussi infra la discrimination fondée sur l'origine nationale.

La discrimination fondée sur la naissance

“A la vérité, une personne vivant dans un pays depuis plusieurs années, telle Mme Balkandali, peut avoir noué avec lui des liens étroits même sans y être née. Néanmoins, il existe en général des raisons sociales convaincantes d'accorder un traitement spécial à ceux dont les attaches avec un pays découlent de leur naissance sur son territoire. On doit donc considérer que la distinction dénoncée avait une justification objective et raisonnable; en particulier, rien ne montre que ses conséquences aient enfreint le principe de proportionnalité. Que les règles de l'immigration aient changé depuis lors en la matière n'affaiblit pas cette conclusion.”⁽³⁴⁾

La discrimination fondée sur l'origine nationale

Et, dans une affaire⁽³⁵⁾, la Commission, appréciant la législation sur l'immigration d'un Etat, a constaté qu'elle créait des différences de traitement fondées sur l'origine nationale:

“En l'espèce, la Commission estime que la différence faite dans le droit à l'immigration entre un ressortissant du Commonwealth et un étranger au Royaume-Uni a manifestement un fondement objectif et raisonnable” étant admis qu'un pays a le droit de limiter le nombre d'étrangers autorisés à résider sur son territoire. Un Etat peut raisonnablement accorder la priorité aux ressortissants des pays avec lesquels il entretient des rapports étroits.”

2.2. La discrimination comme traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.

La discrimination peut, dans certaines circonstances, être tellement grave qu'elle constitue, en elle-même, un traitement dégradant au sens de l'article

(34) Dans cette conclusion, la Cour marque son désaccord avec l'avis de la Commission qui avait conclu, par 11 voix, avec une abstention, qu'il y avait eu une discrimination fondée sur la naissance.

(35) *Expulsion*: 9285/81, DR 29, p. 205 (217).

4. On ne se rapporte pas à l'article 14. C'est le fait même de l'existence d'une *discrimination grave* qui peut constituer un traitement contraire à l'article 3.

2.2.1. *Le principe*

Dans une affaire où les requérants s'étaient vus refuser l'admission dans un pays, la Commission, se référant à sa jurisprudence antérieure⁽³⁶⁾, dit:

"A cet égard, elle (la Commission) s'est référée, en ce qui concerne l'article 3, au grief des requérants selon lequel, par ce refus d'admission, ils avaient été traités en "citoyens de deuxième classe" et fait l'objet d'une discrimination raciale, et observé que "en-dehors de toute considération de l'article 14, la discrimination fondée sur la race pouvait, dans *certaines circonstances*, représenter en elle-même un traitement dégradant au sens de l'article 3."⁽³⁷⁾

2.2.2. *Le degré de sévérité du traitement (discrimination grave)*

La Commission considère ainsi qu'une discrimination peut constituer un traitement dégradant au sens de l'article 3 mais, pour cela, il faut qu'elle constitue, dans les *circonstances* du cas d'espèce, un traitement qui atteigne un certain *degré de sévérité*, exigé par cet article⁽³⁸⁾.

(36) Nommément, l'affaire des Asiatiques de l'Est africain: 4403/70, CD 36, p. 92 (117). Dans cette affaire, il ne s'agissait pas à proprement parler d'étrangers mais de ressortissants de l'Etat mis en cause (il convient de remarquer que cet Etat n'avait pas ratifié le Protocole 4 à la Convention). Cependant, le raisonnement suivi est pertinent dans le cas des étrangers ayant fait objet d'une mesure de refus d'entrée dans un pays. Cf. sur cette affaire *Drzemczewski, A.*, "La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme", DDH, 1985, pp. 21-22, et *Plender, R.*, "Les Droits de l'Homme des étrangers: jurisprudence des organes de la Convention, H/OMB (88) 6, p. 2.

(37) 4626, DR 13, p. 5 (15) — D1, 133.

(38) 5302/71, CD 44, p. 29 (45).

Les circonstances

La discrimination raciale

“La Commission a déjà estimé que “la discrimination fondée sur la race peut, dans certaines conditions, constituer en soi un traitement dégradant au sens de l'article 3” (Asiatiques d'Afrique orientale, Groupe 1, décision sur la recevabilité de la requête n.º 4403/70, Rec. Déc. 36, p. 92 (117). Elle a aussi exprimé l'avis qu'une loi qui soumet aux contrôles d'immigration les citoyens du Royaume-Uni et de ses colonies qui venaient d'Afrique orientale et étaient de souche asiatique établissait à l'encontre de ce groupe de personnes une discrimination fondée sur leur couleur ou leur race (par. 201 du rapport dans l'affaire des Asiatiques d'Afrique orientale).

La constatation faite par la Commission de l'existence d'un “traitement dégradant” dans l'affaire des Asiatiques d'Afrique orientale n'était toutefois pas fondée seulement sur le caractère discriminatoire de la loi en question, mais sur l'effet combiné de plusieurs éléments, notamment le fait pour ces requérants que “de continuer à résider en Afrique de l'Est devint pour elles illégal” et que s'étant vu “refuser le droit d'entrer dans le seul Etat dont elles étaient ressortissantes — le Royaume-Uni — elles ne pouvaient se rendre nulle part ailleurs” (par. 196 du Rapport).

La requérante n'a pas démontré qu'elle-même ou son mari se trouve dans une situation comparable. Son mari est ressortissant du Kenya et elle ne prétend pas qu'elle-même ou lui-même ait reçu l'ordre de quitter cet Etat. La requérante parle d'hostilité et de discrimination ouvertes contre la communauté asiatique au Kenya et fait observer qu'en raison de la politique d'africanisation menée par le Kenya depuis 1968, son mari a abandonné son travail pour devenir réparateur à son compte de télévisions et de radios. Mais il n'est pas allégué qu'il soit empêché d'exercer sa profession actuelle, et la requérante déclare qu'il possède une partie de l'immeuble dans lequel la famille réside.

La situation de la requérante et de son mari paraît donc comparable à celle du couple auteur de la requête n.º 5302/71. Ces requérants, ressortissants du Royaume-Uni et de ses Colonies, résidant en Inde, se sont également plaints sous l'angle de l'article 3 de la Convention de s'être vu refuser l'entrée au Royaume-Uni. Dans sa décision déclarant la requête irrecevable, la Commission a fait observer notamment qu'ils avaient du travail et un endroit pour vivre. Rec. Déc. 44, p. 29 (44).

En conséquence, la Commission n'estime pas que la discrimination raciale incriminée en l'espèce constitue un traitement dégradant au sens de l'article 3."⁽³⁹⁾

"La Commission a aussi examiné le grief de la requérante selon lequel la discrimination alléguée constitue, dans les circonstances particulières de son cas, un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.

A cet égard, la Commission s'est fait communiquer les observations écrites des parties sur la question de savoir si le refus de délivrance d'un certificat d'entrée, au motif que la requérante — une femme mariée — n'est pas chef de famille, constitue un tel traitement...

L'article 3 déclare que nul ne peut être soumis "à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants". Prise dans ce contexte, l'expression "traitements dégradants" montre que cette disposition vise en général à empêcher les atteintes particulièrement graves à la dignité humaine. Par conséquent, une mesure qui abaisse une personne dans son rang, sa situation ou sa réputation, ne peut être considérée comme un "traitement dégradant" au sens de l'article 3 que si elle atteint un certain degré de gravité (cf. par. 189, 3^{ème} alinéa du rapport de la Commission sur les requêtes introduites par des Asiatiques d'Afrique orientale).

La Commission rappelle ce qu'elle a déclaré dans la première affaire grecque (Volume II, Partie 1, p. 1 du rapport), à savoir qu'un traitement appliqué à un individu peut être dit "dégradant", au sens de l'article 3", s'il l'humilie grossièrement devant autrui. Cette définition se rapproche de l'interprétation donnée au paragraphe 19 ci-dessus, le mot "grossièrement" indiquant que l'article 3 ne vise qu'un "traitement dégradant" atteignant un certain degré de gravité.

La Commission n'estime pas que l'application de la règle du chef de foyer dans les circonstances de l'affaire de la requérante, même si elle est considérée comme une discrimination à raison du sexe et du statut, atteigne un degré de gravité tel qu'elle constitue un traitement au sens de l'article 3."⁽⁴⁰⁾

(39) 8008/77, 17 mars 1981 (n.p.) D1 p. 170.

(40) 8008/77 (n.p.).

3. Le refus de l'entrée et la violation du droit de fonder une famille

Dans des affaires concernant des problèmes d'entrée des étrangers sur le territoire d'un Etat, la Commission a eu aussi à apprécier les griefs des requérants à la lumière des dispositions de l'article 12 de la Convention, qui garantit les droits de contracter mariage et le fonder une famille⁽⁴¹⁾.

3.1. *Fonder une famille*

Dans une affaire⁽⁴²⁾, ce qui était en cause était la possibilité d'un couple ressortissant d'un pays d'adopter un enfant étranger et de le faire entrer dans ce pays en vue de son insertion dans leur foyer.

D'abord, la Commission a rappelé le principe, déjà affirmé par elle, selon lequel l'adoption d'un enfant par un couple et son insertion dans leur foyer peuvent être considérées, au moins dans certaines conditions, comme la fondation d'une famille par ce couple⁽⁴³⁾.

3.2. *L'exercice du droit de fonder une famille est régi par les lois nationales*

La Commission "a décidé, par ailleurs, qu'il est tout à fait concevable qu'une famille puisse être fondée de cette façon, qu'il appartenait aux législations nationales de définir si, et éventuellement à *quelles conditions*, l'exercice de ce droit par ce moyen devait être autorisé.

La Commission est d'avis que le concept de vie familiale, qui prévaut dans un grand nombre d'Etats membres, légitime le point de vue selon lequel la fondation d'une famille, au sens de l'article 12, se réalise non seulement par la mise au monde d'enfants du sang, mais aussi par l'accueil d'enfants adoptifs. Comme le stipule cet article, *l'exercice de ce droit est régi par les lois nationales*.

La Commission a donc recherché si les autorités néerlandaises avaient agi conformément aux dispositions de la loi nationale.

(41) Cf. pour les cas d'*expulsion* infra II-A-1.8.

(42) 8896/80, DR 24, p. 176 (181-182).

(43) 7229/75, DR 12, p. 32.

“Elle relève que les dispositions applicables figurent dans la circulaire sur les étrangers, publiée par le ministère de la Justice, conformément aux articles 3, paragraphes 3 et 4, paragraphe 3, de la loi sur les étrangers. Le chapitre B (enfants adoptifs) de la partie G-7 (enfants étrangers recueillis) de la circulaire sur les étrangers fixe des directives concernant les autorisations et les conditions d’entrée dans le pays. Ces directives prévoient notamment que *seuls* les enfants étrangers n’ayant pas atteint l’âge scolaire en vigueur aux Pays-Bas, peuvent être recueillis et que la différence d’âge entre l’enfant étranger et chacun des parents candidats à l’adoption ne doit pas dépasser 40 ans. En l’occurrence, ni l’âge des enfants, ni la différence d’âge entre ceux-ci et l’époux de la requérante ne correspondaient aux exigences posées par les directives précitées. La Commission considère, par conséquent, que la décision des autorités néerlandaises *n’était pas incompatible* avec les dispositions de l’article 12, *puisque les dispositions nationales pertinentes ne permettaient pas l’exercice du droit* dans les conditions envisagées par la requérante et son mari.”

3.3. *Traitement discriminatoire (article 14 combiné avec l’article 12)*

Les mêmes faits furent aussi appréciés à la lumière de l’article 12, en liaison avec l’article 14, vu que la requérante se plaignait d’avoir fait l’objet d’une discrimination, du fait que son aptitude à remplir le rôle de mère adoptive avait été évalué en fonction de *l’âge de son époux*, et du fait que la législation néerlandaise appliquait, dans le cas d’un enfant néerlandais, des *critères différents* (écart d’âge de 50 ans). La Commission a constaté que, là aussi, il n’y avait pas eu de violation.

“Comme l’a déjà observé la Commission, il appartient à la loi nationale de déterminer si, et éventuellement à quelles conditions, l’exercice de ce droit doit être reconnu. A cet égard, la question se pose de savoir si la *différence de traitement* imposée en l’occurrence à la requérante et à son mari peut être considérée comme répondant à un dessein *objectif et raisonnable*, et non pas comme une mesure *disproportionnée* par rapport au but poursuivi.

Cette question peut toutefois demeurer indécise, puisque, quoi qu’il en soit, la disposition exigeant que l’enfant étranger recueilli n’ait pas atteint

(44) Partie I, par. 18.

l'âge scolaire (six ans) au moment de l'établissement, dans son pays d'origine, des relations avec le couple candidat à l'adoption, n'était pas respectée en l'occurrence, les deux enfants, polonais, ayant l'un et l'autre dépassé l'âge de six ans. Cette condition est un *critère objectif* qui se fonde sur l'idée que les enfants étrangers recueillis, issus d'une culture et d'un environnement social différents, doivent recevoir les rudiments d'enseignement scolaire, notamment l'enseignement de la langue, à l'âge où la scolarité devient obligatoire pour les enfants néerlandais, de façon à faciliter leur insertion sociale aux Pays-Bas et à réduire au minimum, autant qu'il se peut, les effets dommageables qu'a pu provoquer leur départ de leur pays d'origine. Il s'ensuit que cette condition doit être considérée comme correspondant à des *impératifs légitimes et à l'intérêt des enfants étrangers recueillis*.

La Commission constate, par conséquent, que les autorités néerlandaises n'ont pas agi de manière contraire à l'article 14, combiné avec l'article 12 de la Convention."

B. LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE

La Charte Sociale, quant à elle, garantit à un travailleur migrant, ressortissant de l'une des Parties Contractantes, le droit à l'exercice d'une activité lucrative sur le territoire des autres Parties Contractantes, ce sur un pied d'égalité avec les nationaux, étant entendu que ce droit s'exerce sous réserve des restrictions fondées sur des raisons sérieuses de caractère économique ou social⁽⁴⁵⁾

Cependant, la Charte Sociale ne traite pas des questions d'entrée sur le territoire. L'Annexe à cet instrument précise, en effet, que les disposi-

(45) Partie I, paragraphe 18; cf. néanmoins Comité d'Experts Indépendants, Conclusions IV, Introduction générale XV: "Aussi longtemps que l'égalité de traitement n'est ni complète, ni effective, le Comité ne saurait accepter qu'un Etat invoque la réserve énoncée au paragraphe 18 de la Partie I pour se soustraire à ses obligations et au contrôle de l'application de celles-ci. Le Comité est, en effet, d'avis, comme l'a souligné l'Assemblée, que les 'restrictions fondées sur des raisons sérieuses de caractère économique et social' s'appliquent à 'l'institution d'une égalité absolue... à but ultime' et ne peuvent viser les engagements souscrits au titre de l'article 18 qui concernent seulement la libéralisation, la simplification et l'assouplissement des réglementations en vigueur." Cf. également Conclusions VI p. 118; *Laroque Pierre* "La Charte Sociale Européenne — 10 années d'application — Colloque de Bruxelles 1976, p. 5.

tions pertinentes de l'article 18 ne concernent pas l'entrée sur le territoire, les engagements souscrits visant seulement l'exercice d'une activité lucrative pour les étrangers se trouvant déjà dans ces territoires⁽⁴⁶⁾.

Toutefois, s'agissant de la *famille* du travailleur migrant autorisé à s'établir lui-même sur le territoire, les questions d'accès au territoire ne sont pas totalement étrangères au Traité⁽⁴⁷⁾. Ainsi, l'article 19 paragraphe 6 de la Charte prévoit qu'en "en vue d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleurs migrants et leurs familles à la protection et à l'assistance sur le territoire de toute Partie Contractante, les Parties Contractantes s'engagent: ... à faciliter autant que possible le regroupement de la famille du travailleur migrant autorisé à s'établir lui-même sur le territoire."⁽⁴⁸⁾

A cet égard, l'Annexe à l'article 19 paragraphe 6 précise qu'"aux fins d'application de la présente disposition, les termes "*famille du travailleur migrant* sont interprétés comme visant au moins l'épouse du travailleur et ses enfants de moins de 21 ans qui sont à charge".

Cette disposition de l'Annexe à la Charte a suscité une abondante jurisprudence de la part des organes de contrôle, en particulier du Comité d'Experts Indépendants, ayant notamment traité à la portée des différents termes utilisés dans le libellé du texte.

Ainsi, le terme "travailleur" a été interprété par le Comité⁽⁴⁹⁾ comme visant tant un travailleur qu'une travailleuse, sauf dans le cas où le contexte impose une interprétation différente.

(46) Comité d'Experts Indépendants. Conclusion II p. 59-60.

(47) Cf. à ce propos l'article 60 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

(48) Ce même si l'autre Partie Contractante dont l'étranger est ressortissant a exclu de sa ratification ladite disposition.

(49) Comité d'Experts Indépendants, Concl. IV, p. 127. Ce Comité a estimé "qu'en conséquence la définition de la famille du travailleur migrant figurant dans l'Annexe à la Charte englobe les enfants à charge (mais pas l'époux) d'une travailleuse". Une différence de traitement identique, autorisée par la législation du Royaume-Uni a donné lieu, récemment, dans le cadre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, à la constatation d'une violation de l'article 14, combiné avec l'article 8 pour discrimination, en raison du sexe, et de l'article 13 pour inexistence d'un recours effectif devant les instances nationales.

Cf. I. A.2.1. Cf. aussi Rapport Comité Gouvernemental 2.^{ème} cycle, Observations Royaume-Uni, CG/Ch-Soc. (72) 40, Annexe V, p. 33, n.º 11 et Conclusions III, p. 106-107.

S'agissant des *enfants à charge de moins de 21 ans*, le Comité d'Experts Indépendants a été amené à maintes reprises à préciser la portée des engagements contractés par les Etats, compte tenu des problèmes qui continuent à se poser dans certaines pratiques nationales⁽⁵⁰⁾.

En particulier, le Comité d'Experts Indépendants a indiqué au sujet de la portée générale de ce paragraphe de l'article 19 que:

"Le but du paragraphe 6 est d'obliger les Etats à créer les conditions qui rendent possible le regroupement familial. La mesure de l'effort de chaque Etat est subordonnée, par cette disposition, aux possibilités objectives qui conditionnent son action en ce sens.

Par conséquent, lorsque le paragraphe 6 prévoit l'engagement de faciliter autant que possible le regroupement...", in ne saurait être interprété dans le sens qu'il admet l'adoption de restrictions susceptibles de priver cette obligation de son contenu.

L'Annexe à la Charte complète cette règle en définissant les termes "famille du travailleur migrant" comme "visant au moins l'épouse du travailleur et ses enfants de moins de 21 ans qui sont à sa charge". A cet égard, le Comité a souligné qu'étant donné les termes de cette Annexe, elle ne saurait en aucune manière être interprétée comme permettant la fixation, sous forme d'une règle générale, d'une limite d'âge inférieure à 21 ans. Mais les personnes concernées devant être également "à la charge" du travailleur migrant, en vertu de ladite Annexe, celles qui remplissent les conditions d'âge peuvent se voir privées du droit au regroupement dans le cas où il est établi qu'elles ne sont plus à la charge du travailleur migrant.

La situation des personnes "à charge" doit être entendue, au sens de cette disposition de la Charte, comme étant celle des personnes qui n'ont pas d'existence autonome par rapport au groupe familial, en particulier pour des raisons économiques ou, le cas échéant, pour des motifs tels que la poursuite d'études non rémunérées ou des raisons de santé.

Compte tenu des considérations ci-dessus, le Comité a en outre estimé que le principe du regroupement de la famille n'était qu'un reflet de la

(50) Conclusions V. p. 138 (absence d'incidence de l'abaissement de l'âge de la majorité sur la définition donnée à l'Annexe à la Charte); Conclusions VII p. 112-113. Sur ce point, dans certains Etats, des évolutions positives ont pu être constatées: ainsi, en France, la limite d'âge pour le regroupement familial des enfants des travailleurs migrants a été portée à 21 ans conformément à l'Annexe à l'article 19 paragraphe 6.

Cf: 25^{ème} anniversaire de la Charte Sociale Européenne (origines, fonctionnement et effets de la Charte).

reconnaissance dans la Charte (Article 16) de l'obligation des Etats d'assurer une protection sociale, juridique et économique de la famille considérée comme "cellule fondamentale de la société". Par conséquent, l'application de l'article 19, paragraphe 6 doit, en tous cas, s'inspirer de la nécessité de remplir cette obligation." (Conclusions VIII, p. 216)⁽⁵¹⁾.

L'obligation impartie aux Etats de faciliter le regroupement familial impose l'adoption de mesures susceptibles d'éliminer les conditions qui entraveraient l'entrée de la famille du travailleur migrant telle que déterminée ci-dessus. Le texte même de la Charte ne contient pas d'indications sur les mesures par lesquelles les Etats doivent faciliter le regroupement familial, ni sur les conditions pouvant être requises à cet effet. Cependant, au cours des différents cycles de contrôle d'application de la Charte, les organes de contrôle ont été amenés à préciser un certain nombre de points à partir de la pratique des Etats.

Trois types de conditions ont été relevées dans les situations nationales⁽⁵²⁾ au sujet desquelles ces organes ont formulé des observations:

- l'exigence d'un certain *délai d'attente*, à savoir une période de séjour exigée du travailleur migrant avant que sa famille puisse être autorisée à le rejoindre, n'a pas été considérée comme contraire à la Charte, à condition toutefois que ce délai ne soit pas déraisonnablement long. Ainsi, un délai de séjour d'au moins trois ans requis du travailleur migrant ne peut être considéré comme conforme à cette disposition de la Charte⁽⁵³⁾;
- l'exigence d'un *emploi stable* quant à elle, ne paraît pas constituer un critère acceptable vis-à-vis de cette disposition. Toutefois, l'exigence tenant à la disponibilité de *ressources* stables et suffisantes si elle vise à permettre le regroupement familial dans les meilleurs conditions possibles, peut être considérée comme non contradictoire avec les engagements contractés. Néanmoins, les Etats doi-

(51) Cf. également Conclusions X-2 p. 154-155.
Voir aussi 8.^{ème} rapport Comité Gouvernemental p. 18-19.

(52) Cf. *Kojanec G*: le regroupement de la famille des travailleurs migrants, 1977, AS/Col/-Charte 5-F.

(53) Conclusions I, p. 211, II p. 69, III p. 105.

vent veiller à ne pas exiger une disponibilité de ressources supérieures à celles qui existent normalement pour les autres travailleurs nationaux⁽⁵⁴⁾.

Quant à l'exigence d'un logement adéquat, une abondante jurisprudence a été développée sur ce point qui a notamment mis en évidence la nécessité de la part des Etats d'adopter des mesures particulières devant aller, le cas échéant, au-delà du simple traitement non moins favorable d'avec les nationaux et de l'absence de mesures discriminatoires à l'égard des migrants et de leurs familles.

La question du logement et de l'hébergement a été, en effet, considérée comme présentant "une importance capitale pour le regroupement de la famille. Le paragraphe 6 de l'article 19 oblige les États à prendre des mesures pratiques pour aider les migrants à obtenir un logement approprié pour leurs familles, l'égalité de droit dans l'accès au logement étant un moyen, parmi d'autres, de remplir cette obligation"⁽⁵⁵⁾.

Deux situations, qui ont fait l'objet d'une appréciation par le Comité, dans le cadre du regroupement familial, méritent encore d'être soulignées.

L'une concernait la législation d'un pays conditionnant l'emploi de personnel domestique étranger.

Dans ses conclusions⁽⁵⁶⁾, le Comité a estimé:

(54) Cf. *Kojanec G*, loc. cit. pp. 10-12.

Cf. également Conclusions X-2 p. 156 (condition tendant à assurer aux personnes admises au titre du regroupement familial des conditions de vie normales).

(55) Conclusions IV, p. 127-129.

Cf. également Conclusions I p. 85, II pp. 69-70, III p. 104 a 107, V p. 142, VII p. 112, IX-2 p. 98. L'adoption de mesures en ce sens pouvant même, si nécessaire, aboutir à un traitement discriminatoire positif au profit des migrants par rapport aux nationaux (prise en compte des priorités et des besoins spécifiques des travailleurs migrants désireux de se faire rejoindre par leurs familles), Conclusions X-I p. 160.

Cf. pour une position plus nuancée: Rapport Comité Gouvernemental 3.^{ème} cycle — CG/Ch.Soc. (74) 14 p. 11.

Pour les liens entre le paragraphe 4 et le paragraphe 6 de l'article 19 au sujet du logement: Conclusions II p. 69, IV p. 127-128 (des conditions moins favorables accordées aux travailleurs migrants pour avoir accès au logement impliquent une violation du paragraphe 4, mais aussi du paragraphe 6 de l'article 19).

(56) Conclusions VII, pp. 112-113.

“Les problèmes demeurent toutefois en ce qui concerne le personnel domestique vivant au domicile de l'employeur. Les explications fournies dans le 7.^{ème} rapport à ce sujet concernent l'article 18 de la Charte, à savoir le refus d'octroyer un permis de travail aux domestiques étrangers ayant une épouse et/ou des enfants à charge, en raison des difficultés d'élever une famille en l'absence d'un logement adéquat. Toutefois, le Comité avait exprimé des réserves depuis le 3.^{ème} cycle de contrôle au sujet du cas d'un travailleur domestique célibataire qui, ayant un permis de travail au ... avait un enfant ou s'était marié à l'étranger et ne pouvait pas se faire rejoindre par son conjoint ou ses enfants. Cet état de choses, de l'avis du Comité était contraire aux dispositions relatives au regroupement familial contenues dans ces dispositions de la Charte.

De plus, pour les mêmes raisons, soumettre le personnel auxiliaire résidant, employé dans les hôpitaux, aux mêmes restrictions que les domestiques résidant au domicile de l'employeur est contraire aux dispositions du paragraphe 6 de l'article 19”.

L'autre concernait le refus d'entrée d'une membre d'une famille de travailleurs migrants fondé sur des motifs de protection de la santé:

“La législation de cet Etat permet de refuser l'accès au territoire national à un enfant malade ou infirme. Cette possibilité ne pourrait, à la rigueur, être admise que dans le cas où il serait prouvé que le travailleur étranger se rend dans ce pays dans le seul but de faire bénéficier son enfant des prestations du Service national de santé.”⁽⁵⁷⁾

Egalement

“..... le droit de refuser l'entrée à des membres d'une famille de travailleurs migrants souffrant d'une maladie contagieuse a paru être une mesure trop sévère parce que trop générale. Il serait plus approprié de limiter l'application de cette règle à des cas particulièrement sérieux. Enfin, le rapport a donné l'impression qu'un membre de la famille d'un travailleur migrant, qui contractait une telle maladie au cours de son séjour, pouvait être obligé de quitter le pays sans avoir reçu de soins, sur simple avis du médecin traitant.

(57) Conclusions II, pp. 69-70.

Sur la base de ces données, le Comité s'est vu obligé de conclure que l'Etat en cause ne satisfaisait pas entièrement à cette disposition." (Conclusions III p. 104-105)⁽⁵⁸⁾.

II. LA SORTIE

Le droit d'asile et le droit de ne pas être expulsé ne figurent pas, en tant que tels, parmi les droits et libertés mentionnés dans la Convention⁽⁵⁹⁾.

L'article 5 n.º 1 f. de la Convention et les articles 3 et 4 du Protocole 4 à la Convention montrent clairement que les Etats contractants ont eu l'intention de réserver à eux-même la *faculté* d'expulser des étrangers de leur territoire⁽⁶⁰⁾.

(58) Cf. également Conclusions X-1 p. 149 quant à la possibilité de non admission pour "maladie psychique sérieuse: ... aucune disposition de portée générale ne devrait faire obstacle au regroupement familial, dans un tel cas qui devrait être examiné exclusivement sous l'angle médical, familial, social et humanitaire, et de toute autre circonstance particulière".

Conclusions X-2, p. 157; "... le refus absolu d'admettre les membres malades de la famille ne serait pas compatible avec l'article 19 paragraphe 6 de la Charte".

(59) 2143/64 An. 7, p. 329.

1611/62 An. 8, p. 169.

3040/67 An. 10, pp. 523-525.

10078/82, DR 41, p. 103 (111).

Et spécialement concernant l'asile:

3826/68 (n.p.); D1 125

5063/71 (n.p.); D1 129

5071/68 (n.p.); D1 129

7001/75 An. 19, p. 416 (450-454): DR4, 215 D1, 140

7333/76 (n.p.); D1, 143;

10564/83 DR..., 262 (268)

Cf. aussi *J.A. Carrillo*, la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le demandeur d'asile, Actes du Seizième Colloque de Droit européen, p. 28, Conseil de l'Europe, 1987.

(60) 7729/76, DR 7 p. 164 (172-173) D1, 444

8441/78 (n.p.); D1 444.

“D’après le Droit international, il y a une différence essentielle entre *expulsion* et *extradition*. L’expulsion est l’exécution de l’ordre de quitter le pays, lorsque l’extradition est le transfert d’une personne d’une juridiction à une autre en vue de son jugement ou de l’exécution d’une peine prononcée à son encontre.”⁽⁶¹⁾

Tout en reconnaissant que l’Etat a un pouvoir discrétionnaire pour ordonner l’expulsion d’un étranger, la Commission a maintes fois indiqué que:

“Les Etats contractants n’en ont pas moins accepté de restreindre le libre exercice des pouvoirs que leur confère le Droit international général, y compris celui de contrôler l’entrée et la sortie des étrangers dans la *mesure et la limite des obligations* qu’ils ont assumées en vertu de la Convention.”⁽⁶²⁾

“L’extradition, elle aussi, ne figure pas, comme telle, au nombre des matières régies par la Convention (cf. requête 7256/75, DR8, p. 161)⁽⁶³⁾. Les Hautes Parties contractantes demeurent, en principe, libres de conclure et d’appliquer des accords et conventions d’extradition. L’amélioration de la coopération en matière d’entraide judiciaire est, d’ailleurs, un domaine où le Conseil de l’Europe a développé une activité fructueuse.

La Commission n’est pas appelée à veiller sur l’application correcte du Droit extraditionnel; sa tâche consiste uniquement à assurer le *respect des engagements résultant de la ratification* par un Etat de la Convention européenne des Droits de l’Homme” (article 19)⁽⁶⁴⁾.

(61) 6242/73 An. 17, p. 458 (476-478): CD46 p. 202 (210) — D5, 888.

(62) D 1, 117-118, et la jurisprudence y citée.

(63) Y inclus les protocoles à la Convention, notamment le Protocole 4.

Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires de ce protocole où il est expressément indiqué que l’extradition n’est pas couverte par l’article 3, par. 1.
6242/73 An. 17, p. 458 (476-478): CD 46, p. 202 (210) — D5, 888; 6189/73, RD 46, p. 214.

(64) 10308/83, DR 36, p. 209 (219). Cf. aussi infra II-A-4.1.

1. Expulsion individuelle ou extradition

1.1. *Traitements dégradants ou inhumains dans le pays de destination*

Dès lors, l'expulsion ou l'extradition d'un individu peut, dans certains cas exceptionnels, se révéler contraire à la Convention et, notamment, à son article 3, lorsqu'il y a des *raisons sérieuses pour croire* qu'il sera soumis, dans l'Etat vers lequel il doit être transféré, à des traitements interdits par ce dernier article⁽⁶⁵⁾

1.1.1. *Les critères*

Lors de l'examen des faits, la Commission détermine s'il existe des *raisons sérieuses de craindre*

- *que la personne ne risque actuellement⁽⁶⁶⁾ la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants, en violation de l'article 3, dans l'Etat auquel elle sera livrée⁽⁶⁷⁾;*
- *que ces traitements ne lui soient effectivement infligés.*

1.1.1.1. *Le risque de traitements contraires à l'article 3 dans l'Etat de destination*

Dans la *détermination de l'existence* de raisons sérieuses de craindre que la personne ne risque des traitements contraires à l'article 3 de la Convention, la Commission cherche d'abord à s'assurer que cette personne fera *sûrement l'objet d'expulsion* et, le cas échéant, si elle le sera vers un *pays où ces traitements puissent lui être infligés⁽⁶⁸⁾.*

(65) D I, 119-120, et la jurisprudence y citée; 10078/82, DR 41, p. 103 (111).

(66) Il faut que le risque soit actuel: 8081/77 (n.p.) — D I, 149.

(67) 5564/72, CD 42, p. 114 (121) — D I, 132; 5525/72, CD 43, p. 111 (116-117) — D I, 133; 7507/76 (n.p.) — D I, 144; 8081/77 (n.p.).

(68) 3110/67, An. 11, p. 494-526); RD 27, p. 77 (96) — D I, 124; D I, 127 et jurisprudence citée.

5179/71 (n.p.) — D I, 131.

5071/71 (n.p.) — D I, 131.

5351/72 et 6579/74, CD 46, p. 71 (81) — D I, 137.

7638/76 (n.p.) D I, 147.

En effet, le requérant se plaint souvent d'une expulsion imminente, qui n'a pas encore fait l'objet d'une décision ou d'aucune mesure de fait, de la part des autorités d'un Etat ou croit qu'il sera expulsé vers un pays déterminé où il craint d'être persécuté, mais à un moment où il n'y a pas encore d'informations sûres relevant des autorités de l'Etat quant au pays de destination.

La Commission tient aussi compte de l'éventuel fait que la personne risque d'être renvoyée *du* pays vers lequel elle sera expulsée, *vers un pays tiers* où il pourra y avoir des raisons sérieuses de craindre qu'il lui sera infligé un traitement contraire à l'article 3 de la Convention⁽⁶⁹⁾.

S'il y a des motifs raisonnables de croire qu'une mesure d'expulsion sera prise, la Commission apprécie les *circonstances spéciales* de chaque cas d'espèce, la *légalisation nationale* concernant l'expulsion, les rapports et conclusions des *enquêtes* menées par les autorités nationales sur la probabilité de persécution dans l'Etat de destination⁽⁷⁰⁾, en vue de déterminer si l'expulsion est susceptible de constituer un traitement contraire à l'article 3 de la Convention. Elle doit donc considérer, dans les allégations du requérant, la *preuve* qui montre réellement que, dès qu'il est expulsé, il doit s'attendre à faire l'objet d'un traitement dégradant⁽⁷¹⁾.

Elle doit aussi, par exemple, considérer les *précautions prises* par l'Etat d'expulsion ou d'extradition ou des *accords* survenus entre celui-ci et

(69) 3140/67 (n.p.) — D 1, 122.
6583/74 (n.p.) — D 1, 136.
6315 An. 17, p. 480 (488-490) — D 1, 137.
5012/71 RD 40, p. 53.

(70) 7706/76 — Bilan, 237.
10564/83 DR 40, 262 (269).

(71) D 1, 123 et jurisprudence citée.
3826/68 (n.p.) — D 1, 125.
D 1, 126 et jurisprudence citée.
4436/70 An. 13, p. 1028 (1034) — D 1, 126.
5179/71 (n.p.) — D 1, 131.
7317/75 An. 20, p. 412 (436-438): DR 6, p. 141 (151) — D 1, 142.
7495/76 (n.p.) — D 1, 141.
7333/76 (n.p.) — D 1, 143.
7638/76 (n.p.) — D 1, 147.
10564/83 DR 40, p. 262 (269).
10078/82 DR 41, p. 103 (111).

l'Etat de destination pour conclure sur les probabilités que ces traitements lui soient infligés⁽⁷²⁾.

La Commission est extrêmement prudente dans la demande de preuves à fournir à l'appui des allégations. Certaines de ces preuves semblent cependant avoir *un poids* très important dans l'appréciation des circonstances qui peuvent déterminer, à son avis, l'existence de raisons sérieuses de craindre le risque d'un traitement contraire à l'article 3.

(Le 7 juillet 1989, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt dans l'affaire Soering concernant l'extradition du requérant vers les Etats-Unis d'Amerique où il risquait de se voir exposé au "syndrome du couloir de la mort".

La jurisprudence doit donc être examinée à la lumière de cet arrêt, dont un résumé figure en annexe.)

Avis des entités chargés d'apprécier les demandes de statut de réfugiés ou d'asile politique

Les avis des délégations nationales de l'Office du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés dans leur appréciation des motifs permettant d'octroyer le statut de réfugiés aux requérants⁽⁷³⁾ ou des autorités chargées d'apprécier les demandes d'asile politique⁽⁷⁴⁾ ont, paraît-il, un poids très significatif dans l'appréciation des circonstances par la Commission.

L'octroi au requérant du statut de réfugié politique d'après la Convention des Nations Unies de 1951 peut même, vu les garanties y prévues, persuader la Commission que son expulsion, par un Etat où cette Convention est en vigueur, n'aura pas lieu dans des conditions contraires à l'article 3 de la Convention⁽⁷⁵⁾.

(72) 1038/83, DR 36, p. 209 (219).

Cf. *Drzemczewski A.*, loc. cit., pp. 17-18.

(73) 5063/71 (n.p.) et 5071/71 (n.p.) — D 1, 129.

7465/76 DR 7, p. 153 (155).

8495/79 (n.p.), 8823/79 (n.p.) — D 1, 142.

8581/79 (n.p.) — D 1, 152.

(74) 7777/77 (n.p.) — D 1, 146.

8647/79 (n.p.) — D 1, 152.

(75) 3110/67, An. 11, 494: RD 27, p. 77 (96) D 1, 124.

Il faudra, souligner, cependant, que la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés, tout en autorisant un Etat à expulser un étranger pour des raisons de protection de la communauté nationale contre un danger sérieux, est elle-même soumise aux restrictions de l'article 3 de la Convention⁽⁷⁶⁾.

Le moment de l'introduction de la demande d'asile politique

Le fait que le requérant a demandé l'asile politique dans un Etat seulement *après* la décision de refus de résidence et de menace d'expulsion, *ou après* une période de temps considérable de permanence dans cet Etat, peut aussi avoir un poids important dans l'évaluation de l'existence de raisons sérieuses de croire qu'il fait ou fera l'objet de persécution politique dans ce pays⁽⁷⁷⁾

Régime politique des pays de destination

La nature même du *régime de ce pays*, peut avoir un poids important pour l'appréciation de la Commission, dans la mesure où les droits de

(76) D 1, 123 et jurisprudence citée.

(77) 7691/76 (n.p.) — D 1, 147; 8063/77 (n.p.) — D 1, 151.

En plus, la non-interjection de recours ou présentation d'objections, de la part du requérant, *contre la décision de l'Etat de ne pas accorder le statut d'asile politique* peut conduire la Commission à la constatation que les voies de recours internes, au sens de l'article 26 de la Convention, n'ont pas été épuisées et, par conséquent, déterminer l'irrecevabilité de la requête aux termes de l'article 27, par. 3, de la Convention. 7638/76, p. p. — D 1, 147.

Il faut, en effet, souligner que le fait que le requérant *n'ait pas demandé le statut d'asile politique, ou interjeté un recours contre la décision de l'Etat de ne pas accorder ce statut ou contre la décision même d'expulsion*, peut conduire la Commission à la constatation que les *voies de recours internes*, au sens de l'article 26 de la Convention, n'ont pas été *épuisées* et, par conséquent, déterminer l'irrecevabilité de la requête aux termes de l'article 27, par. 3, de la Convention:

Le requérant n'a pas demandé le statut d'asile politique:

4487/70 CD 38, p. 80 — D 5, 89.

Le requérant n'a pas interjeté recours contre la décision de ne pas accorder le statut d'asile politique: 7638/76 (n.p.) — 1, 147.

Le requérant n'a pas interjeté recours contre la décision d'expulsion: 1847/63 (n.p.) — D 5, 94; 8655/79 (n.p.) — D 5, 146. Mais si la procédure relative à l'asile politique ou le recours porté contre la décision d'expulsion n'ont pas *d'effet suspensif*, la Commission considère donc que ces moyens ne constituent pas des *recours effectifs* à épuiser, au sens de la jurisprudence établie sur l'article 26: 7216/75, DR 5, P. 137 (139); 7777/77 (n.p.) — D 5, 200; 7691/76 (n.p.) D 5, 212; Arrêt Bozano, Série A, 111, par. 48.

l'homme, tels que garantis par la Convention, puissent y être grossièrement ou continuellement violés, ou même entièrement supprimés⁽⁷⁸⁾.

Mais la Commission a observé *qu'il ne suffit pas* de constater que, dans un certain pays, les droits civils et politiques ne sont pas respectés pour conclure que l'expulsion d'un individu vers ce pays équivaut à une violation de l'article 3 de la Convention⁽⁷⁹⁾.

Il faut ainsi apprécier cette question à la lumière des faits concrets de chaque affaire, où la Commission effectue un examen approfondi des allégations des parties et des preuves fournies, sur demande de celle-ci.

La nature de l'infraction, les garanties de procédure dans le pays de destination et la sévérité de la sanction

Nature de l'infraction

Normalement, dans le cas d'extradition, la Commission apprécie la nature de l'infraction dont le requérant est accusé, les garanties de procédure existantes dans le pays destinataire et la sévérité de la sanction y appliquée. Ces éléments sont aussi importants pour l'appréciation du risque de traitement contraire à l'article 3.

Elle examine ainsi si les infractions relatives aux accusations portées contre le requérant sont considérées comme relevant du *Droit commun* et si elles sont reconnues en général *comme infractions* par le Droit interne des Etats membres du Conseil de l'Europe⁽⁸⁰⁾.

(78) D 1 — 119-120 et jurisprudence citée; 8897/80 (n.p.) D 1 — 153.

(79) 8081/77, D 1, p. 149.

(80) D 1, 126 et jurisprudence citée. Le fait d'accorder l'extradition pour un *délit politique*, ne peut être considéré en soi, et sauf circonstances particulières, comme traitement inhumain au sens de l'article 3. Mais, dans les affaires se situant dans ce cadre, les autorités compétentes doivent renoncer à la règle générale du Droit extraditionnel, selon laquelle l'Etat requis n'examine pas la question de savoir s'il existe des éléments de fait constituant des raisons plausibles pour soupçonner la personne poursuivie. 10308/83, DR 36, p. 206 (220-221).

Garanties de procédure

Elle doit ensuite s'assurer qu'il n'y ait pas d'indications, relevant des circonstances du cas d'espèce, qui révèlent que le *principe de la spécialité*, qui s'applique dans les cas d'extradition, ne sera pas respecté dans la procédure criminelle, intentée contre le requérant, par les tribunaux du pays auquel il sera livré⁽⁸¹⁾.

De même en ce qui concerne les faits pouvant indiquer que le requérant n'aura pas un *traitement discriminatoire* de la part des autorités de cet Etat en raison de ses opinions politiques, de religion ou de sa race⁽⁸²⁾.

La Commission attache aussi une certaine importance au fait de reconnaître à la personne à extraditer vers l'Etat qui a requis l'extradition, le *droit de recours individuel* devant la Commission, du fait de l'acceptation, par cet Etat, de la clause facultative de l'article 25 de la Convention⁽⁸³⁾.

Sévérité de la sanction

La sévérité de la peine à purger, pour un crime commis, dans l'Etat vers lequel le requérant sera extradé, est aussi un élément d'appréciation de la Commission dans les affaires relatives à la violation de l'article 3⁽⁸⁴⁾.

L'obligation d'accomplir le service militaire dans le pays vers lequel le requérant sera expulsé ne peut être considérée, d'après la Commission, comme violant les droits de l'homme, tels que garantis par la Convention. La Commission a aussi tenu en compte, à ce propos, l'article 4 de la Convention. Le paragraphe 2 de cet article dispose que nul ne peut être astreint à accomplir un *travail forcé ou obligatoire*, mais cette expression "travail

(81) D 1, 122 et jurisprudence citée.
5152/71 (n.p.) — D 1, 130.
6102/73 CD, 45, p. 121 (121-122) — D 1, 134.
7777/77 (n.p.) — D 1, 146.
10308/83 DR 36, p. 209 (220).

(82) D 1, 126 et jurisprudence citée.

(83) 10308/83 DR 36, p. 209 (222).

(84) 8823/79 (n.p.) D 1, 153. Par exemple, la Commission a conclu qu'une peine d'emprisonnement de 5 ans à purger par le requérant pour être resté à l'étranger sans avoir un passeport valide, n'est pas d'une sévérité telle qu'elle puisse être considérée comme une peine ou traitement interdits par l'article 3 de la Convention.

forcé ou obligatoire” n’inclut pas, d’après le paragraphe 3 (b) de cet article, “tout service de caractère militaire ou, dans le cas d’objecteurs de conscience dans les pays où l’objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire”.

Par conséquent, *l’obligation d’accomplir* le service militaire doit, en principe, être considérée comme compatible avec les principes de la Convention et l’expulsion ne peut, ainsi, être considérée comme un traitement dégradant, au sens de l’article 3⁽⁸⁵⁾.

1.1.1.2. *Risque de persécution de la part de factions non-gouvernementales*

La constatation d’un danger pour la personne à expulser ou à extraire n’implique pas nécessairement la *responsabilité du gouvernement de l’Etat* qui reçoit l’intéressé ou qui demande l’extradition. Ce qui est important, c’est l’existence d’un *danger objectif* pour la personne qui fait l’objet d’une de ces mesures⁽⁸⁶⁾.

La Commission a d’ailleurs déjà pris en considération, dans des cas d’expulsion, un danger provenant, non d’autorités de l’Etat vers lequel le requérant sera expulsé, mais de *groupe autonomes*⁽⁸⁷⁾

Elle s’est fondée sur les conclusions de l’Office des Nations Unies du Haut-Commissaire pour les réfugiés, qui, apparemment, “a compétence pour examiner, dans certaines circonstances, un danger de persécution individuelle de la part de factions non gouvernementales d’après la Convention des Nations Unies sur le statut des réfugiés (cf. Handbook on procedures and criteria for determining, refugee status, UNHCR, 1979, p. 17,

(85) 4314/69, An. 13, p. 900 (902-904): CD 32, p. 96 — D1, 126.

La Commission a aussi considéré, dans d’autres affaires, que les poursuites criminelles pour désertion de l’armée ne peuvent pas être considérées comme un traitement inhumain, au sens de l’article 3.

(7334/76 DR 5, pp. 154-155 — D1, 141 et 10564/83 DR 40, 262 (269)).

(86) 10308/83, DR. 36, p. 209 (219).

(87) 8581/79 (n.p.) D1, 152: 7216/75 DR 5, p. 137. Dans ces deux affaires, la Commission n’a pas trouvé nécessaire de trancher la question.

par. 65)”. D’après ces conclusions, il n’y avait pas de raisons pour accorder au requérant le statut de réfugié⁽⁸⁸⁾.

1.2. *L’expulsion répétée — Le requérant fait l’objet de mesures d’expulsion successives (traitement inhumain ou dégradant)*

La situation du requérant qui fait l’objet de mesures d’expulsion successives peut être considérée comme contraire à l’article 3 de la Convention.

La Commission conclut à cet égard que “dans certaines circonstances, l’expulsion répétée d’un étranger ne disposant d’aucun titre d’identité et de voyage et dont l’Etat d’origine est inconnu ou refuse la réadmission sur son territoire, pourrait soulever un problème au regard de l’article 3 de la Convention, qui prohibe les traitements inhumains ou dégradants”⁽⁸⁹⁾.

1.3. *L’expulsion elle-même peut entraîner une violation de la Convention, notamment de l’article 3*

1.3.1. *L’expulsion comme une peine*

L’expulsion d’un étranger, justifiée par des raisons de sécurité nationale, *ne peut pas*, du moins dans des circonstances normales, être envisagée comme une peine.

Dans une affaire où l’un des griefs du requérant concernait justement cette question, la Commission a considéré que, dans le cas d’espèce, “l’intention des autorités n’était pas de punir le requérant, tel qu’il l’avait suggéré, mais protéger la sécurité nationale. Cette expulsion ne saurait, donc, être elle-même considérée comme un acte de violation de l’article 3”⁽⁹⁰⁾.

(88) 8581/79 (n.p.) — D1, 152.

(89) 4403/70 et 4419/76 An. 13, p. 929.

5399/72, RD 40, p. 72 (73-74).

5351/72 et 6579/74, RD 46, p. 71 (81).

7612/76, DR 21, p. 73.

Cf. Carrillo, loc. cit., p. 36, sur ces décisions et leur importance vis-à-vis de la situation des réfugiés “sur orbite”.

(90) 7729/76 DR 7, p. 164 (183-184) — D1, 45.

1.3.2. *Incidence directe de la mesure d'expulsion ou d'extradition sur la vie ou l'état de santé de l'étranger.*

Mais une mesure d'expulsion ou d'extradition peut, dans certaines circonstances, constituer *elle-même* un traitement contraire à cet article et même à l'article 2.

La Commission l'apprécie dans une affaire où le requérant se plaignait de l'intention des autorités d'un Etat de l'extrader et le transporter au moment où sa vie était en danger. Tout en observant que peu avant et au moment de son extradition, le requérant avait contribué à son état de santé par une grève de la faim et de la soif qu'il avait décidé d'entreprendre, la Commission a conclu que, même dans ces circonstances, *tout acte des autorités* pouvant avoir une *incidence directe sur la condition physique* du requérant et *mettre en danger sa vie* pourrait, en conséquence, être contraire à la Convention, en particulier aux articles 2 et 3⁽⁹¹⁾.

La Commission s'appuie donc sur les *rapports médicaux* pour savoir si les mesures antérieures ou concomitantes à l'expulsion ou l'extradition peuvent contribuer à la *détérioration de l'état de santé* des requérants, devant entraîner de ce fait, la *préclusion*⁽⁹²⁾ ou *non*⁽⁹³⁾ de l'expulsion ou de l'extradition, à un moment donné⁽⁹⁴⁾.

Dans ce contexte, la Commission doit aussi s'assurer de *l'existence de conditions*, dans les pays vers lesquels les requérants se dirigent, qui leur garantissent qu'une attention appropriée à leur état de santé puisse leur y être accordée⁽⁹⁵⁾.

(91) 8088/77 (n.p.) — D1, 150.

(92) 6242/73 An. 17, p. 458 (476): CD 46, p. 202 (209) — D1, 136.

(93) 5063/71 (n.p.) et 5071/71 (n.p.) — D1, 152.
7621/76 (n.p.) — D1, 194; 8647/79 (n.p.) — D1, 152.
8088/77 (n.p.) — D1, 150.

(94) Dans une affaire, le permis de résidence a même été accordé par un Etat en tenant compte de l'état de santé du requérant, apprécié sur la base d'un rapport médical (7237/75 DR 5, p. 144 (148-149) — D1, 142).

(95) 8897/80 (n.p.) — D1, 153.

1.4. *L'expulsion et la violation du droit au respect de la vie familiale*

L'expulsion d'un étranger du territoire d'un Etat où vivent les *membres proches de sa famille* peut conduire à une violation du droit au respect de la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, dans le cas où cette vie familiale peut être perturbée de façon déraisonnable.

Dans l'appréciation des affaires sur cette question portées devant elle, la Commission suit les critères d'interprétation de cet article, mentionnés plus haut, dans la partie concernant le refus d'entrée des étrangers.

Tout ce qui y a été indiqué s'appliquera donc, *mutatis mutandis* aux cas d'expulsion d'un étranger⁽⁹⁶⁾.

1.5 *L'expulsion et la violation du droit à la liberté de religion*

L'expulsion des étrangers ne peut violer l'article 9 de la Convention que si elle vise à réduire l'exercice du droit à la liberté religieuse.

Dans une affaire portée devant la Commission⁽⁹⁷⁾ un requérant, une institution religieuse et philosophique d'un Etat, se plaignait d'un arrêté d'expulsion émis par les autorités de cet Etat contre un étranger, aussi requérant, membre de ladite institution.

A leur avis, l'expulsion ne visait qu'à liquider cette institution religieuse, contre laquelle aucune mesure ne pouvait être prise directement par les autorités dudit pays, et, constituait, par conséquent, une violation de l'article 9.

A cet égard, la Commission a exprimé les considérations suivantes:

"La Commission a toutefois récemment exprimé l'avis de la distinction sus-rappelée entre une église et ses membres au sujet de l'article 9, par. 1, est essentiellement artificielle. Lorsqu'un organe ecclésiastique introduit une requête en vertu de la Convention, il le fait en réalité au nom des fidèles. Il faut en conséquence admettre qu'un tel organe, ou en l'espèce

(96) Une référence spécifique à la jurisprudence concernant l'expulsion peut être trouvée dans la partie relative au *refus d'entrée* et d'après la systématisation suivie. Cf. I-1 (p. 2-16).

(97) 8118/77, DR 25, p. 105 (1350136) — D3, 389 et 390.

une association à but religieux et philosophique, est capable de posséder et d'exercer à titre personnel, en tant que représentant des fidèles, les droits énoncés à l'article 9, par. 1 (cf. décision sur la recevabilité de la requête n.º 7805/77, Church of Scientology c/Suède, Décisions et Rapports 16, p. 68)...

S'agissant du premier requérant, la Commission rappelle tout d'abord que, selon sa jurisprudence constante, le droit de ne pas être expulsé ne figure pas comme tel au nombre des droits et libertés énoncés dans la Convention (décision sur la requête n.º 7465/76, X c/Danemark, Décisions et Rapports 7, p. 153 et références indiquées).

L'article 9, par. 1 de la Convention, invoqué par le requérant, garantit à toute personne le droit à la liberté de religion, qui implique la liberté de manifester sa religion ou sa conviction par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites et n'autorise d'ingérence dans l'exercice de ces droits que conformément aux strictes conditions posées au paragraphe 2.

Cette disposition *ne garantit pas elle-même* à un étranger le droit de demeurer dans un pays donné. L'expulsion ne constitue donc pas, en tant que telle, une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 9 (voir mutatis mutandis, la décision sur la requête n.º 7729/76, Agee c/Royaume-Uni. Décisions et Rapports 7, pp. 164-174), *sauf à établir que la mesure incriminée visait à réduire l'exercice de ces droits et à étouffer la propagation de la religion ou de la philosophie de l'intéressé et de ses adeptes.*"⁽⁹⁸⁾

(98) Dans cette affaire la Commission a conclu:

"La question se posait néanmoins de savoir si, au moment de l'arrêté d'expulsion incriminé, il y avait, pour justifier la mesure en question, des raisons évidentes d'ordre public ou s'il fallait soupçonner que l'objet essentiel était de supprimer la source d'une croyance non désirée et de démanteler le groupe des fidèles.

La Commission relève cependant que l'arrêté d'expulsion, émis par les autorités cantonales et par la suite étendu par les autorités fédérales à l'ensemble du territoire de la Confédération, n'a jamais été exécuté. Si le premier requérant est jamais expulsé de Suisse, ce sera conformément à l'arrêt rendu par la Cour pénale fédérale, qui le condamne à 14 ans de prison et à 15 ans d'expulsion du territoire suisse.

Cette décision, qui s'appuie sur des raisons évidentes d'ordre public, est l'expression de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'expulsion réservé aux Etats.

La Commission estime en conséquence que rien n'indique qu'il y ait eu atteinte au droit du premier requérant d'exercer la liberté de religion que lui garantit l'article 9, par. 1."

1.6. *L'expulsion et la violation du droit à la liberté d'expression*

Dans l'interprétation de l'article 9, à propos de l'affaire précitée, la Commission se réfère au raisonnement suivi dans une autre affaire⁽⁹⁹⁾ concernant les articles 10 et 11 de la Convention.

Dans cette affaire, la Commission a eu à apprécier si une mesure d'expulsion avait constitué *une sanction* infligée à un étranger pour avoir exercé son droit à la liberté d'expression.

“Le requérant allègue qu'il ressort des allégations formulées par le Home Secretary (et en particulier des allégations selon lesquelles il a été impliqué dans la diffusion d'informations préjudiciables à la sécurité du Royaume-Uni et a aidé et conseillé d'autres personnes à obtenir des informations de ce genre en vue de leur publication) que l'ordonnance d'expulsion doit être prise en raison des activités professionnelles qu'il a exercées en recevant et en communiquant des informations. Il allègue que cela implique la violation de l'article 10.

L'article 10 (1) de la Convention stipule notamment que toute personne a droit à la liberté d'expression et que ce droit comprend la liberté “de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques...”

“Cependant, l'article 10 *n'accorde pas en lui-même un droit d'asile ou un droit à ce qu'un étranger séjourne dans un pays donné*. Par conséquent, l'expulsion pour des motifs de sécurité ne constitue pas, en tant que telle, une ingérence dans les droits garantis par l'article 10. Il s'ensuit que les droits garantis à un étranger par l'article 10 sont distincts de son droit à séjourner dans le pays et qu'il ne possède pas ce dernier droit. Dans la présente affaire, le requérant n'a pas été soumis, pendant qu'il se trouvait sur le territoire du Royaume-Uni, à la moindre restriction à ses droits à recevoir et à communiquer des informations. Il n'a pas été démontré non plus que la décision relative à l'expulsion *constituait en réalité une sanction infligée au requérant pour avoir exercé les droits qui lui étaient garantis par l'article 10* de la Convention, plutôt que l'exercice normal, pour des motifs de sécurité, du pouvoir discrétionnaire réservé aux Etats de procéder à une expulsion.

(99) 7729/76, DR. 7, p. 164 (185-186) — D3, 426 et 509.

La Commission estime par conséquent qu'il n'y a aucune apparence d'une ingérence dans le droit à la liberté d'expression du requérant tel qu'il lui est garanti par l'article 10 (1) et que ce grief est donc aussi manifestement mal fondé au sens de l'article 27 (2)."

1.7. *L'expulsion et la violation du droit à la liberté d'association*

La Commission a apprécié ensuite, dans l'affaire précitée, si l'expulsion aurait constitué une sanction infligée à l'étranger pour avoir exercé son droit à la liberté d'association.

"Le requérant allègue que la mesure prise par les autorités viole l'article 11 dans la mesure où l'allégation selon laquelle il a 'entretenu des contacts réguliers préjudiciables à la sécurité du Royaume-Uni avec des agents de renseignement étrangers' constitue, en relation avec la "sanction" de l'expulsion, une restriction à sa liberté d'association non justifiée par la Convention.

Toutefois, la Commission n'estime pas que l'article 11 *peut être interprété comme interdisant à un Etat d'expulser un étranger pour le motif qu'il a été en contact avec des agents de renseignement étrangers* même si, d'après l'article 11, *il était en droit d'avoir des contacts avec des personnes de ce genre pendant qu'il se trouvait sur le territoire de l'Etat intéressé*. Il n'y a aucune indication selon laquelle il y aurait eu ingérence dans la liberté d'association du requérant pendant qu'il se trouvait au Royaume-Uni.

La Commission estime par conséquent que ce grief est aussi manifestement mal fondé au sens de l'article 27 (2).

1.8. *L'expulsion et la violation du droit de contracter mariage ou de fonder une famille*

1.8.1. *Application*

Nous avons déjà fait mention du droit de fonder une famille à propos du refus d'entrée d'un étranger dans le territoire d'un Etat⁽¹⁰⁰⁾. Voyons ce

(100) Voir supra I-A-3.

que la Commission a eu à apprécier, par rapport à ce droit, dans le cas d'expulsion.

Comme la Commission l'a déjà exprimé, certains aspects des droits protégés par l'article 12 peuvent être considérés comme faisant partie du concept de "vie familiale" de l'article 8, qui a donc une portée plus vaste.⁽¹⁰¹⁾

Si les requérants sont mariés et ont donc déjà fondé une famille, ils "jouissent en conséquence du droit au respect de leur vie familiale, tel que garanti par l'article 8 de la Convention.

Une ingérence dans la vie familiale qui est justifiée en vertu de l'article 8, par. 2 ne peut donc, *en même temps* constituer une violation de l'article 12."⁽¹⁰²⁾

Pour que l'article 12 entre en jeu, il est nécessaire que le requérant puisse prouver que le fait de devoir quitter le territoire d'un pays constitue une entrave à son droit de contracter mariage ou de fonder une famille.⁽¹⁰³⁾

1.8.2. *Renvoi aux critères suivis dans le cadre de l'article 8*

Et la Commission fait appel, pour l'appréciation d'une ingérence dans ce droit, aux critères suivis dans le cas des affaires concernant l'article 8:

"La Commission estime que le même motif d'irrecevabilité s'applique à la requête pour autant que les requérants allèguent une violation du droit que leur reconnaît l'article 12 de la Convention de se marier et de fonder une famille. Il suffit de constater qu'il n'y a pas eu ingérence dans l'exercice du droit des requérants de se marier puisqu'ils sont déjà mariés et vivent ensemble, et que leur droit de fonder une famille n'a pas été violé non plus. De plus, *les motifs* pour lesquels la Commission a estimé qu'il n'y aurait pas ingérence des autorités du Royaume-Uni dans la vie familiale des

(101) 8041/77 (n.p.) — D3, 571.

(102) 8166/78, DR 13, p. 241 (246-247) — D3-571.

(103) 7031/75, DR 6, p. 124 (125) et 7175/75, DR 6, p. 138 (139).

requérants *selon l'article 8* si le mari était prié de quitter le Royaume-Uni, mais que la femme choisissait d'y rester, s'appliquent également au grief des requérants relatifs à l'article 12 de la Convention."⁽¹⁰⁴⁾

1.9. *L'expulsion et la violation du droit à l'éducation*

1.9.1. *Application*

L'expulsion d'un étranger fut aussi appréciée par la Commission à la lumière des dispositions de l'article 2 du Protocole additionnel, dans une affaire⁽¹⁰⁵⁾ où le requérant, un étudiant étranger, vu l'expulsion dont il avait fait l'objet, se plaignait de voir son droit à l'éducation violé.

Sur l'interprétation de l'article 2 du Protocole additionnel "La Commission fait remarquer que *l'article 2, première phrase, ne confère pas à un étranger le droit de séjourner dans un pays déterminé*. De plus, le "droit à l'éducation" d'un étranger est totalement *indépendant* du droit qu'il peut avoir de demeurer dans le pays et le premier droit ne protège pas ni, à plus forte raison, ne recouvre le deuxième droit"⁽¹⁰⁶⁾. Aussi bien, refuser l'autorisation de demeurer dans le pays ne saurait-il être considéré comme une atteinte au droit à l'éducation mais simplement *comme une mesure de contrôle de l'immigration*, qui ne relève pas de l'article 2."

1.9.2. *Pas d'analogie avec les critères d'interprétation des articles 3 et 8*

La Commission fait ensuite appel à la jurisprudence des articles 3 et 8 de la Convention, dont l'interprétation donnée par la Commission, pour-

(104) 5269/71, An. 15 p. 565 (573-575): RD 39 p. 104 (108).

Les motifs indiqués par la Commission pour lesquels elle a estimé qu'il n'y avait pas d'ingérence ont trait à la possibilité du couple de s'installer dans un autre pays, vu qu'aucun obstacle juridique ne s'y opposait.

(105) 7671/76 DR 9, p. 185 (188-189) — D4, 790.

(106) 7671/76, infra.

rait éventuellement conduire à interpréter différemment l'article 2 du Protocole additionnel.

La Commission a conclu cependant que les critères suivis par cette jurisprudence ne *sauraient pas être applicables* au cas de l'article 2 du Protocole additionnel.

Pour ce qui est de *l'article 3* de la Convention, il est exact que, selon la jurisprudence de la Commission, l'expulsion d'une personne peut poser un problème dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il y a des raisons évidentes de craindre que l'intéressé soit soumis, dans l'Etat vers lequel il est dirigé, à un traitement contraire à cet article (requêtes n.º 1802/62, Annuaire 6, p. 480 et 5012/71, Recueil de Décisions 40, p. 62). Mais cette jurisprudence ne saurait s'appliquer par analogie aux griefs formulés par les présents requérants au titre de l'article 2 du Protocole additionnel, et ceci pour deux raisons. *La première* est que, contrairement aux présentes requêtes, ladite jurisprudence concernant l'article 3 de la Convention fait appel, pour apprécier les effets indirects éventuels d'une expulsion envisagée, au traitement dans un pays tiers. *La deuxième* est qu'elle concerne l'allégation de violations des droits de l'homme d'un caractère particulièrement grave, nullement comparable aux présents griefs tirés de l'article 2 du Protocole additionnel⁽¹⁰⁷⁾.

La Commission n'estime pas non plus que sa jurisprudence concernant *l'article 8* de la Convention puisse s'appliquer aux présents griefs tirés de l'article 2 du Protocole additionnel. Selon cette jurisprudence, en effet, expulser un conjoint étranger, ou lui refuser l'entrée dans le pays, ne porte pas atteinte à la vie familiale du couple, au sens de l'article 8, par. 1, si aucun obstacle juridique n'empêche les époux de s'installer dans un autre pays pour y vivre en famille (requête n.º 5269/71, Recueil 39, p. 104, Annuaire 15, p. 564; requête n.º 5301/71, Recueil 43, p. 82)⁽¹⁰⁸⁾.

Or, en l'espèce, il n'a pas été démontré qu'une fois expulsés du Royaume-Uni, les requérants seraient dans *l'impossibilité de recevoir ailleurs* l'instruction complémentaire à laquelle ils pourraient prétendre au titre de l'article 2 du Protocole additionnel. La Commission relève à cet égard que le droit à l'instruction envisagé à l'article 2 concerne avant tout

(107) Cf. supra sur cette matière II-A-1.1.

(108) Cf. supra sur cette matière I-A.

l'enseignement élémentaire et pas nécessairement les études supérieures (requête n.º 5962/72, DR 2, p. 50).”

2. Entraves à la liberté d'un étranger de quitter le pays

L'article 2, par. 2, du Protocole 4 à la Convention prévoit que toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

Quoique cette disposition ne soit pas applicable aux cas de refus d'entrée ou d'expulsion, elle peut avoir à être appréciée dans le cadre des affaires concernant *la sortie des étrangers*, notamment aux cas où un étranger *se voit refuser* la sortie d'un pays.

2.1. *Les questions relatives aux détenus étrangers*

La majorité des affaires concernant cet aspect ont trait à des étrangers régulièrement détenus qui prétendaient que le refus de quitter le pays, dont ils avaient fait l'objet, constituait une violation de leur droit garanti par l'article 2, par. 2 du Protocole 4.

Cependant, le paragraphe 3 de cet article prévoit l'existence de restrictions qui, “prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique parmi d'autres motifs y mentionnés⁽¹⁰⁹⁾ au maintien de l'ordre public ou à la prévention des infractions pénales.

C'est justement au concept *d'ordre public* que la Commission a fait appel pour apprécier ces cas.

Le refus d'élargir une personne régulièrement détenue constitue manifestement une restriction licite, au sens envisagé par le paragraphe 3 de l'article 2 du Protocole 4 et “cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires, desquels il ressort que la notion du maintien de *l'ordre public*, couvre des situations telles que celles de la *répression de la délin-*

(109) Il s'agit comme, d'ailleurs, dans tous les cas de restrictions prévus par la Convention, d'une énumération limitative.

quance et notamment des *mesures de détention* ordonnée dans le cadre des procédures de l'investigation et de la poursuite des infractions pénales^{(110) (111)}.

2.2. Le droit de quitter le territoire d'un Etat n'entraîne pas l'obligation, pour cet Etat, de faciliter l'entrée d'un étranger dans un pays particulier

Dans une affaire, les autorités nationales ayant en leur possession les passeports de ressortissants d'un autre pays, avaient tardé à les remettre à leurs titulaires. D'après ceux-ci, ce fait les avait empêché, pendant une certaine période, d'entrer dans cet autre pays.

La Commission a, cependant, considéré que le droit de toute personne de quitter le territoire d'un Etat n'obligeait pas celui-ci à faciliter leur entrée dans un autre pays particulier⁽¹¹²⁾.

3. Expulsion collective d'étrangers

L'article 4 du Protocole 4 à la Convention interdit les expulsions collectives d'étrangers. Cette disposition ne s'applique donc pas, *ni aux cas d'expulsions individuelles*, ni aux cas d'expulsion d'un *groupe d'étrangers*, mais dont les décisions d'expulsion ont tenu compte des cas particuliers de chacun des étrangers de ce groupe, appréciés selon leurs mérites propres.

(110) 4256/69 CD 37, p. 67 (68-69), 7680/76 DR 9, p. 190 (193) — D5, 882, 3962/69 CD 32, p. 68 (69), 6560/74 (n.p.) — D5, 884.

La prévention des infractions pénales justifie aussi, d'après la Commission, le refus d'élargir une personne régulièrement détenue (cf. 6560/74 précitée et 7469/76 (n.p.), D5, 885.

(111) Le même raisonnement a été suivi par la Commission dans le cadre de l'article 2, par 1, de ce Protocole, concernant la liberté de circuler et de choisir sa résidence.

Ordonnée comme substitut de l'expulsion d'une personne condamnée pour intelligence avec les agents d'une puissance étrangère, l'assignation à résidence dans une région déterminée fut considérée comme une mesure nécessaire à la *sécurité nationale*. La Commission a également considéré dans cette affaire que ladite mesure ne constituait non plus un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3, 10078/82, DR 41, p. 103.

(112) 6779/74 (n.p.) — D5, 883.

Et pour savoir si les décisions d'expulsion ont tenu compte des *situations individuelles*, il faut apprécier les circonstances de chaque cas et la forme avec laquelle les autorités ont traité l'affaire.

Il ne suffit donc pas que les décisions d'expulsion soient prises dans des *termes identiques*, du point de vue formel, pour qu'elles soient considérées comme décisions d'expulsion collective⁽¹¹³⁾.

Il faut ainsi entendre par "expulsion collective", au sens de l'article 4 du Protocole 4, "toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, *en tant que groupe*, à quitter un pays, sauf les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment un groupe."⁽¹¹⁴⁾

4. La légalité et la régularité de la détention en vue de l'expulsion et de l'extradition. Garanties de la procédure. Droit de recours effectif.

4.1. *Détention*

L'article 5, par. 1 (f), de la Convention prévoit "l'arrestation et la détention" d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours."

Nous nous sommes déjà rapportés à cette disposition, laquelle, lue en conjonction avec celles des articles 3 et 4 du Protocole 4 à la Convention, montre que les Etats contractants ont eu l'intention de se réserver à eux-mêmes la faculté d'expulser les étrangers de leur territoire⁽¹¹⁵⁾.

(113) 7704/76 (n.p.) et 7757/73 (n.p.) — D5, 890.

(114) 7011/75 An. 19, p. 417 (455-457), DR 4, p. 215 (256) — D1, 139 et D5, 890.

L'affaire concernait le rapatriement d'un groupe d'enfants vietnamiens dont l'entrée au Danemark avait été autorisée en vertu de l'article 24 de la Convention de Genève sur la protection des civils en temps de guerre. La Commission a déclaré la requête irrecevable vu que le Gouvernement avait entre-temps donné des instructions pour que chaque cas fasse l'objet d'un examen et avait démontré une préoccupation sur le sort et le bien-être des enfants.

(115) Cf. *supra* II.

Il leur échoit également l'établissement des *conditions* et la *procédure* nécessaires pour accorder l'extradition, la Convention *ne contenant pas* des dispositions à cet égard⁽¹¹⁶⁾.

Ce que la Convention exige, cependant, c'est qu'une telle détention soit, d'une part, *légale*, c'est-à-dire conforme à la législation nationale, et, d'autre part, *régulière*.

Cette régularité suppose, outre la *conformité au Droit interne*, la *conformité au but des restrictions autorisées par l'article 5, par. 1 (f)*.

"En la matière, la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre la nécessité d'en appliquer les règles, mais elle exige de surcroît la conformité de toute mesure privative de liberté au but de l'article 5: protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, en dernier lieu, l'arrêt Ashingdane du 28 mai 1985, Série A, n.º 93, p. 21, par. 44). Il y va du respect dû non seulement au droit à la liberté, mais aussi au droit à la sûreté."⁽¹¹⁷⁾

Il incombe en *premier lieu* aux tribunaux nationaux d'interpréter et appliquer le Droit interne même dans le cas, comme celui de l'article 5, où la Convention y renvoie.

Mais cela ne veut pas dire que les organes de la Convention n'aient pas de compétence pour *contrôler* la manière dont les autorités nationales interprètent et appliquent le Droit national⁽¹¹⁸⁾.

"Il leur incombe notamment de vérifier qu'une base légale existait et que le Droit national n'a pas été interprété ou appliqué d'une manière arbitraire, "car dans une société démocratique, adhérant au principe de la prééminence du Droit, une détention arbitraire ne pourrait en aucun cas passer pour régulière."⁽¹¹⁹⁾

(116) 10689/83, DR 37, p. 225 (229).

(117) Affaire Bozano, Arrêt de la Cour, Série A, 111, par. 54.

(118) "Alors que l'article 5, par. 1 (e), exige que les conditions de fond justifiant la détention soient réunies, l'article 5, par. 1 (f), n'oblige pas la Commission à donner son propre point de vue sur des questions de législation interne relatives à la légalité de la détention ou de l'expulsion. Le contrôle de la Commission se borne à examiner le point de savoir si la détention a un fondement légal et si la décision des tribunaux sur la question de la régularité peut ou non être qualifiée d'arbitraire au vu des faits de la cause."

(119) 9174/80, DR 40, p. 42 (74-75).
10689/83, DR 37, p. 225 (229).
Arrêt Winterwerp, Série A, 33, par. 39.

Il s'ensuit que si une détention est *illégal*e, d'après la législation interne, ou est *irrégulière*, parce qu'en outre elle n'est pas conforme au but de l'article 5 par. 1 (f), elle cesse d'être justifiée.

Dans une affaire récente, la Cour a eu à apprécier cette question. L'affaire concernait une mesure d'expulsion qui au fond, n'était qu'une "extradition déguisée". En effet, une demande d'extradition du requérant avait été refusée au motif que la décision, qui l'avait condamné dans l'Etat demandeur, avait été prise par défaut, ce qui était incompatible avec les règles de l'ordre public de l'Etat demandé. Plus tard, suite à un arrêté d'expulsion, le requérant fut détenu en vue d'être conduit à la frontière et livré aux autorités d'un troisième Etat qui, par la suite, l'a extradé vers le premier Etat.

Appréciant la régularité de la détention, y compris l'observation de la législation interne, la Cour conclua qu'elle n'était pas "régulière, au sens de l'article 5, par. 1 (f), ni compatible avec le droit à la sûreté. Il s'agissait en réalité d'une mesure d'extradition déguisée, destinée à tourner l'avis défavorable de la décision du tribunal qui avait initialement motivé le refus d'extradition, et "non d'une détention nécessaire dans le cadre normal d'une procédure d'extradition"⁽¹²⁰⁾.

4.2. *Garanties de la procédure*

L'article 6 prévoit un ensemble de garanties de la procédure judiciaire. Ces garanties ne s'appliquent cependant pas à toute cause portée par une personne devant une autorité judiciaire, mais uniquement à celles qui visent à une décision "soit de contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle."

La Commission et la Cour européennes ont développé jusqu'à présent une vaste jurisprudence sur l'application de cet article, en essayant d'éclaircir ces notions.

Les dispositions de cet article s'appliquent, comme d'ailleurs les autres dispositions du titre I de la Convention, à toute personne "relevant de la juridiction" d'un Etat, qu'il s'agisse d'un étranger, d'un réfugié, d'un apa-

(120) Arrêt Bozano, Série A, 111, p. 26, par. 60.

tride ou d'un national de cet Etat, mais ne s'appliquent qu'à *certaines procédures*.

Dans le cas d'une *procédure d'expulsion* d'étrangers, la Commission a, pourtant, conclu que les garanties prévues à l'article 6 ne s'appliquaient pas.

"Le droit d'un étranger de résider dans un pays particulier est une question qui est *régie par le Droit public*."

La Commission estime donc "que lorsque les autorités publiques d'un Etat décident d'expulser un étranger pour des motifs de sécurité, cela constitue un acte de l'Etat qui relève du domaine public, ne représentant pas une décision relative à des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6. Il s'ensuit que, bien que la décision d'expulser le requérant puisse entraîner des conséquences à propos de droits de caractère civil, en particulier sa réputation⁽¹²¹⁾, l'Etat n'est pas tenu, dans des cas de ce genre, d'entendre la cause du requérant conformément aux exigences de l'article 6, par. 1"⁽¹²²⁾ (123).

Et une ordonnance d'expulsion normalement n'implique pas non plus une "décision sur une accusation en matière pénale":

"Il reste à déterminer si, en l'espèce, l'ordonnance d'expulsion impliquait une décision sur une accusation en matière pénale dirigée contre le requérant. Bien qu'aucun reproche spécifique relatif à un comportement criminel n'a été formulé contre lui, il est tout au moins implicite que la décision du Home Secretary se fonde sur des informations selon lesquelles il s'est rendu coupable d'un comportement punissable. Cependant, de l'avis de la Commission, cela ne fait pas rentrer la décision dans le domaine pénal, puisque l'expulsion constitue une procédure qui se distingue entièrement de poursuites ou d'une condamnation pénales. Comme la Commis-

(121) Ou sur le droit des membres d'une famille de mener une vie commune: 9285/81, DR 29, 205 (218); 8244/78, DR 17, p. 149 (165); ou sur un contrat de travail: 7902/77, DR 9, p. 224 (227-229).

(122) 7779/76, DR 7, p. 164 (187)
7902/77 DR 9, p. 224 (228-229)
8244/78, DR 17, p. 149 (165)

(123) Il en va de même en ce qui concerne la décision de *refus d'entrée* d'un étranger: 7289/75 et 7349/76, DR 9, p. 57 (93). Ou la procédure d'octroi d'une *autorisation de séjour*: 8244/78, DR 17, 149 (165).

sion l'a déjà observé, l'expulsion ne peut pas normalement être considérée comme une sanction"⁽¹²⁴⁾.

Le droit à l'octroi d'un recours effectif

Comme nous l'avons vu, les Etats n'ont pas l'obligation d'accorder aux étrangers les garanties prévues à l'article 6, dans les procédures d'expulsion.

Le droit d'entrer, de s'établir ou de ne pas être expulsé, ne figurant pas parmi ceux prévus par la Convention, l'étranger n'a pas non plus de droit de recours effectif, contre toute décision de refus d'entrée ou d'expulsion, devant les instances nationales.

En effet, l'article 13 n'accorde ce droit pour contester une violation de ses droits et libertés que *dans les cas où ils sont prévus par la Convention*. Cependant, si l'étranger allègue⁽¹²⁵⁾ que l'expulsion ou le refus d'entrée ont entraîné une violation de ses droits et libertés, *ceux-ci étant prévus par la Convention*, (notamment ceux auxquels nous venons de faire référence, les Etats doivent, d'après l'article 13 de la Convention, lui accorder *le droit de recours effectif* devant une instance nationale⁽¹²⁶⁾.

(124) 7729/76, DR 7, p. 164 (187)
9174/80, DR 29, p. 153
9990/82, DR 39, p. 119 (133)

(125) Il suffit que le requérant considère qu'il a subi un préjudice du fait d'une mesure contraire à la Convention. Il n'est donc pas nécessaire que la violation ait effectivement existé. Cf, jurisprudence établie, affaire Klass et autres, Série A, 28, p. 29.

(126) La Cour considère que l'instance dont l'article 13 s'occupe peut ne pas être forcément, dans tous les cas, une institution judiciaire au sens strict. Cependant, les pouvoirs et les garanties procédurales qu'elle présente entrent en ligne de compte pour déterminer si le recours est effectif. Affaire Klass, Série A, 28, p. 30, par. 67.

B. LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE ET L'EXPULSION DES TRAVAILLEURS MIGRANTS

L'article 19, par. 8, garantit aux travailleurs migrants "résidant régulièrement sur leur territoire [i.e., le territoire de toute autre Partie Contractante] qu'ils ne pourront être expulsés que s'ils menacent la sécurité de l'Etat ou contreviennent à l'ordre public ou aux bonnes moeurs".

Dès lors, dans ses premières conclusions, le Comité en interprétant cette disposition, a estimé qu'un Etat *ne* pouvait satisfaire aux engagements de ce paragraphe *sauf si* sa législation *excluait*, en principe la possibilité d'expulser les travailleurs résidant régulièrement sur son territoire, en dehors des cas où ils menaçaient la *sécurité de l'Etat* ou contrevenaient à *l'ordre public* ou aux *bonnes moeurs*, et encore lorsque des *garanties appropriées* étaient assurées contre les décisions arbitraires éventuellement prises en ce domaine⁽¹²⁷⁾. Il doit donc exister au profit de ces travailleurs un droit de recours contre une décision d'expulsion⁽¹²⁸⁾.

De même que pour les restrictions aux droits et libertés prévus par la Convention européenne⁽¹²⁹⁾, les restrictions prévues par l'article 19, par. 8, doivent faire l'objet d'une *interprétation limitative*. Il n'est donc pas admissible d'y ajouter d'autres motifs pouvant éventuellement justifier l'expulsion⁽¹³⁰⁾.

Le Comité a ainsi considéré que la possibilité d'expulser un travailleur migrant lorsqu'il a été déclaré, d'après la loi, "immigrant interdit" n'était pas compatible avec cette disposition, vu le sens très large que cette loi donnait à ce terme⁽¹³¹⁾.

De même, en ce qui concerne l'expulsion pour motif de maladie mentale ou toute autre maladie. La protection de la santé n'étant pas l'un des motifs pouvant justifier l'expulsion (elle n'y est pas prévue, ni incluse dans le

(127) Conclusions I, p. 86.

(128) Conclusions II, p. 70., Conclusions X-I, p. 154.

(129) Paragraphe 2 des articles 8 à 11.

(130) Conclusions V, p. 144.

(131) Conclusions III, p. 107.

concept d'ordre public); l'expulsion ne serait admise que lorsque le travailleur migrant aurait refusé le traitement⁽¹³²⁾ ou lorsque des garanties suffisantes auraient été données aux intéressés pour que les décisions d'expulsion soient prises dans leur intérêt ou dans l'intérêt de l'unité familiale⁽¹³³⁾.

L'inexistence de sources suffisantes et licites de subsistance⁽¹³⁴⁾, des raisons politiques ne sauraient non plus justifier une mesure d'expulsion.

Donc, seules les raisons de *sécurité de l'Etat* ou de maintien de l'*ordre public* ou des *bonnes moeurs* peuvent justifier une mesure d'expulsion d'un travailleur migrant résidant régulièrement sur un pays, d'après l'article 19, par. 8, de la Charte sociale.

Conformément à la jurisprudence du Comité, lorsque l'expulsion d'un travailleur migrant est admise pour les raisons susmentionnées, des garanties doivent être assurées contre toute décision arbitraire éventuellement prise dans ce domaine⁽¹³⁶⁾.

Ces garanties doivent inclure la possibilité de *recours* contre la décision d'expulsion devant un tribunal ou un autre organe *indépendant*⁽¹³⁷⁾ et *impartial*^{(138) (139)}.

Il faut souligner finalement que cette disposition ne s'applique pourtant qu'aux "travailleurs résidant régulièrement sur le territoire de l'Etat". Le Comité a précisé à ce sujet qu'un travailleur migrant doit, pour bénéficier de la protection prévue par l'article 19, par. 8, être muni de tous les documents qui, selon la législation du pays de résidence, sont la condition

(132) Conclusions V, p. 144; VI, p. 134.

(133) Conclusions IV, p. 133.

(134) Conclusions V, p. 145.

(135) Conclusions V, p. 144-145.

(136) Conclusions V, p. 145.

(137) Conclusions V, p. 143-144; V, p. 145; VI, p. 135; VII, p. 115, p. 116-117.

(138) Conclusions V, p. 14.

(139) Ce qui se rapproche de l'interprétation de la notion de recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

d'une résidence régulière, y compris, le cas échéant, le permis de séjour et le permis de travail⁽¹⁴⁰⁾.

Le Comité a donc été amené — tout en marquant son inquiétude sur ce point — à considérer que le fait qu'un travailleur étranger doive quitter le territoire d'un Etat parce qu'il avait perdu l'emploi en raison duquel un permis de travail lui avait été accordé, n'était pas contraire à la Charte sociale, bien que cette possibilité puisse donner aux employeurs la faculté d'exercer des pressions intolérables à l'égard des travailleurs migrants concernés⁽¹⁴¹⁾.

(140) Conclusions II, p. 197.

(141) Conclusions II, p. 198.

ANNEXE

L'AFFAIRE SOERING

Le 7 juillet 1989, la Cour européenne des Droits de l'Homme a rendu un arrêt dans l'affaire Soering, où le Royaume-Uni et la République fédérale d'Allemagne sont tous deux Parties et qui concerne l'extradition imminente du requérant, citoyen allemand, du Royaume-Uni vers les Etats-Unis d'Amérique, où il redoute d'être condamné à mort pour un assassinat passible de cette peine et exposé au "syndrome du couloir de la mort". Elle décide à l'unanimité qu'il y aurait violation de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (interdiction des peines ou traitements inhumains ou dégradants) si la décision des autorités britanniques d'extrader le requérant vers les Etats-Unis recevait exécution. En revanche, elle rejette à l'unanimité les griefs tirés de l'article 6 § 1 et § 3 c) et d) (droit à un procès pénal équitable) et de l'article 13 (droit à un recours effectif devant une instance nationale).

I

DONNEES DE L'AFFAIRE

A. Principaux faits

1. Le requérant, M. Jens Soering, est un ressortissant allemand né en 1966. Il s'est installé aux Etats-Unis avec ses parents à l'âge de 11 ans, mais se trouve détenu au Royaume-Uni depuis avril 1986.

2. Le 31 juillet 1986, le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique a requis du Royaume-Uni l'extradition de M. Soering en vertu d'un traité d'extradition entre les deux Etats, parce que l'intéressé était accusé d'avoir, le 30 mars 1985, à l'âge de 18 ans, tué les parents de son amie à leur domicile, dans le comté de Bedford en Virginie.

3. Le 11 mars 1987, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a demandé l'extradition de M. Soering dans cet Etat pour qu'il y fût jugé des homicides dont on l'accusait. La Constitution de la République fédérale a aboli la peine capitale. Le 20 mai 1987, le gouvernement britannique a informé la République fédérale de la demande américaine antérieure et indiqué qu'il envisageait de l'examiner de la manière habituelle.

4. Le 1^{er} juin 1987, l'*Attorney* (procureur) du comté de Bedford, chargé de représenter l'accusation contre M. Soering, fit une déclaration écrite sous serment selon laquelle si M. Soering était reconnu coupable de l'assassinat, passible de la peine capitale, dont il était accusé, des démarches seraient effectuées au nom du Royaume-Uni, au moment de la fixation de la peine, auprès du juge afin de l'informer du voeu de cet Etat que la peine capitale ne soit ni prononcée ni exécutée. L'*Attorney* a cependant confirmé son intention de requérir cette peine.

5. Le 16 juin 1987, la procédure d'extradition se déroula devant la *Magistrates' Court* de Bow Street. M. Soering produisit un dossier psychiatrique établissant qu'au moment où il a commis l'infraction, il souffrait d'une anomalie mentale qui atténuait sensiblement son sens de la responsabilité de ses actes. La *Magistrates' Court* décida toutefois qu'il existait des éléments de preuve suffisants pour l'extrader, et le maintint en détention dans l'attente de la décision du ministre de l'Intérieur de remettre aux Etats Unies.

Une demande ultérieure d'*habeas corpus* adressée aux juridictions anglaises fut finalement rejetée le 30 juin 1988. Le 3 août 1988, le ministre de l'Intérieur signa un arrêté ordonnant la remise de M. Soering aux autorités américaines. Toutefois, par le jeu de mesures provisoires successives dans la procédure de Strasbourg (parties I.B. et I.C. ci-dessous), à ce jour l'intéressé n'a pas été transféré aux Etats-Unis.

6. Selon le droit de la Virginie, la peine capitale ne peut être prononcée que si, lors d'une audience séparée consacrée à la fixation de la peine, l'accusation établit, au-delà de tout doute raisonnable, l'existence d'une des deux circonstances aggravantes prévues par la loi ("dangerosité future" de l'accusé et "atrocité" du crime). La Cour suprême de Virginie réexamine

automatiquement chaque affaire dans laquelle la peine capitale est prononcée. La législation de Virginie admet le moyen de défense de la démence mais non celui de la responsabilité atténuée. L'état mental du défendeur peut toutefois être pris en compte comme excuse atténuante, parallèlement à d'autres tel l'âge, à l'audience relative à la fixation de la peine.

7. Un régime d'incarcération spécialement rigoureux s'applique dans le couloir de la mort du centre pénitentiaire de Mecklenburg, où le requérant peut s'attendre à être détenu s'il est condamné à mort. En Virginie, la durée moyenne du séjour d'un détenu dans le couloir de la mort avant l'exécution est de six à huit ans. Le recours automatique devant la Cour suprême de Virginie est en principe examiné dans un délai de six mois. Les lenteurs sont imputables pour l'essentiel à la présentation par les détenus condamnés de recours incidents (notamment dans le cadre d'une procédure d'*habeas corpus*). L'exécution a lieu par électrocution.

B. Procédure devant la Commission européenne des Droits de l'Homme

La requête de M. Soering contre le Royaume-Uni a été introduite devant la Commission européenne des Droits de l'Homme le 8 juillet 1988 et déclarée recevable le 10 novembre.

Pendant l'instance, le président de la Commission a indiqué au gouvernement britannique, à titre de mesure provisoire, qu'il était souhaitable, dans l'intérêt des parties et pour la bonne conduite de la procédure, de ne pas extradier le requérant vers les Etats-Unis.

Dans son rapport adopté le 19 janvier 1989, elle formule l'avis qu'il y a eu violation de l'article 13 (sept voix contre quatre), mais non de l'article 3 (six voix contre cinq) ni de l'article 6 (unanimité).

C. Procédure devant la Cour

L'affaire a été portée devant la Cour le 25 janvier 1989 par la Commission, le 30 janvier par le gouvernement du Royaume-Uni et le 3 février

par celui de la République fédérale d'Allemagne. Le gouvernement allemand a agi en vertu de l'alinéa b) de l'article 48 de la Convention, lequel habilite un Etat à déférer un litige à la Cour si la victime de la violation alléguée compte parmi ses ressortissants. C'est la première fois qu'un gouvernement s'en prévaut sans avoir participé auparavant à la procédure devant la Commission.

Le 26 janvier 1989, immédiatement après la saisine de la Cour, à la suite de demandes d'une mesure provisoire formulées par la Commission et le requérant, la Cour a donné une indication au gouvernement britannique selon laquelle il serait souhaitable de ne pas extraditer le requérant tant que la procédure serait pendante devant elle.

II

RESUME DE L'ARRET

A. *Article 3 de la Convention*

1. La première question traitée par l'arrêt consiste à savoir si l'extradition par un Etat contractant peut engager la responsabilité de ce dernier au titre de l'article 3, pour les mauvais traitements que la personne extradée peut subir dans le pays de destination.

La Convention, la Cour le reconnaît, ne régit pas les actes d'un Etat tiers, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareil Etat. On ne saurait non plus oublier l'objectif bénéfique de l'extradition: empêcher des délinquants en fuite de se soustraire à la justice. En revanche, la prohibition absolue, par la Convention, de la torture et des

peines ou traitements inhumains ou dégradants consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe.

Bien qu'en principe, il n'appartienne pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de violations virtuelles de celle-ci, une dérogation à cette règle s'impose pourtant afin d'assurer l'efficacité de la garantie consacrée par l'article 3.

“En résumé, conclut la Cour,” [la] décision [d'extrader] peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité d'un Etat contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'Etat requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines inhumains ou dégradants.”

2. Sur les faits, la Cour constate l'existence de raisons sérieuses de penser que s'il retournait en Virginie M. Soering risquerait vraiment de se voir condamner à la peine capitale et donc exposer au “syndrome du couloir de la mort”, source de la peine ou du traitement inhumains ou dégradants allégués. A la vérité, il existe d'importantes circonstances atténuantes, tels l'âge et l'état mental à l'époque de l'infraction, et on ne peut affirmer que même s'il était reconnu coupable d'assassinat passible de la peine capitale, M. Soering serait condamné à mort. L'engagement de l'*Attorney* du comté de Bedford n'élimine pourtant pas le risque d'une sentence capitale. Surtout, l'*Attorney* ayant adopté une attitude aussi ferme en persistant à requérir la peine de mort, la Cour ne saurait guère parvenir à une autre conclusion. L'article 3 est donc applicable.

3. La Cour recherche ensuite si exposer M. Soering au “syndrome du couloir de la mort” constituerait un traitement ou une peine incompatible avec l'article 3. D'après la jurisprudence de la Cour, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de cette disposition et l'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause.

4. En raison du libellé de l'article 2 § 1 de la Convention (qui autorise la peine capitale, sous certaines conditions), le requérant ne prétendant pas que la peine de mort violât en soi l'article 3. Il affirmait toutefois — et le

gouvernement allemand marquait en substance son accord — que les circonstances provoquant le “syndrome du couloir de la mort” constituent au total un traitement assez grave pour rendre son extradition contraire à l'article 3. Il invoquait aussi la possibilité d'une extradition ou expulsion vers la République fédérale d'Allemagne, auxquelles il ne s'opposerait pas: elle accentuerait le caractère disproportionné de la décision du ministre. La Commission et le gouvernement britannique estimaient au contraire que le seuil de gravité visé à l'article 3 ne se trouverait pas atteint.

5. Ayant examiné les faits, la Cour exprime la conclusion suivante:

“Aucun détenu condamné à mort ne saurait éviter l'écoulement d'un certain délai entre le prononcé et l'exécution de la peine, ni les fortes tensions inhérentes au régime rigoureux d'incarcération nécessaire. Le caractère démocratique de l'ordre juridique virginien en général, et notamment les éléments positifs des procédures de jugement, de condamnation et de recours en Virginie ne suscitent aucun doute. (...)

En égard, cependant, à la très longue période à passer dans le “couloir de la mort” [6 à 8 ans en moyenne] dans des conditions aussi extrêmes, avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale, et à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental à l'époque de l'infraction, une extradition vers les Etats-Unis exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3. L'existence, en l'espèce, d'un autre moyen d'atteindre le but légitime de l'extradition [à savoir la remise de M. Soering à la République fédérale aux fins de son jugement], sans entraîner pour autant des souffrances d'une intensité ou durée aussi exceptionnelles, représente une considération pertinente supplémentaire.

En conclusion, la décision (...) de livrer le requérant aux Etats-Unis violerait l'article 3 si elle recevait exécution.”

B. Article 6 de la Convention

1. La procédure pénale américaine

6. Selon M. Soering, son extradition enfreindrait l'article 6 § 3 c) faute d'assistance judiciaire en Virginie pour l'introduction de divers recours.

La Cour n'exclut pas qu'une décision d'extradition puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de l'article 6 au cas où le fugitif risquerait de subir un déni de justice flagrant dans le pays de destination, mais les faits de la cause ne révèlent pas de tel risque. Dès lors, aucune question ne se pose sur ce point sous l'angle de l'article 6 § 3 c).

2. La procédure d'extradition en Angleterre

7. Devant la Cour, le requérant a affirmé pour la première fois qu'en refusant d'examiner les pièces relatives à son état psychiatrique, la *Magistrates' Court* avait enfreint les paragraphes 1 et 3 d) de l'article 6. Ce grief sortant du cadre du litige porté devant la Cour, celle-ci n'a pas compétence pour l'examiner.

C. Article 13 de la Convention

8. Le requérant affirmait que nul recours effectif ne s'ouvrirait à lui au Royaume-Uni pour son grief tiré de l'article 3. Il estimait en particulier, comme la Commission, que le contrôle judiciaire était trop étroit.

9. La Cour marque son désaccord. Sur la base du droit administratif anglais et au titre du contrôle judiciaire, le tribunal a compétence pour annuler la décision de livrer un fugitif à un Etat où il courrait un risque sérieux et avéré de traitements inhumains ou dégradants, au motif que nul ministre raisonnable ne pouvait la prendre. Bien que l'on ne considère pas la Convention comme intégrée au droit britannique, la Cour est convaincue que les juridictions anglaises peuvent apprécier le "caractère raisonna-

MARIA LUISA DUARTE

Assistente na Faculdade de Direito de Lisboa

**O CONSELHO DA EUROPA
E A PROTECÇÃO
DOS DIREITOS DO HOMEM**

Lisboa

1991

AO CARLOS,

NOTA PRÉVIA

O estudo que agora se publica é o resultado de uma sugestão formulada pelo Senhor Professor Doutor Fausto de Quadros, cujo contributo foi inestimável para a sua elaboração, sobretudo no aspecto da sistematização.

Na recolha dos elementos relativos à actividade do Conselho da Europa no domínio da protecção dos Direitos do Homem (textos normativos, estatísticas, acórdãos e bibliografia), gostaríamos de destacar o apoio do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República, muito especialmente a disponibilidade sempre manifestada pela Dra. Marta Santos Pais e pelo Dr. João Madureira.

Para todos os que ajudaram na realização deste trabalho, o nosso sincero e justificado agradecimento.

Lisboa, 15 de Abril de 1991

M. L. D.

ÍNDICE

A. O Conselho da Europa — caracterização geral

1. História
2. Membros
3. Fins e funções
4. Estrutura orgânica
 - 4.1. O Comité de Ministros
 - 4.2. A Assembleia Consultiva
 - 4.3. O Secretariado
5. Portugal e o Conselho da Europa

B. O Conselho da Europa e a protecção dos Direitos do Homem

1. A Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais — origem e significado
2. Os direitos garantidos pela Convenção e pelos seus protocolos adicionais — o problema das reservas à luz da Constituição Portuguesa de 1976
3. O sistema de garantia dos direitos instituído pela Convenção
 - 3.1. Os órgãos
 - 3.2. O mecanismo da queixa e o acesso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
 - 3.3. Os efeitos das sentenças do Tribunal em relação aos Estados membros
4. Portugal e a Convenção — breve perspectiva

A. O CONSELHO DA EUROPA

— Caracterização geral

1. História

O Conselho da Europa, criado pelo Tratado de Londres de 5 de Maio de 1949, constitui um marco importante na construção da ideia europeia, apresentando a sua formação, a sua estrutura institucional e, outrossim, os seus objectivos uma natureza própria e de certo modo distinta, quer em relação às organizações internacionais até à altura existentes, quer em relação àquelas que depois surgiram, com especial destaque para as Comunidades Europeias. As origens do Conselho da Europa, a história das vicissitudes várias que marcaram a sua criação atraem alguma luz sobre o seu papel e sobre as dificuldades que, desde o início, se opuseram à realização plena dos objectivos, tão generosamente enunciados no seu Estatuto⁽¹⁾.

A ideia da criação de um Conselho da Europa é o resultado, diríamos inevitável, mas mitigado, de um forte movimento pan-europeu do segundo pós-guerra que pretendia dar, de forma mais consequente, uma continuação ao ideal de unidade europeia, abruptamente interrompido pela Segunda Guerra Mundial. Já em Outubro de 1942, numa comunicação ao Gabinete de Guerra, Winston Churchill sublinhava a necessidade da criação de um Conselho da Europa, ideia que retomou no célebre discurso de Zurique de 19 de Setembro de 1946.

(1) Sobre as origens do Conselho da Europa, v. J. Mota de CAMPOS, *Direito Comunitário*, 3.^a ed., Gulbenkian, 1989, vd. I, págs. 65-67; Max SORENSEN, *Le Conseil de l'Europe*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1952-II, págs. 121 e segs.; *Manuel du Conseil de l'Europe — structure, fonctionnement, réalisations*, Paris, Ed. A. Pedone, 1970, págs. e segs.

Em vários Estados europeus surgiram, ou reiniciaram a sua actividade, organizações privadas, cujos objectivos se reconduziam à difusão da ideia europeia e à apresentação de propostas viradas para a sua concretização política. Em Maio de 1958, o Comité Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Europeia organizou o Congresso da Europa, em Haia, o qual reuniu 713 delegados oriundos de dezasseis países. Sob uma mesma ideia europeia que animava e unia os diversos congressistas, emergiam duas tendências diferentes sobre a melhor maneira de a realizar: por um lado, a corrente dita “federalista” defendia a criação imediata de uma autêntica federação política, sob a designação de Estados Unidos da Europa; por outro lado, a corrente da cooperação intergovernamental defendia uma perspectiva de maior pragmatismo, a qual assentava no quadro tradicional de colaboração entre os Estados soberanos e no estreitamento progressivo dos laços políticos e institucionais entre eles. Não obstante, o Congresso de Haia conseguiu fazer aprovar uma moção final que reclamava a aprovação de uma carta de Direitos do Homem, a criação de um tribunal competente para assegurar a sua aplicação contenciosa, e a convocação urgente de uma assembleia consultiva europeia, eleita pelos parlamentos dos países participantes e mandatada para recomendar as medidas adequadas à realização progressiva da unidade europeia, tanto no domínio económico, como no plano político.

Esta proposta poderia ter sido, como antes o foram outras, ignorada pelos Estados europeus, mas vivia-se um período favorável à institucionalização de formas de colaboração entre os Estados: em 19 de Março de 1948, foi assinado o Tratado de Bruxelas entre a França, a Bélgica, o Luxemburgo, os Países Baixos e o Reino Unido para regular “a sua colaboração em matéria económica, social e cultural e a sua legítima defesa colectiva”, o qual daria lugar em 1954 à União da Europa Ocidental (UEO); em 16 de Abril de 1948, é criada a Organização Europeia de Cooperação Económica (OECE) pelos dezasseis Estados que tinham beneficiado do Plano Marshall. Por outro lado, a chamada “ameaça soviética” actuava como uma força catalisadora dos esforços e da vontade política dos Estados da Europa Ocidental no sentido da sua estreita colaboração no plano económico e social, militar e político, de forma a garantir não só a sua integridade territorial, como ainda a pureza e a efectividade dos valores democráticos como verdadeiro património comum. Assim, em Julho de 1948, a França propõe numa reunião do Conselho Científico do Tratado de Bruxelas a criação de um parlamento europeu; constituído

um Comité para o estudo e o desenvolvimento da unidade europeia, os Governos francês e belga apresentaram uma proposta conjunta sobre a futura Assembleia parlamentar europeia. Contudo, a delegação britânica, cujas resistências a esta ideia de integração já se haviam manifestado no Congresso de Haia, formulou uma contraproposta que preconizava a criação de um Conselho Europeu de ministros, competente para tratar as questões de interesse comum, salvo as relativas à defesa, das quais se encarregaria a futura OTAN, e as relativas aos problemas económicos, da competência da OECE. A contraproposta britânica produziu um forte abalo nas expectativas europeias dos outros Estados envolvidos. Em vez de um órgão de natureza parlamentar, a Grã-Bretanha insistia na ideia de um órgão consultivo puramente intergovernamental, moldado à imagem do Conselho Consultivo no Tratado de Bruxelas.

Na sequência de longas e difíceis negociações, com sucessivas ameaças de ruptura, os cinco Estados conseguiram chegar a uma solução de compromisso, pela qual acordavam em criar uma nova organização europeia, designada Conselho da Europa. O compromisso determinava a existência de um *Comité dos Ministros*, cujas decisões mais importantes estariam sujeitas à regra da unanimidade, e de uma *Assembleia Consultiva*, formada por representantes dos Estados signatários, eleitos pelos respectivos parlamentos nacionais, designados de entre estes de acordo com o processo que cada Parlamento fixar ou, subsidiariamente, pelo Governo nacional. Esta estrutura orgânica, original pela presença de uma assembleia internacional de natureza parlamentar, deixa transparecer um equilíbrio hábil entre as duas correntes atrás referidas, mas a fragilidade do compromisso projectar-se-á, negativamente, na capacidade decisória e na forma de intervenção do Conselho da Europa.

A conferência preparatória de 28 de Março de 1949, em Londres, convocada para a elaboração do estatuto do Conselho da Europa, reuniu os representantes dos cinco Estados signatários do Tratado de Bruxelas, e ainda os representantes dos governos da Dinamarca, Irlanda, Itália, Noruega e Suécia. O Estatuto foi assinado, em Londres, a 5 de Maio de 1949 pelos Ministros dos dez Estados, e entrou em vigor a 3 de Agosto de 1949. O artigo 11.º do Estatuto fixava a sede da nova organização em Estrasburgo, escolha determinada pela representação simbólica do novo relacionamento entre a França e a Alemanha.

2. Membros

No dia 5 de Maio de 1989, efeméride do 40.º aniversário da fundação do Conselho da Europa, a Finlândia tornou-se o seu 23.º Estado Membro. O facto oferece um inegável significado político, porquanto efectivou o alargamento do Conselho da Europa a um Estado europeu que tem representado a ligação entre as duas grandes famílias políticas europeias, a do Ocidente e a do Leste. Cerca de um ano depois, a 6 de Novembro de 1990, a adesão da Hungria representa uma viragem axial na história do Conselho da Europa. A evolução rápida e até desconcertante do processo de democratização nos Estados europeus do Leste indica que foi esta a primeira de um conjunto de adesões que, legitimando a representatividade europeia do Conselho da Europa, poderá constituir uma semente de renovação da própria organização, destinada agora a protagonizar, afastados os obstáculos do radicalismo ideológico, um papel político decisivo na concretização das vias de diálogo e na procura das soluções mais adequadas à realização do objectivo historicamente renovado da unidade europeia. Aos dez Estados originários que assinaram o Tratado de Londres, juntaram-se em 1949, a Grécia e a Turquia; em 1950, a Islândia e a República Federal Alemã na qualidade de país associado, adquirindo o estatuto de Estado de pleno direito em 1951; em 1956, a Áustria; em 1961, o Chipre; em 1963 a Suíça; em 1965, Malta; em 1976, Portugal; em 1978, o Liechtenstein; em 1979, a Espanha; em 1988, a República de San Marino.

Pelo número dos Estados Membros, o Conselho da Europa é a maior instituição política europeia e, no entanto, o seu Estatuto⁽²⁾ fixa condições precisas para a admissão de novos Estados Membros⁽³⁾. O artigo 3.º determina que qualquer Membro do Conselho da Europa reconhece o princípio da preeminência do direito e o princípio em virtude do qual toda

(2) O Estatuto tem tradução oficial em língua portuguesa — v. Diário da República, I série, n.º 269, de 23.11.1978, pág. 2456.

(3) V. G. Garzon CLARIANA, *La adquisición de la calidad de miembro en el Consejo de Europa*, in *Rivista de Instituciones Europeas*, 1973, n.º 1, págs. 23 e segs.; A.C. KISS, *L'admission des Etats comme membres du Conseil de l'Europe*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1965, págs. 694 e segs.; Manuel, ob. cit., págs. 22 e segs.; Max SORENSEN, *Le Conseil*, ob. cit., págs. 141 e segs.; J. Mota de CAMPOS, *Direito*, ob. cit., págs. 66-68; A.H. ROBERTSON, *European Institutions*, 3.ª ed., Stevens, 1973 págs. 38-40.

a pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A capacidade e a vontade de conformação a estes princípios não podem deixar de ser evidenciados pelo Estado que seja convidado a aderir, como decorre do artigo 4.º. Sem referir expressamente a palavra democracia, constante do segundo parágrafo do preâmbulo, esta dupla exigência espelha o ideário liberal e democrático que inspira o acervo de objectivos orientadores da actuação do Conselho da Europa⁽⁴⁾.

A referência genérica do artigo 3.º aos Direitos do Homem e às Liberdades Fundamentais não pode deixar de ser interpretada à luz da Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), de 4 de Novembro de 1950, e dos seus protocolos adicionais, especialmente, o artigo 3.º do Protocolo n.º 1, de 20 de Março de 1952⁽⁵⁾, relativo ao dever dos Estados Membros o organizarem, “com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo”. Apesar desta possibilidade de concretização objectiva do enunciado do artigo 3.º do Estatuto, resta ainda uma ampla margem de liberdade ao Comité de Ministros na apreciação do carácter democrático do regime político dos Estados que sejam potenciais destinatários do convite à admissão. A exigência do respeito pela democracia política não só impede o convite aos Estados cujo regime político se afaste do modelo democrático de convivência entre governados e governantes, como pode determinar a suspensão do Estado membro que “atente gravemente contra o disposto no artigo 3.º”, e o convite a retirar-se nas condições previstas no artigo 7.º e, se este não for atendido, a sua exclusão do seio da organização⁽⁶⁾.

(4) V. Max SORENSEN, *Le Conseil*, ob. cit., pág. 141; *Manuel*, ob. cit., págs. 22-23; G. Garzon CLARIANA, *La adquisición*, ob. cit., págs. 30 e segs.

(5) V. infra ponto B.2.

(6) As disposições do artigo 8.º relativas ao convite à retirada e à exclusão foram já utilizadas no caso da Grécia que em 12 de Dezembro de 1969, e antecipando-se a qualquer iniciativa do Comité de Ministros anunciou a sua retirada; em Janeiro de 1971, a Assembleia Consultiva declarava formalmente a Grécia excluída do Conselho da Europa. O regresso à democracia com a queda do “regime dos coronéis” em 1975 permitiu a readmissão da Grécia — v. Pierre MERTENS, *Les organes du Conseil de l'Europe et le concept de “democratie” dans le cadre des deux affaires grecques*, in *Revue Belge de Droit International*, 1971, n.º 1, págs. 118 e segs.

O processo de admissão de um novo Estado inicia-se com o convite dirigido pelo Comité de Ministros. A participação da Assembleia Consultiva neste processo não está prevista no Estatuto, mas desde 1951⁽⁷⁾ que o Comité, antes de tomar a decisão do convite, solicita à Assembleia um parecer sobre a admissão e os aspectos relacionados com a representação do futuro membro no quadro do órgão parlamentar. A aceitação do convite pelo Estado interessado é formalizada através da remessa ao Secretário-Geral dos instrumentos de adesão, momento que determina a aquisição do estatuto de membro do Conselho da Europa, de acordo com o disposto no artigo 4.º.

Para além dos Membros de pleno direito, e no seio dos quais não se faz qualquer distinção entre Estados originários e não originários, o artigo 5.º do Estatuto contempla ainda a figura dos Membros Associados cuja representação se limita à Assembleia Consultiva. Este estatuto de “membro parcial”⁽⁸⁾ foi pensado para aqueles países europeus que se encontravam numa situação especial no que respeita ao seu estatuto internacional ou à sua qualidade de Estados soberanos, como era o caso da Alemanha e do Sarre. Por circunstâncias particulares, poder-se-ia estender à situação imediatamente anterior ou posterior à independência e à situação do chamado “Estado exíguo”⁽⁹⁾, mas o único exemplo de admissão de um país europeu na qualidade de Membro Associado foi o da República Federal Alemã e, no entanto, a situação particular de Chipre, de Malta e do Liechtenstein poderia ter justificado uma simples associação⁽¹⁰⁾. Pelo contrário, o estatuto jurídico-constitucional de região autónoma ou de Estado federado não releva do conceito de circunstâncias particulares, e a prática confirma este entendimento, pois a integração do Sarre na República Federal Alemã, em Janeiro de 1957, determinou a perda da sua qualidade de Membro associado.

(7) V. Resolução estatutária (51)30, de Maio de 1981.

(8) V. G. SCHERMERS, *International Institutionnal Law*, Leiden, 1980, vol. 1, págs. 95-97.

(9) V. G. Garzon CLARIANA, *La adquisición*, ob. cit., págs. 39-40.

(10) Sobre a admissão do Liechtenstein e as razões que fundariam o seu estatuto de membro associado, v. C. ZANGHI, *L'ammissione del Liechtenstein al Consiglio d'Europe* (una “associazione” mancata?) in *Rivista di Diritto Europeo*, 1980, n.º 3, págs. 240 e segs.

3. Funções

O preâmbulo e o artigo 1.º do Estatuto, dedicado ao objectivo do Conselho da Europa, espelham de uma forma inequívoca o apego à ideia de democracia, suporte da filosofia política que esteve na base da criação do Conselho em 1949, dada a necessidade de fortificar a ideia democrática, e que tem inspirado a sua actividade principal na área da protecção dos Direitos do Homem.

O objectivo do Conselho é o de realizar uma união ou uma associação mais estreita entre os seus Membros, funcionalmente orientada para a salvaguarda das ideias e princípios que formam o seu património comum, e para favorecer o seu progresso económico e social. No preâmbulo, o conteúdo deste património comum é concretizado pela referência aos valores espirituais e morais que estão na origem dos *princípios da liberdade individual, da liberdade política e do primado do Direito*.

Mais do que qualquer outra organização internacional, o Conselho da Europa caracteriza-se por esta base ideológica de raiz ética e política, explicitada no valor máximo da *verdadeira democracia*⁽¹¹⁾. Outras organizações internacionais do pós-guerra ostentavam no seu estatuto frases de idêntico significado proclamatório (v. Preâmbulos da Carta das Nações Unidas, do Tratado de Bruxelas de 1948 e do Tratado do Atlântico Norte), mas só no Estatuto do Conselho da Europa estes princípios de conduta civilizacional e política se apresentam como condição da própria admissão no seio da organização.

O campo de actividade do Conselho da Europa para a realização dos objectivos enunciados define-se em termos muito amplos e pouco precisos. O artigo 1.º do Estatuto prevê a adopção de uma posição comum no domínio económico, social, cultural⁽¹²⁾, científico, jurídico e administrativo, bem como a salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o que pela sua amplitude é susceptível de abranger todos os aspectos ligados à actuação do Estado e à posição do indivíduo face ao

(11) V. A. Miaja de la MUELA, *Ética e derecho del Consejo de Europa, reflexiones y datos en el momento del ingreso de España*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1978, n.º 1, págs. 10 e segs.; Pierre MERTENS, *Les organes*, ob. cit., págs. 119-120.

(12) Por acordo internacional de 1960, as competências sociais e culturais da UEO foram transferidas para o Conselho da Europa.

Estado. A única excepção a esta competência do Conselho é a relativa às questões da defesa nacional. No entanto, esta disposição tem sido interpretada pela Assembleia Consultiva no sentido de não impedir a discussão e a tomada de posições sobre os aspectos políticos da defesa da Europa⁽¹³⁾.

A actuação do Conselho da Europa desenrola-se a dois níveis principais: a defesa e garantia dos Direitos do Homem e a cooperação internacional. Com uma base teleológica tão ampla de definição das suas competências, o Conselho da Europa pode promover a coordenação de políticas e de legislações entre os Estados Membros em áreas muito diversificadas⁽¹⁴⁾. Sob os auspícios do Conselho da Europa foram elaborados cerca de cento e trinta acordos, protocolos e convenções multilaterais⁽¹⁵⁾, cabendo-lhe, em alguns casos, funções de interpretação e de controlo na sua aplicação. Entre os mais importantes campos de coordenação contam-se: a) a cooperação judicial; b) a cooperação cultural; c) a cooperação económica; d) a cooperação social⁽¹⁶⁾. Desde 1965, os trabalhos intergovernamentais do Conselho estão previstos num *programa* único que comporta perto de trezentas actividades⁽¹⁷⁾. Algumas delas são consideradas como funções permanentes, mas a maior parte reconduzem-se a projectos concretos cuja realização deve respeitar a calendarização estabelecida.

Decorridos quarenta anos sobre a data da criação do Conselho da Europa não é fácil resumir em poucas palavras o seu papel no quadro político europeu. Ao longo destes anos, o Conselho da Europa redescobriu a sua vocação funcional, de tal modo se tornou quimérico o seu papel de autoridade política europeia, de força propulsora da unidade europeia.

(13) V. Max SORENSEN, *Le Conseil*, ob. cit., págs. 131-135.

(14) O objectivo de coordenação ultrapassa mesmo as fronteiras dos Estados membros, na medida em que muitas das convenções permitem a adesão de Estados não membros do Conselho.

(15) Sobre o seu processo de elaboração, v. H. GOLSONG, *Quelques remarques a propos de l'élaboration et de la nature juridique des traités conclus au sein du Conseil de l'Europe*, in *Mélanges offerts à Polys Modinas*, 1968, págs. 51 e segs.

(16) V. J. SIDDLE, *The role of the Council of Europe in the legal field*, in *European Law Review*, 1977, n.º 5, pág. 275; *Manuel*, ob. cit., págs. 133 e segs.; A. H. ROBERTSON, *European*, págs. 46 e segs.

(17) V. *Manuel*, ob. cit., págs. 89 e segs.

Desde o início, e como resultado directo do acordo transaccional entre a posição federalista e a posição intergovernamental, verificou-se um profundo desequilíbrio entre os objectivos, amplos e politicamente ambiciosos, e a natureza dos órgãos e os seus respectivos poderes, definidos em função do princípio da intangibilidade da soberania dos Estados⁽¹⁸⁾.

O Conselho da Europa foi ultrapassado pela dinâmica da integração europeia que determinou a criação da CECA, em 1951, e da CEE e da CEEA, em 1957. Pela primeira vez, alguns Estados europeus aceitam limitar a sua soberania, transferindo uma parte das suas competências para as Comunidades Europeias. Mesmo a função de coordenação das organizações europeias, defendida no Plano Eden de 1952⁽¹⁹⁾, se encontrava prejudicada, pois, a diferente natureza das Comunidades Europeias dificilmente se coadunava com uma interferência orgânica directa por parte do Conselho da Europa.

No entanto, não é menor, nem politicamente inócuo o papel do Conselho da Europa na cena europeia. O progressivo alargamento das Comunidades Europeias retirou-lhe, definitivamente, o lugar que, aliás, nunca ocupou, de propulsor da construção europeia. Mas, em contrapartida, o Conselho da Europa consolidou a sua importância no campo da aproximação dos direitos nacionais pela celebração de múltiplas convenções e da defesa dos Direitos do Homem⁽²⁰⁾. O desenvolvimento desta actuação política fundamenta a importância actual do Conselho da Europa e modela as relações que mantém com outras organizações internacionais, nomeadamente, as Comunidades Europeias⁽²¹⁾.

(18) V. GOLSONG, *Le Conseil de l'Europe et la souveraineté nationale*, in Cahiers de Droit Européen, 1965, págs. 140 e segs.

(19) Sobre o Plano Eden, v. Max SORENSEN, *Le Conseil*, *ob. cit.*, pág. 196; *Manuel*, *ob. cit.*, págs. 141-148. No sentido de se tratar de uma tática britânica para controlar as Comunidades Europeias sem nelas participar, v. J.C. GAUTRON, *Organisations*, *ob. cit.*, pág. 26.

(20) V. A.C. KISS, *La contribution du Conseil de l'Europe au développement du Droit International Public*, in *Mélanges offerts à Polys Modinos*, 1968, págs. 61 e segs.

(21) As Comunidades Europeias, enquanto tal, têm aderido a várias convenções concluídas no seio do Conselho da Europa, suscitando, por vezes, problemas interessantes no domínio do direito dos tratados — v. P.H. IMBERT, *Le consentement des états en droit international, réflexions à partir d'un cas pratique concernant la participation de*

4. Estrutura orgânica

A estrutura orgânica do Conselho da Europa assenta em dois órgãos — o Comité de Ministros e a Assembleia Consultiva —, assistidos pelo Secretariado.

4.1. *O Comité de Ministros*

Nos termos do artigo 13.º do Estatuto, o Comité de Ministros é o órgão competente para agir em nome do Conselho da Europa. O Comité é constituído por um representante de cada Estado Membro, dispondo cada um do direito a um voto. Esta representação é assegurada ao nível de Ministro dos Negócios Estrangeiros, podendo, caso as circunstâncias o recomendem, designar um suplente para o seu lugar. Pela natureza da sua competência e da sua composição, o Comité de Ministros é o elemento orgânico tradicional no seio do Conselho da Europa, garantindo a representação colectiva dos governos nacionais dos diversos Estados membros, como acontece com todos os órgãos com competências decisórias nas organizações internacionais do tipo intergovernamental. Ao exigir que a representação do governo nacional seja feita ao nível ministerial, o Estatuto pretendeu conferir a este órgão o máximo de autoridade política.

Contudo, esta representação pelos Ministros limitava a própria actividade operacional do órgão, razão pela qual, desde 1951, foram nomeados representantes permanentes em Estrasburgo que têm, por via de regra, a categoria de embaixadores. A sua principal incumbência é manter o contacto entre o Conselho da Europa e o governo nacional que representam. Por decisão de 1952, o Comité permitiu que cada representante designe um Delegado competente para agir no intervalo das sessões. Estes Delegados, lugar que é, normalmente, ocupado pelos representantes per-

(continuação da nota 21)

la CEE aux traités du Conseil de l'Europe, in *Revue Général de Droit International Public*, 1985, n.º 2, págs. 353 e segs.; T. OUCHTERLONY, *The European Communities and the Council of Europe*, in *Legal Issues of Europeans Integration*, 198, n.º 1, págs. 59 e seg.; J. SIDDLE, *The role*, ob. cit., págs. 345-347. E, mesmo a ausência de adesão formal, não tem impedido a vinculação das Comunidades Europeias à CEDH através dos princípios gerais de direitos (v. infra ponto B.1., espec. notas 42 e 43). Sobre as relações do Conselho da Europa com outras organizações internacionais, v. *L'Assemblée*, ob. cit., págs. 275 e segs.

manentes, reúnem-se para preparar os trabalhos do Comité, podendo mesmo tomar decisões em seu nome, salvo em relação àquelas questões que apresentem repercussões políticas importantes ou relativamente às quais não tenha sido possível chegar a acordo unânime.

As reuniões do Comité de Ministros realizam-se: 1) ao nível dos Ministros, pelo menos duas vezes por ano, e uma por ocasião da abertura da sessão ordinária da Assembleia Consultiva; estas sessões não são públicas e desenvolvem-se de acordo com as disposições do respectivo regulamento interno, aprovado pelo Comité; 2) ao nível de Delegados, cujas reuniões são bimensais, com um total, em média, de 10 sessões por ano. A presidência do Comité é rotativa, e o critério da alternatividade entre os membros é o da ordem alfabética.

Os poderes do Comité de Ministros são bastante amplos pela referência global à realização do finalidade do Conselho da Europa (artigo 15.º), mas assaz limitados na sua eficácia, o que resulta, afinal, da natureza intergovernamental desta organização europeia. O Comité pode pronunciar-se sobre a conclusão de acordos e convenções internacionais, a adopção de políticas comuns na vasta área competencial definida no artigo 1.º⁽²²⁾, mas o único instrumento que dispõe para a concretização destes objectivos é a *recomendação* dirigida aos governos dos Estados membros, podendo o Comité *convidá-los* a prestar informações acerca do seguimento por eles dado àquelas recomendações. Todavia, o Comité decide, com efeito obrigatório, todas as questões relativas à organização e aos assuntos internos do Conselho da Europa, através de regulamentos financeiros e administrativos (artigo 18.º); pode constituir, para os fins que julgar desejáveis, comités ou comissões de carácter consultivo ou técnico (artigo 17.º)⁽²³⁾; fixa a contribuição financeira de cada Membro e aprova, anualmente, o orçamento do Conselho (artigo 38.º); e pode tomar decisões de natureza vinculativa para os Estados no quadro do artigo 32.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁽²⁴⁾.

(22) V. supra ponto A.3.

(23) Estes comités de peritos desempenham uma função muito importante no estudo preliminar das questões e na preparação dos relatórios que servem de base à decisão política no seio do Comité de Ministros.

(24) V. infra ponto B. 3.2.

O artigo 20.º do Estatuto estabelece regras de votação um pouco complexas, distinguindo quatro tipos diferentes de decisões. Embora o artigo 20.º preveja regras menos exigentes de votação, nomeadamente, a maioria simples e a maioria qualificada de dois terços, e só a unanimidade para seis categorias de questões importantes, o Comité segue a prática de desenvolver todos os esforços no sentido de garantir a unanimidade em todas as questões de importância como melhor forma de obter a concertação dos interesses nacionais na realização do objectivo da unidade europeia⁽²⁵⁾.

4.2. *A Assembleia Consultiva*

A Assembleia Consultiva é o traço de maior originalidade do Conselho da Europa, porquanto, se trata da primeira assembleia parlamentar internacional da história. Não se pode, contudo, falar de um verdadeiro órgão parlamentar — o mecanismo previsto para a designação dos deputados não assegura uma concordância perfeita entre as correntes de opinião que formam o espectro político nacional e aquelas que estão representadas na Assembleia; por outro lado, trata-se de um simples órgão consultivo e de opinião, desprovido de poderes normativos ou de fiscalização política. Nem sequer a competência orçamental, embrião dos poderes vinculativos das primeiras assembleias nacionais, integra o magro elenco competencial da Assembleia Consultiva, cujo estatuto resulta, afinal, de um compromisso que procurou esvaziar o importante significado político de um órgão desta natureza no contexto europeu.

A Assembleia é composta por um número variável de deputados por cada Estado Membro, o qual resulta da aplicação do critério demográfico e ainda de um compromisso no sentido de atribuir o mesmo número de representantes aos quatro Estados mais importantes (18 para a França, a Itália, o Reino Unido e a República Federal Alemã), e um mínimo de dois deputados, ainda que este número envolva uma sobre-representação da população de um Estado exíguo como o Liechtenstein⁽²⁶⁾.

(25) Sobre a justificação da exigência da unanimidade, v. Max SORENSEN, *Le Conseil*, ob. cit., págs. 153-154; *Manuel*, ob. cit., pág. 37.

(26) Sobre a participação de Portugal, v. infra ponto 5.

Os deputados são eleitos pelos respectivos parlamentos de entre os parlamentares, ou designados de entre estes de acordo com um processo previamente fixado. Os Governos podem, não obstante, proceder às nomeações complementares no intervalo das sessões parlamentares, bem como no caso do parlamento não ter estabelecido o processo a seguir nestas circunstâncias, o que deixando aos governos uma certa margem de manobra permitiu evitar a presença em Estrasburgo de deputados comunistas no seio da Assembleia Consultiva⁽²⁷⁾.

O artigo 32.º prevê que a Assembleia reúna cada ano em sessão ordinária, com uma duração que não deve exceder um mês, salvo decisão em contrário da Assembleia e do Comité. Na prática, a Assembleia realiza três sessões públicas por ano que duram de uma semana a dez dias (Janeiro, Abril e Setembro). As sessões extraordinárias só podem ser convocadas por comum acordo entre o Comité e a Assembleia (artigo 34.º).

As competências da Assembleia Consultiva fazem deste órgão um verdadeiro areópago da opinião europeia, onde se debatem os grandes problemas ou as questões mais difíceis da unidade europeia. A Assembleia pode deliberar e formular recomendações sobre qualquer questão que releve do âmbito de competência do Conselho da Europa, por iniciativa própria ou por solicitação do Comité de Ministros. As conclusões dos debates parlamentares podem ser transmitidas ao Comité sob a forma de *recomendação*, com o fim de obter daquele as medidas necessárias de execução, ou de *parecer* no caso da sua posição ter sido suscitada por um pedido do Comité. A Assembleia aprova ainda *resoluções* de diversos tipos: sobre a organização interna, a constituição de comissões⁽²⁸⁾, ou, simplesmente, a manifestação de uma posição política sobre determinado

(27) Na sua qualidade de representantes dos Estados, os deputados podem, contudo, exprimir livremente as suas opiniões e mesmo votar contra a posição defendida pelos seus compatriotas. A disposição dos deputados por ordem alfabética não impede, no entanto, a formação de grupos políticos no interior da Assembleia — v. *L'Assemblée parlementaire, procédure et pratique*, 8.ª ed., Estrasburgo, 1984, págs. 53-55; *Manuel*, ob. cit., págs. 48-49.

(28) Uma das competências estatutárias da Assembleia é a constituição de comités ou comissões encarregados de examinar qualquer questão na perspectiva de a estudar e elaborar relatórios (artigo 24.º). A Assembleia criou um grande número de comissões especializadas que cobrem a vasta área de intervenção deste órgão de debate, enquanto à Comissão Permanente, a mais importante, compete “agir em nome da Assembleia no intervalo das sessões” — v. *L'Assemblée*, ob. cit., págs. 196 e segs.

assunto. Por vezes, a Assembleia utiliza também a resolução para se dirigir a certos Estados, identificados por uma certa qualidade que lhes é comum, como seja, o estatuto de Estado membro de outra organização internacional⁽²⁹⁾. Um dos poderes mais importantes da Assembleia é a eleição dos juizes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (artigo 89.º da CEDH)⁽³⁰⁾. Como vimos para o Comité de Ministros, os poderes da Assembleia são amplos em extensão competencial, mas destituídos de força obrigatória, quer em relação ao Comité, quer em relação aos Estados Membros.

Salvo as resoluções atinentes ao seu modo de funcionamento, tomadas por maioria fixada pela Assembleia, todas as outras resoluções são aprovadas por maioria de dois terços dos votos expressos (artigo 29.º)⁽³¹⁾.

As relações que se estabelecem entre o Comité de Ministros e a Assembleia, por via de disposição estatutária ou de uma prática nesse sentido, condicionam em boa parte o processo deliberativo do Conselho da Europa. Em princípio, o processo inicia-se com uma proposta da Assembleia, sob forma de recomendação ao Comité; este, após consultar os comités de peritos competentes na matéria, aprova uma decisão que, depois, é comunicada à Assembleia. O Estatuto não prevê a existência de qualquer estrutura orgânica de coordenação entre o Comité e a Assembleia, o que justificou a criação em 1950 do *Comité Misto*. Trata-se de um órgão de coordenação composto por membros do Comité de Ministros e por um número equivalente de deputados da Assembleia, e cuja presidência é assegurada pelo Presidente deste último órgão.

4.3. *O Secretariado*

O Secretariado, previsto nos artigos 36.º e 37.º do Estatuto, foi concebido como um órgão administrativo e de assistência aos órgãos principais. A sua importância aumentou, de forma considerável, no plano político e, sobretudo, no quadro da CEDH⁽³²⁾.

(29) V. *Manuel*, ob. cit., pág. 53.

(30) V. infra ponto B. 3.1.

(31) Sobre o funcionamento da Assembleia, v. *L'Assemblée*, ob. cit., págs. 115 e segs.; *Manuel*, ob. cit., págs. 55 e segs.

(32) V. infra ponto B. 3.1

O Secretariado é composto por um Secretário-Geral, dois Secretários-Gerais adjuntos e o restante pessoal administrativo, recrutado entre os nacionais dos Estados Membros e com um estatuto de “funcionários europeus”. O Secretário-Geral é nomeado pela Assembleia, mas é responsável pela sua actividade perante o Comité (artigo 37.º).

Para além da importante competência de preparação do orçamento do Conselho, o Secretariado desempenha um papel muito activo no processo de negociação e celebrações de convenções, actuando como representante do Comité. Com base na resolução de 15 de Dezembro de 1957, o Secretariado foi ainda incumbido de apresentar, anualmente, relatórios sobre a cooperação com outras organizações internacionais, em especial, as de âmbito europeu⁽³³⁾.

5. Portugal e o Conselho da Europa

O estabelecimento da democracia após 25 de Abril de 1974 e, sobretudo a consagração na Constituição Portuguesa de 1976 dos princípios básicos da convivência democrática entre governantes e governados abriram a Portugal as portas do Conselho da Europa. Em 28 de Setembro de 1974, Mário Soares, então Ministro dos Negócios Estrangeiros, profere um discurso perante a Assembleia Consultiva que transmite a profissão de fé democrática do novo regime político instaurado em Portugal. Trata-se do primeiro passo político no caminho da aproximação ao Conselho da Europa. Posteriormente, outros ministros portugueses se deslocaram a Estrasburgo, e delegações do Conselho da Europa foram enviadas a Portugal. Mesmo antes da adesão, Portugal estabeleceu com o Conselho da Europa laços institucionalizados de cooperação, como os que resultaram da adesão à Convenção Cultural, dando a Portugal o direito de participar nos trabalhos do Conselho de Cooperação Cultural.

(33) Sobre a estrutura orgânica do Conselho da Europa, v. *Manuel*, ob. cit., págs. 30 e segs.; *L'Assemblée*, ob. cit., págs. 27 e segs.; Max SORENSEN, *Le Conseil*, ob. cit., págs. 146 e segs.; A.H. ROBERSTON, *European*, ob. cit., págs. 40 e segs.; J. Mota de CAMPOS, *Direito*, ob. cit., págs. 71 e segs.; J.C. GAUTRON, *Organisations Européennes*, Dalloz, 1973, págs. 24-26; M. Diez de VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, t. II, 1986, págs. 277 e segs..

A evolução da situação política em Portugal foi acompanhada com atenção pela Assembleia Consultiva, como o demonstram várias resoluções de 1974 e 1975, e uma recomendação de 1974⁽³⁴⁾. Mas só após a realização das primeiras eleições legislativas em 25 de Abril de 1975 e a aprovação e entrada em vigor da nova Constituição Portuguesa se iniciou o processo de adesão de Portugal ao Conselho da Europa. Pela Resolução 627(1976), de 7 de Maio de 1976, a Assembleia aprovava o relatório sobre a situação em Portugal e, de acordo com uma análise favorável feita pelo relator, o senhor Gessner, apelava aos governos dos Estados Membros para intensificarem a cooperação com Portugal e, ao mesmo tempo, decidia reforçar as relações com os representantes eleitos do povo português.

Na sequência desta opinião favorável por parte da Assembleia Consultiva, o I Governo Constitucional obtinha em 11 de Agosto de 1976 o aval político da Assembleia da República em relação à decisão de manifestar ao Conselho da Europa a sua vontade de ser convidado para aderir como Estado Membro. Por carta de 12 de Agosto de 1976, dirigida ao Comité de Ministros, o Ministro dos Negócios Estrangeiros formalizava o pedido de convite, justificando que Portugal estaria em condições de respeitar as exigências do artigo 3.º do Estatuto.

De acordo com o procedimento habitual, a Assembleia Consultiva foi ouvida por instância do Comité de Ministros⁽³⁵⁾, e a 16 de Setembro de 1976 emitia um parecer favorável ao envio de um convite de adesão a Portugal⁽³⁶⁾. Alguns dias depois, em 21 de Setembro de 1976, o Comité de Ministros, pela Resolução (76)37, tomava a decisão de dirigir a Portugal o convite para se tornar o 19.º *Membro do Conselho da Europa. A resolução fixava em sete o número de representantes portugueses com assento na Assembleia Consultiva, e determinava, com efeito a partir de 1 de Janeiro de 1977, o montante da contribuição financeira de Portugal. E, no dia seguinte, 22 de Setembro de 1976, Portugal por intermédio do seu Ministro dos Negócios Estrangeiros procede ao depósito do instrumento de adesão, acto que determina a sua admissão como 19.º Estado Membro do*

(34) V. Resolução 563(1974); Recomendação 740(1974), Resolução 593(1975) e Resolução 601(1975).

(35) V. Pedido de Parecer, de 20 de Agosto de 1976 (Doc. 3822, de 23.8.1976).

(36) V. Parecer n.º 78(1976), de 16 de Setembro de 1976.

Conselho da Europa. Esta foi, no entanto, uma adesão irregular do ponto de vista do processo interno de vinculação internacional do Estado Português, porquanto a aprovação parlamentar deste instrumento de adesão, nos termos da alínea j) do artigo 164.º da Constituição, só se verificou cerca de dois meses depois, através da Lei n.º 9/76, cuja data de aprovação é 24 de Novembro⁽³⁷⁾.

A admissão de Portugal no seio desta organização, vinte e sete anos após a sua criação, não só engrossava o número de Estados unidos por um ideal político e um objectivo de defesa dos Direitos do Homem, como representava o reconhecimento internacional de Portugal como um Estado democrático. Por outro lado, a adesão constituiu um passo fundamental no processo na aproximação de Portugal à Europa, o qual culminaria com a integração nas Comunidades Europeias em 1 de Janeiro de 1986.

B. O CONSELHO DA EUROPA E A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

1. A Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais — origem e significado

A primeira convenção concluída entre os Estados Membros do Conselho da Europa foi a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH). A ideia de uma carta europeia de direitos fundamentais surgia já na Moção final do Con-

(37) V. Diário da República, I série, n.º 303, de 31.12.1976, pág. 87. Sobre as deficiências técnico-jurídicas da própria Lei n.º 9/76, v. Nuno Bessa LOPES, *A Constituição e o Direito Internacional*, Codeco, 1979, pág. 53, nota 1.

gresso de Haia de 1948, onde se propunha ainda a criação de um Tribunal Europeu independente, competente para apreciar os casos de violação dos direitos garantidos. O Estatuto do Conselho da Europa inscreve a “salvaguarda e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” com um objectivo da organização e cuja concretização se revelou imperativa desde a primeira sessão da Assembleia Consultiva.

A 19 de Agosto de 1949, foi apresentada perante a Assembleia a primeira proposta sobre a criação, no quadro do Conselho da Europa, de um organismo que assegurasse a “garantia colectiva” dos Direitos do Homem. A Comissão das Questões Jurídicas e Administrativas da Assembleia elaborou um relatório, apresentado por Pierre-Henri Teitgen, que indicava dez direitos, cuja garantia não podia deixar de estar assegurada. Outras propostas foram surgindo no seio da Comissão das Questões Jurídicas e Administrativas que visavam quer o alargamento do número de direitos protegidos, quer a instauração de um sistema orgânico de garantia dos Direitos do Homem.

Na sua reunião de 9 de Novembro de 1949, o Comité de Ministros decidiu criar um comité de peritos nacionais que tinha por mandato a elaboração de uma Convenção. Os trabalhos deste comité prolongaram-se pelos meses de Fevereiro e Março de 1950, e a fórmula encontrada para suplantar divergências de fundo entre as diversas propostas analisadas foi a apresentação de um relatório que indicava um certo número de variantes. As questões políticas deixadas em aberto pelos peritos juristas, como a da criação de um Tribunal Europeu, foram, então, abordadas por um Comité de altos funcionários. O seu relatório, apreciado pelo Comité de Ministros em Agosto de 1950, preconizava uma solução de compromisso no que respeita à forma de proclamação dos direitos e propunha a criação de um Tribunal Europeu de jurisdição facultativa, ficando ainda por resolver a questão politicamente controvertida do direito de recurso individual. A 7 de Agosto e, com base nas propostas da Assembleia e no relatório dos altos funcionários, o Comité de Ministros aprovou um projecto de convenção, cujo conteúdo evidencia a necessidade de suavizar as propostas mais ambiciosas da Assembleia, em função da posição renitente, e mesmo contrária, de certos Estados Membros.

O texto do projecto regressou de novo à Assembleia Consultiva, sobre o qual a Comissão Jurídica apresentou um relatório, aprovado no plenário em 25 de Agosto de 1950. Em Novembro do mesmo ano, o Comité de Ministros analisou as propostas de emenda introduzidas e, mesmo sem

chegar a acordo sobre a maioria dessas propostas, foi possível proceder à assinatura da Convenção a 4 de Novembro de 1950.

A Convenção entrou em vigor no dia 3 de Setembro de 1953, data do depósito do décimo instrumento de ratificação. Em Dezembro de 1990, 23 Estados Membros do Conselho da Europa tinham ratificado a CEDH, faltando apenas a Hungria fazê-lo. A França, Estado fundador do Conselho, esperou 24 anos para depositar o seu instrumento de ratificação, em 3 de Maio de 1974⁽³⁸⁾.

O texto da CEDH não esgotou, contudo, o acervo de direitos ou de medidas consideradas necessárias à instauração de um sistema coerente e eficaz de protecção dos Direitos do Homem. Por esta razão, a Convenção foi sendo completada por via de protocolos adicionais. O primeiro Protocolo que reconhece três novos direitos foi assinado em 20 de Março de 1952, e entrou em vigor dois anos mais tarde. Entre 1963 e 1966 foram assinados outros quatro protocolos: o Protocolo n.º 2, de 6 de Maio de 1963, atribui ao Tribunal a competência de emitir um parecer consultivo sobre certas questões jurídicas relativas à interpretação da CEDH e dos seus protocolos, e entrou em vigor em 21 de Setembro de 1970; o Protocolo n.º 3, da mesma data, modificou outros aspectos do processo no seio da Comissão Europeu dos Direitos do Homem, suprimindo o sistema de sub-comissões e a sua entrada em vigor verificou-se na mesma data do Protocolo n.º 2; o Protocolo n.º 4, de 16 de Setembro de 1963, acrescenta mais quatro direitos ao conjunto garantido na CEDH, e entrou em vigor no dia 2 de Maio de 1968; o Protocolo n.º 5, de 20 de Janeiro de 1967, altera o processo de eleição dos membros da Comissão e do Tribunal, tendo entrado em vigor em 20 de Dezembro de 1971; O Protocolo n.º 6, de 28 de Abril de 1983, relativo à abolição da pena de morte, entrou em vigor em 1985; o Protocolo n.º 7, aprovado na reunião do Comité de 17-25 de Setembro de 1984 e aberto à assinatura no dia 22 de Novembro de 1984 entrou em vigor a 1 de Novembro de 1988; representa uma assinalável

(38) Sobre o processo de elaboração e conclusão da Convenção, v. *Manuel*, ob. cit., págs 331 e segs.; E. Garcia de ENTERRIA (e outros), *El sistema europeo de proteccion de los derechos humanos*, 2.ª ed., Ed. Civitas, SA, 1983, págs. 64 e segs.; W.J. Ganshof van der MEERSCH, *La garantie des Droits de L'Homme et la Cour Européenne de Strasbourg*, in *Documentação e Direito Comparado*, 1981, n.º 8, págs. 212 e segs.; A.H. ROBERTSON, *Introduction au Recueil des travaux préparatoires de la Convention*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, T.I.

melhoria no regime jurídico de expulsão dos estrangeiros, embora limitada às garantias processuais⁽³⁹⁾, acrescentando ainda alguns importantes direitos no domínio do processo penal e do direito da família, completando as disposições dos artigos 6.º, 7.º, 13.º e 12.º da Convenção. O Protocolo n.º 8, de 19 de Março de 1985, introduz alterações no processo de apreciação das queixas pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem, e a sua entrada em vigor está dependente da ratificação por parte de todos os Estados que participam na CEDH⁽⁴⁰⁾.

Não é difícil demonstrar a importância histórica e actual da Convenção como texto-base de um sistema internacional de protecção dos Direitos do Homem. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 representa uma etapa fundamental no amplo movimento internacional de protecção dos direitos inerentes à condição humana. No entanto, a sua natureza de declaração deixa a descoberto a fragilidade de um sistema assente na mera proclamação dos direitos, desprovido de qualquer mecanismo próprio de garantia e aplicação por parte dos Estados. A CEDH consegue, ainda que de uma forma mitigada e compromissória, ultrapassar a fase da simples proclamação internacional dos direitos e encetar uma fase da garantia colectiva e institucionalizada dos direitos proclamados. Este salto evolutivo que se efectua por intermédio da Convenção resulta da consideração de três aspectos fundamentais e caracterizantes do sistema instituído: 1) a natureza jurisdicional do mecanismo de protecção dos direitos; 2) a aceitação do princípio do controlo internacional dos actos dos governos nacionais; 3) a possibilidade reconhecida ao indivíduo, sujeito de Direito Internacional, de accionar o mecanismo de protecção, verificadas determinadas condições.

Pela sua inovação, a CEDH serviu mesmo de paradigma para outras convenções celebradas no quadro de certas organizações regionais. Cite-se o exemplo da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 28 de Junho de 1981, que entrou em vigor em 1986 e, com maior similitude de soluções, a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem, de 22

(39) V. Andrew DRZEMCZEWSKI, *La situation des étrangers au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 1985, págs. 5 e segs., espec. págs. 7 e 44 e segs.

(40) Sobre o Protocolo n.º 8, v. infra ponto I B.3.2.

de Novembro de 1969 e que entrou em vigor no dia 18 de Julho de 1978⁽⁴¹⁾. Estes sistemas regionais de garantia colectiva dos Direitos do Homem provam que o desenvolvimento de um modelo internacional de garantia passa pela existência de laços de solidariedade política, geográfica, económica e cultural entre os Estados. O estabelecimento de um quadro institucional de garantia encontra terreno mais favorável entre Estados que mantêm uma cooperação noutras áreas da actividade humana e que comungam os mesmos objectivos políticos e pressupostos básicos de ordenação dos respectivos sistemas jurídicos.

Por outro lado, a importância da CEDH resulta ainda da sua função de fonte material de direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária. Embora, todos os Estados-Membros das Comunidades Europeias façam parte do Conselho da Europa e tenham ratificado a CEDH, as Comunidades Europeias enquanto sujeito de Direito Internacional não aderiram ao sistema de garantia instituído pela Convenção. O Tribunal de Justiça das Comunidades, através de jurisprudência, por várias vezes confirmada⁽⁴²⁾, defende a integração dos direitos consagrados pela CEDH na ordem jurídica comunitária. Como princípios gerais de Direito, esses direitos vinculam os órgãos comunitários que no exercício das suas competências devem respeitar e garantir o seu exercício aos cidadãos dos Estados-Membros⁽⁴³⁾. Assim, e na ausência de uma carta comunitária de direitos fundamentais, a

(41) V. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 1988, Tomo IV, págs. 216-217, e bibliografia aí citada; F. SUDRE, *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989, págs. 79-84.

(42) No caso *Nold II*, de 14.5.1974, Proc. n.º 4/73, Col. 1974, pág. 491, o Tribunal fez referência aos direitos fundamentais previstos nos instrumentos internacionais de protecção, aos quais os Estados-Membros hajam aderido ou neles tenham cooperado. Mas foi no caso *Rutili*, de 28.10.1975, Proc. n.º 36/75, Col. 1975, pág. 1219, que o Juiz comunitário fez a primeira referência directa à CEDH, aos seus artigos 8.º, 9.º, 10.º, 11.º e artigo 2.º do Protocolo n.º 4. A referência aos artigos da Convenção, ou aos seus protocolos, encontra-se em muitos acórdãos posteriores: casos *Prais*, de 27.10.1976, Proc. n.º 130/75, Col. 1976, pág. 1589; *Hauer*, de 13.12.1979, Proc. n.º 44/79, Col. 1979, pág. 3727; *Pecastaing*, de 5.3.1980, Proc. n.º 98/79, Col. 1980, pág. 691; *Valsabbia*, de 18.3.1980, Proc. n.º 154/79, Col. 1980, pág. 907; *FEDETAB*, de 29.10.1980, Procs. n.ºs 209-215 e 218-79, Col. pág. 3125; *National Panasonic*, de 26.6.1980, Proc. n.º 136/79, Col. 1980, pág. 2035; *Johnston*, de 15.5.1986, Proc. n.º 222/84, Col. 1486, pág. 1651; *Heylens*, de 15.10.1987, Proc. n.º 222/86, Col. 1987, pág. 4097.

(43) Da vasta bibliografia sobre o assunto, relacionam-se os seguintes títulos: M: Isabel JALLES, *Os direitos da pessoa na Comunidade Europeia*, in Documentação e Direito

Convenção tem desempenhado uma relevante função de integração e de referência no Direito Comunitário.

A Convenção é não só o empreendimento mais original do Conselho da Europa, como constitui a sua realização mais conseguida, determinante da própria imagem da organização, quer no plano europeu, quer no plano mais alargado da sociedade internacional.

2. Os direitos garantidos pela Convenção e pelos seus protocolos adicionais — o problema das reservas à luz da Constituição Portuguesa de 1976

A Convenção e os protocolos adicionais contêm um conjunto de direitos e liberdades, cujo respeito deve ser assegurado pelos Estados signatários. O artigo 1.º da Convenção impõe aos Estados o reconhecimento

(continuação da nota 43)

Comparado, 1980 (separata), págs. 27 e segs.: Margarida Silva PEREIRA, *A protecção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos pela ordem jurídica das Comunidades Europeias*, in Revista Jurídica (AAFDL), 1983, n.º 2, págs., 105 e segs.; Alberto R. Bastos RAPOSO, *Os direitos fundamentais nas Comunidades Europeias*, in Nação e Defesa, 1988, n.º 97, págs. 55 e segs.; Marcello CAPURSO, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in Scritti in onore di Egidio Tosato, vol. II, págs. 931 e segs.; G. COHEN-JONATHAN, *La Cour de Justice des Communautés Européennes et les Droits de l'Homme*, in Revue du Marché Commun, 1978, n.º 214, págs. 74 e segs.; G. COHEN-JONATHAN, *Les droits de l'Homme dans les Communautés Européennes*, in Recueil d'études en hommage à C. Eisenman, Paris, Ed. Cujas, 1977, págs. 397 e segs.; M. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1984, n.º 3, págs. 401 e segs.; M. MAGAGNI, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza e nella prassi delle Comunità Europee*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1979, n.º 2, págs. 880 e segs.; W.J. Ganshof van der MEERSCH, *Communautés Européennes et droit international*, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1975, vol. V, págs. 163 e segs.; C. PHILIP, *La Cour de Justice des Communautés Européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in Annuaire Français de Droit International, 1975, págs. 383 e segs.; J.A. Carrillo SALCEDO, *La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas*, in AA.VV., Tratado de Derecho Comunitario, Civitas SA, 1986, Tomo II, págs. 17 e segs.; M. WAELBROEK, *La protection des droits fondamentaux a l'égard des États-membres dans le cadre communautaire*, in Mélanges F. Dehousse, 1979, vol. II, págs. 333 e segs.; Andrew DRZEMCZEWSKI, *The domestic application of the European Human Rights Convention as European Community Law*, in International Comparative Law Quarterly, 1981, n.º 1, págs. 118 e segs.; Angel G. Chueca SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1989.

desses direitos “a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição”. Deste modo, os destinatários das normas de protecção incluem não só os nacionais, como os estrangeiros que se encontrem no território de um Estado vinculado ao respeito da Convenção, mesmo que sejam nacionais de Estado não signatário ou apátridas.

O Título I da Convenção define doze direitos e liberdades que estão, expressamente, garantidos:

Artigo 2.º — o direito à vida

Artigo 3.º — a proibição da tortura e das penas e tratamentos desumanos ou degradantes

Artigo 4.º — a proibição da escravatura, da servidão e do trabalho forçado

Artigo 5.º — o direito à liberdade e à segurança

Artigo 6.º — o direito a um julgamento equitativo e célere

Artigo 7.º — a protecção contra a retroactividade da lei penal

Artigo 8.º — o direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência

Artigo 9.º — o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

Artigo 10.º — o direito à liberdade de expressão

Artigo 11.º — o direito à liberdade de reunião e de associação

Artigo 12.º — o direito de se casar e de constituir família

Artigo 13.º — o direito a um recurso efectivo junto dos tribunais nacionais por parte de qualquer pessoa, cujos direitos foram violados.

O Protocolo n.º 1, de 20 de Março de 1952, acrescentou:

Artigo 1.º — o direito à propriedade

Artigo 2.º — o direito à instrução

Artigo 3.º — o direito a eleições livres.

O Protocolo n.º 4, de 16 de Setembro de 1963, integra quatro novos direitos:

Artigo 1.º — a proibição de prisão por dívidas

Artigo 2.º — o direito a circular livremente e de escolher a sua residência

Artigo 3.º — a proibição de expulsar ou privar um indivíduo do direito de entrar no território do Estado de que seja nacional

Artigo 4.º — a proibição das expulsões colectivas.

O Protocolo n.º 6, de 28 de Abril de 1983, determinou a proibição, sem possibilidade de oposição de reservas, da pena de morte.

O Protocolo n.º 7 prevê um conjunto significativo de direitos e garantias:

Artigo 1.º — direitos de audição e de representação do estrangeiro no processo de expulsão

Artigo 2.º — direito de qualquer pessoa condenada por infracção penal a um recurso perante tribunal superior

Artigo 3.º — direito a uma indemnização no caso de anulação da sentença condenatória

Artigo 4.º — ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto

Artigo 5.º — direito dos esposos à igualdade de direitos e de responsabilidades de carácter civil nas relações entre si e nas relações com os filhos

Também ao nível do processo de garantia e aplicação dos direitos, a Convenção tem sido alterada por via de protocolos adicionais — o Protocolo n.º 2, de 6 de Maio de 1963; o Protocolo n.º 3, da mesma data; o Protocolo n.º 5, de 20 de Janeiro de 1966; o Protocolo n.º 8, de 19 de Março de 1985; e o Protocolo n.º 9, de 22 de Janeiro de 1991. Dos cinco protocolos seguidos, apenso o último ainda não se encontra em vigor, aguardando o depósito de pelo menos dez ratificações de Estados-membros do Conselho da Europa.

Estes direitos e liberdades estão regulados de forma pormenorizada, variando a sua definição, ora através da afirmação positiva do direito, ora através da proibição de um certo comportamento que representa a negação de um direito ou de uma liberdade. Em boa parte dos artigos citados, o primeiro parágrafo é dedicado a uma afirmação geral do direito, por vezes decalcada do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou do Projecto de 1949 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, enquanto os parágrafos seguintes precisam as limitações ou restrições que poderão ser opostas à titularidade ou ao exercício dos direitos garantidos. Note-se que estas cláusulas de excepção reservam aos Estados uma apreciável margem de apreciação, porquanto recorrem a expressões ou

conceitos de conteúdo interminado, como medidas necessárias numa “sociedade democrática”⁽⁴⁴⁾ e razões de interesse público ou de ordem pública.

Os artigos 14.º a 18.º da Convenção estabelecem determinadas regras relativas ao exercício dos direitos consagrados. A CEDH não reconhece a igualdade como um direito, como o faz o artigo 7.º da Declaração Universal, o artigo 24.º da Convenção Interamericana e o artigo 3.º da Carta Africana. O artigo 14.º contém, apenas, uma cláusula de não discriminação, referida ao gozo dos direitos e liberdades previstos na Convenção, proibindo qualquer distinção baseada no sexo, raça, cor, língua, religião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, etc. No entanto, esta dependência funcional do artigo 14.º aos direitos consagrados tem sido interpretada de forma a abranger também os direitos implícitos; assim, e sem esquecer o carácter subsidiário da sua proibição, o artigo 14.º pode fundar um juízo de incompatibilidade de certo comportamento ou norma nacional relativamente ao âmbito de protecção da Convenção⁽⁴⁵⁾.

O artigo 15.º permite aos Estados a tomada de medidas de derrogação “em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”, mas “na estrita medida em que o exigir a situação” e desde que

(44) Sobre a importância e conteúdo deste conceito como cláusula de restrição aos direitos garantidos pela Convenção, v. Françoise ELENIS, *La notion de démocratie dans le cadre des limitations aux Droits de l'Homme*, in Documentação e Direito Comparado, 1982, n.º 9, págs. 165 e segs.; Phedon VEGLERIS, *Valeur et signification de la clause “dans une société démocratique”*, in *Revue des Droits de l'Homme*, 1968, vol. I — n.º 2, págs. 222 e segs.; N.J. Ganshof van der MEERSCH, *Reflexions sur les methodes d'interpretation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in Documentação e Direito Comparado, 1982, vol. 11, págs. 117 e segs.; Rusen ERGEC, *Les Droits de l'Homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Ed. Bruylant, 1987, págs. 113 e segs. e 196-197.

(45) Neste sentido, casos *Regime linguístico do ensino na Bélgica*, de 23.7.1968, e *Marckx*, de 13.3.1979, in E. Garcia de ENTERRIA, *El sistema*, *ob cit.*, págs. 261 e 482, respectivamente. Sobre a função do artigo 14.º, v. M.A. EISSEN, *L'“autonomie” de l'article 14 de la Convention Européenne dans la jurisprudence de la Commission*, in *Mélanges Polys Modinos*, 1968, págs. 122 e segs.; D. EVRIGENIS, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giurisprudenza delle Comunità Europea*, in *Europa e Diritti Umani*, Venezia, Novembro 1979, págs. 36 e segs.; Marc BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le Droit International des Droits de l'Homme*, Bruxelas, Bruylant, 1976, págs. 133 e segs.; Phedon VEGLERIS, *Le principe d'égalité dans la Déclaration Universelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Miscellanes W.J. Ganshof van der MEERSCH*, 1972, Tomo I, págs. 578 e segs.; G. COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, 1988, págs. 538-546.

“tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional”. No entanto, certos direitos que relevam da própria noção do “jus cogens”, como o direito à vida, a proibição de tortura e de tratamentos inumanos, a proibição da escravatura e da servidão, a proibição da retroactividade da lei penal, não podem ser objecto de qualquer derrogação baseada no artigo 15.^o(46).

O artigo 16.^o permite a imposição de limites à actividade política dos estrangeiros, legitimando restrições ao direito de expressão, de reunião, de associação em função da representação que cada Estado faz do dever de neutralidade política por parte dos estrangeiros.

O artigo 17.^o proíbe o recurso abusivo às disposições da Convenção com vista à destruição ou limitação indevida dos direitos e liberdades garantidos.

O artigo 18.^o estabelece que as restrições permitidas pela Convenção só podem ser aplicadas para assegurar a realização dos fins para os quais foram concebidas(47).

A panóplia de direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção e pelos protocolos adicionais é variada e extensa no seu objecto de protecção, mas é possível arrumar esses direitos dentro de uma mesma classificação, a qual corresponde, aliás, a uma fase ou a uma prioridade na história do Direito Internacional dos Direitos do Homem e, outrossim, do Direito Constitucional: são direitos civis e políticos.

De uma comparação entre a Convenção e a Constituição Portuguesa de 1976 do ponto de vista dos direitos garantidos, resulta que a Lei Fun-

(46) O artigo 4.^o, n.^o 3 do Protocolo n.^o 7 estabelece idêntica natureza de inderrogabilidade para o princípio “non bis in idem”. Sobre o artigo 15.^o, veja-se o estudo monográfico de Rusen ERGEC, *Les droits*, ob. cit.

(47) Sobre os vários direitos referidos e disposições gerais sobre a sua aplicação existe uma abundante bibliografia, bem como jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Não é possível no quadro de uma pequena monografia traçar um quadro dos vectores principais de interpretação e de aplicação da Convenção. Cite-se, no entanto, G. COHEN-JONATHAN, *La Convention*, ob. cit.; J.E.S. FAWCETT, *The application of the European Convention of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987; E. Garcia de ENTERRIA (e outros), *El sistema*, ob. cit., págs. 71 e segs., P. VAN DIJK (e outro), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 2.^a ed., Kluwer, 1990; e, especialmente o estudo mais completo que se conhece sobre a jurisprudência da Comissão e do TEDH, sob o título, *Digest of Strasbourg Case-law relating the European Convention on Human Rights*, Ed. Heymanns Verlag, 1984-85, 4 volumes.

damental apresenta um elenco mais alargado de direitos, na medida em que ao lado dos Direitos, Liberdades e Garantias também acolhe os Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais⁽⁴⁸⁾.

A necessidade do reconhecimento de direitos sociais resulta de uma visão do Homem como ser pluridimensional — cidadão, trabalhador, proprietário — que, surgindo no Direito Constitucional, acabou por influenciar o conteúdo dos instrumentos internacionais de protecção dos direitos do Homem. Os artigos 1.º e 2.º do Protocolo n.º 1 reflectem já esta visão, relativos ao direito de propriedade e ao direito à instrução⁽⁴⁹⁾, mas é a Carta Social Europeia, de 18 de Outubro de 1961 que traduz a preocupação do Conselho da Europa pelos problemas sociais e a sua disposição de garantir a protecção dos direitos sociais⁽⁵⁰⁾. Note-se, contudo, que o sistema jurisdicional de garantia previsto na CEDH não foi alargado aos direitos consagrados na Carta, a qual organiza um sistema de controlo inspirado no modelo da Organização Internacional de Trabalho e baseado em relatórios semestrais elaborados pelos Estados sobre o estado de aplicação das disposições ratificadas.

Portugal não ratificou ainda a Carta Social Europeia apesar de ter já havido uma proposta de lei nesse sentido⁽⁵¹⁾. As suas obrigações no domínio dos direitos sociais decorrem da própria Constituição e da lei, cuja

(48) Sobre a dicotomia entre estas duas categorias de Direitos Fundamentais, v. Jorge MIRANDA, *Manual*, ob. cit., págs. 92 e segs.; e bibliografia aí citada; J.J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 1986, págs. 439 e segs.; J.C. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1983, págs. 198 e segs..

(49) A proibição do trabalho forçado (artigo 4.º da CEDH) e a liberdade sindical individual (artigo 11.º) também podem ser interpretadas como referências ao estatuto do trabalhador.

(50) A Carta Social Europeia foi assinada na cidade de Turim em 18 de Outubro de 1961 mas só entrou em vigor no dia 26 de Fevereiro de 1965. Sobre a Carta, o seu processo de formação e sua aplicação, v. Miguel RODRIGUEZ-PINERO, *La Carta Social Europea y su puesta en practica*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1978, n.º 1, págs. 53 e segs.; F.M. van ASBECK, *La Charte Sociale Européenne: sa portée juridique, la mise en oeuvre*, in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, 1964, págs. 427 e segs.; John F. SMYTH, *The implementation of the European Social Charter*, in *Mélanges offerts à Polys Modinos*, 1968, págs. 290 e segs.

(51) V. Proposta de lei n.º 128/II, de 5.8.1982, in *DAR*, II Série, n.º 142, de 8.10.1982 — a proposta caducou mesmo antes de ser debatida pela Assembleia da República, em virtude da demissão do Governo.

imperatividade não deixa de estar prevista no artigo 60.º da Convenção ao determinar que as suas disposições não podem ser interpretadas “no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidas de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte”.

Aquando da aprovação para ratificação da Convenção por Portugal⁽⁵²⁾, foram formuladas oito reservas que reflectiam outros tantos pontos de eventual discrepância entre a solução constitucional e o conteúdo garantístico do direito ou da liberdade no quadro da Convenção⁽⁵³⁾. As reservas respeitavam às seguintes matérias: prisão disciplinar de militares; incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE-DGS; televisão; *lock-out*; serviço cívico; organizações de ideologia fascista; expropriações de latifundiários e de grandes proprietários e empresários ou accionistas; ensino público e particular. A extensão material das reservas suscitou controvérsia, pondo-se em causa o acerto da interpretação feita das normas constitucionais, cujo conteúdo não só não importaria as referidas reservas, como determinaria a sua inconstitucionalidade, como no caso das reservas sobre o ensino e as expropriações⁽⁵⁴⁾. A Lei n.º 12/87, de 7 de Abril, levantou seis das oito reservas existentes, subsistindo somente as reservas relativas à prisão disciplinar de militares e à incriminação dos agentes e responsáveis da PIDE-DGS. Apesar de se manter a proibição constitucional das organizações que perfilhem ideologia fascista, constante do artigo 46.º, n.º 4, foi suprimida a respectiva reserva. De acordo com a opinião manifestada pelo Professor Jorge Miranda⁽⁵⁵⁾, trata-se de uma

(52) V. infra ponto B.4.

(53) Apenas a reserva relativa à prisão disciplinar de militares não tinha como parâmetro de referência uma norma constitucional (v. Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril), mas a revisão constitucional de 1982 introduziu no artigo 27.º a alínea c) que passou a prever esse limite do direito à liberdade.

(54) V. Jorge MIRANDA, *Manual*, ob. cit., págs. 211-212; Pinheiro FARINHA, *Garantia Europeia dos Direitos do Homem*, in Documentação e Direito Comparado, 1980, n.º 2, pág. 279. Para uma crítica da reserva que permite a incriminação retroactiva dos agentes da PIDE-DGS, v. Rui M.G. Moura RAMOS, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sua posição face ao ordenamento jurídico português*, in Documentação e Direito Comparado, 1981, n.º 5, págs. 190-192.

(55) V. Jorge MIRANDA, *Manual*, ob. cit., pág. 212.

supressão que contraria o conteúdo proibitivo do artigo 46.º, n.º 4, uma vez que a proibição desse tipo de organizações não caberia no artigo 11.º, n.º 2 da Convenção. Com o devido respeito, não parece que assim seja. A interpretação conjugada do artigo 11.º, n.º 2 com o artigo 17.º da Convenção, dentro da orientação jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a amplitude derrogatória das medidas necessárias numa *sociedade democrática*⁽⁵⁶⁾ para a protecção dos valores societários fundamentais parece justificar a proibição de formas organizadas de manifestação da ideologia fascista⁽⁵⁷⁾.

3. O sistema de garantia dos direitos instituído pela Convenção

3.1. Os órgãos

O sistema complexo de garantia colectivo instituído pela Convenção assenta em três órgãos: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o Comité de Ministros e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

a) A *Comissão Europeia dos Direitos do Homem* é composta por um número de membros igual ao das Partes Contratantes. Os membros da Comissão são, por tradição, nacionais dos Estados signatários, não podendo a Comissão compreender mais de um cidadão do mesmo Estado⁽⁵⁸⁾. Contudo, os membros da Comissão não são representantes dos

(56) V. supra nota 44.

(57) Ao analisar o caso da dissolução do Partido Comunista na RFA, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem fez uma apreciação à luz do artigo 17.º, considerando que: “o recurso à ditadura para a instauração de um regime é incompatível com a Convenção, na medida em que comporte a destruição de direitos e liberdades consagrados na Convenção” (v. Decisão da Comissão, de 20.7.1957, in *Annuaire*, vol. I, págs. 250 e segs.). No caso *Lawless*, de 1.7.1961, o Tribunal definiu uma jurisprudência que limita o recurso ao artigo 17.º no caso do exercício de direitos de natureza processual por parte de uma pessoa singular, explicitando que “o objectivo geral do artigo 17.º é impedir que certos grupos totalitários possam explorar em seu favor os princípios definidos pela Convenção”.

(58) V. artigo 20.º da Convenção.

respectivos governos nacionais, fazendo parte dela a título individual, o que pressupõe uma actuação livre e independente⁽⁵⁹⁾. A designação dos membros é feita por eleição pelo Comité de Ministros por maioria absoluta de votos entre os nomes constantes de uma lista elaborada pela Assembleia Consultiva, para o qual cada Estado indicou o nome de três candidatos⁽⁶⁰⁾. O mandato é de seis anos, renovável⁽⁶¹⁾. A Comissão estabelece o seu próprio regulamento interno, e elege o Presidente e seis Vice-Presidentes. O exame das petições é feito em sessão plenária com um mínimo de nove membros, sendo as suas deliberações tomadas à porta fechada⁽⁶²⁾.

A Convenção reservou para a Comissão uma importante função no sistema de garantia dos direitos. Qualquer queixa formulada por um Estado ou por um particular é analisada pela Comissão que toma uma decisão fundamentada sobre a sua admissibilidade ou inadmissibilidade. Se a queixa for considerada admissível, compete, então, à Comissão a instrução do processo e a tentativa de uma resolução amigável; caso não seja possível o acordo, a Comissão elabora um relatório, acompanhado de um parecer sobre a existência ou não de uma violação à Convenção por parte de um dos Estatutos signatários. Esta breve descrição das competências da Comissão permite descortinar nela um órgão de natureza híbrida, conjugando características de órgão jurisdicional e de órgão administrativo⁽⁶³⁾,

(59) V. artigo 23.º da Convenção. O Protocolo n.º 8 acrescenta ao artigo 23.º a proibição expressa do exercício de funções incompatíveis com as exigências de independência e de imparcialidade inerentes ao cargo de membro da Comissão.

(60) V. artigo 21.º da Convenção.

(61) V. artigo 22.º, n.º 1 da Convenção.

(62) O Protocolo n.º 8 altera o artigo 20.º no sentido de permitir a constituição de secções e de comités no seio da Comissão, cuja função é a análise das queixas introduzidas por particulares, no quadro do artigo 25.º, e que não suscitem uma questão grave relativa à interpretação e aplicação da Convenção. A obrigatoriedade de sessão plenária mantém-se para o exame das petições introduzidas pelos Estados, para a decisão de solicitar a intervenção do Tribunal e para a aprovação do seu regulamento interno. Esta importante inovação resulta da necessidade de permitir uma maior rapidez na apreciação das queixas apresentadas em número cada vez maior à Comissão.

(63) Em atenção a esta natureza de órgão jurisdicional, o Protocolo n.º 8 acrescenta um parágrafo 3.º ao artigo 21.º que reproduz o actual parágrafo 3.º do artigo 39.º da CEDH relativo aos candidatos a juiz, passando a exigir aos candidatos à Comissão as mesmas qualidades para o exercício de “altas funções judiciais”.

de forma a conciliar o acesso do indivíduo ao Tribunal com as prerrogativas tradicionais dos Estados neste domínio⁽⁶⁴⁾.

b) *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* tem um número de juizes equivalente ao número de Estados que fazem parte do Conselho da Europa, o que pode determinar um número diferente dos membros da Comissão⁽⁶⁵⁾.

Os juizes são eleitos pela Assembleia Consultiva com base numa lista apresentada pelos Estados Membros, com o direito de cada Estado designar três candidatos, dos quais pelo menos dois terão a respectiva cidadania⁽⁶⁶⁾. Os juizes são eleitos por um período de nove anos e com possibilidade de reeleição⁽⁶⁷⁾. Embora nenhuma disposição da Convenção afirme a sua independência, uma tal exigência decorre da própria natureza da função jurisdicional que desempenham. O Quarto Protocolo ao Acordo Geral de Privilégios e Imunidades do Conselho da Europa garante-lhe, aliás, a imunidade em relação a todo o tipo de processos judiciais resultantes de opiniões emitidas no exercício das suas funções de juiz. Por outro lado, o artigo 3.º do Regulamento do Tribunal impõe uma declaração solene por parte de cada juiz, pela qual exprimem a sua vontade de exercer as funções de forma imparcial e independente, guardando segredo das suas deliberações. O artigo 4.º estabelece a incompatibilidade do cargo de juiz com as funções de membro do Governo ou com outras que possam pôr em causa a sua independência⁽⁶⁸⁾.

(64) V. Ricardo PASSOS, *A Comissão Europeia dos Direitos do Homem*, in Documentação e Direito Comparado, 1985, n.º 22, págs. 287 e segs.; J.C. GAUTRON, *Organisations*, ob cit., págs. 29-30; E. Garcia de ENTERRIA (e outros), *El sistema*, ob. cit., págs. 129 e segs.; Manuel, ob. cit., págs. 387 e segs.; G. COHEN-JONATHAN, *La Convention*, do cit., págs 31 e segs..

(65) V. artigo 35.º da Convenção.

(66) V. artigo 39.º da Convenção.

(67) V. artigo 40, n.º 1 da Convenção. A primeira eleição dos membros do Tribunal ocorreu em 21 de Janeiro de 1959 e a sua primeira reunião decorreu entre 23 a 28 de Fevereiro de 1959.

(68) O Protocolo n.º 8 determina, expressamente, a incompatibilidade do cargo de juiz com quaisquer outras funções que contrariem as exigências de independência, imparcialidade e disponibilidade.

Os candidatos indicados pelos Estados devem “gozar da mais elevada reputação moral e reunir as condições requeridas para o exercício de altas funções judiciais”⁽⁶⁹⁾.

O Tribunal funciona por secções formadas por sete juízes e constituídas para o exame de cada assunto que é submetido ao Tribunal. Destes sete juízes, um deve ter a cidadania do Estado interessado ou, na sua falta, de uma pessoa escolhida pelo Estado para actuar como juiz⁽⁷⁰⁾. Para evitar os inconvenientes de uma jurisprudência contraditória entre as diversas secções, o artigo 48.º do Regulamento estabelece que o Tribunal Plenário pode ser instado a julgar um caso que, na opinião da secção competente suscite questões importantes de interpretação da Convenção, sendo obrigatória a sessão plenária sempre que a resolução do caso possa conduzir a uma decisão que se afaste de jurisprudência anterior de outra secção ou do Pleno.

O Tribunal tem um Secretariado, cuja importância resulta acrescida pelo facto daquele órgão não ter funcionamento permanente. O Secretariado assegura a preparação dos processos, recolhe a jurisprudência do Tribunal Europeu e de outros tribunais internacionais, bem como das instâncias nacionais com interesse para o caso em aberto, colabora na redacção das decisões, etc.⁽⁷¹⁾.

O Tribunal Europeu é um verdadeiro tribunal internacional com competência para a interpretação e aplicação da Convenção, operação que culmina num juízo sobre a existência ou não de uma violação à Convenção (i)⁽⁷²⁾; a atribuição de reparação razoável ao lesado, se a lei interna não permitir reparação adequada dos prejuízos emergentes da violação (ii)⁽⁷³⁾; a emissão de pareceres, de natureza consultiva, a pedido do Comité de Ministros, sobre questões que não caibam na competência da Comissão,

(69) V. artigo 39.º, n.º 3 da Convenção.

(70) V. artigo 43.º da Convenção. O Protocolo n.º 8 prevê a alteração do número de sete para nove juízes.

(71) V. artigo 14.º do Regulamento do Tribunal.

(72) V. artigo 46.º da Convenção.

(73) V. artigo 50.º da Convenção.

do Tribunal ou do Comité, em virtude do recurso previsto na Convenção (iii)⁽⁷⁴⁾.

A natureza obrigatória ou facultativa da jurisdição do Tribunal constituiu um dos pontos de mais aceso debate durante o período de elaboração da Convenção. A proposta da Moção Final do Congresso de Haia de um tribunal de jurisdição obrigatória, com competência para ordenar uma reparação ou deteminar a anulação do acto nacional, ao qual teriam acesso os particulares, não conseguiu sobreviver perante a oposição aberta dos Estados. De acordo com o artigo 46.º da Convenção, a competência contenciosa do Tribunal depende de uma declaração apresentada, em qualquer momento, pelos Estados e pela qual exprimem a sua vontade de se submeterem à jurisdição do Tribunal para todos os assuntos relativos à interpretação e aplicação da Convenção. Em Dezembro de 1990, dos 23 Estados signatários da Convenção apenas a Finlândia não tinha declarado reconhecer a jurisdição obrigatória do Tribunal.

A competência contenciosa do Tribunal tem carácter subsidiário, porquanto uma das condições de admissibilidade da queixa pela Comissão e julgamento do caso pelo Tribunal é a exaustão dos meios internos de recurso⁽⁷⁵⁾. O Tribunal não é uma instância de recurso das decisões proferidas pelos tribunais nacionais. A sua intervenção só é admitida no caso da sentença nacional (ou da sua ausência) consubstanciar uma violação de uma qualquer disposição da Convenção.

Não obstante o carácter facultativo e subsidiário da sua jurisdição, bem como o facto da sua intervenção só poder ser solicitada pela Comissão ou por um Estado, é de sublinhar a importância da jurisprudência do Tribunal Europeu, quer no plano preventivo de futuras violações, quer no plano da reparação dos prejuízos sofridos pela “vítima” da violação⁽⁷⁶⁾. Nos finais de 1989, trinta anos após o início da sua actividade, o Tribunal proferira de cento e noventa e um acórdãos. E destes, apenas um processo não teve origem num pedido de Comissão na sequência de queixa individual apresentada nos termos de artigo 25.º. A jurisprudência do Tribunal

(74) V. artigo 1.º do Protocolo n.º 2 à Convenção.

(75) V. infra ponto B. 3.2.

(76) V. Marc-André EISSEN, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in Documentação e Direito Comparado, 1983, vol. 13, págs. 331 e segs.; G. COHEN-JONATHAN, *La Convention*, ob. cit., págs. 165 e segs..

e, outrossim, a prática da Comissão, fazem parte integrante da produção normativa do Conselho da Europa no campo dos Direitos do Homem. Os Estados que decidem ratificar a Convenção e os seus Protocolos adicionais encontram um acervo de direitos e liberdades que espelha, igualmente, o contributo interpretativo do Tribunal⁽⁷⁷⁾ (78).

c) O Comité de Ministros

A Convenção atribui ao Comité de Ministros, o órgão executivo do Conselho da Europa⁽⁷⁹⁾, um papel assaz relevante no sistema de garantia colectiva dos direitos e liberdades. Neste domínio, o Comité exerce uma função de tipo organizativo que se traduz na sua competência de órgão de eleição dos membros da Comissão e do Tribunal e de órgão de controlo financeiro das Secretarias da Comissão e do Tribunal. Para além destas, o Comité de Ministros perfila-se como um verdadeiro órgão de decisão e de controlo no quadro do mecanismo da queixa previsto na Convenção.

De acordo com o artigo 32.º da Convenção, compete ao Comité a decisão sobre se existiu ou não uma infracção dos direitos da Convenção, após o relatório elaborado pela Comissão e no caso de o assunto não ter sido levado a Tribunal no prazo de três meses, contados a partir da transmissão do dito relatório ao Comité. O reconhecimento desta competência decisória ao Comité justifica-se pelo facto de nem todos os Estados estarem sujeitos à jurisdição do Tribunal, de tal modo que este é o único meio de obter uma decisão sobre a conduta do Estado, alegadamente faltoso aos seus deveres perante a Convenção⁽⁸⁰⁾.

(77) V. Pinheiro FARINHA, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, in Documentação e Direito Comparado*, 1981, vol. 8, págs. 178 e segs.; Marc-André EISSEN, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, civitas, 1985; E. Garcia de ENTERRIA, *El sistema*, ob. cit., págs. 143 e segs.

(78) Sobre a caracterização desta jurisprudência do ponto de vista dos métodos de hermenêutica jurídica, v. W. J. Ganshof van der MEERSCH, *Refléxions sur les methodes d'interprétation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in *Documentação e Direito Comparado*, 1982, vol. 11, págs. 107 e segs.; do mesmo Autor, *La garantie des Droits de l'Homme et la Cour Européenne de Strasbourg*, in *Documentação e Direito Comparado*, 1981, n.º 8, págs. 238 e segs.; K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, 1988.

(79) V. supra ponto A.4.1.

(80) Sobre os poderes do Comité no quadro do artigo 32.º da Convenção, v. infra ponto B. 3.2.

Finalmente, o Comité de Ministros assegura também uma função de controlo dos direitos protegidos pela Convenção, incumbindo-lhe velar pela execução de qualquer sentença do Tribunal, quer decida sobre o fundo da questão, quer determine as consequências económicas da reparação do dano.

De notar que no exercício dos poderes atribuídos pela Convenção, o Comité delibera por maioria de dois terços. A exigência da unanimidade teria aqui um efeito claramente paralisante ao sistema de garantia, pois o Estado, cuja legislação ou comportamento ponham em causa o acervo de direitos protegido pela Convenção, teria sempre a possibilidade de bloquear qualquer decisão declarativa da existência de uma infracção⁽⁸¹⁾.

d) O Secretariado-Geral do Conselho da Europa

Nos termos do artigo 57.º da Convenção, “Qualquer Alta Parte Contratante deverá fornecer, a requerimento do Secretário-Geral do Conselho da Europa, os esclarecimentos pertinentes sobre a forma como o seu direito interno assegura a aplicação efectiva de quaisquer disposições desta Convenção”. Trata-se de um poder complementar ao mecanismo de garantia instaurado, através do qual se impõe um verdadeiro dever aos Estados, vinculados pela Convenção, possibilitando o exercício de uma certa função de controlo preventivo de futuras queixas, das quais uma parte resulta, precisamente, da incompatibilidade entre os níveis de garantia assegurados pela ordem normativa interna e aqueles exigidos pela Convenção.

3.2. Idem: D) O mecanismo da queixa e o acesso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁽⁸²⁾

As queixas relativas a uma alegada violação dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção devem ser enviadas à Comissão, por intermédio do Secretário-Geral do Conselho da Europa. A denúncia pode ser

(81) V. E. Garcia de ENTERRIA (e outros), *El sistema*, ob. cit., págs. 155 e segs.; Manuel, ob. cit., págs. 350-352.

(82) Esta é uma descrição muito sumária do mecanismo da queixa. As notas bibliográficas enxertadas no texto permitirão, contudo, um desenvolvimento da investigação sobre estas matérias.

apresentada por qualquer das Partes Contratantes, embora a situação mais frequente respeite à chamada queixa individual, exercida nos termos do artigo 25.º da Convenção, por qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de uma violação da Convenção. No entanto, o exercício deste direito de queixa individual está dependente de prévia aceitação, mediante declaração expressa, por parte do Estado acusado da violação. O direito do indivíduo apresentar queixa contra o seu próprio Estado, ou contra outro Estado, constitui uma importante inovação no direito internacional, acantonado, até então, ao direito de protecção diplomática. A natural resistência dos Estados a este novo estatuto internacional do indivíduo manifesta-se, contudo, no seu carácter facultativo. Em Dezembro de 1990, todos os Estados Partes Contratantes tinham declarado reconhecer este direito, à excepção da Finlândia.

A primeira fase do processo pré-contencioso que se desenrola junto da Comissão consiste na apreciação da queixa, de forma a verificar se se encontram reunidas todas as condições de admissibilidade. A Convenção, e a interpretação que sobre as suas disposições tem sido feita pela Comissão, estabelecem regras muito precisas de admissibilidade⁽⁸³⁾. Em primeiro lugar, a Convenção, como qualquer outro tratado, só se aplica aos factos posteriores à sua entrada em vigor⁽⁸⁴⁾. Em segundo lugar, a Comissão só pode conhecer dos direitos e liberdades que estão, de forma expressa ou implícita, garantidos pela Convenção ou pelos seus Protocolos adicionais. Em terceiro lugar, a Comissão deve rejeitar aquelas queixas apresentadas por particulares, respeitantes a violações cometidas por Estados que não reconheceram o direito de petição individual. Para além dos limites relativos ao âmbito temporal, material e pessoal de aplicação da Convenção⁽⁸⁵⁾

(83) Note-se que cerca de 90% das queixas introduzidas junto da Comissão são consideradas por esta inadmissíveis e rejeitadas.

(84) V. Decisão da Comissão sobre a reclamação n.º 8629/79 contra Portugal, publicada in *Documentação e Direito Comparado*, 1980, n.º 4, págs. 277 e segs. — os factos que constituíam a alegada violação reportavam-se a um momento anterior à data da entrada em vigor da Convenção em Portugal, 9 de Novembro de 1978.

(85) O artigo 1.º da Convenção não fixa limites territoriais à sua aplicação, pelo que uma Parte Contratante é internacionalmente responsável por actos praticados no estrangeiro pelos seus representantes diplomáticos. Pelo artigo 63.º, qualquer Estado pode

os artigos 26.º e 27.º estabelecem ainda outras exigências que condicionam o juízo de admissibilidade da queixa: a Comissão só pode ser solicitada após o esgotamento dos meios que a lei prevê de acesso aos tribunais nacionais, segundo os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos⁽⁸⁶⁾, e no prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva. As queixas individuais não podem ser anónimas, nem podem reproduzir uma reclamação anteriormente examinada pela Comissão, ou que tenham já sido submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão, salvo se apresentar factos novos. Finalmente, a queixa não se pode apresentar manifestamente mal fundada ou abusiva.

A Comissão aprecia a admissibilidade da queixa com base num relatório elaborado por três dos seus membros. Se a queixa não for rejeitada nesta fase preliminar por manifesta inadmissibilidade⁽⁸⁷⁾, a Comissão

(continuação da nota 85)

alargar os efeitos da Convenção aos territórios cujas relações internacionais assegura. Portugal não formulou esta declaração a propósito do território de Macau, o qual, não podendo ser considerado território nacional (v. artigos 6.º e 292.º da Constituição Portuguesa) não está abrangido pelo âmbito territorial de aplicação da Convenção.

- (86) A protecção dos direitos e liberdades previstos na Convenção realiza-se ao nível interno, junto dos tribunais nacionais (v. artigo 134.º da Convenção) e ao nível internacional, através do mecanismo da queixa. O prévio esgotamento dos meios internos compreende-se no quadro de uma intervenção puramente subsidiária deste sistema de garantia colectiva da Convenção. A Comissão interpreta esta regra como uma verdadeira exigência substancial, de modo que o reclamante deve ter alegado perante a última instância nacional todas as razões e todos os factos que fundamentam a sua petição. Para garantir o efeito útil ao direito de queixa, a Comissão tem entendido que só é exigível o esgotamento dos meios jurídicos acessíveis, adequados e que proporcionem um mínimo de probabilidade de êxito naquele caso concreto, de acordo com um juízo partilhado pela “opinião comum” — v. Fausto de QUADROS, *O princípio da exaustão dos meios internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a ordem jurídica portuguesa*, in Revista da Ordem dos Advogados, 1990, I, págs. 119-157, Denis SULLIGER, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Université de Lausanne, 1979; A.A. Caçado TRINDADE, *The application of the rule of exhaustion of local remedies in International Law (its rationale in the international protection of individual rights)*, Cambridge University Press. 1983.

Um problema assaz controvertido é o da exigência do esgotamento dos meios internos em relação às petições apresentadas pelos Estados, tendo já a Comissão admitido a sua imperatividade em casos interestaduais — v. A.R. Caçado TRINDADE, *L'épuisement des recours internes dans les affaires inter-étatiques*, in Cahiers de Droit Européen, 1978, n.ºs 2-3, págs. 139 e segs.

- (87) Aproximadamente 87% das queixas são rejeitadas “in limine”, e a maior parte das quais por violação da regra do esgotamento dos meios internos. Sobre a aplicação

transmite ao governo do Estado acusado o conteúdo da queixa introduzida e convida-o a apresentar as suas observações escritas. Concluída esta fase dos memorandos escritos, a Comissão pode convocar uma ou mais audiências, durante as quais as partes expõem e completam as suas alegações escritas.

A decisão da Comissão que declara a inadmissibilidade da queixa é definitiva e insusceptível de recurso. A decisão que reconhece a admissibilidade inicia uma nova fase do processo, caracterizada por uma apreciação do fundo da questão. Por um lado, a Comissão deve procurar a determinação dos factos, através de uma apreciação contraditória da petição com os representantes das partes e, se o caso o exigir, realizará um inquérito, para o qual deve contar com a colaboração dos Estados interessados. Por outro lado, a Comissão deve colocar-se à disposição das partes envolvidas para chegar a uma resolução amigável do conflito, sempre inspirada no respeito dos Direitos do Homem⁽⁸⁸⁾. Se falhar a tentativa de conciliação, a Comissão realiza, nos termos do artigo 31.º, um relatório que especifica os factos e formula um parecer sobre a existência de uma violação da Convenção. Já nesta fase, a Comissão pode, por unanimidade, recusar a queixa, com base nalgum dos motivos de inadmissibilidade previstos no artigo 27.º⁽⁸⁹⁾.

O relatório da Comissão é transmitido ao Comité de Ministros e ao Governo do Estado acusado. No prazo de três meses, contados a partir da data da transmissão do relatório ao Comité de Ministros, a Comissão, o Estado demandado, o Estado que tenha apresentado a queixa perante a Comissão ou um outro Estado com interesse no caso, quando a vítima for

(continuação da nota 87)

desta exigência na situação que mais frequentemente consubstancia em Portugal uma violação da Convenção — o atraso na justiça e a violação do artigo 6.º relativo ao prazo razoável —, v. Fausto de QUADROS, *O princípio*, ob. cit., págs. 153-154.

(88) V. artigo 28.º da Convenção.

(89) O Protocolo n.º 8 altera o artigo 29.º no sentido de substituir a exigência da unanimidade pela regra da maioria de 2/3 dos membros da Comissão. Por outro lado, é dada uma nova redacção ao artigo 30.º que passará a prever o direito da Comissão, em qualquer momento do processo, recusar o exame de uma queixa com base em determinados fundamentos que devem constar do relatório enviado às partes e ao Comité de Ministros. O exame da queixa é, contudo, obrigatório para a Comissão se assim o exigir o respeito dos Direitos do Homem garantidos pela Convenção.

um cidadão seu, podem apresentar a queixa ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Este direito de acção só pode, contudo, ser exercido se o Estado demandado estiver sujeito à jurisdição obrigatória do Tribunal, ou se manifestar, naquele caso concreto o seu consentimento em relação àquela forma de resolução jurisdicional do problema⁽⁹⁰⁾.

No caso de não ser solicitada a intervenção do Tribunal, o assunto deverá conhecer uma solução política através de uma decisão do Comité de Ministros que delibera, por voto maioritário de dois terços dos representantes com direito a dele fazerem parte, sobre se houve ou não violação da Convenção. Se a decisão for no sentido da existência de uma violação, o Comité fixa um prazo dentro do qual o Estado interessado deverá tomar as disposições correctivas que resultam como necessárias e adequadas da decisão do Comité de Ministros. Se o Estado mantiver a sua conduta anterior e não adoptar as medidas desejadas, o Comité de Ministros deve determinar as consequências que tal atitude implica, e publicará o relatório da Comissão⁽⁹¹⁾. A Convenção não estabelece quaisquer outras formas de sanção para o comportamento do Estado recalcitrante, mas determina a obrigatoriedade de todas as decisões do Comité de Ministros aprovadas por força das suas competências no sistema da garantia colectiva dos direitos, nos termos do artigo 32.º.

A Comissão goza de inteira liberdade no exercício do seu direito de transmissão do caso ao Tribunal, não podendo ser de algum modo contestada a decisão de deixar ao Comité de Ministros a solução definitiva e política do litígio. Na prática, existem dois critérios que são determinantes no sentido a resolução do problema pelo Tribunal: 1) se a Comissão concluiu que há violação da Convenção; 2) se o caso apresenta um interesse jurídico considerável⁽⁹²⁾.

O relatório da Comissão constitui o ponto de partida e o documento de base do processo perante o Tribunal. O processo divide-se em duas fases: a fase escrita, durante a qual a(s) Parte(s) e a Comissão apresentam os seus memorandos, conclusões e réplicas; a fase oral, caracterizada por

(90) V. artigos 46.º e 48.º da Convenção.

(91) V. artigo 37.º, n.ºs 1, 2 e 3 da Convenção.

(92) V. Ricardo PASSOS, *A Comissão*, ob. cit., pág. 309.

uma audiência pública, salvo decisão em contrário do Tribunal, na qual participam os representantes das Partes e os delegados da Comissão⁽⁹³⁾.

O Protocolo n.º 9, assinado em 22 de Janeiro de 1991, consagra uma solução que porá fim ao actual exclusivismo da Comissão e dos tratados no que respeita à interposição de uma acção junto do TEDH. Embora com a limitação resultante de uma apreciação preliminar por um comité de 3 juizes que poderá decidir por unanimidade sobre a inadmissibilidade do pedido, o artigo 48.º foi alterado no sentido de prever que uma pessoa física ou colectiva possa solicitar o TEDH, depois da sua queixa ter sido apresentada previamente à Comissão.

O processo perante o Tribunal pode terminar a qualquer momento por uma solução amigável entre as Partes, desde que garanta o respeito dos Direitos do Homem, ou através de desistência, se for aceite pelo Tribunal, após consulta da Comissão. Mas na maioria das acções introduzidas junto do Tribunal, o processo termina com uma sentença, acto fundamentado⁽⁹⁴⁾ e definitivo⁽⁹⁵⁾ que traduz a posição maioritária do órgão sobre a existência de uma violação da Convenção por parte do Estado demandado⁽⁹⁶⁾.

3.2. Os efeitos das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em relação aos Estados Membros

As sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não têm força executiva como, aliás, acontece com os acórdãos do Tribunal de Justiça que declaram a existência de uma situação de incumprimento por

(93) O indivíduo, destituído do direito de acção, não pode figurar como parte no processo. Contudo, o Regulamento da Comissão e o Regulamento do Tribunal reconhecem-lhe certos direitos, como a qualidade de testemunha — v. Marc-André EISSEN, *Le Cour*, ob. cit., págs. 285 e segs..

(94) V. artigo 51.º, n.º I da Convenção.

(95) V. artigo 52.º da Convenção. A impossibilidade de interpor recurso das decisões do Tribunal não constitui obstáculo a um pedido de interpretação ou de revisão de uma sentença anterior — v. artigos 53.º e 54.º do Regulamento do Tribunal.

(96) As pessoas participantes no processo perante a Comissão ou o Tribunal (agentes, advogados, “queixosos”, professores de direito, testemunhas e peritos, e outras pessoas convocadas) estão protegidas por um Acordo Europeu, de 6 de Maio de 1969, ratificado por 17 Estados Membros, incluindo Portugal. O Acordo garante a imunidade de jurisdição quanto às declarações orais e escrita, liberdades de correspondência com a Comissão, de circulação para assistirem aos actos processuais.

parte de um Estado-Membro⁽⁹⁷⁾. A ausência de força executiva não impede, contudo, que as sentenças do Tribunal tenham força obrigatória, a qual se identifica com a autoridade formal do caso julgado. As Partes não podem submeter o litígio a uma outra instância de apreciação, e uma revisão da sentença por parte de um tribunal nacional consubstanciaria uma violação do artigo 52.º da Convenção. A autoridade de caso julgado resulta da conjugação de várias disposições da Convenção, nomeadamente, os artigos 45.º, 46.º, 50.º, 52.º e 53.º. O artigo 50.º caracteriza o objecto do acórdão proferido, permitindo ao Tribunal a atribuição à Parte lesada de uma reparação razoável⁽⁹⁸⁾. Os artigos 45.º, 46.º, 52.º e 53.º determinam a natureza das obrigações que nascem do reconhecimento da jurisdição obrigatória do Tribunal pelos Estados. A declaração prevista no artigo 46.º implica a aceitação pelas Altas Partes Contratantes da natureza obrigatória da sentença nos litígios em que forem Partes (artigo 53.º).

A sentença tem uma natureza puramente declarativa quando o Tribunal se limita a reconhecer que certa decisão ou comportamento interno contrariam, integral ou parcialmente, os direitos garantidos pela Convenção. O Tribunal não pode revogar ou modificar o direito interno, ou anular os actos administrativos das autoridades nacionais. Contudo, e de forma indirecta, a sentença pode impor este resultado, na medida em que o Estado, estando obrigado pelas decisões do Tribunal, deve tomar as medidas adequadas à sua efectiva aplicação na ordem jurídica interna. O Tribunal não indica este tipo de medidas, nem estabelece um prazo para a sua adopção, o que deixa ao Estado uma ampla margem de liberdade. No entanto, o artigo 50.º limita o poder discricionário do Estado ao apontar como objectivos da execução a eliminação para o futuro da situação de violação e, outrossim, a eliminação das consequências resultantes do acto

(97) Cfr. artigo 187.º e 171.º do Tratado de Roma. Como bem observa Robert KOVAR, a natureza declarativa dos acórdãos do Tribunal Europeu e dos acórdãos do Tribunal de Justiça no âmbito da acção por incumprimento demonstram a preferência por um sistema baseado na execução voluntária (in *L'autorité des arrêts et des résolutions des organes de protection*, in *Revue des Droits de l'Homme*, 1973, págs. 696-697).

(98) O Tribunal entende que esta competência não depende do prévio esgotamento das vias internas que possibilitariam a reparação do prejuízo sofrido, defendendo que no mesmo acórdão se pode declarar verificada uma violação da Convenção e determinar o montante da indemnização reparadora do prejuízo sofrido pela vítima — v. caso *Ringeisen*, de 22 de Junho de 1972; e caso *De Wilde, Cours y Versyp*, de 18 de Junho de 1971.

constitutivo de violação. No que respeita aos acordãos que estipulam uma reparação razoável a situação é diferente, porquanto a obrigação se encontra desde logo determinada e quantificada, e do Estado só se espera um comportamento possível: o pagamento.

O desrespeito pela natureza obrigatória das decisões do Tribunal faz incorrer o Estado faltoso em responsabilidade internacional, determinada segundo os princípios vigentes no Direito Internacional Público. Por outro lado, a Parte interessada na invocação da autoridade de caso julgado deve procurar junto das instâncias nacionais, por via de acção ou de excepção, a garantia da sua aplicação, podendo ainda accionar o mecanismo da queixa previsto na própria Convenção, solicitando à Comissão para transmitir ao Tribunal um pedido de indemnização⁽⁹⁹⁾.

O artigo 54.º reconhece ao Comité de Ministros, a competência de velar pela execução das sentenças do Tribunal, o que lhe permite fiscalizar o comportamento do Estado em causa, colocando questões ou sugerindo medidas de actuação, de forma a obter o pleno cumprimento da decisão judicial.

O artigo 53.º só impõe a força obrigatória do acórdão no caso concreto (efeito inter partes), mas a doutrina tem defendido um autoridade interpretativa para as sentenças do Tribunal, a qual, vinculando os tribunais e as autoridades nacionais, contribuiria para a uniformidade na interpretação e na aplicação da Convenção⁽¹⁰⁰⁾.

De forma resumida, as sentenças do tribunal não têm força executiva directa, mas obrigam os Estados a dar-lhe execução. A Convenção não

(99) V. Jacques VELU, *Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du Droit Européen*, Bruxelas, Larcier, 1978, págs. 217 e segs.

(100) Neste sentido, Pinheiro FARINHA, *O Tribunal*, ob cit., págs. 205-206; W.J. Ganshof van der MEERSCH, *La garantie*, ob. cit., págs. 228-229. Para Georg RESS o juiz nacional é livre de se afastar do precedente mas só no caso de poder avançar argumentos claros que demonstrem a inconveniência da decisão anterior; na dúvida, o juiz nacional deve honrar um "compromisso do respeito prioritário" (in *Effets des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux*, in *Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme* (9-12 avril 1980), Paris, Ed. Pedone, 1982, págs. 275 e segs., espec. nota 7. O Tribunal Europeu, apoiado pela Assembleia Consultiva, já propôs a criação de um mecanismo de cooperação judiciária que permitisse a colocação de questões prejudiciais pelos tribunais nacionais sobre a interpretação da Convenção, à semelhança do artigo 177.º do Tratado de Roma, mas a proposta não logrou a aceitação necessária à sua aprovação.

prevê as consequências ou sanções a aplicar aos Estados que não respeitem este dever, mas esta é uma fragilidade que caracteriza o próprio Direito Internacional. Do ponto de vista político impõe-se a seguinte observação: os Estados Membros do Conselho da Europa comungam dos mesmos princípios que conformam a conduta de um Estado de Direito, e só nessa qualidade se justifica a sua permanência no seio de uma organização que, pelo seu estatuto e pela sua prática, está orientada para a garantia dos Direitos do Homem. Na prática, os Estados têm assegurado a execução dos acórdãos do Tribunal, manifestação inequívoca da força vinculante do princípio da boa fé na execução das obrigações internacionais.

4. *Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem — breve perspectiva*

A adesão de um Estado ao Conselho da Europa não tem como consequência obrigatória a assinatura da Convenção, embora esta se apresente como a componente fundamental da obra realizada pela organização no plano internacional, e surja, por isso, como um facto politicamente inevitável, embora prorrogável — a Suíça deixou passar dez anos entre a adesão ao Conselho e a assinatura da Convenção⁽¹⁰¹⁾. Portugal foi o primeiro Estado que fez coincidir na mesma data a admissão como membro do Conselho da Europa e a assinatura da Convenção⁽¹⁰²⁾. De acordo com as disposições constitucionais, o Governo propôs à Assembleia da República, quase dois anos depois, a aprovação para ratificação da Convenção, embora acompanhada de algumas reservas⁽¹⁰³⁾. A Assembleia da República deu a sua aprovação através da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, tendo sido publicada em anexo o texto da Convenção⁽¹⁰⁴⁾. Após a ratifica-

(101) Note-se que a Convenção está aberta à assinatura de Estados Membros do Conselho da Europa (v. artigo 66.º, n.º 1).

(102) Portugal assinou a Convenção e os Protocolos n.ºs 1, 3 e 5 em 22 de Novembro de 1976; em 27 de Janeiro de 1977, foi assinado o Protocolo n.º 2, e em 27 de Abril de 1978 realizou-se a assinatura do Protocolo n.º 4. O Protocolo n.º 6 foi ratificado na data de 2 de Outubro de 1986 (v. Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, publicado no Diário da República, I série, n.º 258, de 8.11.1986, pág. 3367). O Protocolo n.º 7 foi aprovado para ratificação pela Resolução da A. R. 22/90 de 23 de Setembro (in Diário da República de 27.9.1990).

(103) V. Diário da Assembleia da República, II série, n.º 84, de 9.6.1978, pág. 861.

(104) V. Diário da Assembleia da República, I série, n.º 236, de 13.10.1978, pág. 2119.

ção pelo Presidente da República, Portugal assumiu todas as obrigações inerentes a um processo de vinculação internacional que se concluiu em 9 de Novembro de 1978, com o depósito do instrumento de ratificação junto do Secretário-Geral do Conselho⁽¹⁰⁵⁾.

A Lei n.º 65/78 previa, igualmente, a aprovação dos Protocolos adicionais n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5, bem como a autorização ao Governo de Portugal para aceitar a competência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem nos termos do artigo 25.º da Convenção (petição individual)⁽¹⁰⁶⁾, e para declarar o reconhecimento da jurisdição obrigatória, de pleno direito, e sem convenção especial, do Tribunal. Esta declaração é válida pelo prazo de dois anos, renovável de forma automática⁽¹⁰⁷⁾.

No que respeita às reservas, aspecto que marcou a participação de Portugal na Convenção, remete-se para o que atrás foi dito, a propósito do confronto da Lei Fundamental com o núcleo de direitos consagrados na Convenção⁽¹⁰⁸⁾.

A aplicação da Convenção no ordenamento jurídico português obedece ao modelo constitucional que conforma a vigência, validade e hierarquia das normas internacionais no direito interno. Por via do artigo 8.º, n.º 2 da Constituição Portuguesa, a Convenção, após a sua regular ratificação seguida da publicação oficial, vigora na ordem jurídica portuguesa, enquanto Portugal se encontrar vinculado internacionalmente por este instrumento convencional, dispensando qualquer outro meio de incorporação jurídica⁽¹⁰⁹⁾.

(105) V. Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, publicado no Diário da República, I Série, n.º 1, de 2.1.1979, pág. 7.

(106) V. Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, de 8 de Janeiro de 1979, publicado no Diário da República, I série, n.º 26, de 31.1.1979.

(107) V. Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, de 8 de Janeiro de 1979, publicado no Diário da República, I série, n.º 31, de 6.2.1979.

(108) V. supra ponto B.2.

(109) Sobre o sistema de recepção do Direito Internacional de natureza convencional na ordem jurídica portuguesa à luz da Constituição de 1976, v. J. Mota de CAMPOS, *As relações da ordem jurídica portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à luz da revisão constitucional*, Lisboa, 1985, págs. 75 e segs.; J.J. Gomes CANOTILHO (e outro), *CRP anotada*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1984, 1.º vol., págs. 90-92; J. MIRANDA, *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, págs. 297-302; idem, *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1985, págs. 9 e segs.; Rui MEDEIROS, *Relação entre as normas constantes de convenções internacionais e*

No entanto, a aplicabilidade directa que resulta desta cláusula de recepção automática, não se confunde com o efeito directo da norma internacional, traduzido na possibilidade de os particulares invocarem a norma perante os tribunais para tutela dos seus interesses. Para produzir efeito directo, a norma deve ser “*self executing*” no sentido de não necessitar de normas internas que a executem ou completem; e deve ser fonte de direitos e obrigações para os particulares, não se confinando aos limites tradicionais das relações inter-estaduais. Embora a produção de efeito directo pela norma internacional apresente carácter excepcional, dependente da conjugação de factores relativos à formação, objecto e natureza da própria norma, pode-se defender que existe uma presunção favorável ao efeito directo das normas sobre Direitos do Homem⁽¹¹⁰⁾. Esta conclusão tem sido defendida pela maioria da doutrina, confirmada pela jurisprudência dos tribunais de certos Estados Membros⁽¹¹¹⁾, baseada nas características das normas da Convenção e, sobretudo, na fórmula clara e precisa pela qual se manifesta o compromisso dos Estados no artigo 1.º: “As Altas Partes Contratantes *reconhecem* a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”⁽¹¹²⁾.

(continuação da nota 109)

normas legislativas na Constituição de 1976, in “O Direito”, n.º 122, 1990, págs. 355 e segs.; A. Gonçalves PEREIRA, *O Direito Internacional na Constituição de 1976*, in Estudos sobre a Constituição, Lisboa, 1977, 1.º vol., págs. 37 e segs.; A Azevedo SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 1988, págs. 80 e segs.; R.M.G. de Moura RAMOS, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — sua posição face ao ordenamento jurídico português*, in Documentação e Direito Comparado, 1981, vol. 5, págs. 111 e segs.

- (110) Sobre o efeito directo, também designado pela doutrina como aplicabilidade directa, da norma internacional de Direitos do Homem, v. Fausto de QUADROS, *Direito das Comunidades Europeias*, Lisboa, Almedina, 1984, págs. 353-355; H. GOLSONG, *L'effect direct des normes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des décisions prises par les organes institués par celle-ci*, in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du Droit Européen, Bruxelas, 1978, págs. 59 e segs.; Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, 1988, págs. 242 e segs.; W.J. Ganshof van der MEERSCH, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public?*, in Les Droits de l'Homme en droit interne et en droit international, Viena, 1965, págs. 190-193.
- (111) V. Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention*, ob. cit., págs. 243-245; H. GOLSONG, *L'effect direct*, ob. cit., págs. 67 e segs..
- (112) O sublinhado é nosso. A expressão “*reconhecem*” substituiu “*comprometem-se a reconhecer*”.

O sistema de recepção do Direito Internacional, embora seja uma questão independente, não deixa de ter reflexos no tradicional e controvertido problema da posição hierárquica das convenções internacionais na ordem jurídica interna. Excluída a possibilidade de uma relevância supraconstitucional, porquanto o sistema de fiscalização da constitucionalidade é igualmente aplicável às normas internacionais de natureza convencional⁽¹¹³⁾, a norma internacional só pode estar numa posição superior ou equivalente à da norma legislativa. O artigo 8.º n.º 2 da Constituição não fornece uma resposta simples e unívoca, mas cremos que existem boas razões que militam no sentido da relevância supralegal das convenções internacionais. De forma resumida: 1) a expressão “enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português” não deve ser interpretada como uma condição de vigência interna da norma internacional — para isso bastaria dizer “e desde que vinculem internacionalmente o Estado Português”. A palavra “enquanto” significa que o Estado Português não pode afastar ou condicionar a vigência da norma internacional, sob pena de incorrer em responsabilidade internacional, durante o período em que a norma vigorar na ordem jurídica internacional; 2) o princípio “pacta sunt servanda” e o princípio da boa fé são os alicerces da força vinculativa do Direito Internacional e pressupõem o seu primado perante a lei interna; 3) esta relevância supralegal fundamenta a disposição constitucional do n.º 2 do artigo 277.º, pois só a natureza pactícia das normas internacionais pode justificar a sua vigência e aplicação mesmo nos casos de inconstitucionalidade orgânica e formal de tratados regularmente ratificados, desde que não haja violação de uma disposição fundamental⁽¹¹⁴⁾.

(113) V. artigos 277.º, 278.º, n.º 1, 280.º, n.º 2, 281.º, n.º 1, alínea a) da Constituição Portuguesa.

(114) No sentido da posição infraconstitucional, mas supralegal das convenções internacionais, v. Afonso QUEIRÓ, *Lições de Direitos Administrativo*, Coimbra, 1976, págs. 330 e segs.; J. MIRANDA, *A Constituição*, ob. cit., pág. 301; idem, *Direito Internacional*, ob. cit., págs. 9 e segs.; J. Mota de CAMPOS, *Direito Comunitário*, 2.ª ed., Lisboa, 1988, vol. II, pág. 316; A. de Azevedo SOARES, *Lições*, ob. cit., págs. 94 e 101; J.C. Moitinho de ALMEIDA, *Direito Comunitário*, Lisboa, 1985, págs. 97 e segs.; R. MEDEIROS, *Relações*, ob. cit., págs. 368 e segs. (apenas em relação aos tratados). Contra, A. Gonçalves PEREIRA, *O Direito*, ob. cit., pág. 40; J. da Silva CUNHA, *Direito Internacional Público*, 4.ª ed., Coimbra, 1987, págs. 94-97; P. OTERO, *A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos*, AAFDL, 1988, págs. 178-180, nota 18; A.M. Barbosa de MELO, *A preferência da lei posterior em conflito com normas convencionais recebidas na ordem interna ao abrigo do n.º 2*

Apesar do seu conteúdo e da sua natureza de instrumento internacional de protecção dos Direitos do Homem, a CEDH não prima sobre a própria Constituição, como o prova a necessidade de formular reservas, mas os seus direitos e o respectivo nível de garantia não podem ser comprimidos ou postergados por via de disposição legislativa⁽¹¹⁵⁾.

A ratificação da Convenção e dos seus Protocolos pelo Estado Português não só possibilitou a participação nos órgãos instituídos pela Convenção, a aplicação e interpretação das suas normas pelos tribunais portugueses, como franqueou às pessoas sujeitas à jurisdição do Estado Português o acesso ao mecanismo da garantia colectiva dos direitos e liberdades previstos. Várias queixas apresentadas por particulares, sobretudo cidadãos portugueses, deram entrada na Comissão contra Portugal⁽¹¹⁶⁾, embora só uma pequena parte chegou ao tribunal e suscitou um acórdão final⁽¹¹⁷⁾. Nas cinco decisões proferidas no caso *Guincho*, de 10 de Julho de 1984, no caso *Baraona*, de 8 de Julho de 1987, no caso *Martins Moreira*, de 26 de Outubro de 1988, no caso *Neves e Silva*, de 27 de Abril de 1989 e no caso *Moreira de Azevedo*, de 23 de Outubro de 1990 existe um elemento comum e que se traduz no facto do Tribunal entender que Portugal, em virtude de uma administração morosa da justiça, violou o artigo 6.º, n.º 1 da Convenção na parte que garante a qualquer pessoa o “direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável”. Em todos os acórdãos referidos, o Tribunal considerou que havia lugar à aplicação do artigo 60.º, decidindo fixar uma indemnização a título de reparação razoável pelos danos morais ou materiais sofridos.

(continuação da nota 114)

do artigo 8.º da *Constituição da República*, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1984, t. 4, págs. 13-27; J. Simões PATRÍCIO, *Conflito da lei interna com fontes internacionais*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, págs. 81 e segs..

(115) Neste sentido, e concretamente a propósito da CEDH, v. R.M.G. de Moura RAMOS, *A Convenção*, ob. cit., pág. 149.

(116) Nota-se um aumento das queixas introduzidas nos últimos anos, o que denota um maior conhecimento e um certo grau de confiança por parte dos particulares relativamente a este mecanismo de garantia dos seus direitos.

(117) O caso *Dores e Silveira contra Portugal* (Petições n.ºs 9345/81 e 9346/81) motivou uma decisão do Comité de Ministros no sentido da ausência de violação do artigo 6.º, n.º 1 da Convenção — v. Resolução DH (85)7.

dos e condenar o Estado Português ao pagamento das despesas do processo suportadas pela vítima⁽¹¹⁸⁾. No caso *Oliveira Neves*, de 25 de Maio de 1989, o Tribunal proferiu uma decisão de arquivamento do processo na sequência de acordo amigável entre a parte queixosa e o Estado Português, estando em apreciação, igualmente, uma alegada violação da exigência “num prazo razoável” do artigo 6.º, n.º 1 da Convenção.

(118) Sobre a jurisprudência do Tribunal e da Comissão relativa à exigência “num prazo razoável”, v. Marc-André EISSEN, *Jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention*, in Documentação e Direito Comparado, 1984, n.º 17, págs. 200 e segs.; E. Garcia de ENTERRIA (e outros), *El sistema*, ob. cit., págs. 96-97; J.E.S. FAWCETT, *The application*, ob. cit., págs. 167-170; Gérard COHEN-JONATHAN, *La Convention*, ob. cit., págs. 419-429; Pinheiro FARINHA, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 1980, págs. 29-37.

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

**HUITIEME CONGRES
DES
NATIONS UNIES
POUR LA PREVENTION DU CRIME
ET
LE TRAITEMENT DES DELINQUANTS**

CONTRIBUTION PORTUGAISE



TABLE DES MATIERES

1. La formation et l'entraînement de la police criminelle et la lutte contre l'insécurité urbaine

M. A. Ferreira Antunes

2. Coopération internationale en matière de prévention du crime et de justice pénale dans le contexte du développement

Teresa Alves Martins

3. Projet de traité pour la prévention des crimes visant le patrimoine culturel meuble des peuples

Álvaro de Almeida e Cunha

4. Administration de la justice et développement de politiques du prononcé des peines

*Maria do Carmo Costa
Maria José de Matos*

5. Le système pénal portugais et les règles de Tokyo

Maria do Carmo Costa

6. Les principes fondamentaux pour le traitement des détenus

Maria José de Matos

7. Prévention et lutte contre le crime organisé

Fátima Viegas

8. Mesures contre le terrorisme international

Otilia Veiga

9. Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes de Riyad)

*Miguel de Almeida Andrade
Felicidade Reis Rodrigues
Henrique de Freitas*

10. Règles des Nations Unies pour le traitement des mineurs privés de liberté

Fátima Henriques

11. Protection des droits de l'Homme des victimes de la criminalité et d'abus de pouvoir

*Cristina Domingues
Luis Nogueira*

12. Traité-type relatif au transfert de la surveillance de délinquants, condamnés ou libérés sous condition

Jorge Simão

**TABLE DES RAPPORTS
FACE AUX DECISIONS
DES NATIONS UNIES CONTENUES DANS LE
DOCUMENT E/1990/31 (10 avril 1990)
- ORIGINAL: ANGLAIS**

- .11/102 — **Prévention de la délinquance en milieu urbain: rapport n.º 1**

- .11/104 — **Coopération internationale en matière de prévention du crime et de justice pénale dans le contexte du développement: rapport n.º 2**

- .11/105 — **La gestion de la justice pénale et l'élaboration de principes en matière de peines: rapport n.º 4**

- .11/108 — **Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo): rapport n.º 5**

- .11/110 — **Prévention et répression du crime organisé: rapport n.º 7**

- .11/111 — **Activités criminelles terroristes: rapport n.º 8**

- .11/113 — **La protection des droits de l'homme des victimes de la criminalité et des victimes d'abus de pouvoir: rapport n.º 11**

- .11/115 — Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus: rapport n.º 6
- .11/117 — Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Les Principes directeurs de Riyad): rapport n.º 9
- .11/118 — Règles minima des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté: rapport n.º 10
- .11/119 — Projet de traité type pour la prévention des infractions visant les biens meubles qui font partie du patrimoine culturel des peuples: rapport n.º 3
- .11/121 — Traité type relatif au transfert de la surveillance des délinquants bénéficiant d'un sursis à l'exécution de la peine ou d'une libération conditionnelle: rapport n.º 12

M. A. FERREIRA ANTUNES

Directeur de l'Institut National de police et Sciences Criminelles

**LA FORMATION
ET L'ENTRAINEMENT DE LA
POLICE CRIMINELLE
ET LA LUTTE
CONTRE L'INSECURITE
URBAINE⁽¹⁾**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/1*

Français
21 août 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

(1) Rapport présenté au Séminaire sur la prévention de l'insécurité urbaine — Adoption de politiques locales coordonnées — Aire de la police — Formation professionnelle et communauté — Mairie de Lisbonne, mai 1988.

I. INTRODUCTION

La réflexion sur le thème proposé dans le cadre des éventuelles politiques de prévention locales coordonnées, présuppose l'analyse d'une vaste et complexe problématique qui ne s'épuise pas dans un moment déterminé car elle est, de par sa nature même, dynamique.

Cependant, l'encadrement méthodologique des idées à développer et des expériences à témoigner suppose, du moins, une énumération introductive de quelques questions préalables concernant:

- 1^{er} L'acceptation du phénomène de l'insécurité;
- 2^{ème} La criminogénese du phénomène de l'insécurité;
- 3^{ème} La lutte contre l'insécurité.

La question relative à la compréhension et à l'acceptation du phénomène de l'insécurité urbaine implique, à son tour, la résolution de quelques autres sous-questions comme celles relatives:

- aux aspects sémiologiques et de définition;
- à la dimension sociale de l'insécurité;
- à l'analyse des statistiques judiciaires d'une période suffisamment élargie et spécifiquement centrée sur la violence contre les personnes et les biens;
- à la vulnérabilité sociale face au phénomène déviant selon la perspective des processus psychologique, sociologique et criminologique.

Deuxièmement, la criminogénèse du phénomène de l'insécurité entraîne le besoin d'analyser les aspects relatifs:

- aux agglomérations urbaines et leurs facteurs d'insécurité;
- au dénie de la loi et au laxisme judiciaire;
- à la psychologie et aux sources de la peur ayant des reflets sur la crainte de la victimisation et le rôle des média;
- aux facteurs d'insécurité éventuellement causés par la criminalité grave et par le vandalisme.

Troisièmement, ce sont les aspects de la lutte contre l'insécurité ceux qui présentent, peut-être, un degré majeur de difficulté, compte tenu des multiples plans engagés. Le seul d'énumérer quelques-uns de ces aspects est de soi-même révélateur, comme par exemple:

- la prévention individuelle au niveau des aspects de l'auto-protection, de l'autodéfense et des polices parallèles;
- la sensibilisation des autorités politiques, publiques et hiérarchiques et la sensibilisation de la communauté en ce qui concerne la réaction sociale;
- l'administration de la justice comme facteur réducteur de l'insécurité.

Ainsi, c'est dans la perspective de la lutte contre l'insécurité urbaine et ayant présent tous les paramètres susmentionnés, qu'on fera un aperçu des actions de l'Institut National de police et Sciences Criminelles dans le domaine de la formation et de l'entraînement des professionnels de la police criminelle.

Cependant, il conviendra d'abord référer, quoique d'une façon générale, quelques interprétations de la réalité qui sont à l'origine des orientations pédagogiques dans le domaine de la formation professionnelle de la police, dont la consolidation est visée.

Il se justifie ainsi une référence à la récente évolution et de la criminalité, fondée sur la rigueur possible face aux données statistiques disponibles.

II. L'EVOLUTION RECENTE DE LA VIOLENCE ET DE LA CRIMINALITE ET LA FORMATION

La perception de la criminalité se heurte, comme nous le savons, à des déviances provoquées par tout un ensemble de faits et d'infractions non découverts ou non dénoncés à la police et qui intègrent ce qu'on appelle de chiffres noirs. Dans ces conditions, toute analyse doit forcément partir de la criminalité apparente, en tant qu'ensemble d'actes socialement reprochables relatés par les forces et les services de sécurité.

Avec ces limitations, l'évolution de la criminalité globale révèle une croissance modérée. Il serait toutefois intéressant de pouvoir établir les grandes tendances par catégories en vue d'une vision plus précise de l'insécurité urbaine. Or, pour comprendre l'insécurité urbaine il faudra considérer la violence envers les biens, la communauté ou les personnes. C'est dans ce cadre qu'il serait utile de déterminer quelles sont les principales catégories en termes de grande, moyenne et petite criminalité. Certes, tout critère de distinction se fonde sur l'importance anti-sociale des différentes infractions, en raison de la manière dont elle est envisagée par la police et l'opinion publique, déterminant le caractère plus ou moins arbitraire de la classification, quoiqu'elle en soit.

En dépit de toutes ces difficultés, il s'avère toutefois possible d'établir trois groupes, comme hypothèse de travail, à savoir:

1^{er} Grande criminalité:

- vol avec violence ("hold-up", vol à main armée, vol avec violence sans utilisation d'armes à feu).

2^{ème} Moyenne criminalité:

- vol de résidences et similaires.

3^{ème} Petite criminalité:

- vol de et en des véhicules; vol sans violence; chèques sans provisions.

Les données disponibles ne permettent pas d'établir rigoureusement les tendances des différentes catégories de la criminalité en raison de leur

degré de gravité, étant donné que la statistique criminelle selon la perspective de la fonction de la police judiciaire ou criminelle n'est pas encore organisée. Il est cependant possible de dégager que la grande criminalité représente une proportion plus faible par rapport à l'ensemble de la criminalité, bien qu'en des termes absolus elle ait un développement justifiant de l'attention. Quoiqu'il ne soit pas possible d'établir techniquement le type et les caractéristiques des victimes et les lieux dominants de la pratique des crimes, on a la notion que leurs auteurs en sont dans la majorité des jeunes. De toute façon, l'évolution qu'on aperçoit semble être la responsable de la diffusion de la sensation d'insécurité.

La moyenne criminalité, d'après la notion proposée, représente une proportion significative de l'ensemble de la criminalité et révèle une tendance pour augmenter. De ce fait que la communauté lui soit particulièrement sensible, puisqu'elle l'a touché le plus fréquemment de tout près.

De sa part, il semble que l'augmentation de la petite criminalité est fondamentalement due aux chèques sans provision.

Pour la définition et la compréhension de la problématique de l'insécurité urbaine à cet égard, il serait extrêmement utile pouvoir établir les rythmes de croissance des différentes catégories par rapport à la criminalité globale. Comme il serait également intéressant de clarifier ce qui est à l'origine de ces évolutions et rythmes de croissance.

Cependant, à notre connaissance, aucune étude n'existe ayant établi les causes de l'évolution de la criminalité. Il s'avère toutefois possible de remarquer quelques corrélations. En effet, certaines analyses de la situation démontrent la participation d'individus de plus en plus jeunes à l'activité criminelle, quoiqu'on ne puisse pas établir la proportion relative des différents groupes d'âge à partir des 13 ans.

La simple observation des statistiques disponibles nous montre que la criminalité en reste toujours un phénomène urbain. A cet sujet, il serait essentiel d'établir la relation entre l'ensemble de la population qui vie en des agglomérations urbaines de plus de 10.000 habitants et le rythme de croissance y vérifié par rapport au reste de la population et entre les différentes agglomérations urbaines.

Des sondages menés à bout par l'Institut National de police et Sciences Criminelles dans le domaine du travail pédagogique des élèves, révèlent quelques causes apparentes de la criminalité manifestées par l'opinion des personnes interrogées. Le relief social étant attribué à l'argent, à l'alcoolisme, aux conditions de la vie moderne.

La référence aux conditions de la vie moderne semble traduire une nouvelle prise de conscience. En effet, les conditions de la vie moderne apportent des facteurs criminogènes assez connus. Il suffira de les énoncer:

- la multiplication des agences bancaires facilite les “hold-up”;
- les fins-de-semaine et les vacances hors de la ville favorisent les vols des résidences; de même que les résidences secondaires font l’objet de vols pendant la semaine et pendant toute l’année;
- l’accroissement du nombre de voitures automobiles entraîne l’augmentation de vols de et en des véhicules;
- le développement de grands espaces commerciaux favorise le vol;
- l’incitation à l’utilisation de chèques donne lieu à tout type d’infractions liées à ce moyen de paiement.

La réaction de la population urbaine à cette évolution c’est donc une simple conséquence manifestée par un sentiment d’insécurité, lequel semble s’aggraver sensiblement depuis quelques années.

Sans études, sondages d’opinion ou enquêtes ponctuelles il n’est pas possible d’établir des informations concordantes, surtout lorsqu’il s’agit d’analyser un sentiment. Pour que l’analyse soit susceptible de surmonter cette difficulté, il faudra essayer:

- d’identifier la crainte ou peur;
- d’expliquer l’angoisse ou l’inquiétude;
- de définir les réactions à la peur.

Il est vrai que dans les conditions actuelles, où il manque les instruments d’étude, il s’avère difficile de clarifier le sentiment d’insécurité. Il semble toutefois certain que dans les grandes agglomérations urbaines on assiste à une augmentation sensible et rapide d’une certaine inquiétude ou angoisse à cet égard.

Les phénomènes qui s’entrecroisent ici ne permettront pas à la communauté de saisir clairement une façon spécifique des risques qu’elle encourt. Au fait, la communauté et les individus seront-ils capables de dissocier leur aversion à l’égard des crimes spectaculaires ou la succession de crimes de la peur que ces crimes soient commis contre eux ou contre leurs familles et leurs amis?

Ce qui semble certain, c'est la persistance du phénomène. Cependant, comment expliquer un tel pessimisme face à l'évolution de la criminalité objective?

Cette question suscite quelques réponses comme base de travail. Parmi d'autres, on peut mentionner les suivantes:

- 1^{er} Les éléments d'information sur la criminalité découlant des statistiques sont déficitairement connus, exploités de même que tardivement divulgués. Cet état de choses modifie l'impression selon laquelle celles-là peuvent refléter la réalité, surtout lorsque simultanément il y a lieu à des crimes spectaculaires renforçant le sentiment d'inquiétude et d'angoisse.
- 2^{ème} Une certaine méfiance envers les institutions renforce l'insécurité subjective. Le manque de confiance des citoyens à l'égard des forces et services chargés de leur sécurité, se traduit par la non communication à ces forces et services de faits criminels dont ils aient été les victimes. D'y résultant un renforcement des chiffres noirs qui dans quelques pays on estime à plus d'un quart du total de la criminalité réelle.
- 3^{ème} Cette abstention volontaire trouve sa motivation dans le sens d'inutilité de la plainte ou de la participation lesquelles n'entraîneront que des diligences, du temps perdu, des risques de représailles, du mauvais accueil par des services surchargés et si, dans la meilleure des hypothèses, les auteurs des crimes sont découverts et rendus à la justice, qu'ils bénéficieront d'une indulgence excessive de la part des magistrats.
- 4^{ème} Les comportements violents qui assument des formes non pénales.
- 5^{ème} Les écarts entre l'insécurité éprouvée et la criminalité objective résulte de l'hierarchie propre des infractions.
- 6^{ème} La diversité des appréciations individuelles, conforme à son intégration dans certaines couches sociales, relève dans l'analyse du sentiment d'insécurité.

Savoir quel est le type de réactions engendrées par la peur passera par le degré de profondeur avec laquelle elle est ressentie. D'une façon empirique, il semble que si la peur tend à se généraliser il n'est pas certain qu'elle soit trop profonde. En effet, il n'y a pas d'indices significatifs que l'on fait recours à des mesures défensives d'une façon généralisée.

Cependant, c'est justement dans ce cadre qu'il faut insérer le processus de sensibilisation de l'opinion publique relativement à l'utilité d'une certaine autoprotection préventive, mais avec la garantie et le souci de ne pas contribuer par cette voie à renforcer le sentiment d'insécurité.

De cette façon-ci on arrive au besoin de définir les conditions pour l'atténuation du sentiment d'insécurité. Il s'agit au fait de savoir quels sont les dispositifs qui permettent le plus de réduire le sentiment d'insécurité. De tels moyens et mesures sont encadrés en trois domaines fondamentaux:

- moyens de dissuasion;
- moyens de protection;
- action d'information.

La perspective qu'on vient de donner sur la récente évolution de la violence et de la criminalité, sur le sentiment d'insécurité d'y découlant et sur les conditions pour l'atténuation de ce sentiment en sont des paramètres fondamentaux à la conception et à l'élaboration du modèle de formation de la police criminelle qui est assurée par l'École de Police Judiciaire.

Mais, si ceux-là sont des paramètres fondamentaux dans la perspective de la lutte contre l'insécurité urbaine, il y en a d'autres également importants. Parmi ceux-ci, ressort l'analyse prospective de l'évolution de la police criminelle et du système pénal, la caractérisation fonctionnelle de la police et de ses pouvoirs et ses rapports avec la communauté.

III. AUTRES PARAMETRES DE LA FORMATION

Pour une perspective de l'évolution de la police criminelle et du système pénal il faudrait considérer que celui-ci est la consécration fonctionnelle de la première et, à la limite, il faudrait définir si les buts adoptés exigent une ou plusieurs instances pénales et si la carrière judiciaire doit demeurer telle qu'elle est, au centre du système, ou si certaines fonctions judiciaires préliminaires doivent être accomplies par une police judiciaire.

Il ne s'agit pas de résoudre ici un tel problème mais seulement de souligner la relation de la politique criminelle et du système pénal avec la conception de la formation de la police criminelle et des respectives pré-conditions exigibles des professionnels d'aujourd'hui et de l'avenir.

Les rapports de la Police avec la Communauté, dans le domaine de la formation professionnelle, présupposent l'adoption d'un concept de définition. La confusion qui règne parfois à ce sujet, passe par la notion selon laquelle il s'agit de paraître bien sans forcément l'être ou être bien, soulignant l'idée selon laquelle la relation police-communauté n'est qu'une relation publique, c'est-à-dire, une activité orientée vers la création et le maintien d'impressions favorables d'un produit ou d'une institution.

Une conception possible de la relation police-communauté est celle d'après laquelle on est face à des attitudes réciproques de la police et des citoyens. Ainsi, il reste assumé l'ensemble d'activités qui renforcent l'idée selon laquelle la police est une partie importante de la communauté qui sert et qui n'est pas séparée d'elle.

Dans ces termes et ainsi configurées ces relations, le concept d'y résultant devient le principe orientateur total de l'ensemble de l'organisation policière. Reste ainsi écartée l'idée qu'il s'agit d'un sujet de la responsabilité d'un secteur spécifique de la police.

Cette façon d'entendre les choses signifie que le concept de la relation police-communauté entraîne des attitudes à l'égard de toutes les phases de l'activité policière. C'est ainsi que la police envisage son travail en traitant avec les citoyens et que ceux-ci envisagent l'agent de police, c'est-à-dire, ce qu'il fait et comment il le fait.

La conception qu'on vient d'exposer au sujet de la relation de la police avec la communauté a un caractère clairement préventif. Leur travail conjoint dans la communauté permet d'anticiper et de prévoir des problèmes de même que les résoudre avant l'éclosion des crises.

On peut cependant envisager plus spécifiquement la relation de la police avec la communauté au-delà des aspects déjà vus concernant les rapports avec le public. En vérité, ces rapports sont établis triangulairement, c'est-à-dire, des rapports avec le public, le service communautaire et la participation de la communauté.

Or, c'est justement le fait de former et d'entraîner les professionnels de police à cette réalité qui constitue l'une des exigences essentielles en plus des fonctions traditionnelles de la police, à savoir:

- 1^{er} Lutte contre la criminalité:
— investigation, action pénale, répression;
- 2^{ème} Action purement administrative;
- 3^{ème} Information;
- 4^{ème} Maintien de l'ordre publique;
- 5^{ème} Premiers secours.

La fonction policière face aux nouvelles formes de criminalité doit susciter l'adaptation de la police en termes d'organisation de la réponse et dans l'optique de la formation professionnelle spéciale.

Le cadre qu'on vient à peine d'esquisser constitue l'ensemble des paramètres qui conditionnent la réponse formative pour la lutte contre l'insécurité urbaine.

Cependant, une autre question fondamentale doit encore être énoncée: celle du pouvoir de la police et de sa fiscalisation.

Les sociétés démocratiques modernes postulent l'existence d'ordre, de sécurité et, évidemment, de liberté. Il est ainsi essentiel d'établir un équilibre adéquat entre les pouvoirs indispensables à l'accomplissement de la mission policière et le droit des citoyens d'être protégés contre d'éventuels abus commis dans l'exercice de ces pouvoirs. C'est là que la question de l'usage discrétionnaire du pouvoir de la police se pose. Il s'agit en fait de la prise de toute décision n'étant pas strictement soumise aux règles légales et impliquant un jugement personnel en tant qu'élément significatif.

La compréhension de sa justification, de sa portée, de ses conséquences et des modalités de fiscalisation de pair avec la constatation que les services de police, ayant un grand niveau de formation et d'entraînement, font moindre usage discrétionnaire du pouvoir de police que les services qui ne sont pas professionnalisés ou le sont peu, sont aussi des éléments importants de la formation.

IV. CONCLUSION

Face à toutes les exigences découlant des situations qu'on vient d'exposer, la formation initiale et continue donnée à l'Institut National de

police et Sciences Criminelles est conçue d'une façon composite. Ainsi, elle part de la réalité humaine en concret, en fournissant les connaissances, les techniques, les conduites et la capacité d'analyse permettant la formation d'agents de police criminelle efficaces, conscients, autonomes et déontologiquement surs d'eux-mêmes. Il en résulte que les Méthodologies d'Investigation Criminelle forment le noyau du programme d'études qui reçoit les apports de plusieurs domaines et disciplines qui les informent, encadrent et enrichissent.

Ainsi, le flux information-formation s'oriente vers la perspective interdisciplinaire et pluridisciplinaire, en plein dialogue pédagogique, lequel accorde tout le soutien à la perspective professionnelle des investigateurs criminels.

La conception du modèle et du programme de formation représente la réponse aux trois caractéristiques de la formation et de l'entraînement d'un cadre responsable et autonome:

- savoir;
- savoir faire;
- savoir être.

Pour donner réponse aux objectifs de la formation le corps enseignant développe des procédures pédagogiques qui changent en raison des disciplines ou des domaines de formation suivants:

- Formation juridique;
- Formation pratique professionnelle;
- Formation en sciences humaines;
- Formation en éducation physique et défense personnelle;
- Formation pratique spéciale.

De cette façon-ci le processus formatif répond à un double objectif:

- 1^{er} Former des techniciens de police criminelle capables de donner réponse aux différentes demandes administratives, judiciaires et sociales;
- 2^{ème} Proportionner la réflexion. En effet, la prise de décisions dans le cadre de plusieurs situations interactives est l'essence de la fonc-

tion policière déterminant qu'il soit proportionné au futur agent d'investigation criminelle des méthodes de réflexion personnelle dépourvues de références stéréotypées.

Le cerne de la question est donc celui des conditions d'efficacité de la police criminelle.

L'utilisation inadéquate des moyens humains ou des équipements se traduit par des déviations de productivité et, par conséquent, d'efficacité. On comprendra donc que la formation insuffisante limite la capacité d'initiative et le dynamisme et que le manque de technicité mène à un gaspillage de ressources humaines. Bref, il reste l'idée que les gains de productivité proportionnés par la formation et par la technique libèrent capacité opérationnelle.

Les caractéristiques d'autorité de l'agent de police criminelle déterminent qu'il soit, en même temps, un professionnel et un généraliste: la professionnalisation ne sert à rien s'il n'existe pas de capacité pour évaluer une situation quelconque; la polyvalence exigée ne vaut rien que lorsqu'elle repose sur une solide formation.

Les problèmes et les réponses postulés par la violence et par la criminalité passent par cette idée de la formation professionnelle, en tant que représentante d'une présupposition générale des conditions pour atténuer le sentiment d'insécurité urbaine.

TERESA ALVES MARTINS

Bureau de Documentation et Droit Comparé

**COOPERATION INTERNATIONALE
EN MATIERE
DE PREVENTION DU CRIME
ET DE JUSTICE PENALE
DANS
LE CONTEXTE DU DEVELOPPEMENT**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/2*

Français
21 aout 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

INTRODUCTION

La coopération internationale en matière de prévention du crime et de justice pénale dans le contexte du développement fait l'objet d'un document à soumettre au VIII Congrès des Nations Unies, dans le cadre du premier sujet du Congrès.

On a suivi, dans le présent rapport, la systématique dudit document; on a essayé d'aborder quelques unes des questions y soulevées, dans le souci de dresser un cadre très générique du système juridique portugais dans le domaine concerné.⁽¹⁾

1. Le respect des traités internationaux existants et l'adhésion aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et dans d'autres instruments internationaux relevant.

1. Ce respect et cette adhésion sont inscrits au texte de la Constitution de la République Portugaise.

D'un côté, le Portugal obéit, dans ses relations internationales, entre autres, aux principes du respect des droits de l'Homme et de la coopération avec tous les autres peuples pour l'émancipation et le progrès de l'Hummanité (par. 1 de l'article 7).

(1) Le document de référence contient encore des aspects dont l'appréciation, bien que de grand intérêt, a déjà fait l'objet d'autres rapports, quoiqu'envisagés sous un autre angle. On pense, par exemple aux aspects de la formation spécialisée des fonctionnaires liés à l'investigation criminelle. Un premier aperçu nous est donné à ce sujet dans le rapport sur *La prévention du crime urbain*.

Tel que l'écrivent VITAL MOREIRA et GOMES CANOTILHO: "Le par. 1 contient, dans sa majorité, des principes généraux de droit international communs auxquels, même dans le silence de la Constitution, auraient lié l'État portugais. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une formule superflue, dans la mesure où elle renforce ces mêmes principes avec un pouvoir hiérarchiquement supérieur".⁽²⁾

En ce qui concerne, d'un autre côté, l'incorporation du droit international dans l'ordre juridique interne, la matière fait l'objet d'une prévision détaillée dans l'article 8 du texte fondamental en cause.

- “1. Les règles et les principes de droit international général ou commun font partie intégrante du droit portugais.
2. Les règles qui découlent de conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées produisent leurs effets sur le plan intérieur après leur publication officielle pour autant qu'elles lient internationalement l'État portugais.
3. Les normes approuvées par les organes compétents des organisations internationales dont le Portugal est membre s'appliquent directement dans l'ordre juridique interne, pourvu que cette condition ait été expressément prévue par les respectifs traités constitutifs.”

La Constitution portugaise consacre, ainsi, un régime de “réception automatique”, à l'égard des règles et des principes de droit pénal international général — prévus dans le par. 1 et de “réception automatique conditionnée” en ce qui concerne le droit conventionnel — prévu dans le par. 2.

Dans le premier cas, ces règles et principes sont donc une partie intégrante du droit portugais, ayant le contenu et la portée qu'elles possèdent sur le plan juridique international⁽³⁾.

Ce régime est aussi présent, en ce qui concerne l'application de la législation pénale, dans la mesure où, d'après l'article 29 de la Constitution, on prévoit la punition d'une action ou d'une omission, pratiquée en violation du droit des gens (v.g. crimes de guerre, crimes contre l'humanité),

(2) Constituição da República Portuguesa, Anotada, 2^{ème} édition, 1984, p. 88.

(3) *Ibidem*, pág. 91.

entraînant une responsabilité pénale directe, c'est-à-dire, une responsabilité pénale face au droit international.

En effet, d'après le par. 2 dudit article:

“Les dispositions du paragraphe précédent (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) n'empêchent pas de réprimer, dans les limites de la législation interne, une action ou une omission qui, au moment où elle est commise, serait considérée comme criminelle selon les principes généraux de droit international communément admis”.

Outre ce qui vient d'être dit, gardant à l'esprit que “Le systèmes juridiques, y compris les systèmes de justice pénale, devraient contribuer à promouvoir un développement bénéfique et équitable, compte dument tenu des considérations relatives aux droits de l'homme et à la justice sociale...”⁽⁴⁾, il s'avère de mettre en relief la position assumée par le Portugal à l'égard d'instruments internationaux relevant portant sur les droits de l'Homme.

Il s'agit, par exemple, du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, dont il faut souligner ici les dispositions des articles 9 et 14.

Une autre convention de l'ONU, la Convention contre la Torture et Autres Peines ou Traitements Cruels, Inhumains ou Dégradants, a été ratifiée par le Portugal.

La protection contre la torture fait aussi l'objet de deux conventions du Conseil de l'Europe, dont le Portugal est partie, à savoir, la Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Convention Européenne pour la Prévention de la Torture et des Peines ou Traitements Inhumains ou Dégradants.

En plus, le Portugal a accepté la compétence de la Commission européenne en ce qui concerne les requêtes prévues dans l'article 25 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ce qui constitue une garantie de protection contre la violation des droits reconnus dans la convention.

Le Portugal a aussi ratifié le Protocole Facultatif au Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, qui établit un mécanisme semblable à celui de l'article 25 de la Convention Européenne.

(4) Principes Directeurs relatifs à la prévention du crime et à la justice pénale dans le contexte du développement et d'un nouvel ordre économique international — C.24.

2. L'adhésion aux principes contenus dans les instruments internationaux relevant est aussi présente, par exemple, dans le suivi donné, sur le plan intérieur, aux textes adoptés dans le cadre de l'activité déployée par les Congrès des Nations Unies pour la Prévention du Crime et le Traitement des Délinquants.

Ainsi, les Règles Minima des Nations Unies pour le Traitement des Détenus ont été à la base de plusieurs dispositions de notre loi pénitentiaire — le Décret-loi n.º 265/79, du 1^{er} aout; les recommandations du Code de Conduite pour les responsables de l'application des lois ont été presque toutes retenues par les dispositions de la loi organique de 1982, de la Police Judiciaire; l'Ensemble des Principes pour la Protection de Toutes les Personnes Soumises à des Formes de Détention ou d'Emprisonnement a été traduit en portugais, ce qui permettra d'assurer une plus large diffusion, notamment parmi les magistrats et les services et organismes liés à l'administration de la justice.

Sur un autre plan, des travaux d'adaptation du droit interne ont été entrepris, en vue de donner suite aux obligations conventionnelles assumées par le Portugal, en raison de l'adoption de certaines conventions internationales.

C'est par exemple le cas, lors de l'élaboration d'un nouveau Code pénal (approuvé en 1982), des dispositions concernant l'incrimination de certaines conduites ayant trait à l'atteinte contre la sécurité des communications (article 277), de la circulation routière (article 279) ou bien concernant la discrimination raciale (article 189).

La révision du Code pénal est d'ailleurs en cours, ce qui permettra certainement d'évaluer la nécessité de mieux adapter certaines autres dispositions du Code pénal aux dispositions de conventions internationales auxquelles le Portugal sera lié en raison de leur adoption.

Outre les dispositions du Code pénal, la législation en matière de stupéfiants et de substances psychotropes a été promulguée et publiée en 1983 et en 1984.

On peut lire dans le préambule du premier de ces textes — le Décret-loi n.º 430/83, du 13 décembre, le suivant:

"1. Portugal a ratifié, en décembre 1971, la Convention Unique sur les Stupéfiants de 1961 (...) et en avril 1979, adhéré à la Convention sur les Substances Psychotropes, de 1971. Cependant, jusqu'à ce jour, notre pays n'a pas encore promu l'adéquation systématique de

son droit interne et de quelques-unes de ses structures organisatives en vue de s'intégrer de façon harmonieuse et efficace dans la lutte que la communauté internationale entreprend contre ce qui s'avère un des fléaux de nos jours, le trafic et la consommation de stupéfiants et de substances psychotropes.

C'est cette lacune qu'on essaie de combler par le présent texte.

A cet effet, est incombé spécifiquement un organisme — le Bureau de Planification et de Coordination de la lutte contre la Drogue — de mettre en oeuvre l'exécution des obligations découlant desdites Conventions; est renforcé le contrôle du trafic illicite des stupéfiants et, en particulier, des substances psychotropes; est faite la révision des sanctions pour le trafic illicite, en même temps que des instruments procéduraux sont créés visant une investigation plus approfondie; enfin, sont recherchées des solutions au traitement des toxicomanes, lesquelles reposent essentiellement sur la préservation ou récupération de la santé, maintes fois gravement atteinte; est rassemblée l'activité des institutions dont le pays profite déjà, en mettant l'accent sur la contribution que le Centre d'Etudes de la Prophylaxie de la Drogue apportera, par l'intermédiaire de ses centres régionaux, et sur l'Institut de Réinsertion Sociale, récemment créé, n'oubliant pourtant pas d'autres institutions publiques, privées ou bénévoles.

Aboutissent, de ce fait, les travaux entrepris depuis plusieurs années, avec la collaboration de techniciens des Nations Unies qui, à cet effet, se sont déplacés au Portugal, en suivant de près quelques expériences étrangères, notamment l'italienne, la française, et la suisse, ainsi que les recommandations des organisations internationales concernées."

2. Crimes contre l'écologie

1. La protection de l'environnement et de la qualité de la vie siège dans la Constitution.

D'après l'article 66:

- “1. Chacun a droit à un environnement humain, sain et écologiquement équilibré, en même temps qu'il a le devoir de le défendre.
2. Il incombe à l'État, par l'intermédiaire d'organes, spécialisés et en faisant appel et en appuyant les initiatives populaires:
 - a) De prévenir et de combattre la pollution et ses effets et les formes nocives d'érosion;
 - b) D'aménager et de promouvoir l'aménagement du territoire en vue d'une localisation correcte des activités, d'un développement socio-économique équilibré et de paysages biologiquement équilibrés;
 - c) De créer et de développer les réserves et les parcs naturels et de loisirs, et de classer et de protéger les paysages et sites de façon à assurer la conservation de la nature et la sauvegarde des valeurs culturelles d'intérêt historique ou artistique;
 - d) De promouvoir l'exploitation rationnelle des ressources naturelles en sauvegardant leur capacité de renouvellement et la stabilité écologique.”

Dans une communication récente portant sur les délits contre l'écologie (1989), le Procureur-Général de la République Adjoint, LOPES ROCHA a dit que c'est dans les articles 66 et 91 “qui réside la légitimité du législateur ordinaire pour intervenir, au moyen du droit pénal, en vue de protéger le droit à l'environnement, en tant que vrai bien juridique, contre des agressions illégitimes”.

2. Em 1987 la loi n.º 11/87, du 7 avril — loi de bases de l'environnement, dédie un chapitre (VIII) aux “pénalisations” en matière de violations de la législation sur l'environnement. On y prévoit des crimes et des infractions administratives (infractions aux règlements d'ordre).

En se rapportant aux crimes — et bien que les textes légaux ultérieurs concernent surtout le domaine des infractions administratives punies d'amendes administratives—, l'article 46 établit que “au delà des crimes prévus et punis dans le Code pénal seront encore considérées comme crimes les infractions ainsi qualifiées d'après la législation complémentaire, conformément aux dispositions de la présente loi”.

Dans le contexte spécifique de la prévention, on doit faire référence, en particulier, aux dispositions de la Loi de Bases définissant les organismes, et leurs rôles respectifs, responsables de la conduite d'une politique globale dans les domaines de l'environnement, de la qualité de la vie et de l'aménagement du territoire, ainsi que des dispositions créant l'Institut National de l'Environnement et énonçant ses attributions.

3. L'Institut est un organisme à caractère non-exécutif, destiné à promouvoir des actions dans le domaine de la qualité de l'environnement, en particulier, la formation et l'information des citoyens et l'appui (technique et financier) aux associations de défense de l'environnement, en intégrant la représentation de l'opinion publique dans ses organes décisionnaires.

4. A son tour, les associations de défense de l'environnement font l'objet de la loi n.º 10/87, du 4 avril, portant sur leur définition et leur statut. D'après l'article 7 de ce dernier texte, ces associations ont légitimité pour, entre autres:

- a) Entamer des actions nécessaires à la prévention ou à la cessation d'actes ou d'omissions des entités publiques ou privées consistant à des facteurs de dégradation de l'environnement;
- b) Former un recours contentieux contre les actes administratifs pratiqués en violation de l'article 66 de la Constitution, en ce qui concerne l'environnement et la qualité de vie;
- c) Intervenir, compte tenu de sa dimension (nationale ou régionale), en tant qu'accusateur privé dans les procédures pénales concernant l'environnement et l'équilibre écologique prévus dans la Loi de Bases de l'Environnement et dans d'autre législation complémentaire."

5. La prévention s'achève aussi au moyen d'actions de sensibilisation et de formation des jeunes vers la prévention de l'environnement et du patrimoine naturel et bâti; il incombe au Ministère de l'Education le devoir d'orienter les programmes et les plans d'études dans le sens indiqué (article 10).

Outre ces actions sont aussi prévues (article 11) des actions de divulgation auprès de la population et, en particulier, des enfants en âge pré-scolaire.

6. Aux associations de défense de l'environnement est reconnu le droit d'antenne (article 12).

3. Échange d'informations sur la législation nationale

1. L'échange d'informations sur l'expérience législative et d'autres mesures relevantes prises au niveau interne de chaque pays s'avère de la plus grande importance, notamment aux fins de l'harmonisation de législations nationales et du renforcement de la coopération internationale.

2. Dans le cadre de la coopération régionale poursuivie au sein du Conseil de l'Europe, le Portugal est membre de la Convention Européenne dans le Domaine de l'Information sur le Droit Étranger, ainsi que du Protocole Additionnel respectif.

La Convention en cause, qui établit un mécanisme d'entraide internationale au moyen de l'échange d'informations sur le droit des parties, est complétée par le Protocole Additionnel, lequel étend le domaine d'application de la Convention, dans certaines conditions, aux renseignements sur le droit matériel et de procédure, l'organisation judiciaire dans le domaine pénal, y compris le Ministère Public, et le droit relatif à l'exécution des mesures pénales.

Outre ces dispositions, la Convention prévoit aussi l'extension de l'échange d'informations sur la base d'un commun accord des parties visées.

Dans le cadre de l'implémentation de cette convention dans les relations bilatérales entre les parties, le Portugal a proposé le recours à des modalités de communication plus simplifiées, soit en ce qui concerne la langue utilisée (en dérogation au mécanisme prévu par la Convention), soit en ce qui concerne les modes de transmission (telefax, telex ou même le téléphone).

3. Le Portugal est aussi partie à la Convention de Brasilia, de 1972, élaborée au sein de la Conférence des Ministres de la Justice des pays hispano-lusitain-américains et les Philipinnes — la Convention sur l'Information en Matière Juridique concernant le Droit en vigueur et son Application.

4. Dans le cadre de la coopération réalisée avec les Pays Africains de Langue Officielle Portugaise, l'échange de documentation juridique est promu au niveau institutionnel. En plus, la production de renseignements en matière juridique a été aussi prévue dans le cadre des rapports juridiques bilatéraux, comme c'est le cas de l'Accord Juridique entre le Portugal et la Guinée-Bissau (1989), qui n'est pourtant pas encore entré en vigueur sur le plan international.

5. Dans le cadre de l'activité déployée par les Nations Unies, outre l'activité des correspondants nationaux, il faut souligner que le Portugal vient d'accéder au réseau de courrier électronique, portant sur l'échange d'informations en matière de prévention du crime et de justice pénale, mis en place sous les auspices des Nations Unies.

Ce réseau s'avère de façon à renforcer les liens déjà existants entre les Nations Unies et les correspondants nationaux, aussi bien qu'à contribuer au développement de liens plus étroits entre les correspondants nationaux des divers pays; ce qui permettra, sans doute, de donner des pas significatifs vers une connaissance accrue des différents systèmes pénaux et des diverses solutions juridiques.

4. Mesures contre la corruption

1. La genèse d'une loi portant sur la création d'une Haute Autorité contre la corruption, au Portugal, se trouve dans des initiatives qui remontent au début des années 80.

En effet, des projets de loi ont été présentés devant l'Assemblée de la République, concernant le "combat à l'imoralité administrative, à la fraude et à la corruption".

A son tour, le Gouvernement avait prévu, au moyen de la résolution 78/79, du 20 mars, la création, auprès du Premier Ministre, d'un service de consultation spécialisée (*assessoria*) en matière de combat à la fraude et à la corruption dans les secteurs public, administratif et des entreprises.

La création de la Haute Autorité a enfin eu lieu au moyen du Décret-loi n.º 369/83, du 6 octobre; la Haute Autorité fonctionnerait auprès de la Présidence du Conseil des Ministres.

Ultérieurement, en 1986, la loi n.º 45/86, du 1^{er} octobre, a introduit des modifications importantes dans le statut de cet organe; par conséquent, la Haute Autorité a été placée auprès de l'Assemblée de la République (article 1).

Il lui incombe de promouvoir des actions de prévention et d'avérogation et de participer à l'entité compétente pour l'exercice de l'action pénale ou de l'action disciplinaire en ce qui concerne les actes de corruption et les fraudes commises dans l'exercice de fonctions administratives, notamment dans le cadre de l'activité déployée par les services de l'Administration Publique centrale, régionale et locale, des Forces Armées, des instituts publics, ayant participation de l'Etat ou concessionnaires des services publics, de l'exploitation de biens du domaine public, y compris les actes commis par les titulaires des organes de souveraineté (cité article 1).

La Haute Autorité est un organe singulier, élu par l'Assemblée de la République, parmi les citoyens de renom, probes et indépendants, jouissant pleinement de leurs droits civils e politiques (article 2).

2. La lutte contre la corruption trouve un point de départ au niveau fondamental dans l'article 81 de la Constitution de la République, selon lequel, parmi les tâches prioritaires de l'État est celle (al. e) "d'éliminer et d'empêcher la formation de monopoles privés, ainsi que *de réprimer les abus du pouvoir économique et toutes les pratiques susceptibles de porter préjudice à l'intérêt général.*"

3. Au niveau de la législation pénale, on peut mentionner les dispositions du Code pénal concernant les crimes commis dans l'exercice de fonctions publiques, dont par exemple la corruption passive par un acte illicite (article 420), la corruption passive dans une affaire criminelle (article 421),

la corruption passive pour un acte licite (article 422), la corruption active (article 423), le pécumat (article 424), le pécumat d'usage (article 425), le pécumat par l'erreur d'autrui (article 426), la participation économique dans un négoce (article 427) ou l'abus de pouvoirs (article 432).

D'autres dispositions du Code pénal concernent des crimes contre le secteur public ou coopératif aggravés par la qualité de l'auteur.

4. Des infractions aggravées par la qualité de l'auteur ont été aussi prévues, ultérieurement, par la loi 34/87, du 16 juillet, portant sur les crimes de responsabilité des titulaires des charges politiques. Des règles spéciales de la procédure sont prévues aussi dans ce texte légal.

5. Dans la législation complémentaire il faut encore mentionner le Décret-loi n.º 370/83, du 6 octobre, visant à concrétiser le principe de l'impartialité de l'activité de l'Administration Publique; et le Décret-loi n.º 371/83, du 6 octobre, modifiant des dispositions pénales relatives à la punition d'actes de corruption. Dans ce dernier texte, on étend le concept de fonctionnaire aux effets de la définition de types légaux de crimes commis dans l'exercice de fonctions publiques; en plus, on étend la définition légale des crimes "de corruption", de façon à y comprendre non seulement l'intention d'obtenir des avantages d'ordre patrimonial mais aussi d'autres valeurs et avantages, quoiqu'ayant caractère non patrimonial.

6. Enfin, dans le cadre de la criminalité économique, une référence s'impose au Décret-loi n.º 28/84, du 20 janvier.

Parmi les innovations du Décret-loi portant sur les crimes, on souligne les suivantes:

- a) Définition de nouveaux types légaux de crimes, y compris la fraude dans l'obtention de subsides ou de subventions et l'obtention frauduleuse de crédits, en raison de la gravité de leurs effets et de la nécessité de protéger l'intérêt dans une correcte application des ressources publiques dans les activités de production;
- b) Définition des crimes de destruction, d'endommagement ou qui rendent inutilisables des biens essentiels de grande valeur pour l'économie nationale, destinés à combattre les pratiques abusives du droit de propriété ayant des reflets nuisibles à l'intérêt de la communauté.

Une autre innovation relevante de ce texte concerne la responsabilité pénale des personnes morales, prévues par la suite des recommandations des instances internationales à ce sujet; cette responsabilité a entraîné la prévision de peines principales spécialement adéquates (v.g. la dissolution).

Ceci étant, d'après l'article 3 du texte en cause "les personnes morales, les sociétés et toute association "de facto" sont tenues responsables des infractions prévues dans le présent texte, lorsque commises par leurs organes ou représentants en leur nom et dans l'intérêt collectif.

La responsabilité est exclue lorsque l'auteur aura agi contre les ordres ou les instructions expresses de ces ayant droit.

Cette responsabilité est cumulative avec la responsabilité individuelle des auteurs des faits.

7. Le combat à la corruption a donc donné cause à quelque réflexion des instances publiques, notamment en résultant des initiatives législatives entreprises.

Deux événements récents ont, pourtant, placé la réflexion en dehors du cadre des travaux législatives: le débat organisé par le Barreau en 1987, publié dans le Bulletin du Barreau, au sujet de la Haute Autorité contre la Corruption ("une institution exceptionnelle dans le cadre d'un Etat de Droit, ayant vocation concurrente par rapport aux organes de la justice ordinaire et notamment les entités de police judiciaire") et les "Travaux sur le phénomène de la corruption", organisés par l'Office du Haut Commissaire contre la Corruption.⁽⁵⁾

Ces Travaux ont rassemblé pendant deux jours (26-27 janvier 1990) des personnalités issues de divers secteurs de la vie publique.

Des documents d'appui aux travaux ayant été publiés, on y peut lire que "l'on a eu à l'esprit l'angle *préventif* des attributions légales de la Haute Autorité et l'on vise, justement, à étendre la réflexion sur le thème générique "actes de corruption et fraude".

En effet, on a envisagé l'étude du phénomène de la corruption sous les angles de la société, l'économie, l'État, l'opinion publique, la loi et la Justice.

(5) Une partie de l'information versée à ce sujet dans le présent rapport a été recueillie à partir des documents édités comme documents d'appui aux Travaux.

5. Rationalisation et humanisation du droit pénal substantif et de procédure

1. L'actuel mouvement de réforme du système de justice pénale a, sans doute, son point de départ dans la publication d'un nouveau Code pénal en 23 septembre 1982, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983.

Parmi les traits ressortissants du nouveau code figurent, en ce qui concerne la partie générale, le principe selon lequel toute peine se fonde, au point de vue axiologique et normatif, sur une culpabilité concrète et la consécration d'un système punitif, dans lequel l'exécution des peines s'est inspirée d'une philosophie pédagogique et de réinsertion.

On souligne encore l'abolition de la distinction entre les différentes modalités d'emprisonnement, dont l'exécution ne diffère qu'en raison de leur durée, le principe selon lequel aucun effet d'ordre civil, professionnel ou politique ne peut résulter nécessairement de l'application d'une peine, et le régime des mesures non privatives de liberté. On peut dire, à ce sujet, que "le code a entraîné un changement global du système de peines".

En effet, "le code de 1982 est venu non seulement élargir considérablement le champ d'application des mesures traditionnelles (l'amende et le sursis), comme il a permis d'offrir aux juges un nouveau éventail d'alternatives: l'avertissement, le service communautaire et le régime de mise à l'épreuve. La non-application de la peine et l'ajournement de la sentence ont aussi surgi avec la nouvelle législation. De pair avec la peine d'emprisonnement traditionnelle, à l'exécution continue, deux autres formes de détention discontinue ont surgi la détention pendant les weekends et la semi-détention.

En tant que critère général d'orientation des tribunaux dans le choix entre les mesures privatives de liberté et les mesures non privatives, la nouvelle loi a manifesté sa préférence pour ces dernières, leur imposant de à celles-ci recourir, dès que sauvegardées les finalités aux peines de réprobation et de prévention générale et spéciale."⁽⁶⁾

(6) On a cité la réponse du Portugal au questionnaire de l'HEUNI, in *Non-custodial alternatives in Europe* — Norman Bishop, Publication series, n.º 14, 1988, pag. 296.

Il faut voir aussi, pour plus de détails à ce sujet, le document concernant *L'Administration de la justice et le développement de politiques du prononcé des peines*.

Il s'avère encore de voir dans ce contexte et au sujet du système de peines au Portugal, le rapport sur *Le système pénal portugais et les règles de Tokyo*.

Dans la partie spéciale du code, on peut parler des deux lignes de force mentionnées dans l'avant-propos: l'orientation vers la décriminalisation et une option de "neo-criminalisation" en ce qui concerne en particulier les crimes de péril commun.

La protection des valeurs et des intérêts issus de la position de la victime ont aussi mérité l'attention du législateur. L'équilibre est cherché en articulant, d'un côté, l'orientation vers la décriminalisation, et d'un autre côté, l'élargissement du nombre de crimes à l'égard desquels la poursuite est dépendante de la déposition d'une plainte de la victime.⁽⁷⁾

2. Par la suite de l'introduction en 1979 dans l'ordre juridique portugais d'un nouveau droit des infractions administratives (infractions aux règlements d'ordre), le décret-loi n.º 433/82, du 27 octobre contient des dispositions d'ordre substantif et procédural concernant le régime légal de ces infractions.

3. Avec le Code pénal est aussi entré en vigueur le régime pénal spécial à l'égard des jeunes — établi dans le décret-loi n.º 401/82, du 23 septembre.⁽⁸⁾

4. Les services pénitentiaires ont été restructurés selon les dispositions du décret-loi n.º 268/81, du 16 septembre. Cette réforme a eu essentiellement pour but de rendre possible l'exécution intégrale de la nouvelle réforme pénitentiaire (introduite par le décret-loi n.º 265/79, du 1^{er} août), de renforcer la prise d'orientation vers la réinsertion sociale des délinquants et leur encadrement laboral, d'opérer la restructuration des services et d'améliorer la coordination entre les établissements pénitentiaires.⁽⁹⁾

(7) La question de la protection de la victime est analysée dans le rapport sur la *Protection des droits de l'Homme des victimes de la criminalité et d'abus de pouvoir*.

(8) Le sujet fait l'objet du rapport sur les *Règles des Nations Unies pour le traitement des mineurs privés de liberté*.

(9) Il faut voir aussi, dans ce contexte, le rapport concernant *Les Principes fondamentaux pour le traitement des détenus*.

5. Pour permettre l'exécution de quelques mesures prévues par le Code pénal de 1982 un organisme a été créé par le décret-loi n.º 319/82, du 11 aout: l'Institut de Réinsertion Sociale.

Selon le décret-loi n.º 204/83, du 20 mai — texte qui a défini l'organique de cet Institut — son objectif fondamental est de promouvoir la prévention du crime moyennant la réinsertion sociale des délinquants, imputables ou non imputables, et l'appui aux mineurs en situation de danger ou d'inadaptation sociale. En coopération avec toutes les entités du système de l'administration de la justice, l'Institut participe à l'élaboration de textes législatifs et intervient à l'exécution de mesures institutionnelles, notamment dans les établissements pénitentiaires et institutions psychiatriques et appuie les délinquants libérés sous condition ou définitivement, de façon à faciliter leur réinsertion sociale.

6. Au delà de ce mouvement législatif il faut encore souligner l'approbation de textes portant sur le statut de juges (loi n.º 21/85, du 30 juillet) et des membres du Parquet (Loi n.º 47/86, du 15 octobre), ainsi que des avocats (Décret-loi n.º 84/84, du 16 mars et Décret-loi n.º 325/88, du 23 septembre, par la suite de l'adoption d'un nouveau Code de procédure pénale), et les textes concernant l'organique des divers corps policiers (v. g. Police Judiciaire, Police de Sécurité Publique, Garde Nationale Républicaine). Ou bien des textes portant sur le casier judiciaire et l'accès à l'information criminelle (Décret-loi 39/83, du 25 janvier et Décret-loi 305/88, du 2 septembre).

7. Par la suite de ce mouvement de réforme législative un nouveau Code de procédure pénale a été publié en 1987 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

Parmi ses lignes d'orientation générales, on peut souligner les suivantes:

- a) Simplification, débureaucratization et accélération de la procédure, dans une mesure compatible avec les objectifs de l'administration de la justice et de la préservation des droits fondamentaux des personnes et de la paix sociale;

- b) Parité des positions juridiques de l'accusation et de la défense à l'égard de tous les actes de procédure, en encourageant l'égalité matérielle des armes dans le procès;
- c) Équilibre entre le caractère accusatoire de la procédure et le principe de l'investigation judiciaire;
- d) Définition rigoureuse du moment et des moyens d'acquisition du statut d'inculpé dans la procédure. On établit, à cet effet, des devoirs précis des autorités judiciaires et de la police criminelle et l'on définit le statut du défenseur;
- e) Subordination stricte de l'intervention procédurale de l'accusateur privé (*assistente*) à l'intervention principale du ministère public, sauf dans le cas où l'action publique est mise en mouvement sur plainte ou sur plainte et accusation privée. L'accusateur privé a le droit de recours, indépendamment du ministère public, à l'égard des décisions qui le concernent;
- f) Maintien de la connaissance obligatoire de la demande civile découlant des faits-objet de la poursuite devant la juridiction pénale (*adesão obrigatória da ação civil ao processo penal*) mais en étendant les situations dans lesquelles l'action civile peut être exercée en séparé. Devant la juridiction pénale le Ministère Public interviendra en tant que défenseur public des parties lésées dépourvues de moyens économiques et, en général, il interviendra à titre subsidiaire en ce qui concerne la demande civile déposée;
- h) Placement des organes de la police judiciaire sous l'orientation et la dépendance fonctionnelle du Ministère Public et du juge, relativement aux actes de la compétence respective;
- i) Réglementation des présupposés, modalités et procédure relatives à la réparation qui incombe à l'Etat du chef des dommages concernant l'arrestation ou la détention préventive illégales ou injustifiées et réglementation de la réparation de l'erreur judiciaire;
- j) Adaptation du système d'exécution des peines aux principes de politique criminelle consacrés dans le Code pénal, notamment à l'égard de l'intervention des services liés à la réinsertion sociale, de la libération conditionnelle, de la mise à l'épreuve et d'autres modalités d'exécution pénale concernant la privation partielle de liberté.

8. Suite à la publication du nouveau Code de procédure pénale d'autres textes légaux d'importance fondamentale, complémentaires de l'entrée en vigueur du Code, ont été publiés.

C'est ainsi que la loi n.º 38/87, du 23 décembre a réglé l'organique des tribunaux judiciaires; le Décret-Loi n.º 387-A/87, du 29 décembre a approuvé le nouveau régime du jury en ce qui concerne sa composition, la capacité pour être juré et la procédure de sélection des jurés. Ultérieurement, le Décret-loi n.º 214/88, du 17 juin, a réglementé la loi des tribunaux judiciaires, visant à mettre en oeuvre les principes y énoncés de l'indépendance des tribunaux, de l'urgence mise sur leur fonctionnement efficace dans l'application de la justice et dans l'observance de l'accès des citoyens à ces tribunaux et au droit.

Dans le même souci de plus d'efficacité, le Décret-loi n.º 387-C/87, du 29 décembre, a porté, à son tour, sur la réorganisation des instituts médico-légaux.

Le Décret réglementaire n.º 64/87, du 23 décembre, a défini la composition de l'Office du Procureur Général de la République.

Le Décret-loi n.º 376/87, du 11 décembre, a approuvé la loi organique des Greffes et du personnel de Justice, dans le but de donner réponse aux nécessités découlant de l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure pénale en fournissant aux services de Justice les ressources humaines et matérielles nécessaires.

En ce qui concerne la Police Judiciaire, le Décret-loi n.º 387-H/87, du 30 décembre, a modifié quelques dispositions de la loi organique respective, de l'année 1982. Les modifications introduites, rendues nécessaires du fait des nouvelles dispositions de procédure pénale, touchaient à la définition de sa nature, ses attributions et sa compétence. Par la suite, une nouvelle loi organique de cette police vient d'être approuvée par le Conseil des Ministres, dans le cadre des procédures requises en vue de son adoption.

9. Enfin, la deuxième révision de la Constitution de la République, issue en 1989, a permis de renforcer l'accent mis sur les garanties de procédure pénale.

10. Le système de lois pénales et de procédure pénale ainsi dressé vient d'être accompli par la création d'une Commission pour la mise en

Oeuvre du Système Pénal, composée de représentants issus de différentes aires et services liés à l'administration de la justice pénale.

En effet, d'après l'arrêté du Ministre de la Justice n.º 32/90, du 17 avril, on vise, au moyen de la création de cette Commission, à rapprocher des institutions de façon à promouvoir une activité déployée de façon autonome mais inter-institutionnelle.

Cet objectif est axé sur l'idée selon laquelle, face au crime, le système intervient au moyen de phases successives d'investigation, de jugement et d'exécution, sans pourtant perdre la cohérence de l'ensemble; c'est pourquoi ce système doit être conçu de façon intégrée.

A cet effet, l'on cherche à développer un travail conjoint qui puisse rassembler, entre autres, les organes de police criminelle, les tribunaux, les services pénitentiaires, les services de réinsertion sociale et les services tutélares des mineurs, en définissant des status d'interaction et en proportionnant des pratiques concertées, de façon à obtenir une correspondance parfaite entre les programmes établis par le système de lois et les résultats issus des pratiques institutionnelles.

D'un autre côté on cherche aussi à ce que le système judiciaire soit doté de textes contenant des règles pour l'application des grands modèles législatifs.

Enfin, dans le cadre de la poursuite des objectifs de rationalisation et humanisation des lois pénales, une place de relief est occupée par le régime légal de l'accès à la justice. On en parlera maintenant.

11. L'accès à la justice.

Ce droit, que la Constitution portugaise reconnaît expressément (article 20) est complété par le système d'accès au droit et aux tribunaux récemment réformulé (Décret-loi n.º 387-B/87, du 29 décembre et n.º 391/88, du 26 octobre).

Ce système vise à garantir que "personne ne se voit en difficulté ou ne soit empêchée, en raison de sa condition sociale ou culturelle, ou par défaut de moyens économiques, de connaître, faire valoir ou défendre ses droits." (*ibidem*, article 1, par. 1).

Ces objectifs seront atteints, d'après la loi, moyennant des "actions et mécanismes systématisés d'information juridique", d'une part, "et de protection juridique", d'autre part (Décret-loi 387-B/87, article 1). La protec-

tion juridique comprend deux modalités: l'assistance judiciaire et la consultation juridique (*ibidem*, article 6).

Les individus⁽¹⁰⁾ qui démontrent ne pas avoir des moyens économiques suffisants pour supporter les honoraires des défenseurs, dus en paiement de la prestation de leurs services et pour faire face, totalement ou partiellement, aux charges normaux d'une action en justice, ont droit à la protection juridique (*ibidem*, article 7, par. 1).

L'assistance judiciaire comprend l'exemption, totale ou partielle, du paiement des frais de justice et dépenses, ou son ajournement, ainsi que le paiement des services du défenseur (avocat ou "solicitador") — (article 15, par. 1, l'État assurant le paiement de ces dépenses (articles 47, par. 1). Cela devant tous les tribunaux, indépendamment de la forme que la procédure suit devant eux (article 16, par. 1).

L'assistance judiciaire peut être demandée en tout état de la cause, elle se maintient dans les procédures en recours indépendamment de la décision sur le fond de l'affaire et s'étend à toutes les procédures jointes à celles où l'assistance a été accordée (article 17, par. 2).

Elle peut être demandée par l'intéressé, par le Ministère Public et par l'avocat représentant l'intéressé (article 18, par. 1). La demande d'assistance judiciaire suspend le délai en cours au moment de sa formulation jusqu'à la décision du juge sur l'octroi de ce bénéfice (article 24, par. 2).

Le système institué permet, d'abord, au bénéficiaire de l'assistance judiciaire d'indiquer, lui-même, le défenseur de son choix (article 32) et cette indication est, règle générale, digne d'attention par le juge si le défenseur déclare accepter la prestation des services demandés (article 50).

Cependant, si le bénéficiaire n'indique pas un défenseur de son choix, le juge demande au Barreau (ou à la "Câmara dos Solicitadores", suivant le cas) d'en nommer un (article 32).

La loi prévoit encore les cas où l'assistance judiciaire peut être retirée (cas qui ont trait essentiellement à une nouvelle situation financière du requérant, ou au manque de véracité de la situation d'insuffisance financière déclarée). Mais la loi impose au tribunal l'obligation, avant de prendre

(10) Ou les personnes morales — texte cité, article 7, par. 4; les étrangers et les apatrides résidant habituellement au Portugal — même article, par. 2; ou bien les étrangers non résidents, dans la mesure où, dans leurs pays, il y soit accordé un tel droit aux ressortissants portugais — par. 3).

une telle décision, d'entendre le bénéficiaire de l'assistance (article 37, par. 4 et Décret-loi n.º 391/88, article 9).

Contre les décisions prises sur l'assistance judiciaire, l'introduction d'un recours est toujours admise (Décret-loi n.º 387/87, article 39).

Le système d'aide judiciaire est complété par un système de consultation juridique qui a été institué par le gouvernement, en collaboration avec le Barreau (articles 11 à 14).

En effet, l'Arrêté ministériel 1102/89, du 26 décembre a approuvé le Règlement des Bureaux de Consultation Juridique de Lisbonne et du Porto, visant à rendre effectif l'exercice du droit en cause, d'accès à la justice et aux tribunaux.

Le conseillement est assuré par des avocats et des avocats-stagiaires inscrits aux Barreaux, lesquels travaillent sur une base volontaire.

6. Approche systématique de la planification de la prévention du crime et participation du public à la prévention du crime — programmes d'information du public à caractère général et prévention de la victimisation.

1. Deux initiatives récentes ont été prises à cet égard, au niveau national, touchant aux aspects sus-mentionnés.

2. La première concerne la création, par résolution du Conseil de Ministres (n.º 14/89, du 30 mars), d'une commission inter-ministérielle pour étudier la création d'une structure nationale de prévention du crime.

La commission, à composition multi-disciplinaire, a été assignée les tâches suivantes:

- a) Étudier les lois et les pratiques européennes dans le domaine de la prévention de la délinquance, en vue d'évaluer les résultats obtenus;
- b) Étudier la législation et la pratique nationales dans le domaine de la prévention de la délinquance, y compris la mise en état de tous les organes et institutions ou structures intervenant, de façon générique, dans des aires spécifiques ou ayant des fonctions de coordination dans ce domaine-là:

- c) Comparer la réalité nationale avec les réalités observées dans les pays européens, notamment les pays communautaires;
- d) Formuler des recommandations en vue de l'adoption d'initiatives législatives et d'autres mesures qui se montrent justifiées, pertinentes et susceptibles d'application, en suggérant des priorités et des modes de surveiller leur exécution.

3. La deuxième initiative concerne l'établissement, par Arrêté ministériel, du 17 avril 1990 (n.º 22/90), du Programme Citoyen et Justice. Il s'agit d'un programme du ressort du Ministère de la Justice, de durée annuelle, entre mai 1990 et 1991, dans le cadre des objectifs du Programme du Gouvernement pour le secteur de la Justice.

Une publication et un dépliant ont été editées, contenant des renseignements sur le Programme — raison d'être, définition, objectifs, entités intervenantes et modalités et stratégies d'intervention.

Les objectifs du Programme sont définis de la façon suivante:

- 1. Transparence dans l'Administration de la Justice — on vise à diffuser l'Administration de la Justice auprès du citoyen au moyen d'actions à caractère essentiellement informatif;
- 2. Facilité d'accès au système de la Justice — on vise la création de mécanismes permettant "d'ouvrir" la Justice, au sens d'un meilleur accueil de ceux qui s'y adressent;
- 3. Célérité des actions menées à bout dans le cadre du système de la Justice — on vise, pour l'essentiel, la débureaucratisation du système et l'introduction de nouveaux concepts dans la relation avec le Citoyen;
- 4. Dignification des Institutions de la Justice — on vise, fondamentalement, à privilégier la fonction des magistrats et, d'une façon générale, de tous les participants dans le domaine de l'Administration de la Justice, en dignifiant l'espace et la forme d'accueillir le Citoyen;
- 5. Confiance au système de la Justice — on vise à renvoyer le système au Citoyen, en soulignant, au moyen d'actions informatives, l'essence de son rôle dans la Justice;
- 6. Justice — c'est l'objectif logique et nécessaire de tous les autres.

La mise en oeuvre du Programme implique la collaboration des Tribunaux, des services du Ministère de la Justice, des services d'autres secteurs de l'Administration Publique et de la société elle-même, notamment au moyen:

- du pouvoir locale
- des associations professionnelles (v.g. le Barreau, la "Câmara dos Solicitadores", l'Association de Magistrats et de Officiers de Justice)
- de Fondations
- d'entreprises publiques et privées
- d'associations de Parents et de Professeurs
- de groupes culturels et de loisirs
- de volontaires.

4. Dans ce contexte de la prévention, on mentionne aussi d'autres actions d'information et de prévention, notamment dans le domaine des stupéfiants (v. g. les mesures du Plan Vie) ou dans le domaine de la prévention de la criminalité violente et/ou hautement organisée (v.g. le terrorisme)⁽¹¹⁾.

5. Outre ces dispositions d'ordre légal ou réglementaire, il faut se référer de façon particulière aux campagnes de prévention criminelle menées à bout par la Police Judiciaire, le cas échéant avec la collaboration d'autres entités, ou par la Police de Sécurité Publique.

Il s'agit là, de façon générale, des campagnes de prévention de la victimisation, concernant la protection des enfants, ou bien la prévention contre l'effraction et le vol à l'intérieur des maisons, le vol de et à l'intérieur des voitures et la sécurité routière.

Quelques exemples des plus récents concernent, entre autres, des "spots" dans la télévision ou des affiches portant la question: "savez-vous où se trouvent et ce que fassent vos enfants juste à ce moment?"; ou recommandant de placer l'indication de la plaque d'identification de la voi-

(11) Voir, à ce sujet, ce qui a été dit dans les rapports sur la *Prévention et lutte contre le crime organisé* et sur les *Mesures contre le terrorisme international* et, dans le cadre plus général de la prévention de la délinquance juvénile, du rapport sur les *Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile*.

ture dans des endroits de localisation difficile à l'intérieur de celle-ci, au choix du propriétaire, en vue de prévenir un éventuel vol ou une altération des caractéristiques de la voiture en cause.

D'autres campagnes ont été réalisées, aussi, en collaboration avec des entreprises. C'est par exemple le cas de la divulgation de rappels et recommandations de la Police de Sécurité Publique, dans quelques uns des domaines sus-visés, au moyen de paquets de sucre ou de boîtes à allumettes.

7. La coopération technique et scientifique internationale.

1. Par la suite du cadre envisagé, se rangent, enfin, les aspects touchant à la coopération internationale technique et scientifique.

On se penchera ici, de façon brève, sur le sujet du renforcement de la coopération pénale internationale.⁽¹²⁾

2. L'évolution vers le renforcement des liens de coopération internationale, soit au niveau multilatéral et multilatéral régional, soit au niveau bilatéral est une réalité dans les différents domaines mentionnés dans le document des Nations Unies auquel la présente information se rapporte.

En effet, le Portugal accompagne l'activité déployée dans diverses instances internationales, v.g. dans le cadre de la coopération politique européenne ou bien ainsi du Conseil de l'Europe ou des instances compétentes des Nations Unies.

On peut citer, à titre d'exemple, la participation portugaise dans le cadre des travaux menés en vue de l'adoption d'instruments internationaux tels que, dans le cadre des Nations Unies, la Convention des Droits de l'Enfant (laquelle contient aussi des dispositions à caractère pénal) ou la

(12) Nous renvoyons, pour d'autres développements sur la matière, à ce qui a été dit dans les rapports concernant le crime organisé et le terrorisme international; de façon indirecte, le thème est aussi présent dans les commentaires relatifs à deux projets de traité-type, respectivement, sur la *prévention des crimes visant le patrimoine culturel meuble des peuples* et sur le *transfert de la surveillance de délinquants, condamnés ou libérés sous condition*.

Convention des Nations Unies contre le Trafic Illicite de Stupéfiants et de Substances Psychotropes (signée par le Portugal); dans le cadre du Conseil de l'Europe, les recommandations R(85)11, relative à la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale et R(87)11, sur l'assistance aux victimes et la prévention de la victimisation; dans le cadre de la coopération européenne, la Convention entre les Etats membres des Communautés Européennes, relative à l'application du principe *ne bis in idem* (aussi signée par le Portugal).

3. Sur le plan bilatéral, des négociations ont été entreprises et d'autres sont en cours en vue de la conclusion de nouveaux traités bilatéraux, soit en matière d'extradition (v.g. le traité d'extradition avec l'Australie, 1988), soit dans d'autres modalités de coopération (v.g. le traité de coopération en matière d'exécution de décisions pénales, avec la Hongrie, à présent simplement signé).

4. Au niveau interne, le Code de procédure pénale a donné un pas décisif dans cette direction dans la mesure où y sont prévues des dispositions concernant les rapports avec les autorités étrangères, applicables à titre subsidiaire, en l'absence d'un traité ou d'une convention internationale (article 229).

Parmi ces dispositions, une innovation importante par rapport au droit précédent consiste dans la possibilité de révision pour confirmation du jugement pénal étranger, en vue de son exécution au Portugal.

D'après l'article 234, la valeur reconnue à un tel jugement dépend de l'existence d'une disposition expresse dans ce sens, contenue dans la loi ou dans un traité ou une convention.

Un dernier pas nécessaire à compléter le régime de cette coopération internationale est en train de s'accomplir au moyen de la publication d'un Décret-loi du Gouvernement, issu à l'abri d'une loi d'autorisation législative de l'Assemblée de la République et portant sur la coopération internationale en matière pénale.

D'après cette loi, n.º 17/90, du 20 juillet, le but de l'autorisation législative est de rendre possible la ratification de plusieurs conventions déjà signées par le Portugal et de garantir les conditions de leur application au moyen de l'introduction dans l'ordre juridique portugais d'un instrument juridique réglementant les divers processus de coopération et définissant l'entité compétente pour les rendre efficaces.

EN CONCLUSION

Ceci étant dit, il semble possible de conclure, un peut comme au début, que en ce qui touche aux besoins de la coopération internationale, en particulier, et en général à l'ensemble des mesures et des initiatives auxquelles on a fait référence, l'ordre juridique portugais s'oriente vers le sens défini par les principes contenus dans des instruments internationaux relevant, notamment les règles et les recommandations des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale.

La modernisation des services et institutions liés à l'Administration de la Justice, doit être entreprise de façon à en dresser un système cohérent et équilibré. Il faut, en plus, garder à l'esprit que c'est l'individu qui en reste l'utilisateur et le destinataire.

Dans ce sens, des projets concrets ont été conçus et son en train d'être développés; il s'agit, notamment, de la Commission pour la Mise en Oeuvre du Système Pénal et du Programme Citoyen et Justice.

On pourrait rappeler, à ce propos, la publication relative au Programme Citoyen et Justice, déjà citée, d'après laquelle "(...) l'Administration de la Justice doit toujours essayer de donner réponse aux questions que se pose le Citoyen en tant qu'utilisateur, en tant que spectateur de toute une machine en mouvement continu."

ÁLVARO DE ALMEIDA E CUNHA
Bureau de Documentation et Droit Comparé

**PROJET DE TRAITE
POUR
LA PREVENTION DES CRIMES
VISANT
LE PATRIMOINE CULTUREL
MEUBLE DES PEUPLES**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/3*

Français
21 août 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

INDICE

1. INTRODUCTION

2. LE PROJET ET LES CONVENTIONS SIGNEES PAR LE PORTUGAL

- 2.1. Les quatre Conventions Européennes sur la coopération en matière pénale.
- 2.2. La Convention Européenne sur les infractions visant des biens culturels.

3. LE PROJET ET LE DROIT PORTUGAIS

- 3.1. Compatibilité quant au régime d'acquisition à *non dominio*.
- 3.2. Incompatibilité quant à l'usucaption.
- 3.3. Incompatibilité quant à certains cas de perte d'objets utilisés en vue de la commission de crimes.

4. CONCLUSIONS

1. INTRODUCTION

Le Comité pour la Prévention Criminelle a décidé (Décision 11/119) de faire une recommandation au Conseil Economique et Social afin que celui-ci soumette un Projet de Traité pour la Prévention des Crimes visant le Patrimoine Culturel Meuble des Peuples à l'Huitième Congrès des Nations Unies pour la Prévention Criminelle et le Traitement des Délinquants.

Le Projet ne contient que quatre articles. Le premier porte sur la définition de propriété de biens culturels meubles; le second assure la restitution desdits biens, lorsqu'ils ont été enlevés ou illégalement exportés du territoire d'un Etat sur celui d'un autre. L'article 3 concerne la procédure et l'article 4 contient des dispositions diverses.

Cette information a pour but de faire connaître les implications que la signature d'un Traité ayant le contenu du Projet entraînera pour le Portugal. D'abord, nous procéderons à la confrontation du texte du Projet avec ceux des différents Traités signés par le Portugal (ou en voie d'être signés par le Portugal) d'une teneur semblable à celle du Projet (2.); ensuite, nous analyserons la compatibilité ou incompatibilité des normes du Projet avec les normes nationales; finalement, nous tirerons les conclusions de ces deux confrontations (3.).

2. LE PROJET ET LES CONVENTIONS SIGNEES PAR LE PORTUGAL

2.1. Le Portugal a signé les quatre Conventions Européennes fondamentales en matière de droit pénal (les Conventions n.ºs 24, 30, 70 et 73),

arrêtées au sein du Conseil de l'Europe. Aucune d'elles ne contient toutefois de dispositions susceptibles de protéger d'une manière efficace le patrimoine culturel, du fait qu'aucune n'impose l'obligation de restituer les biens culturels à qui en aura illicitement été dépouillé. Ces Conventions ne règlementent, en effet, que la compétence territoriale du droit interne et la coopération internationale dans l'administration de la justice pénale interne.

Leurs normes sont des normes procédurales et non pas matérielles⁽¹⁾ — du fait qu'elles ne créent pas de nouveaux illicites criminels ni n'imposent aux Etats l'obligation de réprimer criminellement ces nouveaux actes illicites⁽²⁾.

2.2. La Convention Européenne sur les infractions visant des biens culturels n'est pas, non plus, un texte de droit pénal. Cependant, elle assure d'une façon efficace la protection du patrimoine artistique moyennant un mécanisme assimilable à celui du Projet. Dans ses articles 1^{er} et 3^{ème}, elle définit les faits qui doivent être considérés comme des infractions visant des biens culturels; dans son article 6 elle impose l'obligation aux Etats de restituer les biens culturels découverts sur leur territoire après avoir été enlevés du territoire de l'autre Partie à la suite d'une de ces infractions.

L'étendue des normes de la Convention est bien semblable à celle du Projet. Ce sont à peu près les mêmes les biens protégés dans l'un et l'autre cas. Mais le Projet comporte davantage de cas, pour autant qu'il oblige à restituer des objets dont l'exportation est interdite, tandis que la Convention restreint cette obligation aux infractions pénales y prévues. Il se peut que l'exportation ne soit interdite que par une loi fiscale ou administrative⁽³⁾ et, le cas échéant, seul le Projet prévoit l'obligation de restituer.

Un autre cas envisagé dans le Projet et qui n'est pas prévu à la Convention est celui où le propriétaire du bien prétend le transférer du territoire d'un Etat dans le territoire d'un autre. Lorsque l'exportation du bien

(1) DOCKY, M.S., Rapport présenté au Conseil de l'Europe (PC-ROA)4, du 5/6/80), p. 2.

(2) Idem, p. 314.

(3) La Convention prévoit aussi la possibilité d'inclure dans ses dispositions des actes illicites à caractère non pénal — art. 1.a) et Annexe I — à la condition qu'il y ait la possibilité d'interjeter recours devant les tribunaux contre des actes administratifs imposant la sanction. Pour ce qui concerne le Projet, cette condition n'est pas nécessaire.

est interdite dans l'Etat duquel il a été exporté, il y aura lieu à sa restitution, conformément aux dispositions du Projet; mais, aux termes de la Convention, ce n'en sera pas le cas.

3. LE PROJET ET LE DROIT PORTUGAIS

3.1. Seuls les biens meubles sont prévus à l'article 1, paragraphe 1, du Projet. Il est ainsi exclu le problème que le régime de l'opposabilité et priorité de l'enregistrement pourrait soulever, au cas où il s'agirait de biens immeubles⁽⁴⁾, en ce qui concerne l'obligation de les restituer. Et, par rapport aux biens enlevés, la solution apportée par le Projet est la même qu'en Droit Portugais — ces biens doivent, évidemment, être restitués. Cette solution est développée dans plusieurs dispositions du Code Civil:

Article 1311

(Action en revendication)

Le propriétaire peut exiger, par voie judiciaire, de toute personne possédant ou détenant la chose, la reconnaissance de son droit de propriété et la restitution de la chose, en conséquence.

Le possesseur n'a pas la possibilité de se défendre, en alléguant qu'il a acquis le bien ne sachant pas qu'il n'appartenait pas à celui qui l'a vendu, eu égard à l'article 892, qui dispose:

Article 892

(Validité de la vente)

Est nulle la vente de biens d'autrui, lorsque le vendeur manque de légitimité pour la réaliser...

Et l'article 289:

(4) Il y a des biens meubles assujettis à l'enregistrement, mais il ne semble qu'aucun d'eux puisse être inclus dans l'énumération figurant à l'article 1^{er}. Les véhicules automobiles, notamment, n'y sont pas envisagés.

Article 289

(Effets de la déclaration de nullité et d'annulation)

Tant la déclaration de nullité que l'annulation de l'affaire ont d'effet retroactif, devant être restitué tout ce qui aura été emprunté...

La solution du Droit Portugais est, donc, celle de l'entière protection du propriétaire depouillé des biens dont l'acquisition n'est pas soumise à l'enregistrement. C'est en fait une protection plus élargie que celle prévue au Projet, où la seule cause de l'illégitimité susceptible de faire obligation de restituer le bien est le fait que celui-ci ait été enlevé⁽⁵⁾.

En Droit Portugais, toute autre source d'illégitimité protège également le propriétaire qui peut attaquer l'acquéreur, par voie de l'article 892, et le vendeur, à l'abri de l'article 1311. Jusqu'ici, en fait, le Projet ne porte pas atteinte au droit interne.

3.2. Mais le régime du Projet peut entrer en conflit avec celui du Code Civil, dans le cas de l'usucapion. Considérons les dispositions suivantes:

Article 1287

(Notion)

La titularité du droit de propriété ou d'autres droits réels de jouissance, maintenue pendant un laps de temps déterminé, donne la faculté au possesseur, sauf disposition contraire, d'acquérir le droit, dont l'exercice est correspondant sa conduite: c'est ce que l'on appelle d'usucapion.

Article 1299

(Choses non soumises à l'enregistrement)

L'usucapion de choses non soumises à l'enregistrement a lieu lorsque la possession, de bonne foi et fondée sur un juste titre, a été maintenue

(5) L'interdiction d'exportation prévue dans l'article 2, al. a), (ii) du Projet qui impose également la restitution n'est pas, évidemment, un cas d'illégitimité, puisque tous les cas de soustraction sont prévus dans la première hypothèse (2) de la même alinéa. Bien au contraire, il semble même qu'il est incompatible avec l'illégitimité, — ce qui amène à la conclusion que la disposition de la seconde hypothèse (ii) ne comporte que les cas de transfert de biens réalisé par leur propriétaire.

pendant trois ans, ou si, indépendamment de la bonne foi ou du juste titre, elle a été maintenue pendant six ans.

Ces deux dispositions permettent à l'acquéreur du bien culturel, qui a été attaqué par le propriétaire concerné, de se défendre, en alléguant que, nonobstant l'illégalité de l'acquisition, le bien lui appartient quand même, compte tenu de l'épuisement du délai de l'usucapion. De ce fait, en supposant que A. a acheté un tableau à B., que B. s'était approprié le tableau de C., et que C. réclame le tableau à A., est-ce que A. peut empêcher la restitution, en alléguant qu'il a acheté le tableau il y a plus de trois ans, tout en ignorant que ledit tableau fait l'objet d'un vol?

Ça dépend. Si A. a acheté le tableau et l'a gardé en banque, la possession ne s'est même pas constituée à son égard et, de ce même fait, l'usucapion n'a pas fonctionné. Dans ce cas, il faudra qu'il restitue le tableau. Mais si A., à la suite de l'achat, a exposé le tableau chez lui, l'exhibant à ses invités, nul doute que la possession se soit constituée au moyen de cette publicité:

Article 1213

(Acquisition de la Possession)

La possession s'acquiert:

- a) Par la pratique réitérée, avec publicité, des actes matériels correspondants à l'exercice du droit;...

Dans ce cas, A. peut refuser la remise du tableau. La solution est différente⁽⁶⁾ de celle du Projet qui ne prévoit aucune défense, en ce qui concerne l'obligation de restituer le bien culturel objet de vol.

3.3. Un autre cas d'opposition entre les normes du Projet et les normes nationales concerne le régime de la destination des objets qui ont servi

(6) L'article 1287 prévoit l'acquisition du droit, sauf disposition contraire. Cette réserve semble viser les exceptions prévues au Code même — telles que celle de l'article 1293 qui exclut certains droits du régime de l'usucapion; mais rien n'empêche que cette réserve puisse être utilisée afin de conformer le régime de l'usucapion avec le texte du Projet. L'obligation de restituer, envisagée par le Projet, deviendra une — une de plus — disposition contraire prévue à l'article 1287 lui-même, en vue d'empêcher l'acquisition du droit au moyen de l'usucapion.

ou étaient destinés à servir à commettre un crime, dans des circonstances déterminées, tel qu'il est prévu au Code Pénal:

Article 107

(Perte)

Son déclarés acquis à l'Etat les objets qui ont servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, ou ceux qui sont le produit d'une infraction, si, compte tenu de leur nature ou des circonstances du cas, ils mettent en danger la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public, ou s'ils offrent de graves risques d'être utilisés pour la commission de nouvelles infractions.

.....

L'article ne dit pas que les objets doivent appartenir aux auteurs de l'acte criminel; dès lors, on pourra se demander si les objets appartenant à un tiers qui ont servi à commettre un crime peuvent aussi être déclarés comme acquis à l'Etat: l'article 108 répond par l'affirmative. Et, conformément à ce régime, si, par exemple, A. a volé B. d'un fauteil exécuté il y a plus de cent ans et qu'il le vend à C. en tant que meuble authentique appartenant à un style donné, tout en sachant qu'il n'en est pas le cas, et si ledit fauteil peut aisément être pris pour un fauteil authentique appartenant à un style donné, alors, compte tenu du risque qu'il soit utilisé dans un temps à venir pour la pratique de nouvelles escroqueries, il doit, aux termes de l'article 107, être déclaré acquis à l'Etat et C. doit se voir accorder l'indemnité prévue à l'article 108.

Toutefois, si le fauteil a été enlevé à D., sur le territoire d'un autre Etat, alors, conformément au Projet, il doit être restitué à D., pouvant, de ce fait, être déclaré acquis à l'Etat portugais.

4. CONCLUSIONS

4.1. Le Projet protège mieux la propriété culturelle que tout autre traité signé, jusqu'à ce jour, par le Portugal, puisque ces traités ou bien

n'imposent pas l'obligation de restituer (2.1.) ou l'imposent à l'égard d'un nombre de cas inférieur à celui du Projet (2.2.);

4.2. L'obligation de restituer les biens culturels objet de vol, telle qu'elle est prévue au Projet, est compatible avec le régime du Code Civil en ce qui concerne l'acquisition *a non domino* de choses meubles non soumises à l'enregistrement (3.1.), exception faite du cas visé ci-après:

4.3. L'obligation de restituer, mentionnée au paragraph précédent, est incompatible avec le régime de l'usucapion (3.2.);

4.4. Et avec quelques-uns des cas de perte d'objets appartenant à des tiers, utilisés pour la commission de crimes (3.3.).

MARIA DO CARMO COSTA
Institut de Réinsertion Sociale

MARIA JOSÉ DE MATOS
Direction-Générale des Services Pénitentiaires

**ADMINISTRATION DE LA JUSTICE
ET DEVELOPPEMENT
DE POLITIQUES DU PRONONCE DES PEINES**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/4*

Français
21 août 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

NOTE PREALABLE AUX OBSERVATIONS SUR LE THEME

On considère que le thème dépasse les contributions susceptibles d'être apportées par des institutions comme l'Institut de Réinsertion Sociale (Instituto de Reinserção Social) et la Direction Générale des Services Pénitentiaires (Direcção-Geral dos Serviços Prisionais), car il comprend des mesures d'une portée plus vaste que celles qui sont prises dans le cadre des compétences de ces institutions et qui s'insèrent au niveau des décisions politiques et, en particulier, de la politique des tribunaux en ce qui concerne le prononcé des peines.

Cependant, nous apporterons la contribution possible, compte tenu de nos limitations.

1. INTRODUCTION

Pour notre réflexion sur le thème, on est parti de la (re)lecture des recommandations du Plan de Milan du VII^{ème} Congrès pour la Prévention du Crime, tenu en 1985, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de l'analyse de quelques documents de travail qui seront présentés au VIII^{ème} Congrès et de la connaissance de la table des matières qui seront abordées dans ce Congrès.

Ainsi, après avoir analysé et réfléchi sur ladite documentation, on a dégagé quelques lignes de politique criminelle que nous estimons sous-jacentes aux IDEES DE PREVENTION pour le VIII^{ème} Congrès et qui semblent pouvoir dresser des nouveaux chemins dans le domaine du prononcé des peines; on leur fait référence par la suite:

- a) Que les systèmes pénaux renforcent leur équipement en vue de la consécration d'un large de mécanismes alternatifs à l'emprisonnement, lequel doit apparaître comme la dernière *ratio*.
- b) L'appel à une application plus répandue des mesures non privatives de liberté à tout moment de la procédure et le recours spécial, dès que possible... à des mesures de diversion.
- c) La conjugaison des différents savoirs visant à ce que les magistrats appliquent les décisions les plus adéquates à l'égard de l'individu en cause, compte tenu de la gravité du crime, des circonstances dans lesquelles il a été commis, des conditions de vie et de la personnalité de l'inculpé; le dédommagement de la victime, la réceptivité et l'intervention éventuelle de la communauté dans la réinsertion de l'individu délinquant.
- d) L'élimination de l'écart entre le magistrat et les réalités sociales qui entourent le citoyen qu'il est tenu de juger.
- e) L'évolution du concept de prévention générale en tant que but des peines purement "exemplaire" pour la société, vers un concept où l'on puisse vérifier un certain "donner les mains", une certaine "indistinction" ou "confusion" entre prévention générale et prévention spéciale. La société n'est plus partie observatrice de "l'exemple", la société est partie active du système pénale en tant qu'agent de responsabilisation et de réinsertion du citoyen délinquant.
- f) Un appel de l'Etat lui-même à l'intervention de la société civile dans la réinsertion sociale de "ses" délinquants, à un double rôle — celui d'être capable de créer le sens de la responsabilité chez l'individu et celui d'être elle-même responsable des individus qui la composent.

La reconnaissance d'une capacité supérieure de la famille (au sens large), de l'école, des groupes d'amis, des organisations de quartier et de la communauté en général par rapport aux structures de

l'Etat, pour jouer un rôle prépondérant dans les actions de prévention et dans la réinsertion d'individus condamnés à des mesures non privatives de liberté.

- g) Le rôle à jouer par les institutions formelles de contrôle dans le sens d'encourager et de coordonner des actions dans et de la communauté.
- h) La responsabilisation des autres structures de l'Etat hors du domaine de la justice, en particulier celles de la Sécurité Sociale, de l'Emploi, de l'Education, l'Habitation et de la Santé, de façon à développer des programmes dans le cadre de la prévention sociale, cherchant à réduire le champ de la prévention secondaire.
- i) Une recherche et évaluation continues des mesures non privatives de la liberté face aux réalités nationales et locales, et l'échange d'expériences et de formation au niveau international.

C'est selon ce cadre de principes, issus de l'analyse des documents déjà mentionnées, que nous jugeons pouvoir affirmer qu'il y a une harmonisation presque totale entre les principes sous-jacents aux documents, à être éventuellement approuvés par le VIII^{ème} Congrès de l'Organisation des Nations Unies, et la politique criminelle portugaise.

Ainsi, et au-delà de l'analyse comparative que nous avons fait au sujet de quelques documents en concret, notamment sur les principes de Riyad et de Tokyo, d'autres questions existent qui nous semblent importantes de référer pour l'appréciation et l'encadrement du thème.

2. QUELQUES ACTIONS DANS LE DOMAINE DE LA POLITIQUE DU PRONONCE DES PEINES AU NIVEAU GOUVERNEMENTAL

En soulignant de nouveau la question de nos limitations à cet égard, tel que nous l'avons déjà fait dans la note préalable au présent travail, on

passé à indiquer quelques-unes des actions gouvernementales qu'on considère encadrées dans la problématique de la politique du prononcé des peines, à savoir:

- a) Révision du Code Pénale de 1982, compte tenu de l'évaluation de ce qui a été son application depuis son entrée en vigueur et de l'accent mis sur une philosophie de prévention générale intégrée, soutenue par le professeur Figueiredo Dias, responsable de la commission de révision du code.
- b) Création d'une commission interministérielle, où sont représentés les Ministres de la Défense Nationale, des Finances, de l'Administration Intérieure, de la Justice, de l'Education, de la Santé, de l'Emploi et de la Sécurité Sociale, et l'adjoint du Ministre de la Jeunesse, dont le but est de présenter des propositions visant à la concrétisation d'un projet intégré de prévention de la criminalité, comprenant la participation des autorités locales ainsi que des entités du secteur privé.
- c) Création d'une Commission pour la mise en oeuvre du système pénal, composée d'un professeur universitaire, d'un magistrat du Ministère public, d'un avocat, et des dirigeants de la Police Judiciaire, des Services Pénitentiaires, des Services Tutélaires des Mineurs, du Centre d'Etudes Judiciaires, et de l'Institut de Réinsertion Sociale.
Cette commission vise la création ou la mise en oeuvre des mécanismes permettant l'intervention adéquate des différents services de la justice dans les domaines de leur compétence tout au long de la procédure — investigation, jugement et exécution.
- d) Création d'une commission pour la mise en oeuvre du programme du gouvernement "citoyen et justice", visant à une action interactive des différents services de la justice, afin que le citoyen soit dûment informé sur le système et le développement de programmes permettant l'intervention de la communauté de façon organisée.
- e) Création de "Círculos" judiciaires modèles, dans lesquels seront fixés des services d'appui technique aux tribunaux en des domaines tels que la réinsertion sociale, l'investigation criminelle, la médecine

légale, l'expertise en général, la consultation juridique, l'informatique, la documentation, etc., en vue d'une réponse efficace de la Justice.

- f) Expansion des services de réinsertion sociale sur le plan national, en tant que structure d'appui aux tribunaux dans l'application et l'exécution des décisions judiciaires et d'intervention en matière de prévention.

2.1. L'Institut de Réinsertion Sociale et la Politique du Prononcé des Peines

Encadré dans les IDEES de politique criminelle susmentionnées, l'Institut de Réinsertion Sociale développe son activité en conformité avec cette orientation et selon son rôle dans le système de l'administration de la justice: plus précisément, dans le domaine du prononcé des peines, son intervention se traduit par une méthodologie fondée sur la connaissance de l'individu qui va comparaître devant le tribunal, la connaissance de son milieu socio-familial et professionnel et, autant que possible, des caractéristiques de la communauté à laquelle il appartient.

Il prête ainsi un appui technique au magistrat en vue d'une décision judiciaire adéquate, au niveau soit de la phase pré-sentence, soit du choix de la peine ou de son exécution.

Dans le cadre de ces compétences, selon sa méthodologie d'intervention et conscient de son rôle dans le développement des programmes gouvernementaux mentionnés au point 2, nommément celui de la en oeuvre du système pénal et de la création des "círculos" modèle, l'Institut a présenté tout récemment une proposition d'expérience pilote de même qu'il a développé quelques projets qui s'avèrent des contributions importantes pour les décisions judiciaires et parmi lesquels nous pouvons souligner les suivants:

- a) Proposition d'élaboration de rapports sociaux d'exécution rapide, au début du contact de l'individu avec l'appareil de la justice, contenant des éléments d'ordre socio-familial et professionnel, de santé et d'autres aspects importants pour la décision judiciaire sur

l'application de la mesure de coercition, visant à réduire le nombre de détentions préventives.

Ces rapports sociaux sommaires pourront également fonctionner comme un instrument d'appui au tribunal dans le prononcé éventuel d'une peine en procédure sommaire où la célérité empêche le juge de "connaître" l'individu qu'il est tenu de juger.

- b) **Projet de caractérisation des "Circulos" judiciaires** visant à la mise en état des ressources existantes dans la région où s'intègrent les tribunaux avec lesquels les services de réinsertion sociale collaborent déjà ou peuvent collaborer dans l'avenir, soit au niveau de l'Administration Centrale ou Locale, soit de la société civile.

Ce projet comprend aussi la caractérisation sociologique de la région.

On considère qu'une connaissance profonde des communautés où les inculpés s'insèrent permet une plus grande garantie et assurance au magistrat à l'égard de la décision à prendre; d'une autre côté, elle permet une intervention plus adéquate des techniciens de réinsertion sociale, par rapport au traitement des cas concrets.

On peut vérifier que dans les locaux où ce travail est plus développé, la connaissance de ces données par le tribunal encourage les magistrats et leur donne plus de confiance dans l'application de mesures non privatives de liberté.

- c) **Réunions d'évaluation du travail développé** entre les équipes de réinsertion sociale et les magistrats des tribunaux qu'ils appuient, lesquelles se révèlent assez positives au niveau du prononcé des peines.

L'évaluation de l'exécution des mesures faite conjointement par les praticiens et les magistrats mène, parfois, à une réflexion sur l'adéquation et le caractère exécutoire des peines.

2.2. L'Administration Pénitentiaire et la politique du Prononcé des Peines

En tant qu'organisme responsable de l'exécution des mesures privatives de liberté, la Direction Générale des Services Pénitentiaires n'a pas une intervention directe dans le domaine du prononcé des peines.

Tout en essayant de concilier les finalités légalement établies à l'égard de l'exécution des mesures privatives de liberté — réintégration de l'individu, protection de la société — son activité va dans le sens d'offrir au détenu, dès le premier moment, le plus grand nombre possible d'opportunités de resocialisation en vue de minimiser les effets nuisibles de la privation de liberté.

A cet effet, le travail, l'enseignement et, en particulier, les cours de formation professionnelle, organisés en collaboration avec les services de la communauté, sont considérés comme des activités spécialement destinées à favoriser les opportunités de réinsertion.

Des efforts sont également déployés pour maintenir les liens et les contacts avec le monde extérieur. Ainsi, et tout en sauvegardant les exigences de sécurité imposées par une catégorie déterminée de détenus, on développe particulièrement le régime ouvert en tant que modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement.

MARIA DO CARMO COSTA

Institut de Réinsertion Sociale

**LE SYSTEME PENAL PORTUGAIS
ET
LES REGLES DE TOKYO**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/5*

Français
21 août 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of United Nations in any of these respects."

I. PRINCIPES GENERAUX⁽¹⁾

1. Les principes sur lesquelles reposent les règles de Tokyo suivent, fondamentalement, la même ligne des principes sous-jacents au système pénal portugais et aux tendances suivies à présent par ce système⁽²⁾, à savoir:

- L'équilibre entre les droits individuels des suspects, des inculpés et condamnés et la sécurité de la société, la prévention du crime et les intérêts des victimes.
- Les principes de l'humanité et de la défense sociale.
- L'intervention de la société civile comme agent actif dans le système pénal selon une perspective de prévention intégrée.
- Le principe de l'égalité du citoyen.
- La consécration légale d'un ensemble de mesures non privatives de liberté, dont la peine d'emprisonnement doit être la dernière *ratio*.
- Les principes de l'individualisation et de la personnalisation des décisions judiciaires.

(1) Dans l'analyse des règles de Tokyo face au système portugais, on suivra la systématisation du projet lui-même.

(2) On dit fondamentalement, à l'exception de quelques aspects que l'on référera tout au long de l'analyse du document, face aux différents moments procéduraux et selon la systématisation de celui-là.

- Le respect des principes de la Magistrature tout au long du déroulement procédural.
- Le principe de la dignité humaine.

II. PHASE PRE-SENTENCE

1. La non poursuite de l'action pénale

1.1. *Les règles de Tokyo*

Ces principes font appel à la diversion comme manifestation du principe de l'opportunité, traduit par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la police, du Ministère public ou d'autres services de la justice pénale, pour décider de la résolution de conflits hors du domaine de la justice, dans le but de "la protection de la société, la promotion du respect de la loi ou des droits des victimes".

1.2. *Le droit portugais*

La diversion ne s'encadre pas dans le principe de la légalité sur lequel repose le système portugais.

Cependant, dans ce sens-là, on a introduit dans l'actuel Code de procédure pénale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988, comme nuances du principe de l'opportunité, deux mesures qui permettent la non poursuite de l'action pénale et qui sont applicables aux délinquants primaires, dans le cadre de la petite et moyenne criminalité, à savoir:

- Classement du procès — mesure destinée à réduire le trouble occasionné par les dénommés "petits délits", sur la base de la conciliation d'intérêts dans les limites de l'objectivité et de l'impartialité.

Cette mesure est applicable aux cas de crimes punissables d'une peine d'emprisonnement non supérieur à six mois, à l'égard desquels on admet la dispense de la peine (seule admissible si la faute de l'agent est légère et le dommage a été réparé), aussi bien qu'aux cas où la loi admet expressément l'exemption de la peine.

Dans le domaine de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des magistrats, le classement du procès est proposé par le Ministère public et exige l'accord du juge d'instruction.

— Suspension provisoire du procès — consiste à la suspension temporaire du procès pour un délai maximum de deux ans. C'est une mesure applicable aux cas des crimes punissables d'une peine d'emprisonnement inférieur à 3 ans. Tel que le classement, elle est proposée par le Ministère public et autorisée par le juge d'instruction.

Cette mesure requiert l'accord de l'inculpé et de la victime, l'absence d'antécédents criminels et que la faute ait un caractère léger.

La décision de suspension provisoire du procès peut être accompagnée de l'imposition de certaines injonctions et règles de conduite à l'inculpé, similaires aux obligations imposées par le tribunal dans le cadre d'autres mesures de preuve, étant pratique du tribunal demander l'intervention des services de réinsertion sociale aux fins de contrôle et de suivi de l'accomplissement des obligations imposées à l'inculpé.

2. Détention préventive

2.1. Les principes de Tokyo

- La détention préventive est une mesure exceptionnelle, compte tenu du besoin d'investigation du crime présumé commis, de la protection de la communauté et de la victime.

- Elle devra avoir une durée minimum, réduire au strictement nécessaire pour atteindre les buts visés.
- Elle sera appliquée selon les principes de la dignité humaine.
- Il faudra recourir, autant que possible, à des mesures alternatives à la détention préventive.
- Les inculpés devront pouvoir exercer le droit de recours des décisions de détention préventive qui leur soient appliquées.

2.2. *Le droit portugais*

Les principes de Tokyo susmentionnés, relatives à la détention préventive, s'encadrent dans les principes constitutionnels et pénaux portugais en cette matière. Ainsi, selon la législation portugaise, la détention préventive ne peut être appliquée que lorsque toutes les autres mesures de coercition, explicitement prévues dans la loi, se révèlent inadéquates ou insuffisantes; celles-ci sont les suivants:

- Terme d'identité et de résidence;
- Caution;
- Obligation de se présenter périodiquement devant les autorités judiciaires ou les organes de politique criminelle;
- Suspension de l'exercice de fonctions professionnelles et de droits;
- Prohibition de permanence, d'absence et de contacts;
- Obligation de permanence au domicile.

Hors du domaine des mesures de coercition énumérées et explicitement prévues dans la loi, très souvent, les tribunaux portugais sollicitent aux services de réinsertion sociale le suivi d'inculpés qui attendent le jugement sans restriction aucune de leur liberté. Ce suivi (non prévu dans la loi), s'insère, selon la perspective des magistrats qui le demandent, dans le cadre de la prévention, et consiste fondamentalement dans un appui de nature psychosocial qui passe toujours par la libre volonté de l'inculpé.

Il faut souligner, à l'égard du principe sur le caractère exceptionnel de la détention préventive, que la législation portugaise fait la distinction entre la petite et la grande délinquance, exigeant une décision fondée par rapport

aux cas d'individus présumés auteurs de crimes punis d'une peine d'emprisonnement d'un maximum supérieur à huit ans et la pratique de certains illicites pénaux, au cas où le magistrat prend une décision contraire à la privation de liberté.

L'application des mesures de coercition est de la compétence du juge sous proposition du Ministère public, la détention préventive devant en être décidée dans les 48 heures suite la détention.

Les mesures de coercition, y compris la détention préventive, peuvent être révoquées ou remplacées, toutes les fois que l'on vérifie une modification des circonstances le justifiant.

La loi établit le réexamen obligatoire des présupposés de la détention préventive tous les trois mois, cet réexamen pouvant avoir toutefois lieu à tout moment, soit d'office soit sur requête de l'inculpé; la décision du magistrat doit être fondée sur un rapport social élaboré par des services de réinsertion sociale.

III. PROCES ET CONDAMNATION

1. Les rapports sociaux

1.1. *Les principes de Tokyo*

Ces principes envisagent l'élaboration de rapports sociaux dans les termes suivants:

- Toutes les fois qu'il y a la possibilité d'appliquer une mesure non privative de liberté.

- Le contenu devra porter des informations sur le milieu social du délinquant, les circonstances dans lesquelles le délit a été commis et les faits pertinents ultérieurs à la pratique du même.
- Les rapports devront être concrets, objectifs, impartiaux et dûment fondés.

1.2. *Le droit portugais*

Le rapport social se trouve légalement consacré dans le Code de procédure pénale, étant défini comme un document élaboré par des services de réinsertion sociale techniquement compétents pour appuyer les tribunaux dans l'application et de l'exécution de sanctions criminelles, et dont l'action vise à aider le tribunal ou le juge dans la connaissance de la personnalité de l'inculpé, et éventuellement de la victime, y compris son insertion familiale et socioprofessionnelle.

La loi établit la présentation obligatoire de rapports sociaux dans le jugement d'individus âgés de moins de 21 ans, cette présentation étant facultative à l'égard des autres cas.

De l'analyse du Code de procédure pénale et de la pratique judiciaire, on peut constater que le rapport social a été jusqu'ici utilisé par le tribunal comme un moyen de support des décisions judiciaires notamment sur les questions suivantes:

- Choix de la forme de procédure par le Ministère public (procédure commune ou spéciale);
- Application (ou pas) et choix de mesures de coercition;
- Réexamen des présupposés de la détention préventive;
- Décision sur l'éventuelle non poursuite de l'action pénale;
- Choix et mesure de la sanction dans la phase du jugement.

La question sur la sélection des délinquants "candidats" à des mesures non institutionnelles et, en particulier, de nature probatoire, constitue un thème qui mérite toujours une attention spéciale, se révélant de la plus grande utilité la motivation des jugements de pronostic pouvant être formulés. De ce fait, à notre avis, que le rapport social de pré-sentence soit simultanément considéré comme une condition de l'efficacité du traitement

probatoire lui-même, puisqu'il offre des indicateurs utiles à la "sélection" des délinquants pouvant faire l'objet dudit régime, et un instrument d'information sur les conditions pratiques d'exécution, dans les cas pertinents.

De souligner que le droit portugais a consacré, dans le Code de procédure pénale de 1988, un autre instrument auxiliaire du tribunal dans les décisions judiciaires relatives à l'inculpé, lequel vise à une évaluation de la personnalité de celui-ci, notamment de ses caractéristiques psychiques, indépendamment des causes pathologiques, aussi bien que de son degré de socialisation — l'expertise de la personnalité.

2. Les peines

2.1. *Les Principes de Tokyo*

Dans le domaine des peines, ces principes font appel à une vaste panoplie de mesures non privatives de liberté, dans le sens d'éviter les peines institutionnelles. Les principes visent comme objectifs à atteindre à travers la décision judiciaire:

- La nécessité de réinsertion du délinquant;
- La protection de la société;
- L'intérêt de la victime.

Et ils peuvent prendre les formes suivantes:

- Admonestation;
- Liberté conditionnelle ou définitive;
- Peines privatives de droits;
- Peines économiques et pécuniaires telles que l'amende, les jours-amende, la saisie ou l'expropriation;
- Dédommagement ou indemnisation de la victime;
- Sursis à l'exécution de la peine avec suivi;
- Régime de mise à l'épreuve et contrôle judiciaire;

- Prestation de travail au bénéfice de la communauté;
- Semi-liberté;
- Détention périodique;
- Placement dans un établissement ouvert;
- Placement dans un foyer;
- Toute autre forme de traitement en milieu ouvert.

Les principes de Tokyo font noter que les Etats membres devront développer des nouveaux types d'intervention en milieu ouvert.

2.2. *Le Droit Portugais*

La philosophie sous-jacente à la réforme pénale de 1982 a amené à la construction d'un système punitif fondé sur l'idée selon laquelle la privation de liberté physique doit être considérée comme dernière *ratio* en ce qui concerne la petite et la moyenne criminalité. C'est ainsi que, dans le choix de la peine il a été légalement adopté un critère d'orientation selon lequel le magistrat doit donner de la préférence, dument fondée, à a peine non privative de liberté.

Le régime punitif des mesures non privatives de la liberté intègre tout un ensemble diversifié de réactions pénales dont la limite maximum prend comme référence la peine d'emprisonnement, concrètement applicable, non supérieure à trois ans, et peuvent acquérir les modalités suivantes:

- Dispense de la peine;
- Admonestation;
- Amende;
- Prestation de travail au bénéfice de la communauté;
- Sursis à l'exécution de la peine;
- Régime de mise à l'épreuve.

Le Code Pénal consacre aussi quelques mesures de semi-détention qui visent à créer un régime intermédiaire entre l'emprisonnement continu et le traitement en milieu ouvert, dans le cas où toute autre mesure non priva-

tive de liberté se révèle inadéquate et au crime correspond une peine d'emprisonnement inférieure à trois mois.

Ces peines visent à éviter des troubles sur les plans familial et professionnel, et simultanément, à garantir la possibilité de dédommagement de la victime, à travers du maintien de la relation de travail (de l'inculpé).

Elles sont:

- La semi-détention qui consiste dans une privation de liberté qui permet au condamné de poursuivre son activité professionnelle au moyen de congés strictement destinés à l'accomplissement de ses devoirs. Pour l'application de cette mesure il est nécessaire l'assentiment du condamné.
- L'emprisonnement pendant les jours libres qui consiste dans la privation de la liberté en des périodes correspondant aux fins-de-semaine.

IV. EXECUTION DES PEINES

1. Dispositions relatives à l'exécution des peines

1.1. *Les principes de Tokyo*

Les principes font appel à ce que les autorités compétentes disposent d'un vaste ensemble de mesures alternatives à la peine d'emprisonnement, de façon à permettre un traitement individualisé en vue d'éviter l'emprisonnement et de permettre la réinsertion du délinquant dans la société. Parmi ces mesures, on peut citer les suivantes:

- Autorisation de sortie de l'établissement pénitentiaire et placement en foyer de réinsertion;

- Autorisation spéciale sous caution personnelle;
- Sortie pour travailler ou fréquenter l'enseignement scolaire;
- Liberté conditionnelle;
- Réduction de la peine;
- Amnistie.

Il faut souligner que les différents régimes de liberté conditionnelle seront appliqués par l'entité compétente sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou toute autre autorité compétente à l'effet, l'hypothèse de concession de ces mesures devant être envisagées aussitôt que possible.

1.2. *Le Droit portugais*

La réforme du droit pénitentiaire de 1979 (Décreto-Loi n.º 265/79, du 1^{er} août, avec les modifications apportées par le Décret-Loi n.º 49/80, du 22 mars) a consacré un ensemble diversifié de mesures destinées à réduire les effets criminogènes reconnus aux institutions totales et à encourager l'idée de prison ouverte, sans pour autant cesser de garantir les systèmes de sécurité particulièrement nécessaires à certaines catégories de délinquants.

Ultérieurement, le Code de procédure pénale est venu réaffirmer les valeurs innées des réformes pénitentiaire et pénale et législation complémentaire de caractère procédural, elle aussi publiée en 1982, par la reformulation de certains aspects visant à souligner les finalités de la réinsertion sociale, particulièrement, en ce qui concerne l'importance de l'élaboration d'un plan individuel de réadaptation pendant l'exécution de la peine d'emprisonnement ayant pour objet la resocialisation du condamné et sa préparation pour le moment de la liberté.

En tant que mesures de flexibilisation et de modification de la peine d'emprisonnement, comme manifestation de la philosophie susmentionnée, la législation portugaise consacre:

- La liberté conditionnelle, période de transition entre l'emprisonnement et la liberté pendant lequel le délinquant peut récupérer le sens de la responsabilité de l'insertion dans la société, normalement affaibli en raison de la reclusion.

Il est fréquent la décision de liberté conditionnelle, prononcée par le tribunal d'exécution des peines, imposer certaines obligations dont l'accomplissement doit être suivi par les services de réinsertion sociale. Cette période fonctionne donc comme une période d'épreuve, pendant laquelle le tribunal d'exécution des peines est tenu informé par des rapports sur l'exécution de la mesure.

Terminé le délai fixé par le tribunal sans qu'aucune anomalie ne se soit vérifiée, celui-ci peut déterminer l'extinction de la peine.

Le régime ouvert est une modalité de l'exécution de la peine privative de liberté introduite par la réforme pénitentiaire de 1979.

Par décision des organes compétents de l'administration pénitentiaire, il a été établi une différence entre le régime ouvert à l'intérieur et le régime ouvert à l'extérieur.

Le premier consiste dans un régime ouvert aux individus accomplissant une peine d'emprisonnement qui leur permet de se déplacer librement et d'exercer certaines tâches à l'intérieur de l'établissement pénitentiaire.

Le régime ouvert à l'extérieur consiste dans des sorties du détenu de l'établissement pénitentiaire pour l'exercice d'une activité en milieu libre, de nature professionnelle, scolaire ou de formation.

Soit au niveau des diligences préparatoires en vue de la sélection des cas, soit au niveau du suivi pendant le régime ouvert, l'intervention des services de réinsertion sociale se traduit par l'élaboration, en collaboration avec l'administration pénitentiaire, des informations et des rapports respectifs. Les rapports d'exécution doivent contenir des observations sur le comportement laboral ou scolaire et l'assiduité, ainsi que tout autre élément jugé pertinent ayant été recueilli à la suite de contacts personnels avec l'employeur ou l'établissement scolaire et/ou de formation professionnelle.

- Le permis de sortie temporaire de l'établissement sans garde, constitue une autre des catégories de mesures intégrées dans la flexibilisation du traitement pénal ou dans la phase de préparation pour la liberté.

Outre les jugements de pronostic qui prennent tout particulièrement en considération des raisons de sécurité, de protection de l'ordre public, de prévention, etc., les autorités responsables devront également obtenir des informations sur les conditions familiales et de logement à l'extérieur, la réaction de la communauté, etc., lesquelles seront fournies par les services de réinsertion sociale.

L'esprit et la lettre de la loi indiquent, d'autre part, que ces mesures ne doivent pas être seulement accessibles aux individus dont les conditions sociales et économiques soient plus favorables; il faudra promouvoir une politique d'aide sociale et économique destinée à ceux qui, aussi dans ce domaine, subissent plus gravement les conséquences de situations sociales et économiques très déficitaires. Il s'agit, une fois de plus, du principe de l'égalité dans le traitement pénal et du besoin d'éviter que des circonstances de caractère économique restreignent l'accès aux moyens de flexibilisation permis.

Nous nous sommes bornés à souligner quelques-unes des mesures les plus importantes de la philosophie du traitement pénitentiaire, auxquelles il importe aussi ajouter d'autres questions, comme par exemple:

- de la réorientation de la discipline du traitement pénitentiaire;
- de l'occupation des temps libres et de l'action psychosociale des groupes;
- du développement d'actions spécifiquement orientées vers le traitement de détenus ayant des problèmes de consommation de drogues et de toxicodépendance.

Il y a encore lieu de mentionner la mesure de grâce et l'amnistie, des mesures prévues dans la Constitution et dans le Code pénal qui consistent dans le pardon de la peine d'emprisonnement entraînant son extinction.

V. EXECUTION DU TRAITEMENT EN MILIEU OUVERT

1. Contrôle et surveillance

1.1. *Les principes de Tokyo*

Le contrôle, lorsque demandé, est exercé par une autorité compétente, dans les limites fixées par la loi.

- Les délinquants bénéficient d'assistance psychologique, sociale et matérielle visant à faciliter leur réinsertion. Il faudra déterminer le régime de surveillance du traitement le plus adéquat au délinquant auquel est appliquée une mesure non privative de liberté.

Les mesures prises doivent faire l'objet de révisions périodiques et adaptations nécessaires, si c'est le cas.

La durée des mesures non privatives de liberté ne doit pas dépasser le délai établi par l'autorité compétente, conformément à la législation en vigueur.

Toute mesure non privative de liberté cesse lorsque le délinquant accomplit les obligations qui lui ont été imposées.

L'entité compétente établit les conditions qui doivent être accomplies par les délinquants auxquels a été appliqué une mesure non privative de liberté, compte tenu des nécessités de la société et des nécessités et des droits des délinquants.

Ces conditions sont pragmatiques, précises et au nombre le plus réduit que possible — selon le principe de la nécessité —, en vue d'éviter la récidive et d'assurer la réinsertion sociale.

Les règles de conduite peuvent être modifiées par l'entité compétente, aux termes de la loi, en fonction de l'évolution du délinquant.

Le non accomplissement des obligations peut déterminer la révocation de la décision judiciaire en ce qui concerne le traitement en milieu ouvert.

- Toutes les fois qu'on conclue à la nécessité d'un traitement, il faudra analyser, dans la mesure du possible, les antécédents, la personnalité, les aptitudes, l'intelligence et les valeurs du délinquant, et en particulier, les circonstances qui ont conduit à l'acte reprochable; il faudra aussi, d'autre part, établir une bonne relation avec le délinquant.
- L'autorité compétente pour le suivi du délinquant devra faire appel aux ressources de la collectivité aussi bien qu'aux éléments de socialisation tels que la famille, le quartier, l'école, l'entreprise, les obligations religieuses et sociales.
- Il convient, aux fins de l'exécution des mesures non privatives de liberté, d'utiliser plusieurs solutions telles que les méthodes indivi-

dualisés, la thérapie de groupe, les programmes avec des foyers et le traitement spécialisé de différentes catégories de délinquants, en vue d'une réponse plus efficace.

- Le traitement est suivi par des experts compétents, diplômés en sciences sociales et en sciences du comportement.

Par ailleurs, il s'avère convient de profiter au maximum des compétences des non spécialistes et des volontaires.

- Les cas attribués à chaque technicien doivent être en nombre raisonnable de façon à ce que l'efficacité des programmes ne soit pas compromise.
- L'entité compétente ouvre et tient dument à jour un dossier pour chaque délinquant.
- Au debut de l'application d'une mesure non privative de liberté, il faudra expliquer au délinquant, en toute clareté, le programme et ce qu'on attend de lui, ainsi que les conséquences du non accomplissement des obligations qui lui ont été imposées para décision judiciaire.
- Le non accomplissement des règles de conduite peut déterminer la modification ou la révocation de la décision relative à la mesure non privative de liberté, mais seulement à la suite d'une analyse détaillée des faits presentés par l'agent de preuve et par le délinquant, puisqu'il peut exister une justification pour le non accomplissement.

L'autorité judiciaire doit chercher toujours une autre mesure non privative de liberté plus adéquate, et ce n'est qu'en absence de solutions alternatives qu'elle doit opter pour le prononcé d'une mesure privative de liberté.

- Au délinquant devra être accordé le droit de porter recours d'une décision de modification ou de révocation de la mesure non privative de liberté.

1.2. *Le droit portugais*

L'individualisation du traitement probatoire est garantie par les obligations fixées dans la décision judiciaire et par le plan individuel de réadaptation (consacré dans la loi pénale), lequel peut être élaboré par le tribunal, si celui-ci est en état de faire à l'occasion du jugement, ou par un technicien de réinsertion sociale. Dans ce cas-ci, le plan sera homologué par le tribunal afin de garantir qu'aucune restriction à la liberté individuelle ne sera imposée par décision d'un organe de nature purement administrative.

- Le plan individuel de réadaptation peut être modifié en raison de l'évolution du cas suivi, la loi exigeant que ces modifications soient toujours homologuées par le tribunal.
- Le suivi et le contrôle réalisés par le technicien de réinsertion sociale dans le cadre des mesures non privatives de liberté se déroulent selon le plan susmentionné, sur la base du diagnostic de la situation et compte tenu des obligations et de la durée de la mesure.

Le plan établit les objectifs à atteindre relativement au délinquant ainsi que les stratégies et les méthodologies d'intervention les plus adéquates.

Pendant l'accomplissement de la mesure, le technicien de réinsertion sociale doit élaborer et envoyer des rapports périodiques au tribunal, afin de le renseigner sur l'évolution de l'exécution de la mesure et, à la fin de celle-ci, un rapport global d'évaluation des objectifs de réinsertion sociale atteints.

- A travers les rapports d'exécution, le tribunal possède des éléments lui permettant de procéder à une analyse correcte et à une évaluation des facteurs ayant mené l'inculpé au non accomplissement des devoirs — si c'est le cas — et il pourra décider, en cas de régime de mise à l'épreuve, pour lui faire un avertissement solennel, proroger le délai du régime ou révoquer la mesure.

VI. PERSONNEL

1. Recrutement

1.1. *Les principes de Tokyo*

Ces principes attirent l'attention vers certains aspects ayant trait au recrutement du personnel compétent pour le suivi de l'exécution des mesures non privatives de liberté, que nous mentionerons ensuite:

- Principe de la non discrimination en raison de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, de l'idéologie politique, de l'origine ethnique, sociale ou économique ou de tout autre motif.

Cependant, à l'égard de certains cas, la politique de recrutement devra tenir compte des politiques d'action nationales en faveur des groupes défavorisés et de la diversité de délinquants en régime de surveillance.

- Les personnes chargées de l'exécution des mesures de traitement en milieu ouvert devront être idoines et posséder des connaissances basiques dans le domaine des sciences sociales et du comportement aussi bien que de l'expérience pratique.

Ces qualifications seront clairement définies.

- Pourqu'il soit possible le recrutement et le maintien de personnel qualifié, les personnes choisies devront travailler à temps complet comme agents de l'Etat, jouir d'une rémunération et bénéfices adéquats, proportionnels à la nature de leur travail, et avoir la possibilité d'une meilleure qualification et perspectives de carrière. Des conditions similaires devront être créées pour les experts travaillant à temps partiel.

1.2. *Le droit portugais*

Le principe de l'égalité, applicable aussi à l'accès au travail, est garanti par les principes constitutionnels portugais.

Les techniciens de réinsertion sociale responsables de l'exécution des mesures non privatives de liberté sont des fonctionnaires publiques, de la carrière des techniciens supérieures, ayant une formation en service social, psychologie, droit et anthropologie. Les services de réinsertion sociale disposent d'une structure déconcentrée, composée de Délégations Régionales qui comprennent plusieurs équipes de base pluridisciplinaire dont la composition suit les formations susmentionnées et qui aident les tribunaux dans l'exécution des mesures non privatives de liberté.

Les techniciens sont recrutés selon un profil professionnel établi auparavant par l'institution, comportant un ensemble d'exigences au niveau des capacités intellectuelles, des caractéristiques de la personnalité, des appétences, des attentes et de la motivation pour la fonction à remplir.

Le processus de sélection est fait à travers d'un examen psychologique dont le but est de but d'évaluer l'ensemble des caractéristiques du candidat pour les exigences de la fonction.

Dans cet examen, une particulière attention est consacrée au comportement au moyen de techniques d'observation. Au-delà de cet examen, les candidats sont soumis à une preuve de culture générale dont l'accent tonique est mis sur le domaine auquel ils se candidatent.

En ce qui concerne le principe de Tokyo relatif à la nécessité de personnel avec de l'expérience professionnelle, il y a lieu de mentionner que, étant les services de réinsertion sociale relativement récents au Portugal, il n'y a pas, par conséquent, des techniciens ayant une large expérience.

C'est pourquoi l'institution mène une politique de formation en vue d'éliminer les éventuelles insuffisances toujours existantes et d'obtenir les niveaux de qualification voulus.

2. Formation du personnel

2.1. Les principes de Tokyo

En ce qui concerne la formation, les principes de Tokyo vont dans le sens d'une formation régulière au moyen de la formation continue et des

actions de recyclage rendant possible l'information continue du personnel sur les nouveaux savoirs en matière de traitement en milieu ouvert.

Ainsi, à travers ces actions, les techniciens devront:

- Prendre conscience de leurs responsabilités en matière de réinsertion sociale aussi bien que de la protection des droits des délinquants et de la protection de la société.
- Coopérer et coordonner des actions avec d'autres entités dont le domaine d'action soit similaire ou complémentaire de celui des services de réinsertion sociale.

2.2. *La pratique portugaise*

- Au Portugal, les techniciens de réinsertion sociale sont, comme nous l'avons déjà dit, des licenciés dans les domaines des sciences humaines et sociales, notamment en psychologie, service social, droit, sociologie et anthropologie. Les services leur assurent une formation professionnelle complémentaire convenable à la spécificité des fonctions à remplir, notamment en ce qui concerne l'encadrement juridique de leurs activités, méthodologies, techniques et pratiques d'intervention et de travail interdisciplinaire.
- Il y a lieu de mentionner la pratique institutionnelle de réunions d'équipe hebdomadaires pour la discussion des cas, qui sont orientées par les coordinateurs respectifs et s'intègrent dans le cadre de la formation continue.
- En matière de méthodologie d'intervention, les techniciens de réinsertion sociale s'articulent et coopèrent avec d'autres institutions de l'Administration centrale, notamment avec les structures de la Sécurité Sociale, de l'Emploi et Formation Professionnelle, de la Santé, en particulier en matière de toxicodépendance et de santé mentale, les structures de l'Education et les autorités policières; de l'Administration locale dans ses différents niveaux; avec d'autres institutions telles que de solidarité sociale, religieuses, associations sportives, culturelles, associations de quartier, fondations, entreprises, etc..

VII. VOLONTAIRES ET AUTRES RESSOURCES DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

1. Participation de la société civile

1.1. *Les principes de Tokyo*

La société civile est une source essentielle et on appelle à sa participation dans la mesure où elle est l'un des moyens les plus importants de rattacher les liens entre les délinquants soumis à des mesures non privatives de liberté et leurs familles et communautés.

Cette participation doit être dynamisée par les services responsables de l'administration de la justice pénale.

La participation de la société civile doit être envisagée comme une façon pour les citoyens de contribuer eux-mêmes à la protection de leur société.

Les pouvoirs publics, le secteur privé et toute la collectivité doivent encourager les organisations volontaires à participer à l'exécution des mesures non privatives de liberté.

Des conférences, séminaires, symposiums et d'autres activités doivent être organisés afin de sensibiliser la société vers l'importance de leur intervention.

Les médias doivent être utilisés dans le but d'obtenir une attitude positive menant à l'organisation d'activités susceptibles de favoriser la réinsertion des délinquants en milieu ouvert.

La société civile doit être informée sur l'importance de son rôle dans l'exécution des mesures non privatives de liberté.

1.2. *Le droit portugais*

Le système de l'administration de la justice pénale portugaise assure, de façon claire, la participation de la société civile aux mesures non privatives de liberté.

Ainsi, cette politique est consacrée dans différents préceptes de la loi pénale et procédurale pénale, de la loi organique de l'Institut de Réinsertion Sociale, aussi bien que dans des règlements, en particulier ceux concernant le plan annuel d'activités et les accords de coopération.

Dans ce sens, l'exécution de mesures non privatives de liberté consacrées dans le système pénal portugais, notamment, la suspension provisoire de la procédure, la prestation de travail au bénéfice de la communauté, le sursis à l'exécution de la peine, le régime de mise à l'épreuve et la liberté conditionnelle, se déroule au moyen de l'abord systémique et interactif de la situation du délinquant d'après un plan individuel de réadaptation aux niveaux individuel, de groupe socio-familial et communautaire.

Cette méthodologie exige une action intégrée et globale, ayant pour but de maximiser l'efficacité des moyens disponibles des différentes entités publiques ou privées et des groupes de volontaires.

Dans le cadre de l'activité de l'Institut de Réinsertion Sociale depuis 1983, et tout particulièrement en 1988, l'évaluation de l'exécution de mesures alternatives à la emprisonnement, avec recours à l'utilisation des moyens et équipements des communautés locales, nous révèle l'existence d'une attitude de réceptivité, de collaboration et même de co-responsabilité de la société civile.

Dans la phase actuelle de mise en oeuvre de l'exécution de mesures non privatives de liberté, des projets et des actions d'inventaire des ressources, d'information et de sensibilisation ont commencé à se développer au niveau des communautés locales.

En vue de la participation volontaire d'entités collectives et individuelles, notamment, à des projets et à des actions de réinsertion sociale et de prévention criminelle, il s'avère indispensable, à côté de l'utilisation des média et de programmes de sensibilisation, le recrutement et la formation initiale et continue des volontaires, la création d'une assurance pour couvrir les risques d'accidents personnels et la possibilité de compenser les dépenses découlant de la prestation de travail volontaire; des solutions qui ne sont pas encore consacrées au Portugal.

VIII. INVESTIGATION, PLANIFICATION, ELABORATION DE POLITIQUES D'EVALUATION

1. Investigation, évaluation des mesures appliquées, articulation avec les autres organismes et coopération internationale

1.1. Les principes de Tokyo

En ce qui concerne les mesures mentionnées au point 1., sont établis comme principes:

- Le développement de l'investigation en matière de traitement de délinquants en milieu ouvert, les services qui procèdent à l'investigation et à l'information devant être intégrés dans le système de la justice pénale afin de pouvoir mieux analyser les données importantes sur l'exécution des mesures non privatives de liberté.

L'investigation et l'évaluation devront être obtenues en vue d'une planification adéquate, de l'application des mesures les plus efficaces et de l'appréciation des objectifs visés et si ceux ci sont atteints.

Les pays devront échanger leurs connaissances et les résultats de leurs investigations dans le domaine du traitement de délinquants en milieu ouvert.

Les services responsables de l'exécution des mesures non privatives de liberté devront fonctionner en étroite liaison avec les services responsables du développement social et de la protection sociale — soit gouvernementaux soit non gouvernementaux — liés à la Santé, à l'Education, au Travail et à la Communication Sociale.

Les Etats membres devront renforcer l'échange au niveau de l'investigation, de la formation, de l'assistance technique ou de l'information au moyen des instituts régionaux et inter-régionaux, en étroite collaboration avec le service de prévention du crime et de la justice pénale de l'Organisation des Nations Unies.

1.2. La pratique portugaise

Comme nous l'avons déjà dit, l'ensemble de mesures non privatives de liberté prévues dans la loi pénale portugaise est récent. De ce fait, qu'au niveau de l'investigation et de l'évaluation de leur application, les données recueillis jusqu'à présent ne soient ni significatives ni suffisantes à des études plus approfondies sur cette matière. Cependant, en ce qui concerne les mesures appliquées, l'Institut de Réinsertion Sociale procède à l'analyse des décisions judiciaires qui appliquent des mesures non privatives de liberté et à leur exécution, visant à des études ultérieurs sur ce sujet.



MARIA JOSÉ DE MATOS

Direction-Générale des Services Pénitentiaires

**LES PRINCIPES FONDAMENTAUX
POUR LE TRAITEMENT
DES DETENUS**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/6*

Français
21 août 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

TABLE DES MATIERES

PRINCIPES FONDAMENTAUX POUR LE TRAITEMENT DES DÉTENUIS

1. Principes généraux de l'ordre juridique portugais en matière d'exécution des mesures privatives de liberté.

2. Problèmes soulevés par l'exécution des mesures privatives de liberté.

3. Exécution des mesures privatives de liberté: la philosophie de l'exécution. Actions entamées.

PRINCIPES FONDAMENTAUX POUR LE TRAITEMENT DES DÉTENUS

1. Principes généraux de l'ordre juridique portugais en matière d'exécution des mesures privatives de liberté

1. Le Décret-Loi n.º 265/79 de 1.8.1979, texte qui régleme l'exécution des mesures privatives de liberté, s'est inspiré, d'après la lettre de son préambule, des recommandations soit des "Règles Minima des Nations Unies pour le Traitement des Détenus", soit des règles issues du Conseil de l'Europe.

2. Les principes fondamentaux qui doivent orienter l'exécution des mesures privatives de liberté, se trouvent donc réfléchis dans les dispositions dudit Décret-Loi.

3. Tout d'abord, dans les articles 2 à 5 du texte susmentionné, sont énoncés les principes du respect de la dignité de la personne humaine; de l'impartialité dans l'exécution de ces mesures; du respect des droits de la personne à l'égard des détenus, dans la mesure où ces droits n'aient pas été affectés par l'étendue du jugement condamnatore; est aussi reconnu le besoin d'encourager la participation du détenu à sa resocialisation et bien aussi la collaboration de la société dans la réalisation de ce but, tout en encourageant l'accès au travail, à la culture et au plein développement de sa personnalité.

4. Reconnaissant en outre le besoin d'éviter les effets nuisibles entraînés par la privation de la liberté, il est recommandé de rapprocher, autant que possible, l'exécution des conditions de la vie en liberté.

2. Des problèmes soulevés par l'exécution des mesures privatives de liberté

5. Dans son activité, l'Administration pénitentiaire se heurte à plusieurs difficultés; on peut souligner, en particulier, celles découlant de la surpopulation des prisons.

En effet, pendant ces derniers cinq, six ans, l'on vérifie un surpeuplement des établissements pénitentiaires, ses conséquences néfastes se réfléchissant sur les conditions de logement, notamment, sur l'impossibilité de séparer certaines catégories de délinquants; sur la difficulté de mener à bout les activités estimées nécessaires à la resocialisation des détenus; sur les rapports entre le personnel et les détenus; enfin, sur tout le climat pénitentiaire.

3. L'Exécution des mesures privatives de liberté: La philosophie de l'exécution. Des actions entamées

6. Cependant, et malgré toutes ces difficultés, l'administration pénitentiaire cherche à assurer au détenu un traitement en vue de sa réintégration sociale.

7. Pendant les dernières années, l'idée du traitement thérapeutique — lequel, une fois appliqué, devrait entraîner automatiquement la “guérison” du détenu — a été abandonnée.

Aujourd'hui on accepte une conception plus réaliste du traitement pénitentiaire, présente dans les règles pénitentiaires européennes de 1987: “offrir aux détenus la possibilité d'améliorer leurs connaissances et leurs compétences et d'accroître ainsi leurs chances de réinsertion dans la société après leur libération” (règle 65 d.).

8. Le terme “traitement” comprend, ainsi, toutes les mesures et activités nécessaires à encourager et à favoriser la réinsertion sociale: formation professionnelle, enseignement, travail, loisirs, appui médical et psychologique, contacts avec le monde extérieur.

9. Pendant les dernières années, au-delà des actions concernant l'enseignement et le travail, ont surtout été réalisés des cours de formation professionnelle. A ce sujet-là, nous devons souligner la création du "Centre Protocolaire de Formation Professionnelle pour le Secteur de la Justice", qui pour mieux répondre aux besoins permanents de la formation professionnelle, a conclu un protocole avec l'Institut de l'emploi et de la Formation Professionnelle du Ministère du Travail.

10. En ce qui concerne le domaine de la santé, les besoins d'appui dans les aires de la psychiatrie et de la toxicodépendance ont mérité une attention toute spéciale, aboutissant à la création de la "Clinique de Psychiatrie et de la Santé Mentale"; il a été de même pour la question des maladies transmissibles comme le SIDA et l'Hépatite B.

11. Pour ce qui est de ce dernier aspect, au-delà de la distribution de matériel informatif, des sessions d'éclaircissement ont été réalisées, en collaboration avec les services médicaux de la communauté, à l'intention soit des détenus, soit du personnel des établissements.

12. En 1987, a eu lieu une action de portée nationale, volontaire, pour le dépistage du SIDA, de l'hépatite B et de la syphilis.

A ce moment, une autre action de ce genre est en cours dans les établissements du nord du pays.

13. Les détenus séropositifs sont maintenus au sein de la communauté pénitentiaire, sans faire l'objet d'aucune ségrégation, mais plutôt au contraire, d'un plus grand appui de la part des services de l'établissement pénitentiaire. Il leur est permis de se déplacer afin de consulter un psychologue dans les hôpitaux civils.

14. Le souci de maintenir les contacts du détenu avec le monde extérieur se manifeste par une large possibilité de recevoir des visites, de la correspondance, des journaux, de la télévision et surtout, par l'accord de congés pénitentiaires. Le décret-loi 265/79 consacre un vaste système de congés pénitentiaires qui sont accordés soit par l'administration pénitentiaire, soit par les tribunaux d'exécution des peines; ces congés, du fait de

soulager les conditions de la détention, permettent au détenu de maintenir des liens familiales, sociaux et bien souvent, professionnels.

15. Enfin, dans cette ligne de préoccupations, l'administration pénitentiaire développe, en tant que modalité d'exécution de la peine, le régime ouvert.

En ce moment, à peu près 15% de la population condamnée se trouve sous ce régime.

Tout en sauvegardant les exigences de sécurité, on a récemment élargi son champ d'application de façon à permettre qu'un plus grand nombre de détenus puissent en bénéficier.

16. Dans les cas des peines privatives de liberté de courte durée, le régime ouvert à l'extérieur présente bien plus d'avantages, dans la mesure où il permet au détenu de poursuivre ses études ou son travail à l'extérieur de l'établissement pénitentiaire sans pour autant impliquer la rupture de certains liens.

FÁTIMA VIEGAS

Bureau de Documentation et Droit Comparé

**PREVENTION ET LUTTE CONTRE
LE CRIME ORGANISE**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/7*

Français
21 aout 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

1. Introduction

Ce travail concerne la lutte et la prévention contre les associations criminelles.

A ce sujet on fera un bref aperçu de l'évolution juridique portugaise, jusqu'à l'autonomisation de ce crime dans l'actuel Code Pénal.

Du Code de Procédure Pénale on essayera de détacher les aspects les plus importants, à l'égard de sa spécialité dans le combat à la criminalité organisée, notamment des normes dites exceptionnelles.

En ce qui concerne la prévention on mentionnera en particulier, vu son importance, les moyens de combat au trafic de drogues.

Finalement, on dressera quelques considérations dans le domaine de la coopération internationale.

2. La Loi Pénale

2.1. Evolution Juridique

L'histoire juridique du concept d'association criminelle est l'histoire de son affirmation comme crime autonome, en réponse à l'évolution de la criminalité organisée qui a de nos jours, beaucoup plus de signification que dans le passé.

Le Code Pénal de 1852 prévoyait déjà, dans son article 263, l'association de malfaiteurs, ayant pour but attaquer les personnes ou, endomma-

ger les propriétés. En dehors de sa prévision restaient les intérêts de la défense de l'Etat.

Après la réforme pénale de 1886, ce crime a subi une évolution. Prévu, maintenant dans l'article 263 du Code Pénal de 1886, l'incrimination a été élargie en y étant comprises toutes les associations dont le but est de commettre des crimes. Ainsi, tous les crimes pouvaient être à l'origine d'une association de malfaiteurs et non seulement les crimes contre les personnes ou les propriétés. Cet élargissement a eu, comme objectif principal, la poursuite de la criminalité politique.

D'après une autre modification introduite par le code de 1886, nonobstant le fait que l'on continue à considérer l'association comme une entité autonome distincte donc de ceux qui l'intègrent, on exige seulement que l'existence de l'association se manifeste par convention ou par d'autres faits et non plus que son organisation soit manifeste. Cette modification va dans les sens d'accompagner l'évolution de ce type de criminalité, car on reconnaît que les associations ne sont plus maintenant nécessairement créée avec une structure organisatoire, une hiérarchie, ou une discipline, qui puissent être vérifiables à partir de l'extérieur.

Ainsi, on reconnaît que la simple vérification de l'existence d'une association créée pour commettre des crimes est suffisante pour que l'on puisse affirmer être devant une association criminelle.

2.2. Le Code pénal actuel

Les modifications récentes dans le phénomène de la criminalité organisée, surtout de la criminalité violente, ont contribué décisivement à ce que l'on aboutisse à la solution consacrée dans le Code Pénal de 1982.

En dépit des projets de 1966 et de 1979, la dernière commission de révision du Code Pénal, a décidé de prévoir séparément les associations criminelles et les organisations terroristes. C'est cette orientation qui a été accueillie dans l'actuel Code Pénal de 1982, lequel est entré en vigueur en 1983.

Effectivement, l'augmentation du terrorisme de nature politique dans les années soixante, a conduit à l'adoption d'une législation spéciale pour combattre ce phénomène. On distingue, ainsi, entre les organisations terroristes et les associations criminelles, selon le but visé.

C'est l'article 287 du Code pénal qui concerne les associations criminelles en libellant:

- “1. Celui qui fonde un groupement, une organisation ou association dont l'activité vise la commission d'infractions, est puni d'une peine privative de liberté de 6 mois à 6 ans.
2. Encourt la même peine celui qui devient membre d'un tel groupement, d'une telle organisation ou association, ou celui qui l'aide, notamment en lui fournissant des armes, des munitions, des instruments du crime, des lieux de garde ou de réunion, ou toute autre aide au recrutement de nouveaux membres.
3. Encourt une peine privative de liberté de 2 à 8 ans celui qui mène ou dirige les groupements, organisations ou associations visées par les paragraphes précédents.
4. Les peines mentionnées peuvent être librement atténuées, ou même ne pas être prononcées, lorsque l'auteur empêche la continuation des groupements, organisations ou associations, ou qu'il fait, en temps utile, des révélations sur leur existence à une autorité, de sorte que la commission des infractions puisse encore être empêchée.”

2.2.1. Le bien juridique protégé par cet article est, selon certains auteurs, la paix publique tandis que pour d'autres est l'ordre public.

Ce bien est protégé, non seulement quand la sécurité publique est mise en cause par la commission de crimes par l'association criminelle, mais aussi quand elle ne l'a pas encore fait. C'est que, on considère que la seule existence d'une association dont le but est celui de la perpétration de crimes représente un danger. Effectivement, on croit que ces associations rendent la commission des crimes pour la pratique desquels elles sont créées, beaucoup plus facile, car elles ont des moyens de planification et d'exécution supplémentaires.

C'est ainsi que le type de crime prévu par cet article est un crime de danger en abstrait.

2.2.2. Le type objectif du crime consiste, donc, d'après l'article 287: à fonder un groupement, organisation ou association dont l'activité vise à la pratique d'infractions, à devenir membre d'un tel groupement, à l'aider en lui fournissant des armes, des munitions, des instruments du crime, des lieux de garde ou de réunion, ou toute autre aide au recrutement de nou-

veaux membres, aussi bien qu'à mener ou diriger ces groupements, organisations ou associations.

Pour que l'on vérifie l'existence d'une association, au sens de l'article 287, il est nécessaire qu'on se trouve dans une situation où le rassemblement de volontés des participants soit à l'origine de la création d'une réalité autonome, différente et supérieure aux volontés et intérêts de ses membres singulièrement considérés et où les actions soient menées dans l'intérêt et au nom du groupe. C'est par la vérification de l'existence d'une telle situation, qu'on distingue les cas d'association criminelle des cas de participation.

Cette entité — l'association criminelle — doit avoir certaines caractéristiques: une pluralité de personnes, une certaine durée, un minimum de structure organisationnelle, une procédure collective de formation de la volonté, et le sentiment commun de liaison de la part des membres de l'association à l'entité à laquelle leur activité se rapporte.

Le but de l'organisation doit être la pratique d'infractions. Donc, il n'est pas nécessaire que des infractions aient déjà été commises ou que l'activité criminelle soit le seul but de cette organisation. Il n'est pas non plus nécessaire que les crimes aient été commis par les membres de l'organisation, il étant suffisant que l'organisation apporte son soutien à la pratique de ces crimes.

Sur la question de savoir à quelles catégories d'infractions l'article 287 est applicable, la doctrine n'est pas pacifique. On peut considérer que l'article se réfère seulement aux infractions prévues dans le Code pénal, ou, au contraire, que les crimes de droit pénal spécial (économique, douanier, administratif, etc.) peuvent aussi intégrer le but des associations criminelles.

2.2.3. L'activité des personnes tenues responsables du crime, d'après l'article 287, peut consister: à fonder l'association, à en être un membre, à lui apporter son soutien ou à la diriger.

Le fondateur est celui qui a eu l'idée de créer une association à caractère criminel et qui l'a accomplie. Sa participation doit être essentielle pour la création de cette association. Même qu'il ne devienne pas son membre sa punition ne peut être écartée que lorsqu'une des conduites prévues par le par. 4 de l'article 287 se vérifie.

Des membres sont tous ceux qui font partie de l'organisation et qui, en se subordonnant à la volonté collective, développent une activité principale ou accessoire en vue d'atteindre le but criminel de l'association.

Le soutien de l'organisation peut revêtir diverses modalités: le soutien apporté par ceux dont l'activité consiste dans l'aide au recrutement de nouveaux membres, et le soutien apporté par ceux dont l'activité consiste dans les actes décrits au par. 2 de l'article 287 de façon exemplificative.

Au delà des modalités mentionnées dans ce paragraphe d'autres peuvent être considérées: la fabrication de fausses identités aux membres de l'association, l'octroi de moyens économiques pour le soutien de l'organisation, etc.

L'élément essentiel en est l'intention d'appuyer l'organisation.

2.2.4. En ce qui concerne le type subjectif de ce crime on admet qu'il peut s'accomplir avec le dol éventuel, lorsque l'agent admet la possibilité de l'existence de l'association criminelle et le possible soutien que son actualisation peut représenter pour cette association et agit en se conformant à l'éventuelle existence de ces deux situations.

Les par. 3 et 4 de l'article 287 prévoient des cas d'aggravation et d'atténuation de la peine.

Le par. 3 stipule que la peine sera aggravée pour celui qui mène ou dirige les associations prévues par cet article.

Le par. 4 consacre un régime d'atténuation de la peine, concernant le repentir, spécifique pour les associations criminelles.

Conformément à ce régime qui écarte le régime général des articles 24 et 25 du Code Pénal, la peine peut être librement atténuée, ou ne pas être prononcée, dans les conditions qui y sont mentionnées.

Ce régime est considéré plus restrictif que le régime général prévu dans les articles 24 et 25; en effet, il faut toujours que le résultat ne se vérifie pas, contrairement au régime desdits articles 24 et 25, à savoir, il suffit aux fins de ces articles que l'auteur ait désisté de poursuivre l'exécution du crime.

Cette restriction se vérifie aussi en ce qui concerne les effets du désistement dans la prévision des articles 24 et 25, la conséquence étant toujours

que la peine ne soit pas prononcée; or, dans les cas prévus par l'article 287, la peine peut être simplement atténuée.

Certains auteurs considèrent que cette restriction est contradictoire à la nécessité d'élargir le concept de désistement dans les cas visés par cet article. Pour eux, cette nécessité est une conséquence de l'importance qui peut avoir l'actuation d'un repentir pour la punition des autres membres de l'association et aussi pour l'augmentation des possibilités d'empêcher les crimes programmés par l'organisation.

Finalement, il faut dire que l'interprétation de cet article fait l'objet de la plus grande attention de la part de la jurisprudence et de la doctrine car on croit que l'élargissement du concept d'association criminelle conduirait à une dérogation illégale des normes générales de la complicité criminelle et à une transformation injustifiable de crimes individuels en des crimes d'organisation.

3. Le Code de Procédure Pénale

Le nouveau Code de Procédure Pénale portugais, qui date de 1987, a tenu compte de l'expérience de plusieurs pays communautaires avec lesquels le Portugal a un patrimoine juridique et culturel commun, aussi bien que de la contribution apportée par les recommandations et résolutions du Conseil de l'Europe sur les problèmes de la détention préventive, des droits et garanties de l'inculpé, de la protection de la victime, et sur d'autres thèmes concernant la procédure pénale.

Sont aussi consacrés dans ce code les principes relatifs à la structure basique de la procédure pénale, les limites de la détention préventive et les garanties de la défense, lesquels sont considérés par la Constitution portugaise comme droits fondamentaux.

Sans oublier le respect de ces droits fondamentaux qui ne peuvent en aucun cas être écartés, le code de procédure pénale prévoit quelques dispositions exceptionnelles, qui ont été considérées justifiées dans les cas de criminalité grave.

En effet, on croit avoir obtenu un équilibre entre la nécessité de combattre efficacement la criminalité violente et la préservation de la liberté individuelle.

3.1. L'arrestation

L'arrestation des agents du crime d'association criminelle obéit aux règles générales prévues par les articles 254 à 257 du Code de Procédure Pénale.

Ainsi, dans les cas de flagrant délit de crime punissable d'une peine privative de liberté toute autorité judiciaire ou entité policière ou, en leur absence, toute personne, peut procéder à la détention (art. 255 du CPP).

Hors les cas de flagrant délit, la détention ne peut être effectuée que par l'ordre du juge ou, dans les cas qui admettent la détention préventive, par l'ordre du Parquet. Tel est le sens de l'article 257 du CPP.

Le par. 2 de cet article spécifie les conditions où la détention hors les cas de flagrant délit peut être effectuée par l'ordre des autorités de police criminelle:

- a) s'il s'agit d'un cas où la détention préventive est admise;
- b) s'il existe des éléments qui fondent la crainte de fuite; et
- c) s'il n'est pas possible, face à la situation d'urgence et au danger dans le retard, d'attendre l'intervention de l'autorité judiciaire.

Le crime d'association criminelle peut tomber sous ces conditions.

Le devoir de communiquer d'immédiat à l'autorité judiciaire toute détention effectuée par une entité policière est prévu dans l'article 259 du code.

Relativement aux crimes d'exécution permanente ou continuée on peut considérer que l'arrestation est toujours effectuée en flagrant délit dès que la prévision du par. 3 de l'article 256 se vérifie.

C'est ainsi, que dans le crime d'association criminelle, dès qu'il y ait des signes qui montrent que le crime est en train d'être commis et que l'agent y participe on peut toujours considérer que l'arrestation a été effectuée en flagrant délit.

3.2. La détention préventive

Nonobstant le fait que la législation portugaise ne prévoit aucun cas de détention préventive obligatoire avant le jugement, dans les cas où le crime imputé est punissable d'une peine supérieure à 8 ans, ou dans le cas spécifique du crime d'association criminelle, le juge doit, dans sa décision

exposer les motifs qui l'on amené à ne pas imposer la détention préventive à l'inculpé. Tel est le sens de l'article 209 du CPP qui se fonde sur la conviction que certains crimes, par sa gravité, justifieraient en principe l'imposition de la mesure de détention préventive.

La durée maximale de la détention préventive est, après le par. 1 de l'article 215 du Code de Procédure Pénale, de deux années jusqu'à ce qu'une condamnation soit intervenue.

Dans les cas prévus par l'article 209, et de ce fait aussi dans le cas des associations criminelles, le même article 215 prévoit (pars. 2 et 3), que la durée de la détention préventive soit de deux ans et demi, cette durée pouvant aller jusqu'à quatre ans dans les cas d'exceptionnelle complexité (v.g. en raison du nombre d'inculpés ou d'offensés ou du caractère hautement organisé du crime).

3.3. *La perquisition, la fouille et la saisie*

Le Code de Procédure Pénale consacre, comme règle générale pour effectuer des perquisitions, des fouilles ou des saisies, la nécessité d'une autorisation préalable du juge.

Mais, dans les cas de terrorisme, criminalité violente ou organisée, cette autorisation préalable peut être dispensée (arts. 177, 174 et 178 du CPP). Dans ces cas la diligence doit être communiquée d'immédiat au juge d'instruction aux effets de validation, sous peine de nullité.

Relativement aux saisies, l'article 178 du CPP stipule que tous les objets qui ont servi, ou étaient destinés à servir pour la pratique d'un crime, et aussi ceux qui en sont le résultat du produit du crime, peuvent être saisis.

C'est ainsi pour l'argent, pour les armes, les munitions, les véhicules, etc.

L'article 181 du CPP prévoit la possibilité de saisie, même pour les objets ou les valeurs déposés dans les banques. Le juge peut, sous certaines conditions, examiner toute documentation de l'établissement bancaire, lui permettant de découvrir quels sont les objets ou les valeurs qui doivent être saisis.

L'article 50 du Décret-Loi 430/83 du 13 décembre consacre aussi la possibilité du juge demander les informations nécessaires sur les biens, les dépôts ou toutes les autres valeurs appartenant à des individus sérieuse-

ment soupçonnés de la pratique de crimes de trafic de stupéfiants, ou à l'inculpé, en vue de leur saisie et confiscation.

Les informations sollicitées par le juge ne peuvent être refusées par les institutions bancaires du secteur public ou privé, ni par aucune autre institution d'enregistrement ou fiscale, dès que la demande soit individualisée, concrétisée et qu'elle contienne l'indication du procès auquel elle appartient.

Le par. 4 de cet article consacre un principe de coopération internationale en ce domaine, car il prévoit que les commissions rogatoires sollicitant ces informations seront accomplies, à l'abri de conventions internationales ou, le cas échéant, quand le principe de la réciprocité est assuré.

Selon les articles 107, 108 et 109 du Code pénal tous les biens qui ont une relation avec le crime seront considérés perdus au profit de l'Etat.

3.4. Les écoutes

L'article 187 du CPP admet les écoutes téléphoniques dans le cas des associations criminelles et d'autres crimes considérés très graves, ce qui est d'accord avec l'article 34 de la Constitution qui interdit les écoutes téléphoniques. À l'exception des cas prévus dans la loi criminelle, ces écoutes sont, toutefois, soumises à des conditions d'admissibilité très strictes, prévues par la loi sous peine de nullité (articles 187-190).

4. La Prévention

Le domaine de la prévention, dont le but est de faire obstacle à la pratique d'actions criminelles, fait l'objet de la plus grande attention de la part des entités officielles.

Dans les dernières années plusieurs mesures ont été prises en ce domaine, desquelles on essayera de faire un bref aperçu.

La loi 20/87 du 12 juin définit les principes directeurs de la politique de sécurité.

Elle établit le principe de la coopération entre les forces et services de sécurité intérieure et aussi leur possibilité d'agir hors du territoire national, en coopération avec les organes et services d'Etats étrangers ou avec les organisations internationales desquelles le Portugal est membre.

Pour les citoyens, elle établit l'obligation d'obéir aux ordres légitimes des autorités et de ne pas empêcher l'action des forces et services de sécurité.

Pour la police, elle établit le principe selon lequel la prévention des crimes doit obéir aux règles générales de police et respecter les droits, libertés et garanties des citoyens.

Cette loi a aussi créé le Conseil Supérieure de Sécurité Interieure, dont la fonction est de conclure des accords internationaux sur l'action des forces et services de sécurité hors du territoire national, et l'adoption des règles applicables sur le plan international, dans le domaine de la sécurité interieure.

4.1. Le rôle de la Police Judiciaire

Grâce à l'importance de son rôle dans le domaine de la prévention, l'organique et la composition de la Police Judiciaire ont aussi fait l'objet de plusieurs réglementations avec l'objectif de lui accorder les moyens de faire face à une criminalité croissante.

Le Décret-Loi 387-H/87 vise à adapter les compétences de la Police Judiciaire aux principes fixés par le Code de Procédure Pénale. Il établit la compétence de la Police Judiciaire en matière de prevention et aussi d'investigation de plusieurs crimes. Entre eux, les associations criminelles (art. 4.º, al. b).

Ainsi, dans le domaine de la prévention, la Police Judiciaire entreprend plusieurs actions destinées à obtenir une amélioration de la coopération des autres forces de police et de la population en général.

Au niveau interne, la création de l'École de Police Judiciaire, par le Décret-Loi n.º 37/78 du 20 février, a la plus grande importance. Cette école assure la formation des cadres de la police pour qu'ils puissent accompagner les nouvelles méthodes.

Aussi le Laboratoire de Police Scientifique, crée par le Décret 41306/57 du 2 octobre, a une importante fonction de soutien des actions de la police judiciaire.

Les aspects techniques liés au traitement de l'information et à l'organisation des fichiers criminelles ont aussi été l'objet d'attention législative. C'est le cas, par exemple, du Décret-Loi 364/77 du 2 septembre qui a créé l'Archive Central d'Enregistrement et Informations, auquel incombe au niveau national, le traitement, l'enregistrement et la diffusion de toutes les informations relatives à la prévention et à l'investigation criminelle.

Le Décret-Loi 458/82 a introduit une importante innovation en ce domaine: l'idée de coopération entre les plusieurs bureaux de l'Archive, dans le but de promouvoir l'échange d'informations entre eux.

Ainsi, la récolte et l'appréciation des données est l'objet d'un traitement programmé par l'organe central, lequel fait l'articulation entre les sections.

Pour augmenter la rigueur des éléments statistiques concernant la pratique de crimes, un arrêt conjoint du Ministère de la Justice et du Ministère de l'Administration intérieure du 27/3/89, a créé un groupe mixte de travail, composé de représentants de ces deux Ministères, qui a pour objet l'examen du système des statistiques du crime, dans le but d'obtenir un modèle qui assure une correcte et opportune connaissance de l'occurrence de crimes.

4.2 Le combat au trafic de drogues

Ayant constaté l'importance du combat à la consommation et au trafic le Décret-Loi n.º 430/83 du 13 décembre, établit les punitions applicables à ces actions.

Sont en cours des travaux législatifs pour la révision de cette loi, qui permettront de définir de nouveaux illicites criminels, nommément des actes dits de "blanchissage" qui n'y sont pas à présent prévus.

Pour développer l'action initiée par ce texte législatif il a fallu réorganiser le Bureau Coordinateur du Combat à la Drogue, qui a été créé par le Décret-Loi n.º 365/82 du 8 septembre, nommément en ce qui concerne les organes et les fonctions des services les plus directement liés au combat à la criminalité violente associée au phénomène de la drogue.

Par la résolution 23/87 du 21 avril, le Conseil des Ministres a approuvé un plan de combat au trafic et à la consommation de drogues, ayant plusieurs objectifs: l'information des citoyens, le traitement du toxicomane, la réhabilitation et la réinsertion sociale du toxicomane et le combat au trafic.

A cet effet on a établi un plan de prévention, comprenant des actions de formation pour aider à éviter la consommation de drogues — le Plan Vie.

C'est un plan intégré de combat à la drogue, lequel comprend plusieurs actions d'information destinées aux jeunes, aux parents et aux formateurs, et la création de centres de traitement des toxicomanes. On prévoit aussi des actions de combat au trafic par la réalisation d'opérations

conjointes des diverses forces de police, et aussi des opérations de surveillance des endroits proches d'établissements d'enseignement, d'endroits de loisir, de bars, etc.

Par la résolution 17/90 du 31 avril, le Conseil des Ministres a développé le Programme National pour le combat à la drogue, et renforcé le Plan Vie.

Cette résolution établit l'élargissement des mesures à entreprendre dans ce champ. Ayant reconnu que l'augmentation de ce problème posait des questions au niveau national faisant appel à la coopération de plusieurs services, une commission interministérielle a été créée dont l'objectif est de coordonner les actions de combat à la consommation et au trafic, et aussi des actions de prévention. On a aussi créé le Conseil National du Plan Vie dont l'objectif est celui de la mobilisation de la société civile pour le combat à la diffusion de la drogue.

Dans cette résolution sont aussi prévues:

- des actions de prévention de la toxicomanie;
- des actions de traitement et de réinsertion sociale des toxicomanes;
- des actions de l'ordre général, et
- des actions de combat au trafic.

On souligne les actions d'ordre général et les actions de combat au trafic, visant à:

- la création d'un système national pour la récolte de données sur l'incidence et les conséquences de la consommation des drogues, pour le soutien et l'évaluation des actions exécutées, articulé avec des systèmes semblables existant dans d'autres pays;
- le développement d'actions de coopération interne et internationale concernant la formation de professionnels, l'échange d'informations, l'appui technique et le dégagement d'actions assemblées;
- le renforcement de la coopération internationale en ce qui concerne le trafic de stupéfiants et le contrôle et fiscalisation des frontières;
- l'amélioration de la qualité de l'information diffusée par les moyens d'information;

- le renforcement de l'articulation entre plusieurs organismes responsables du combat au trafic et à la consommation des drogues;
- le renforcement de la coopération avec d'autres pays, dans l'objectif de rendre plus efficace le combat à la drogue, et
- le renforcement des mécanismes de contrôle et de fiscalisation dans les frontières terrestres et maritimes et dans les endroits d'entrée et sortie du pays.

5. La Coopération Internationale

L'internationalisation des associations criminelles et du crime en général, est l'origine de la nécessité du renforcement de la coopération internationale en vue de la prévention et du combat dans ce domaine.

L'Assemblée de la République, moyennant la loi 17/90 du 20 juillet, a accordé une autorisation législative au gouvernement concernant la coopération juridique internationale en matière pénale.

Cette autorisation est destinée à possibiliter la ratification de plusieurs conventions internationales déjà signées par le Portugal, et a assurer les conditions de leur application.

L'introduction dans l'ordre juridique portugaise d'un texte qui régleme les diverses procédures de coopération et qui définit l'entité compétente pour les rendre efficaces sera un important pas dans le domaine de la coopération internationale.

Ce texte vise à établir les régimes applicables à:

- l'extradition;
- l'exécution des décisions pénales étrangères;
- la transmission des procédures pénales;
- le transfèrement des personnes condamnées;
- la surveillance des personnes condamnées ou en liberté provisoire;
- l'entraide générale en matière pénale;
- les dispositions générales relatives à toutes les formes de coopération internationale.

En ce qui concerne le sujet de l'extradition il faut dire que la loi pénale portugaise reconnaît le principe *aut dedere aut iudicare* et aussi que la loi pénale portugaise s'applique, sauf traité ou convention contraire, aux actes commis hors du territoire national pour autant que l'auteur se trouve au Portugal et qu'il ne puisse pas être extradé.

Le Décret-Loi 437/75 stipule aussi que si l'extradition n'est pas accordée l'auteur de l'infraction sera jugé au Portugal.

Au-delà de la Convention Européenne d'Extradition, déjà ratifiée, aussi que les deux Protocoles Additionnels, l'État a aussi signé l'Accord entre les Etats membres des Communautés Européennes relatif à la simplification et à la modernisation des formes de transmission des demandes d'extradition (1989-05-26).

Outre la conclusion de ces instruments le Portugal a récemment conclu des accords bilatéraux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale (ce dernier a été simplement signé).

Dans la coopération en matière de lutte contre la drogue, le Décret-Loi n.º 22/87, du 25 juin a approuvé l'Accord entre le gouvernement portugais et le gouvernement espagnol qui prévoit l'échange d'informations et de documentation dans les domaines, entre autres, de la prévention socio-sanitaire et de la réinsertion sociale.

Le Portugal est aussi partie aux deux Convention des Nations Unies, de 1961, sur les stupéfiants et de 1971, sur les substances psychotropes et a aussi signé la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, de 1988.

OTÍLIA VEIGA

Bureau de Documentation et Droit Comparé

**MESURES CONTRE LE TERRORISME
INTERNATIONAL**

Traitement juridique du terrorisme au Portugal

A/CONF.144/G/PORTUGAL/8*

Français
21 aout 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."



1. Introduction

Le propos de ce rapport est celui de donner un aperçu des dispositions spéciales du droit portugais concernant le terrorisme et les mesures adoptées au Portugal relatives à la prévention dans ce domaine.

A cet effet, on exposera tout d'abord les préceptes du droit intérieur — pénal e de procédure pénale — relatifs au terrorisme.

Ensuite, on abordera la question de la prévention, mentionnant les principes orientateurs de la sécurité intérieure et les entités chargées de sa coordination et exécution.

Un autre aspect de la prévention qu'on soulignera est celui de la protection des victimes du terrorisme.

Finalement, dans le cadre de la coopération internationale, on analysera la législation en vigueur au sujet de l'extradition et on énoncera les traités et conventions internationales portant sur la prévention et le combat au terrorisme, déjà ratifiés par le Portugal.

2. Le droit pénal

La législation concernant la prévention et le combat au terrorisme a été adoptée au Portugal en 1981.

Les Lois 24/81, du 20 août et 25/81, du 21 août, prévoyaient, respectivement, des dispositions de caractère substantiel et de procédure relatives au terrorisme.

Ces dispositions, nommément celles de la Loi 24/81, ont été accueillies par le Code Pénal qui est entré en vigueur en janvier 1983.

La punition des crimes relatifs aux organisations terroristes y est prévue dans l'article 288.

Le paragraphe 2 de cet article définit le groupement, l'organisation ou association terroriste comme "tout ensemble de deux personnes ou plus qui, agissant de concert, visent à porter atteinte à l'intégrité et indépendance nationales, à empêcher, altérer ou subvertir le fonctionnement des institutions de l'État prévues par la Constitution ou à pousser l'autorité publique à l'accomplissement d'un acte, à s'abstenir de l'accomplir ou à tolérer son accomplissement, ou qui visent à intimider certaines personnes, des groupes de personnes ou la population en général, moyennant la commission d'infractions:

- a) contre la vie, l'intégrité physique ou la liberté des personnes;
- b) contre la sécurité des transports et communications, y compris des communications télégraphiques, téléphoniques, de radiodiffusion ou de télévision;
- c) de production dolosive d'un danger commun, par des incendies, la libération de substances radioactives ou de gaz toxiques ou asphyxiants, des inondations ou avalanches, des écroulements de construction, la contamination de nourritures et d'eaux destinées à la consommation humaine, ou la diffusion d'épizooties;
- d) de sabotage;
- e) impliquant l'usage de bombes, de grenades, d'armes à feu, de substances ou engins explosifs, de moyens incendiaires de quelle nature que se soit, de colis ou lettres piégés".

Les organisateurs, fondateurs ou adhérents d'associations terroristes sont punis d'une peine privative de liberté de 5 à 15 ans (ibid., par. 1 et 3). Les dirigeants encourent une peine privative de liberté de 10 à 15 ans (ibid., par. 5).

Ces peines seront aggravées d'un tiers dans ses limites minimum et maximum lorsque l'association ou ses organisateurs, fondateurs ou adhérents possèdent les moyens énoncés à l'alinéa e) susmentionnée (bombes, grenades, armes à feu, etc.).

Les actes préparatoires de la constitution du groupement ou de l'organisation terroriste — qui ne sont pas incriminés à l'abri de la loi pénale générale — sont dans ce cas punissables d'une peine privative de liberté de 2 à 8 ans.

L'article 289 du Code Pénal incrimine les actes individuels commis par des personnes agissant hors de l'organisation terroriste et dont l'auteur agit avec le même but de ces organisations.

Ainsi, "celui qui commet les infractions mentionnées aux alinéas a) à d), ou qui fait recours aux moyens visées par l'alinéa e), tous du paragraphe 2 de l'article précédent, en agissant dans le but de porter atteinte à l'intégrité et à l'indépendance nationales, ou bien d'anéantir, altérer ou subvertir le fonctionnement des institutions de l'État prévues par la Constitution, ou afin de pousser l'autorité publique à l'accomplissement d'un acte, à s'abstenir de l'accomplir, ou à tolérer son accomplissement, ou afin d'intimider certaines personnes, des groupes de personnes ou la population en général, est puni d'une peine privative de liberté de 2 à 10 ans ou de la peine correspondante à l'infraction commise, aggravée d'un tiers dans ses limites minimum et maximum, si elle en est égale ou supérieure".

"La complicité et la tentative sont, respectivement, assimilées à la qualité d'auteur du crime et à sa consommation" (ibid., par. 2).

L'apologie et la propagande en faveur du terrorisme, bien que n'ayant pas de disposition spécifique, sont deux situations prévues et punies par les articles 285 (incitation publique au crime) et 286 (apologie publique d'un crime) du Code Pénal.

Soit dans le cas d'organisation terroriste soit dans celui de terrorisme, l'auteur de l'infraction peut bénéficier d'une atténuation de la peine, ou même en être exempté, étant donné certaines circonstances.

Conformément au paragraphe 7 de l'article 288 (association terroriste), la peine peut être librement atténuée ou même ne pas être prononcée dans les cas suivants:

- a) si l'auteur empêche la continuation des groupements, organisations ou associations,
- b) s'il fait, en temps utile, des révélations sur leur existence à une autorité, de sorte que la commission des infractions puisse encore être empêchée.

Dans le même sens dispose le paragraphe 3 de l'article 289 (terrorisme) que l'atténuation ou l'exemption de la peine peuvent être prononcées:

- a) si l'auteur abandonne volontairement son activité;
- b) s'il écarte ou fait diminuer considérablement le danger entraîné par elle;
- c) s'il empêche l'accomplissement du résultat que la loi vise à éviter;
- d) s'il aide concrètement au rassemblement de preuves décisives à l'identification ou à la capture des autres responsables.

Au niveau de la procédure pénale l'aveu de l'inculpé est librement apprécié par le tribunal en vue de décider si l'ultérieure production de la preuve doit avoir lieu et dans quelle mesure (article 344, par. 3 et 4 du Code de Procédure Pénale).

3. Aspects de procédure pénale

Le Code de Procédure Pénale portugais, entré en vigueur en janvier 1988, contient plusieurs dispositions concernant le terrorisme et les associations terroristes, desquelles on fera ensuite un exposé sommaire.

Le Décret-Loi 387-H/87, du 30 décembre, portant sur l'organique de la Police Judiciaire — qui est un organe de police criminelle sous la dépendance du Ministre de la Justice et la fiscalisation du Ministère Public — prévoit aussi, en plus, des dispositions concernant le terrorisme.

3.1. *Autorité compétente en matière d'investigation*

En conformité avec l'article 4, paragraphe 1, alinéa e) du Décret-Loi 387-H/87, déjà cité, la Police Judiciaire est l'autorité compétente pour procéder à l'investigation des crimes d'organisations terroristes et de terrorisme sur tout le territoire national.

L'enquête est dirigée par le Ministère Public, assisté des organes de la police criminelle, lesquels agissent sur sa directe orientation et dépendance fonctionnelle (article 263 du Code de Procédure Pénale).

3.2. Détenion avant le jugement

Selon la loi portugaise le détenu, dans le délai maximum de 48 heures après la détention, doit être traduit devant le juge aux fins de validation de son arrestation et de l'éventuelle application d'une mesure de coercition (article 28, paragraphe 1 de la Constitution et article 254 du Code de Procédure Pénale).

S'il n'est pas possible de présenter immédiatement le détenu devant le juge, il le sera devant le Ministère Public. Celui-ci peut déterminer, dans les cas de terrorisme, de criminalité violente ou hautement organisée, que le détenu ne communique avec personne, sauf son conseil, avant le premier interrogatoire judiciaire (article 143, paragraphe 4 du Code de Procédure Pénale).

Soulignons que la législation portugaise ne prévoit aucun cas de détention préventive obligatoire avant le jugement.

Cependant, si le crime imputé est punissable d'une peine privative de liberté de maximum supérieur à 8 ans, comme c'est le cas des crimes de terrorisme et d'association terroriste, le juge doit exposer dans sa décision les motifs pour lesquels il n'a pas imposé la détention préventive (article 209, paragraphe 1 du Code de Procédure Pénale).

La durée maximale de cette détention est, en règle, de deux ans et demi (article 215, paragraphe 2). Cependant, dans les cas d'exceptionnelle complexité due notamment au nombre d'inculpés ou au caractère hautement organisé du crime, la détention préventive peut aller jusqu'à quatre ans (*ibid.* paragraphe 3).

3.3. Règles concernant la preuve

Le Code de Procédure Pénale prévoit un régime spécial de dispense d'autorisation préalable du juge aux fins de perquisition (article 177, paragraphe 2), de fouille (article 174, paragraphe 4, alinéa a) e de saisie (article 178, paragraphe 3) effectuées par la police dans les cas de terrorisme, lorsqu'il y a des indices de la pratique imminente d'un crime pouvant mettre en danger la vie ou l'intégrité de quelqu'un.

Dans ces cas la réalisation de la diligence doit être communiquée d'immédiat au juge d'instruction aux fins de validation, sous peine de nullité.

Le Code prévoit encore des dispositions de caractère spécial concernant la saisie de la correspondance (article 179, paragraphes 1 et 3), les écoutes téléphoniques (article 187, paragraphes 1 et 2) et la surveillance des communications entre l'inculpé et son conseil (article 61, paragraphe 2). L'adoption de ces mesures dépend de l'autorisation préalable du juge d'instruction.

3.4. Droits de la défense: sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Les mesures au niveau de la procédure qu'on vient d'énoncer ne constituent pas toutefois des vrais restrictions aux droits de la défense.

En effet, le noyau essentiel des droits de la défense — le droit de l'inculpé d'assister et d'intervenir dans tous les actes de la procédure qui touchent à ses garanties et libertés fondamentales, le droit d'être entendu sur les faits qui lui sont imputés, le droit d'être assisté d'un conseil de son choix — est consacré dans le droit portugais.

Ces principes sont reconnus par l'article 32 de la Constitution (garanties de procédure pénale), selon lequel:

- “1. La procédure pénale offrira toutes les garanties à la défense.
2. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que la sentence le condamnant ait acquis force de chose jugée, et le jugement doit avoir lieu dans les plus brefs délais compatibles avec les garanties de la défense.
3. L'accusé a le droit de choisir un défenseur et d'être assisté par lui dans tous les actes de la procédure, la loi précisant les cas et les stades où cette assistance est obligatoire.
4. Toute l'instruction se déroule sous l'autorité d'un juge. Celui-ci peut, en conformité avec la loi, déléguer dans d'autres autorités l'exécution des actes de l'instruction qui ne touchent pas directement aux droits fondamentaux.
5. La procédure pénale a un caractère accusatoire, l'audience du procès et les actes d'instruction que la loi détermine étant assujettis au principe des débats contradictoires.

6. Sont nulles toutes les preuves obtenues par la torture, la coercition, l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne ou encore les ingérences abusives dans la vie privée, le domicile, la correspondance ou les télécommunications.
7. Aucune affaire ne peut être retirée au tribunal dont la compétence découle d'une loi antérieure".

Ces principes sont aussi consacrés dans la loi ordinaire relative à l'état de siège et dans le Code de Procédure Pénale, nommément à son article 61.

Au niveau international, les mêmes principes sont prévus par quelques-uns des plus importants instruments tels que le Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques et son Protocole, conclus sous les auspices des Nations Unies, la Convention Européenne des Droits de l'Homme, entre autres, que le Portugal a ratifié.

4. Prévention

On essayera ensuite de dégager les lignes fondamentales du système de sécurité intérieure au Portugal, en faisant mention à ses buts et principes orientateurs et aux entités chargées de sa coordination et exécution, surtout sur le plan de la prévention et du combat au terrorisme.

4.2. Sécurité intérieure

La Loi 20/87, du 12 juin, a établi les buts et les principes orientateurs de la politique de sécurité intérieure.

Son article 1^{er} affirme que les mesures prévues par cette loi visent à protéger la vie et l'intégrité des personnes, la paix publique et l'ordre démocratique contre la criminalité violente ou hautement organisée, nommément, le sabotage, l'espionnage ou le terrorisme.

La loi de sécurité intérieure affirme aussi le principe selon lequel la prévention des crimes, y compris celle des crimes contre la sécurité de l'État, doit obéir aux règles générales de police et respecter les droits, les libertés et les garanties des citoyens (article 2, paragraphe 3).

Ceux-ci, à son tour, ont le devoir de collaborer à l'exécution de la politique de sécurité intérieure, en observant les dispositions préventives établies par la loi, en obéissant aux ordres légitimes des autorités et en n'empêchant pas l'action des forces et services de sécurité (article 5, paragraphe 1).

Tous ceux qui ont des fonctions de direction, d'inspection ou de surveillance dans les services de l'administration publique ont le devoir de communiquer promptement aux services de sécurité les faits desquels ils aient connaissance dans l'exercice de leurs fonctions et consistant en la préparation, la tentative ou l'exécution de crimes d'espionnage, sabotage ou terrorisme (ibid., paragraphe 3).

La définition des lignes générales de la politique de sécurité intérieure et de son exécution incombe au Conseil des Ministres.

Le Premier Ministre est politiquement responsable de la direction de cette politique.

L'Assemblée de la République contribue, par l'exercice de sa compétence politique, législative et financière, à son encadrement et au contrôle de son exécution.

La Loi 20/87 a créé deux organes consultants ayant compétence dans le domaine de la sécurité intérieure: le "Conselho Superior de Segurança Interna" (Conseil Supérieur de Sécurité Intérieure) et le "Gabinete Coordenador de Segurança" (Bureau Coordinateur de Sécurité).

Le fonctionnement du Conseil Supérieur de Sécurité Intérieure a été réglementé par la résolution du Conseil des Ministres 12/88 du 14 avril. Parmi les fonctions de cet organe consultatif interministériel, il faut souligner celles de donner des avis et des informations au Premier Ministre sur les sujets suivants:

- a) l'établissement de moyens et procédures de transmission pour faciliter la communication en temps utile entre les forces et les services de sécurité sur des faits qui constituent préparation, tentative ou exécution de crimes d'espionnage, sabotage ou terrorisme;
- b) la conclusion d'accords internationaux sur l'action des forces et services de sécurité hors du territoire national et l'adoption de règles applicables sur le plan international dans le domaine de la sécurité intérieure.

Le Bureau Coordinateur de Sécurité, dont l'organique a été réglemen-tée par le Décret-Loi 61/88, du 27 février, est un organe de consultation pour la coordination technique et opérationnelle de l'activité des forces et services de sécurité. Il fonctionne sous la dépendance directe du Premier Ministre ou, par délégation, du Ministre de l'Administration Interne.

4.2. Les forces de sécurité et le combat au terrorisme

On a déjà remarqué le rôle de la Police Judiciaire en ce qui concerne la prévention et le combat au terrorisme: il lui échoit, sur tout le territoire national, l'investigation des crimes d'organisations terroristes et de terro-risme (Décret-Loi 387-H/87, du 30 décembre).

Le Décret-Loi 235/80, du 18 juillet, a créé, au sein de la Police Judi-caire, la Direction Centrale de Combat au Banditisme, chargée de la pré-vention et de l'investigation de la criminalité de haute violence, pratiquée par des gangs armés.

Cette Direction s'occupe aussi de l'investigation des crimes contre la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat, de ceux exécutés à l'aide de bom-bes, grenades et explosifs, de ceux portant atteinte à l'intégrité physique ou à la liberté des personnes ayant droit à la protection internationale et des enlèvements et sequestrations ayant pour but la prise et la rétention d'otages.

Il faut encore mentionner deux corps spéciaux de la Police de Sécurité Publique, le "Corpo de Intervenção" (Corps d'Intervention) et le "Grupo de Operações Especiais" (Groupe d'Opérations Spéciales), sous la supervi-sion du Ministre de l'Administration intérieure et qui sont chargés de com-battre les situations de violence hautement organisée.

La Loi 20/87, déjà citée, établit le principe de la coopération entre les forces et les services de sécurité portugais peuvent agir hors du territoire national en coopération avec les organismes et les services d'États étrangers ou avec les organisations internationales desquelles le Portugal est membre (article 4, paragraphe 2 de la Loi 20/87).

5. Protection des victimes du terrorisme

Le Décret-Loi 324/85, du 6 août, prévoit le paiement d'une indemni-sation aux fonctionnaires, civils ou militaires, qui dans l'exercice de leurs

fonctions ou en raison de leurs fonctions aient été victimes d'actes criminels, à caractère d'intimidation ou de représaille, portant offense à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté ou à des biens patrimoniaux de valeur considérable.

Cette indemnisation, accordée cas à cas et par résolution du Conseil des Ministres, pourra être versée à la famille ou à des personnes à charge du fonctionnaire, lorsque celles-ci ont été également victimes de l'acte criminel.

Aux jurés est aussi applicable le régime introduit par le Décret-Loi 324/85, lorsque dans l'exercice de leurs fonctions, ou en raison de leurs fonctions, ils soient victimes d'actes criminels, perpétrés, nommément, par des associations criminelles et des organisations terroristes, aux fins d'intimidation ou de représaille (article 15, paragraphe 4 du Décret-Loi 387-H/87, du 29 décembre).

En matière de dédommagement des personnes lésées, en raison donc de la perpétration d'une infraction, le paragraphe 1 de l'article 129 du Code Pénal prévoit l'adoption de législation spéciale pour assurer, au moyen de la création d'une assurance sociale, l'indemnisation du lésé qui ne puisse être satisfaite par le délinquant.

Tant que cette législation n'est pas promulguée, "le tribunal pourra allouer au lésé, sur requête de celui-ci et jusqu'à concurrence du dommage occasionné, les objets acquis à l'État ou le produit de leur réalisation, le prix ou la valeur correspondant aux avantages découlant du crime, payés à l'État ou transférés à son profit" (ibid., paragraphe 2).

"Si le dommage occasionné par l'infraction est assez grave pour faire tomber le lésé dans le besoin et s'il est à prévoir que le délinquant ne le réparera pas, le juge pourra également allouer au lésé, en tout ou en partie et jusqu'à concurrence du dommage, la valeur de l'amende" (ibid. paragraphe 3).

La question de l'indemnisation des victimes d'infractions pénales en général, c'est-à-dire, indépendamment de la qualité de ces victimes, fait maintenant l'objet d'études au sein d'une commission de juristes désignée par le Ministre de la Justice. Cette commission a entrepris de travaux dans le but de préparer un projet de texte législatif sur ce sujet, compte tenu de l'encadrement établi dans l'article 129 du Code pénal, déjà cité.

6. Coopération internationale

6.1. Extradition

L'article 33 de la Constitution Portugaise affirme que:

- “1. L'extradition et l'expulsion du territoire national de citoyens portugais sont interdites.**
- 2. L'extradition pour motifs politiques est interdite.**
- 3. Il ne peut y avoir extradition pour des crimes punissables de la peine de mort selon le droit de l'État requérant.**
- 4. L'extradition ne peut être prononcée que par une autorité judiciaire.”**

Selon le paragraphe 2 de l'article 2 du Décret-Loi 437/75, du 16 aout, les infractions susceptibles de conduire à l'extradition sont celles punissables d'une peine privative de liberté supérieure à 1 an par les lois des États concernés.

Néanmoins, les infractions politiques ne donnent pas lieu à l'extradition. A cet effet, le paragraphe 2 de l'article 3 dudit Décret-Loi 437/75 identifie les infractions qui ne seront considérées comme infractions politiques:

- a) l'attentat à la vie d'un chef d'état, d'un chef de gouvernement, ou de leurs familles, d'un membre du gouvernement ou d'un tribunal, ou des personnes ayant droit à une protection internationale;**
- b) les actes de piraterie aérienne ou maritime;**
- c) les actes dont cette nature soit retirée par des conventions internationales desquelles le Portugal est membre ou auxquelles il adhère;**
- d) le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les infractions graves selon les Conventions de Genève de 1949;**
- e) les actes pratiqués sur les détenus visant à obtenir l'aveu de crimes au moyen de coercition physique ou morale ou de méthodes qui entraînent la destruction de la personnalité du détenu.**

6.2. *Jurisdiction*

La loi pénale portugaise reconnaît le principe *aut dedere aut iudicare*.

En effet, l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 5 du Code Pénal stipule l'applicabilité de la loi portugaise aux crimes d'association terroriste et de terrorisme, même s'ils ont été commis hors du territoire national, sauf traité ou convention contraire.

L'alinéa b) du même précepte stipule que la loi pénale portugaise s'applique, sauf traité ou convention contraire, aux actes commis hors du territoire national, pour autant que l'auteur se trouve au Portugal et qu'il ne puisse pas être extradé.

La loi portugaise est aussi applicable aux actes commis hors du territoire national par des ressortissants portugais ou par des étrangers contre des portugais, lorsque:

- Les auteurs se trouvent au Portugal;
- Les actes sont aussi réprimés par la législation du lieu de leur commission, sauf si le pouvoir répressif n'y est pas exercé;
- Les actes sont des infractions susceptibles d'extradition et que celle-ci ne peut pas être accordée (ibid., al. c)).

Dans le même sens dispose l'article 4 du Décret-Loi 437/75 que, lorsque l'extradition n'est pas accordée dans certains cas, l'auteur de l'infraction sera jugé au Portugal.

6.3. *Conventions et traités internationaux*

En matière de prévention et de répression du terrorisme, le Portugal a ratifié les conventions suivantes:

- Convention sur les infractions et d'autres actes commis à bord d'aéronefs, Tokyo (1963): ratifié le 25.11.1964;
- Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, La Haye (1970): ratifiée le 23.11.1972;
- Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, Montréal (1971): ratifié le 15.01.1973;
- Convention internationale contre la prise d'otages, N.Y. (1979): ratifiée le 06.07.1984;

- Convention européenne pour la répression du terrorisme (1977): ratifiée le 14.12.1981;
- Convention européenne sur le contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes à feu par des particuliers (1978): ratifiée le 02.10.1986;
- Convention européenne d'extradition (1977), Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (1977) et Deuxième protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition (1978): ratifiés le 21.08.1989⁽¹⁾.

Au niveau bilatéral, le Portugal a conclu récemment des traités d'extradition avec l'Australie et la Guinée-Bissau (ce dernier n'étant pas encore en vigueur).

Le Portugal a aussi participé ou participe encore, selon les cas, aux travaux développés au sein des Communautés Européennes (v.g. le Groupe Trevi), du Conseil de l'Europe et des Nations Unies sur des sujets directe ou indirectement en rapport avec les activités terroristes criminelles (v.g. l'extradition, l'entraide judiciaire en matière pénale et le trafic de drogues).

A ce sujet il s'avère aussi utile de voir les conventions internationales que le Portugal a ratifié et d'autres dans le domaine de la coopération internationale mentionnées dans le texte portant sur la prévention et la lutte contre le crime organisé.

(1) Cette Convention et ses Protocoles seront applicables seulement par rapport aux pays qui, n'ayant pas jusqu'à présent ratifié la Convention européenne pour la répression du terrorisme, ont cependant ratifié ceux-là.



MIGUEL ALMEIDA ANDRADE
Bureau de Documentation et Droit Comparé

FELICIDADE REIS RODRIGUES
Institut de Réinsertion Sociale

HENRIQUE DE FREITAS
Direction Générale des Services Tutélaires des Mineurs

**PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES
POUR LA PREVENTION
DE LA DELINQUANCE JUVENILE**

(Principes de Riyad)

**L'ORDRE JURIDIQUE FACE AUX PRINCIPES DE RIYAD.
INTERVENTION ET METHODOLOGIE
DES INSTITUTIONS FORMELLES DE CONTROLE.**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/9*

Français
21 aout 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

INTRODUCTION

Le présent travail, qui se rapporte aux principes des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (principes de Riyad), est divisé en trois parties.

Dans la première l'on a essayé de donner un aperçu général du cadre législatif portugais relatif a quelques-uns des grands thèmes compris dans les principes de Riyad.

La deuxième partie du travail concerne les services de réinsertion sociale tout en portant, en particulier, sur l'activité déployée par l'Institut de Réinsertion Sociale.

Dans la troisième partie l'on a essayé de décrire le cadre juridique de la protection des mineurs au Portugal, aussi bien que la philosophie que l'orienté.

1. Aspects Généraux

1.1. *La Famille*

L'intégration du jeune au sein d'une famille stable, capable de lui proportionner un développement harmonieux et équilibré ainsi qu'une intégration sociale adéquate, est le but premier de toute société.

Il incombe à l'Etat de créer les conditions permettant aux familles de mener à bonne fin l'éducation des mineurs qui sont à leur charge.

Conscient de ce besoin, le législateur constitutionnel portugais a reconnu la famille en tant “qu’élément fondamental de la société” ayant “droit à la protection de la société et de l’Etat ainsi qu’à la concrétisation de toutes les conditions qui permettent la réalisation personnelle de ses membres” (article 67 par. 1).

Quoiqu’il n’y ait aucune définition du concept de famille, il nous semble pouvoir déduire que celle-ci ne comprend pas seulement les situations résultant du mariage. D’après l’article 36 de la Constitution, la notion de famille semble ne pas s’épuiser dans les relations fondées sur le sein matrimonial lorsqu’il est affirmé dans son par. 1 que “chacun a le droit de constituer une famille et de contracter mariage dans des conditions de pleine égalité”.

Le concept de famille ne se borne donc pas à la famille traditionnelle fondée sur le mariage et composée de parents et enfants. Outre la notion de “famille nucléaire”, la notion constitutionnelle de famille comprend également d’autres réalités telles que la “famille élargie”, non fondée sur le mariage, et encore les situations de père ou de mère et ses enfants.

C’est donc à ce type de réalités, toutes comprises dans le concept de famille, que l’Etat et la société doivent protection. Conformément à l’article 67 par. 2, cette protection a lieu à travers notamment:

- a) La promotion de l’indépendance sociale et économique des unités familiales;
- b) La promotion et la création d’un réseau national d’assistance materno-infantile, d’un réseau national de crèches ainsi que d’infrastructures d’appui aux familles et d’une politique pour le troisième âge;
- c) La coopération avec les parents dans l’éducation de leurs enfants;
- d) La promotion, par les moyens nécessaires, des méthodes de *planning* familial et l’organisation des structures juridiques et techniques qui permettent l’exercice d’une paternité consciente;
- e) La réglementation des impôts et des bénéfices sociaux en fonction des charges familiales;
- f) La définition, après audition des associations représentatives des familles, et l’exécution d’une politique globale et intégrée de la famille.

D'après cet article, il incombe à l'Etat et à la société de défendre et de préserver la famille en sauvegardant son intégrité et en lui assurant de la protection contre tout facteur tendant à sa désagrégation.

Il incombe également à la société et à l'Etat, d'après l'article 68 de la CRP, de protéger les pères et les mères dans leur "action irremplaçable auprès de leurs enfants, notamment en matière d'éducation, tout en garantissant leur réalisation professionnelle et leur participation à la vie civile du pays".

Ces principes, qui ont mérité consécration constitutionnelle, ont été repris dans le DL 503/80 du 20 octobre, où sont énumérées quelques-unes des mesures d'appui à la famille qui visent à lui proportionner les conditions nécessaires à la poursuite des attributions qui, en tant qu'institution sociale fondamentale, lui incombent.

Nous pouvons citer ici, parmi ceux que nous estimons plus importants dans le cadre de la prévention de la délinquance juvénile et du rôle de la famille en ce domaine, les principes qui suivent:

- Protection des parents à l'égard des exigences spécifiques de leur action irremplaçable dans l'éducation de leurs enfants;
- Mise à la disposition des parents d'un système de protection sociale adéquat au caractère spécifique de leur action et création de conditions leur permettant d'opter, de façon alternée mais libre, entre l'exercice d'une activité professionnelle et le dévouement à la mission d'éducateurs;
- Création de structures adéquates, notamment de crèches et de jardins d'enfance, assurant l'occupation des temps libres des enfants pendant les périodes de travail de leurs parents;
- Institution d'un congé permettant à la mère ou au père de suspendre temporairement l'activité professionnelle, tout en garantissant leur retour et sans perte d'aucun bénéfice, chaque fois que cette suspension s'avère ou est présumée indispensable à l'exercice de leurs devoirs à l'égard des enfants;
- Généralisation du régime de travail à temps partiel et des horaires flexibles, permettant de concilier l'activité professionnelle avec les fonctions familiales;

- Institution graduelle de subsides pour les mères et les pères les plus nécessités qui, en raison de leurs devoirs à l'égard des enfants, ne peuvent pas exercer leur activité professionnelle.

Si d'une part, il est imposant pour le jeune la présence d'une famille capable de lui assurer un développement équilibré, il est certain, d'autre part, que cette situation ne se vérifie pas toujours. Des cas existent où il n'y a même pas de famille et d'autres où celle-ci ne réunit pas les conditions l'habilitant à remplir cette tâche.

Chaque fois qu'une de ces situations se vérifie il faudra essayer de trouver des solutions de rechange qui, malgré tout, puissent permettre à l'enfant de poursuivre son éducation même que celle-ci ne lui soit assurée au sein de sa propre famille — situation qui est hors de doute la préférable.

Plusieurs hypothèses se présentent alors. On abordera celles de l'adoption, du placement en des familles d'accueil et en des foyers.

L'adoption est prévue dans l'ordre juridique portugais dans les articles 1973 et suivants du Code civil. Elle se traduit par l'établissement d'une relation légale de filiation entre deux personnes, indépendamment des liens de parenté.

Compte tenu de l'étendue de ses effets, la loi fait la distinction entre l'adoption plénière et l'adoption limitée. La première implique une rupture définitive entre l'adopté et sa famille d'origine, l'intégrant irrévocablement dans la famille de l'adoptant où, à tous les effets, il est assimilé à un fils légitime. Dans l'adoption limitée, l'adopté reste soumis à l'exercice du pouvoir paternel de l'adoptant tout en conservant les liens avec sa famille d'origine et sans faire partie de la famille de l'adoptant.

Il n'est pas opportun de développer ici le régime juridique de l'adoption. Il convient cependant d'attirer l'attention vers le fait que l'adoption n'est pas seulement un moyen de donner des enfants à qui les veut mais surtout un moyen de donner une famille à l'adopté au sein de laquelle il puisse trouver des conditions favorables à son développement. Ceci devient clair lorsqu'on analyse les conditions auxquelles la loi fait subordonner la constitution de l'adoption dans toutes ces modalités.

Ainsi, le tribunal tenu de se prononcer sur la constitution d'un lien d'adoption doit apprécier, conformément à l'article 1973 par. 2 du Code civil, "la personnalité et la santé de l'adoptant et de l'enfant à adopter, l'aptitude de l'adoptant pour élever et éduquer l'enfant, la situation fami-

liale et économique de l'adoptant et les raisons qui ont déterminé la demande d'adoption".

En outre, pour que l'adoption soit déclarée il est nécessaire que les conditions suivantes se vérifient cumulativement (article 1974 par. 1 du C.C.):

- Que l'adoption apporte des avantages réelles à l'enfant;
- Que les motifs menant les adoptants à demander l'adoption soient légitimes;
- Qu'il y ait des raisons suffisantes de croire qu'entre les parents et les enfants adoptés s'établira une relation similaire à celle de la filiation naturelle;
- Que l'adoption ne signifie pas un sacrifice injuste pour les enfants déjà existant.

Le par. 2 de l'article 1974 établit en outre que pour que l'adoption soit déclarée il faudra que l'enfant à adopter ait été, sauf les cas exceptionnels, à la charge de l'adoptant pendant le temps nécessaire à évaluer de la pertinence de la constitution du lien.

Au-delà de l'adoption, la loi portugaise prévoit le placement familial⁽¹⁾. Conformément à l'article 1^{er} du DL 288/79 du 13 août, celui-ci consiste à "faire accueillir temporairement par des familles jugées idoines, des mineurs à l'égard desquels la famille naturelle n'est pas en mesure d'exercer pleinement sa fonction éducative".

Reconnaissant que la famille naturelle est le milieu le plus adéquat au développement et à la formation de l'enfant, le législateur portugais ne permet le placement familial qu'après que toutes les possibilités pour la famille d'origine d'exercer pleinement sa fonction éducative soient épuisées et lorsqu'il y a des doutes quant à son incapacité de réponse aux appuis qui lui soient extérieurement prêtés (article 2 par. 1).

Ce n'est que dans ces conditions, et après le consentement des parents ou tuteurs du mineur (article 1^{er} par. 3), que le placement familial peut intervenir en vue de proportionner à l'enfant "un moyen socio-éducatif,

(1) Au Portugal, la réglementation de cet institut a suivi les principes énoncés dans la Résolution (77)33 du Conseil de l'Europe, adoptée le 03/11/77.

substitut du milieu familial naturel, dans un climat de sécurité et d'amour adéquat à la formation et au respect de sa personnalité" (article 1^{er} par. 2).

Les familles de placement (pas forcément des couples) doivent réunir tout un ensemble de conditions appropriées à l'accueil des mineurs.

L'article 4 du texte susmentionné énumère ces conditions. Outre les conditions relatives à l'âge des membres de la famille et à la durée du mariage (dans le cas où il existe) cet article établit comme conditions, l'existence d'équilibre conjugal, de capacité affective, de stabilité économique, d'aptitude éducative et de disponibilité pour élever et éduquer les mineurs et encore l'existence de conditions de santé et de logement adéquates.

Le par. 3 du même article établit en outre que les familles d'accueil doivent suivre des actions de formation et d'éclaircissement dont le but est de les doter de toutes les conditions nécessaires à l'exercice de leur tâche. C'est aussi selon cette perspective que les familles d'accueil peuvent se voire accorder, si nécessaire, des prestations pécuniaires destinées au soutien du mineur et à la rétribution des services rendus.

Il est évident que le placement familial a une durée limitée.

En principe, le placement ne se justifie que pendant qu'il se maintient l'incapacité de la famille d'origine pour l'exercice de sa fonction éducative.

C'est justement du fait de considérer que la famille de placement est subsidiaire par rapport à la famille naturelle et que la situation souhaitable est celle du développement du mineur au sein de sa famille d'origine, que celle-ci reçoit toujours de l'appui des institutions adéquates afin que "le plein exercice de ses fonctions naturelles" (article 2 par. 4) soit aussi vite que possible rétabli.

Il faudra encore dire que les mineurs pouvant bénéficier du placement familial doivent être en principe, conformément à l'article 3, âgés de moins de 6 ans à la date où l'accueil a lieu et se trouver dans l'une des situations suivantes:

- être affectés dans leur développement normal et dans leur formation éthique, sociale et culturelle en raison de déficiences vérifiées dans le fonctionnement de leur famille naturelle;
- être atteints d'une déficience physique ou intellectuelle prolonguée exigeant un milieu spécialement orienté vers leur observation, traitement, apprentissage ou récupération;

— être en risque grave et évident de se trouver à court terme dans l'une des situations susmentionnées.

Outre l'adoption et le placement, les foyers surgissent aussi comme un moyen de réponse aux situations de non intégration familiale des jeunes.

Les foyers sont, d'après l'article 2 du DL 2/86 du 2 janvier, "des équipements sociaux destinés à l'accueil d'enfants et de jeunes, à leur proportionner des structures de vie aussi proches que possible de celles des familles en vue de leur développement physique, intellectuel et moral et de leur intégration dans la société".

L'action des foyers vise à appuyer les familles, ou à les remplacer, dans la protection dont les enfants et les jeunes ont besoin (article 2 par. 2) visant notamment à leur intégration dans la communauté. A cette fin, les jeunes accueillis en des foyers sont intégrés dans les structures locales nommément en ce qui touche à l'éducation, à la formation professionnelle, aux sports et aux loisirs. A son tour, les activités de cette nature qui fonctionnent dans les foyers doivent être ouvertes à la communauté (article 6).

Pour que les foyers soient en mesure de proportionner aux jeunes y accueillis les conditions d'affectivité, de santé, d'équilibre émotionnel et d'éducation nécessaires à un développement adéquat, leur organisation interne doit reposer sur des groupes de dimension réduite (en principe, au nombre maximum de 12 éléments) tenus de fonctionner suivant un modèle proche de celui d'une structure familiale.

1.2. Education

Au Portugal, le droit à l'éducation, à la culture et science et à l'enseignement est consacré dans la Constitution, respectivement dans les articles 73 et 74.

Il incombe à l'Etat de créer les conditions pour que l'éducation contribue, à travers l'enseignement formel des écoles ou à travers l'éducation menée à but par les parents, au développement de la personnalité, au progrès social et à la participation démocratique à la vie collective (article 73).

Le droit à l'enseignement assume deux aspects: en premier lieu, il s'agit d'un droit d'accès à l'école qui ne peut être limité par l'Etat. Par la

suite, “chacun à droit à l’enseignement avec garantie d’égalité d’opportunités d’accès à l’école et de réussite scolaire” (article 74 par. 1). En second, le droit à l’enseignement implique que l’Etat doit créer un nombre suffisant d’écoles pour répondre aux besoins de toute la population (article 75).

Mais, si le droit à l’enseignement est garanti dans la Constitution, celle-ci ne se borne pas à la simple consécration de ce droit, énumérant certains des buts que l’enseignement doit atteindre.

Ainsi, aux termes de l’article 74 par. 2, l’enseignement doit promouvoir la compréhension mutuelle, la tolérance et l’esprit de solidarité.

La loi de base du système éducatif (loi 42/86 du 14 octobre) , à son tour, va dans le sens de promouvoir, au moyen de l’éducation, l’esprit démocratique et pluraliste, tout en respectant les autres idées, ouvert au dialogue et à la libre échange d’opinions, visant à former des citoyens capables de juger, avec un esprit critique et créatif, le milieu social où ils sont intégrés ainsi que de s’engager dans la transformation de ce même milieu (article 2 par. 5).

L’article 3 du même texte se rapporte aux grands objectifs visés par le système éducatif. Parmi ces objectifs nous pouvons citer ceux qui assument plus de relief dans le contexte du thème abordé dans ce travail:

- Contribuer à la défense de l’identité nationale et au renforcement de la fidélité au modèle historique du Portugal, moyennant la prise de conscience du patrimoine culturel du peuple portugais dans le cadre de la tradition universaliste européenne et de l’interdépendance croissante et de la solidarité nécessaire entre les peuples du monde entier;
- Contribuer à la réalisation de l’élève moyennant le plein développement de sa personnalité, de la formation du caractère et de la citoyenneté, en le préparant à une réflexion consciente sur les valeurs spirituelles, esthétiques, morales et civiques et en lui proportionnant un développement physique équilibré;
- Assurer la formation civique et morale des jeunes;
- Assurer le respect de la personnalité et des projets individuels et la prise en considération et la valorisation des différents savoirs et cultures;

- Préparer chaque individu à assumer un rôle dans sa vie active lui permettant de, conformément à ses intérêts, capacités et vocation, contribuer au progrès de la société;
- Contribuer à la réalisation personnelle et communautaire des individus au moyen d'une formation orientée vers le système d'occupations socialement utiles et la pratique et l'apprentissage de l'occupation créative des loisirs;
- Contribuer au développement de l'esprit et de la pratique démocratiques à travers l'adoption de structures et de procédures de participation à la définition d'une politique d'éducation, à l'administration et gestion du système scolaire et à l'expérience pédagogique quotidienne où s'intègrent tous les intervenants au processus éducatif, en particulier les élèves, les enseignants et les familles.

A l'égard des différents niveaux du système éducatif, la loi établit des buts précis qui prennent toujours en considération l'intégration sociale du jeune.

Les activités scolaires doivent être accompagnées d'activités complémentaires qui visent notamment, l'enrichissement culturel et civique, l'éducation physique et sportive, l'éducation artistique et l'intégration des élèves dans la communauté.

Le système éducatif comprend en outre des modalités spéciales d'éducation scolaire parmi lesquelles nous pouvons citer l'éducation spéciale, dont les destinataires sont les individus ayant des besoins éducatifs concrets en raison de déficiences physiques ou mentales, et la formation professionnelle visant fondamentalement, outre à la préparation complémentaire à la vie active qui s'initie avec l'enseignement basic, à l'intégration au monde du travail à travers l'acquisition de connaissances et d'aptitudes professionnelles.

L'importance accordée à la formation professionnelle a entraîné l'adoption de certaines mesures tendant à sa concrétisation. Par exemple:

- Création d'écoles professionnelles assurant des cours dans les domaines les plus divers qui vont de l'agriculture à la peinture de céramique et de carreaux en faïence, de l'électronique à la gestion.
- Formation professionnelle assurée dans le cadre de l'Institut de l'emploi et formation professionnelle, qui couvre 17 aires d'activité;

- Définition du régime juridique de la formation professionnelle initiale des jeunes en régime d'apprentissage (DL 102/84 du 29 mars et DL 436/88 du 23 novembre), celle-ci étant définie comme un processus de formation qui vise à assurer le développement de la capacité et l'acquisition des connaissances nécessaires à l'exercice d'une profession qualifiée.

1.3. *La Communauté*

L'existence d'enfants ou de jeunes en situation de risque et ayant des difficultés d'intégration sociale est tout d'abord un problème de la communauté, étant à celle-ci d'apporter une contribution à sa résolution.

La communauté où l'enfant ou le jeune s'insèrent se trouve dans une situation privilégiée pour identifier d'abord et répondre ensuite aux problèmes et aux difficultés auxquelles ils se heurtent; ceci du fait que la structure communautaire repose sur des relations étroites entre ses membres, fondées sur des convictions, des valeurs et des modes de vie communs qui rendent possible une meilleure compréhension des motifs de certains comportements déviants et par la suite une réponse plus efficace.

Il incombe à l'Etat de créer des conditions pour que l'action communautaire soit facilitée et encouragée et pour que son initiative soit couronnée de succès. Nous avons déjà vu l'importance du rôle de la famille et de l'école en tant que facteurs de socialisation. Tout en reconnaissant leur rôle irremplaçable en tant que facteurs d'intégration sociale de l'enfant, d'autres institutions existent au niveau communautaire dont la mission est également importante.

Il y a lieu de souligner l'important rôle des institutions privées de solidarité sociale.

Ce sont des institutions constituées sur l'initiative de particuliers et à but non lucratif, qui, au moyen de la concession de biens et de la prestation de services, visent notamment (DL 119/83 du 25 février):

- l'appui aux enfants et aux jeunes;
- l'appui à la famille;
- l'appui à l'intégration sociale et communautaire;
- l'éducation et la formation professionnelle des citoyens;
- la résolution des problèmes des populations en matière d'habitation.

L'importance du rôle joué par ces institutions est reconnue par l'Etat qui, de ce fait, leur confère son appui sous les formes les plus diverses, en ce qu'il est secondé par les autorités locales.

La contribution de ces institutions à la réalisation effective des droits sociaux et l'appui qui leur est accordé par l'Etat sont prévus dans des accords qui établissent les formes de coopération entre eux. Ces institutions peuvent se voir notamment confier la gestion d'installations et d'équipement appartenant à l'Etat ou aux pouvoirs locaux (art. 4).

L'action des institutions privées de solidarité sociale doit respecter les bénéficiaires de leurs activités dans leur dignité et dans l'intimité de leur vie privée, ceux-ci ne pouvant faire l'objet d'aucune discrimination fondée sur des critères idéologiques, politiques, religieux ou raciaux.

Le nombre de ces institutions, ayant un rôle important dans le domaine de l'intégration sociale des jeunes, atteint déjà les centaines.

La pratique nous a jusqu'à présent démontré l'existence d'une collaboration efficace entre l'Etat et les institutions privées dans la poursuite des buts d'intégration sociale des enfants et des jeunes en situation de risque. En effet, sont nombreux les protocoles et les mesures d'appui visant à la poursuite de ces buts. Nous pouvons citer à titre d'exemple les suivants:

- protocole célébré entre le Ministère de la Justice et l'Institut d'Appui à l'Enfant (association à but non lucratif) dont l'objet est le travail de rue avec des enfants en situation de risque ou de marginalité.
- réalisation de projets dans le cadre du Ministère de la Justice, comprenant la collaboration avec des entités privées de caractère local et des organismes et institutions de la communauté, ayant notamment pour objet:
 - l'appui et la dynamisation des groupes de jeunes dans la communauté;
 - le combat à l'insuccès scolaire;
 - l'appui aux jeunes toxicomanes;
 - le travail avec les jeunes et familiaux en situation de risque;
 - la mise en oeuvre de cours de formation professionnelle;
 - le combat au problème du logement;
 - la création de crèches, de jardins d'enfance et d'espaces culturels.

- l'appui aux foyers qui, comme nous l'avons déjà vu, ont une relation étroite avec la communauté où ils sont insérés, soit du fait que souvent ils trouvent leur origine en des institutions et organismes de caractère communautaire, soit du fait que leur action vise l'intégration communautaire des jeunes qui leur sont confiés; ceci ressort dès lors du souci du législateur en les situer dans des zones susceptibles de faciliter l'intégration des enfants et des jeunes aux structures de la communauté.

Il y a lieu de souligner l'important rôle des associations de jeunes en tant que facteur d'intégration sociale et de développement de leurs potentialités. Reconnaisant l'importance de leur action, le gouvernement a créé un mécanisme d'appui aux associations, groupements de jeunes et d'autres entités développant des activités pour les jeunes et ayant des buts socio-culturels, socio-éducatifs, artistiques, scientifiques ou de permutation (Arrêté 244/89 du 3 mars).

Cette aide, qui peut prendre la forme soit d'appui technique soit financier, est prêtée à travers l'Institut de la Jeunesse (créé par le DL 483/88 du 26 décembre).

Il s'agit d'un institut public qui fonctionne sous la dépendance de la Présidence du Conseil des Ministres et dont les activités principales sont: l'appui aux associations de jeunes, la création de structures et de mécanismes d'information pour les jeunes, la promotion de la mobilité et d'échange juvénile et la contribution au renforcement de la coordination intersectorielle de la politique de la jeunesse.

Il faudra cependant plus que garantir un appui aux associations juvéniles. Il est nécessaire que les jeunes, à travers leurs associations représentatives, se sentent des intervenants au processus menant à la prise de décisions qui les concernent directement.

A cette fin a été créé le "Conselho Consultivo da Juventude" (DL 381/87 du 18 décembre); il s'agit d'un organe consultatif du membre du gouvernement responsable de la jeunesse, composé de représentants des associations de jeunes et dont la compétence est d'examiner et de donner des avis sur des questions relatives à la politique de la jeunesse; d'examiner les questions portant sur l'intégration sociale des jeunes; d'apprécier les projets de textes de caractère sectorial dans la partie concernant la jeunesse et de donner des avis sur des cas concrets qui lui soient demandés par son président.

1.4. *Mass Media*

Il est inutile de souligner l'importance des média dans la vie contemporaine de même que leur influence sur les enfants et les jeunes fondamentalement du fait de leur exposition permanente et facilité d'accès aux moyens de communication sociale.

D'y ressortant également important leur rôle en tant que facteur de socialisation, en particulier, lorsque l'on tient compte du fait que l'enfant et le jeune prennent souvent comme modèles à suivre un grand nombre de valeurs et idées qui leur sont transmis par ce moyen.

Une attention toute particulière mérite la publicité véhiculée à travers les média. la loi établit par la suite les conditions sur le caractère licite du message publicitaire ayant les enfants ou les adolescents pour destinataires ou intervenants.

Ainsi, en ce qui concerne la première situation, tout message publicitaire doit tenir compte de la vulnérabilité psychologique de son destinataire de même qu'écarter tout élément susceptible de nuire au développement physique, mental ou moral ou d'inculquer un sentiment d'infériorité à l'enfant ou à l'adolescent du fait de ne pas consommer ou utiliser le produit annoncé (l'article 23 par. 3 DL 303/83 du 28 juin). En ce qui concerne la participation de l'enfant ou de l'adolescent à la transmission du message publicitaire, la loi limite son intervention, à titre principal, aux messages où l'on vérifie un lien élémentaire entre ceux-là et le produit annoncé (article 23 par. 4), leur présence étant expressément interdite dans la publicité au tabac ou aux boissons alcooliques (par. 5).

Parmi tous les moyens de communication sociale, la télévision est celui qui assume une importance toute particulière du fait d'être celui auquel les enfants et les jeunes ont plus facilement accès.

Reconnaissant son importance, les status de la "Radiotevisão Portuguesa, EP", approuvés par le DL 321/80 du 22 août, établissent en tant que principe fondamental à observer en matière de programmation, la promotion de l'intégration des enfants et des préadolescents dans la société, de façon à la fois éducative et récréative. Il importe en ce sens de souligner la prohibition prévue dans la loi de la "Radiotevisão" (loi 75/79 du 29 novembre) sur la transmission de programmes incitant à la pratique de crimes ou violant les droits, les libertés et les garanties fondamentales, nommément, du fait de leur esprit d'intolérance, de violence ou de haine (article 7).

1.5 *Politique Sociale*

L'ordre juridique portugais confère à tous les citoyens, donc aussi aux citoyens jeunes, toute une série de droits sociaux.

Après avoir vu quelques-uns de ces droits, on consacrera ensuite notre attention au droit à la sécurité sociale (art. 63 de la Constitution), à la santé (art. 64) et au logement (art. 65).

1.5.1. *Le droit à la sécurité sociale*

Le système de sécurité sociale protège les jeunes dans la mesure où ils soient des victimes de situations qui justifient la mise en oeuvre de ses mécanismes: maladie, invalidité, chômage, d'autres situations de perte ou de diminution des moyens d'existence ou de la capacité pour le travail et orphelinage. Il les protège en outre, quoiqu'indirectement, pendant qu'ils soient intégrés dans des familles bénéficiaires du système de sécurité sociale.

Mais, si la protection ainsi conférée ne tient pas compte du caractère spécifique de la condition d'enfant ou de jeune, d'autres mécanismes existent qui la prennent en considération.

Ainsi, les régimes de Sécurité Sociale et de Protection Sociale des fonctionnaires et agents de l'Administration Publique accordent les prestations suivantes:

- allocation familial;
- allocation de naissance⁽²⁾;
- allocation d'allaitement, versée pendant les premiers 10 mois de vie de l'enfant;
- allocation complémentaire, accordée aux enfants et jeunes handicapés;
- pensions d'orphelinage, accordées jusqu'à l'âge de 18 ans ou, au cas où le jeune fréquente l'enseignement moyen ou supérieur, jusqu'à l'âge de 21 et 24 ans respectivement. A l'égard des cas où le

(2) L'allocation de naissance et les prestations en cas d'accident de travail ou de maladie professionnelle ne sont accordées que dans le cadre du régime contributif de la Sécurité Sociale. Toutes les autres pensions, allocations ou subsides sont également attribués par le régime non contributif.

bénéficiaire est atteint d'une incapacité permanente absolue pour le travail il n'y a pas de limite d'âge;

- pension en cas de décès du bénéficiaire suite à un accident de travail ou à une maladie professionnelle, accordée aux fils de la victime jusqu'à l'âge de 18, 21 et 24 ans dans les conditions ci-dessus décrites;
- subside d'intégration des jeunes dans la vie active, accordé aux jeunes âgés de 18 à 25 ans en quête d'un premier emploi (Loi 50/88 du 19 avril);
- subside d'inscription dans un établissement d'éducation spéciale;
- subside d'assistance d'un tiers, accordé aux titulaires du droit à l'allocation complémentaire pour les enfants et jeunes handicapés, lorsqu'en raison de leur déficience ils ont besoin de l'assistance d'une tierce personne.

1.5.2. Le droit à la santé

L'article 64 de la Constitution garantit à chaque citoyen le droit à la protection de sa santé. Ce droit est réalisé, d'après la Constitution, par la création d'un service national de santé tendanciellement gratuit et par la création de conditions économiques, sociales et culturelles qui garantissent, parmi d'autres, la protection de l'enfance et de la jeunesse.

La protection de la santé de l'enfant s'initie bien avant sa naissance. En fait, la femme enceinte a droit à des consultations gratuites ainsi qu'aux examens jugés nécessaires par son médecin assistant (article 4 Décret-Loi 4/84 du 5 avril).

Après la naissance, il est accordé un congé de maternité (ou de paternité) de 90 jours.

La vaccination est gratuite et, dans la plus part des cas, obligatoire.

En cas d'internement hospitalier d'un enfant âgé de moins de 10 ans, ses parents ont le droit de prendre congé, mais pas simultanément (article 13 par. 2 du Décret-Loi 4/84).

Il est également prévu la possibilité pour les parents d'accompagner leurs enfants âgés de moins de 14 ans pendant la journée, et pendant la nuit, en cas de maladie grave entraînant risque de vie (Loi 21/81).

Au cas où l'enfant tombe malade et reste chez lui, le père ou la mère ont le droit de prendre un congé maladie jusqu'à 30 jours par an (article 13 par. 1 du Décret-loi 4/84).

Il y a encore lieu de mentionner les soins primaires de santé infantile compris dans un programme de la compétence de la "Direcção-Geral dos Cuidados de Saúde Primários", dans le cadre duquel il est recommandé la réalisation d'examens de santé pendant les premiers 14 ans de vie de l'enfant.

A l'école il est assuré un suivi du développement et de la formation des élèves par les services spécialisés des centres communautaires de santé en collaboration avec les structures scolaires (article 28 Loi 46/86).

Finalement, il est à mentionner la création, par l'Arrêté 52/85 du 26 janvier, des centres d'accueil pour les jeunes qui fournissent, à titre gratuit, des renseignements sur l'anatomie et la physiologie de la reproduction, préparent les jeunes à vivre leur sexualité de façon correcte, fournissent de l'information sexuelle et des contraceptifs aux cas en situation de risque.

1.5.3. *Le droit au logement*

Le droit au logement a également mérité consécration constitutionnelle. Chacun a droit à un logement adéquat en dimension, en conditions d'hygiène et de confort.

De souligner toutefois un souci tout particulier à l'égard de l'accès des jeunes au logement, car, en principe, c'est cette couche de la population laquelle disposera de moins de ressources pour faire face aux coûts des habitations.

A cette fin, la loi a institué un régime spécial de crédit à l'habitation propre destiné aux jeunes, dénommé régime de crédit jeune bonifié (article 13 du Décret-Loi n.º 328-B/86 du 30 septembre) qui prévoit des conditions privilégiées d'accès au crédit destiné à financer l'acquisition, la construction, l'amélioration, la récupération ou l'augmentation de logement propre ou la location à des couples dont l'âge dans l'ensemble ne soit pas supérieure à 55 ans ou, au cas d'une seule personne, dont l'âge soit comprise entre 18 et 30 ans.

Au-delà de ce régime, le législateur portugais a cherché également à encourager l'accès des jeunes à l'habitation à travers l'action coopérative.

Il a été ainsi établi un régime de stimulus qui vont de la concession d'appui technique et de conditions spéciales de crédit au développement de

l'activité des coopératives de construction et d'habitation destinées, totalement ou partiellement, aux jeunes, ceux-ci étant définis en conformité avec les limites d'âge susmentionnées (Décret-Loi 419/89 du 30 novembre).

1.6. Administration de la justice par rapport aux mineurs et aux jeunes

Au Portugal les mineurs âgés de 16 ans sont considérés non imputables. Ils ne sont donc pas passibles d'action pénale.

En ce qui concerne les jeunes âgés de 16 à 21 ans, la loi établit un régime spécial (Décret-Loi 401/82 du 23 septembre) qui prend en considération le fait que le jeune imputable mérite un traitement pénal spécial. Celui-ci se justifie soit comme moyen d'atténuer le caractère artificiel de l'établissement d'une frontière d'âge entre la responsabilité et l'irresponsabilité pénale, soit comme facteur susceptible d'amoindrir la stigmatisation du jeune et, surtout, comme facteur susceptible de faciliter l'intégration sociale.

Il y a lieu de mentionner ici l'existence des tribunaux de mineurs ayant pour but la protection judiciaire et la défense des droits et des intérêts des mineurs qui sont en situation de risque social moyennant l'application de mesures tutélaires de protection, assistance et éducation; et bien ainsi les centres d'observation et action sociale, qui sont des institutions officielles non judiciaires qui ont mené au Portugal la première expérience de protection des mineurs par voie administrative. Nous y reviendrons par la suite.

2. Les Services de Reinsertion Sociale

2.1. L'encadrement systemique de la reinsertion sociale de delinquants

La politique criminelle portugaise de nos jours se caractérise du fait d'intégrer la finalité de la réinsertion sociale dans une stratégie générale de

prévention du crime prévention de la délinquance où par la réinsertion sociale on entend "tout le processus qui, engageant dans une relation complexe l'Etat, la Société et le Citoyen délinquant, vise à créer des conditions permettant à ce citoyen d'opter librement pour vivre en société sans commettre des crimes, permettant simultanément et de façon équidistante à la société elle-même de se modifier et de se réformer dans le sens d'éliminer les facteurs criminogènes qu'elle contient".

Selon cette perspective, on croit que tout processus de réinsertion sociale a sous-jacent à son développement la dynamique propre du compromis entre l'individu et la société, situé dans le temps et dans l'espace. C'est-à-dire, s'il est vrai que l'individu a un compromis envers la société de ne pas commettre des crimes, il est hors de doute que le fait de réduire ou d'éliminer les conditions, la motivation, la possibilité de pratiquer le crime d'autant et la récidive auront autant plus de succès que lorsque la société assume le compromis d'actionner les mécanismes informels de contrôle — la famille, les groupes sociaux de voisinage et d'aide réciproque, l'école, les autorités locales — pour la prévention du crime soutenue par un cadre d'amélioration des niveaux de la qualité de la vie.

En effet, le projet de la société civile passe de nos jours, d'après nombreux chercheurs dans le domaine des sciences sociales et tel qu'il ressort des principes de Riyad eux-mêmes, pour accorder de l'espace d'expression à l'individu, notamment à l'enfant/jeune, aux micro structures de solidarité, à la vie communautaire, à l'autonomie, à l'autodéveloppement et à la créativité participative.

Ainsi, tel que l'Etat-Providence dans le domaine de la protection sociale, l'Etat-Monopole dans le domaine de la justice pénale s'est jusqu'à présent autodélimité par des critères de compétence spécifique, d'exclusivité et de stricte nécessité dans la défense et la protection des valeurs éthiques-juridiques fondamentales de la société.

En suivant cette tendance évolutive, le système d'administration de la justice pénale portugaise a jusqu'à présent assuré et développé, dans le cadre des compétences propres des organes dont il est composé, notamment celles de l'Institut de Réinsertion Sociale (IRS), une méthodologie d'intervention compromise avec la relation effective de complémentarité fonctionnelle mutuelle tenue d'exister entre l'Etat et la société civile.

De même, en tant qu'organe de prévention criminelle/prévention sociale, l'IRS a jusqu'à présent développé une politique de réinsertion sociale:

- consacrée dans plusieurs dispositions, parmi d'autres, de la loi pénale, de l'exécution des peines non privatives de liberté, du régime spécial applicable aux jeunes adultes délinquants, de la loi tutélaire des mineurs et de sa loi organique;
- concrétisée dans une action qui a jusqu'ici évolué dans le sens de la création de conditions favorables à la participation et à la co-responsabilisation de la communauté à l'égard de la prévention de la délinquance, notamment de la délinquance juvénile, à travers des citoyens considérés individuellement, d'organisations gouvernementales, des autorités locales et d'autres entités publiques et privées.

2.2. L'Institut en tant qu'organe de Réinsertion Sociale dans le système de l'administration de la justice

2.2.1. Philosophie d'intervention

L'Institut de Réinsertion Sociale a été créé et réglementé respectivement par les décrets-lois 319/82 du 11 août et 204/83 du 20 mai, selon une perspective de Service Social de Justice dont le but fondamental est de promouvoir la prévention criminelle, à travers notamment de la réinsertion sociale des délinquants, imputables et non imputables, accomplissant des mesures privatives et non privatives de liberté ainsi que de l'appui aux mineurs en danger ou de difficile adaptation.

Lié aux principes de l'Etat Social de Droit qui garantissent la sauvegarde des droits de la personne humaine, les services de réinsertion sociale agissent auprès du citoyen, qu'il soit délinquant ou non, mineur, jeune adulte, entendu comme sujet de droit à qui est dû le respect de la liberté et de la dignité humaine, l'appel à la responsabilité et à la participation et à qui doit être reconnu le droit à la différence.

Droit à la différence qui, en des termes d'appui technique, prend une signification toute particulière à l'égard du mineur et du jeune-adulte, dans la mesure où il s'agit d'être avec des stades de développement propres, bien que sans autonomie et maturité suffisantes et avec des caractéristiques et besoins différents.

En tant que Service Social de Justice, l'Institut vise une intervention globale et intégrée dans la perspective de la prévention centrée sur l'agent — mineur, jeune-adulte ou adulte — et non pas sur le fait.

L'intervention se traduit par un processus d'appui continu au citoyen considéré individuellement ou en groupe, dès la prévention primaire ou prévention sociale qui passe par l'action auprès des groupes en situation de risque en raison de marginalité ou d'exclusion sociale, jusqu'au citoyen en contact avec l'appareil de la justice.

Compte tenu de ses caractéristiques, ce processus permet d'entamer, de poursuivre et d'évaluer progressivement des actions d'éducation civique, de pédagogie criminelle et de socialisation du délinquant.

En étant certain que les tâches de réinsertion sociale dépassent largement les frontières de l'administration de la justice, l'intervention de l'Institut dans ce domaine doit se traduire par la coordination et l'impulsion des efforts communautaires en articulation avec les autres secteurs de l'Administration — Education, Formation Professionnelle, Emploi, Logement, Santé, Sécurité Sociale — responsables de la mise en oeuvre d'une politique sociale et économique.

En somme, le système actuel dispose de services déconcentrés à qui incombe de poursuivre, sur le plan régional et local, les buts de la réinsertion sociale, tout en assurant une réponse à la diversité des demandes, qu'elles émanent des tribunaux, de l'administration pénitentiaire, du jeune-adulte ou adulte accusé ou condamné, du mineur ou de la communauté.

En résumé, nous pouvons citer en tant que principes sous-jacents à la philosophie humaniste d'intervention de l'Institut:

- des principes qui garantissent la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne humaine, y compris le droit à la différence du mineur et du jeune-adulte;
- des principes qui visent un appui effectif à l'individu en situation de risque ou pas (déviance, marginalité sociale) ou de délinquance;
- des principes d'ordre fonctionnel qui se traduisent particulièrement par une collaboration inter-institutionnelle toute proche de l'appui assuré au citoyen, que celui-ci soit ou non délinquant.

2.2.2. Domaines d'intervention, prévention de la délinquance juvénile, principes de Riyade

En vue d'une meilleure compréhension de l'information portugaise sur ce sujet, il nous est apparu utile de limiter cet exposé aux domaines d'intervention de l'Institut plus directement liés à la Prévention de la délinquance juvénile.

En effet, la méthodologie suivie se traduit par l'indication des actions développées ou en développement dans le domaine respectif respective et par un exposé sur les principes de Ryad en rapport ou sous-jacents à l'action ou aux actions en question, chaque fois que ceci s'avère nécessaire à une meilleure clarté de l'information.

Etant donné que l'Institut est un organe de prévention criminelle et, en particulier, un organe d'appui technique aux tribunaux, on suivra le critère institutionnel de systématisation des domaines d'intervention.

On abordera ainsi les domaines suivants:

a) L'appui technique aux tribunaux — d'instruction criminelle, de jugement et d'exécution des peines dans l'application et/ou l'exécution:

— des sanctions pénales;

— des mesures tutélaires et de correction à l'égard des jeunes âgés de 16 à 21 ans.

Il faut souligner que les mesures tutélaires et de correction ne sont applicables qu'aux jeunes âgés de 16 à 21 ans ayant commis des faits jugés comme infractions pénales, auxquelles correspond une peine d'emprisonnement inférieure à 2 ans.

Ces peines sont prévues dans un texte précis (DL 401/82 du 23 septembre) lequel oriente le tribunal vers l'atténuation spéciale de la peine.

La consécration de ces mesures de caractère éducatif permet d'accorder au jeune pénalement imputable (à partir de l'âge de 16 ans) un traitement spécialisé en évitant ainsi les effets stigmatisants des peines.

Dans le domaine de la mesure pénale, de correction ou tutélaire, l'appui technique au jeune-adulte se traduit:

- *Au niveau de l'application* — fondamentalement par le diagnostic de la situation psychosociale qui, tout en garantissant le respect de

sa liberté, de la présomption d'innocence et de sa privauté, peut constituer, dans un cadre de suivi technique du jeune accusé, un moyen d'appui à la connaissance de soi-même ainsi que d'équilibre ou de rééquilibre personnel en situation de crise provoquée ou déclenchée par le crime.

La connaissance ainsi acquise sur la personnalité et les conditions d'intégration familiale et socio-professionnelle du jeune, tenue de figurer sur le rapport social que la loi pénale exige (article 370 par. 2) dans la phase de jugement, revêt une importance toute particulière dans la détermination de la mesure la plus adéquate à appliquer par le tribunal, notamment en ce qui concerne à la récupération sociale du jeune.

- *Au niveau de l'exécution* des mesures privatives et non privatives de liberté, d'une façon générale, par l'élaboration de plans de suivi en raison du diagnostic et du pronostic de la situation concrète et des injonctions et règles de conduite fixées au jeune par le tribunal.

Le développement de ces plans exige de la part des techniciens de réinsertion sociale non seulement une action d'appui/aide psychosociale, mais aussi une action de contrôle effectif de l'accomplissement des obligations fixées par le tribunal.

D'après la méthodologie institutionnelle d'intervention, ces plans de suivi se concrétisent à travers des programmes d'action qui, en général, impliquent:

- une action d'éducation et d'appui aux parents, membres de la famille ou à d'autres responsables du jeune qui vise à les aider à assumer leurs rôles et responsabilité face à l'aide dont il a besoin;
- une action auprès du moniteur-éducateur, de l'enseignant ou de l'employeur visant à les sensibiliser, les renseigner et se placer à leur disposition pour collaborer dans l'aide au jeune ayant des besoins concrets et des problèmes;
- une action de coopération avec les organisations socio-culturelles et récréatives de la communauté de résidence du jeune, réunissant les meilleures conditions pour répondre à ses intérêts, aptitudes et besoins, tels que ceux de la convivialité.

Il est évident que ce type d'actions, d'ailleurs inscrites au nombre des principes de Riyad, ne dispensent pas, plutôt présupposent que ce travail soit développé avec et par le jeune lui-même, ayant pour but de lui propor-

tionner la rencontre avec soi-même, l'autoconfiance, l'autonomie qui lui permettent de décider de son projet de vie en liberté.

- b) Appui technique aux tribunaux spécialisés ou de compétence générale en matière de protection et de défense des droits et intérêts des mineurs.

Compte tenu de l'information que nous avons déjà rendue au sujet des Services Tutélaires de Mineurs, on ne fera ici que quelques observations sur l'intervention que les services de réinsertion sociale ont jusqu'à présent assurée en cette matière sur demande du tribunal.

L'appui technique au mineur se traduit:

- *Au niveau de l'application* des mesures tutélaires et de l'adoption de mesures tutélaires civiles — fondamentalement, par l'étude et le diagnostic de sa situation personnelle et socio-familiale, visant à habilitier le tribunal pour prendre la décision la plus adéquate à la sauvegarde des intérêts du mineur.

A cette fin, les services de réinsertion sociale essaient de trouver auprès des parents, des autres membres de la famille, des amis et des organismes de protection sociale, des réponses alternatives ou, dès que possible, compensatoires pour la situation du mineur.

Dans tous les cas, la solution trouvée doit respecter le mineur, notamment en ce qui concerne le droit au plein développement physique, intellectuel et moral, le droit au respect de ses relations psychologiques les plus profondes et au respect de l'entretien régulier de relations affectives gratifiantes et de son intérêt.

Il faut avoir toujours présent que la séparation du mineur de ses parents ne doit être considérée que dans les cas où l'on vérifie une incapacité d'exercice du pouvoir paternel susceptible de nuire à la sécurité, à la santé, à la formation morale ou à l'éducation du mineur.

- *Au niveau du suivi* du mineur, par des mesures tutélaires non institutionnelles.

En termes généraux, le suivi se concrétise au moyen:

- d'actions d'aide aux parents ou à la personne à qui le mineur est confié, visant à les préparer pour les fonctions qu'ils sont tenus de remplir à l'égard du mineur.

- d'actions visant à assurer une formation scolaire ou professionnelle adéquate au mineur, notamment au moyen de la résolution ou la minimisation de problèmes entravant son réussite scolaire ou professionnelle.
- l'orientation vers des espaces de convivialité favorables à la création d'intérêts socio-culturels et récréatifs, susceptibles de faciliter la socialisation et l'intégration du mineur.

D'après ce schéma, nous pouvons conclure que les actions que nous avons décrites au sujet des deux domaines d'intervention mentionnés, s'insèrent pleinement dans les Principes de Riyad — Chap. IV, points A et C et Chap. V.

c) Prévention criminelle et situations de marginalité.

Pour ce qui est de cette matière, sans vouloir commettre l'erreur d'ignorer les résultats/orientations sur l'éthologie du crime, un critère pragmatique d'action a été jusqu'à présent adopté. Autrement dit, on part de l'idée suivant laquelle la prévention du crime, et de situations de marginalité, passe forcément par l'adoption d'une politique sociale et économique qui vise non seulement à élever les niveaux de vie mais aussi à améliorer la qualité de la vie.

Dans ce sens, les principes de Riyad, dans le domaine de la dénommée prévention générale, attirent l'attention des Etats vers l'importance:

- de la coopération entre les différents niveaux du Pouvoir — central, régional et local;
- de l'articulation entre les services et les organismes des différents secteurs de l'Administration chargés de la Justice, de l'Education, de la Santé, de la Formation Professionnelle, de l'Emploi, du Logement, de la Sécurité Sociale;
- de la participation des entités publiques et privées ayant une action dans les différents secteurs.

En suivant cette méthodologie, les Services de Réinsertion Sociale ont jusqu'à présent développé les actions suivantes:

- Etude de caractérisation des "círculos" judiciaires, visant à une connaissance sociologique des communautés locales et à l'apure-

ment des ressources existantes dans la zone où sont intégrés les tribunaux respectifs, avec lesquels les services de réinsertion sociale collaborent déjà ou peuvent collaborer dans l'avenir, soit au niveau de l'Administration centrale ou locale, soit de la société civile.

- Développement de projets communautaires en collaboration avec des organisations publiques et privées, notamment des secteurs de l'Education, de la Santé, de la Formation Professionnelle, de l'Emploi et de la Sécurité Sociale.

Ces projets se caractérisent par le fait:

- de viser des communautés locales situées dans des zones urbaines défavorisées comme c'est le cas des quartiers suburbains ou historiques des grandes villes;
- de viser des communautés locales situées dans des zones rurales appauvries;
- de développer des actions avec des enfants et des jeunes en situation de désavantage social, à savoir de échec familiale, d'insuffisance scolaire, de revenu familial insuffisant, de milieu socio-environnemental dégradé en raison de pratiques anti-sociales;
- de développer des actions d'éducation de base destinées aux parents et à leurs enfants — enfants et jeunes qui se livrent à la mendicité, au vagabondage, à la prostitution, à l'abus de consommation d'alcool ou de stupéfiants;
- que toutes ces actions impliquent un travail avec les familles et leurs enfants — mineurs et jeunes — qui se traduit:
 - par une aide psychosociale;
 - par un appui technique dans les domaines de la formation scolaire, professionnelle et du travail;
 - par une offre d'opportunités d'espaces alternatifs de convivialité moyennant la participation aux activités socio-culturelles et récréatives de leur intérêt.

Il y a lieu de signaler que le type de projets communautaires qu'on vient de caractériser au sujet de la Prévention de la délinquance juvénile font partie de l'ensemble de projets présentés par cet Institut en 1988,

encadré dans la réponse au “Questionnaire Heuni” sur la Prévention Criminelle et lancé à l’occasion de la préparation du VIII^{ème} Congrès.

Il y a lieu de rappeler, à titre d’exemple, quelques-uns des projets dont le but fondamental est la Prévention de la marginalité juvénile (tels que les projets de Prévention de la Criminalité en développement dans le quartier de Conchada (Coimbra) et Nazaré):

- Collaboration avec des écoles et organisations juvéniles dans le développement d’actions de sensibilisation à l’information pour une éducation civique.
- Actions visant à encourager le jeune vers le débat et la réflexion sur des thèmes intéressant à sa formation de citoyen responsable.

On peut citer à titre d’exemple:

- la consommation de drogues et ses conséquences personnelles et sociales;
- le droit à la différence;
- le devoir de solidarité.

Appui technique et financier aux Institutions privées et à d’autres organisations poursuivant des buts complémentaires de la réinsertion sociale et de prévention criminelle et vouées à l’aide aux mineurs et aux jeunes en situation de risque.

Ces entités assurent à cette fin:

- de l’aide psychosociale au mineur ou au jeune sur les plans personnel, familial et communautaire;
- des réponses alternatives au milieu familial naturel de l’enfant ou du jeune, chaque fois que l’on vérifie une situation de privation;
- des appuis techniques dans les domaines de la formation scolaire et professionnelle ainsi que du travail;
- une formation socio-culturelle à travers l’encouragement, l’orientation et la satisfaction des intérêts du jeune ainsi que du développement de ses aptitudes.

Pour une vision de l’unité et de la cohérence entre les différents domaines d’intervention de l’Institut, en particulier, entre ceux qui sont ici

en analyse, dans le cadre de la prévention de la délinquance juvénile, il faudra mentionner les principes directeurs de l'activité institutionnelle:

- la complémentarité se traduit par la liaison dynamique et simultanée entre les différents niveaux de la prévention criminelle;
- la solidarité consiste à rendre la collectivité/ communauté responsables de la réalisation des buts du système de réinsertion sociale;
- la participation entraîne la responsabilisation des intéressés, notamment:
 - dans le diagnostic des situations;
 - dans la recherche des solutions;
 - dans la mobilisation des ressources et dans l'évaluation des processus.
- l'articulation présuppose une approche systémique des situations et exige une action intégrée et globale en vue de maximiser l'efficacité des moyens disponibles de la part des différentes entités publiques et privées engagées.

2.2.3. Méthodologie d'intervention

Dans le cadre de l'analyse que nous avons faite au sujet de la prévention de la délinquance juvénile, il y a lieu de mentionner que la méthodologie d'intervention institutionnelle se caractérise par le fait:

- que approche systémique et interactive des situations de délinquance ou de marginalité sociale, que ce soit d'incidence individuelle, de groupe ou de communauté, constitue une pratique/technique d'action;
- d'utiliser, en raison des buts et des plans d'action spécifiques, les processus, les techniques et les pratiques les plus adéquates et provenant des différentes formations scientifiques — service social, sociologie, psychologie, anthropologie et droit — des techniciens de réinsertion sociale responsables du cas concret;
- que le développement d'une méthodologie de réinsertion sociale de délinquants implique l'approfondissement et l'entraînement du travail interdisciplinaire;

- de comprendre l'action psychosociale individuelle ayant fondamentalement comme modèle de référence les nouvelles perspectives de "case-work";
- de comprendre l'action psychosociale de groupe dont la mise en oeuvre est en cours;
- de comprendre l'action socio-communautaire développée en articulation avec les institutions publiques et privées des différents secteurs de l'Administration et aussi avec des groupes de volontaires.

Avec ce modèle d'intervention, nous sommes convaincus qu'il sera possible de créer et de revitaliser les micro-réseaux de solidarité et d'assistance mutuelle susceptibles de renforcer le tissu social et de rendre viable, de façon soutenue, la prévention de la délinquance, notamment de la délinquance juvénile.

3. Protection des Mineurs

LE SYSTEME TUTELAIRE DES MINEURS

3.1. Le décret-loi n.º 314/78 du 27 octobre, c'est le texte qui consacre la protection juridique des mineurs délinquants ou socialement inadaptés et qui crée l'Organisation Tutélaire des Mineurs.

Au Portugal, le cadre juridique de la protection des mineurs comprend les tribunaux des mineurs, en tant qu'organes de protection judiciaire, les centres d'observation et d'action sociale, en tant qu'organes de protection administrative, les tribunaux de famille, en tant qu'organes de protection judiciaire de nature civile et la Direction générale des services tutélaires des mineurs, en tant que département du Ministère de la Justice chargé d'exécuter les mesures prononcées par les deux premiers.

3.2. Les tribunaux des mineurs sont compétents pour appliquer des mesures de protection, d'assistance ou d'éducation aux mineurs, âgés de 12 à 16 ans, qui soient les agents d'un fait qualifié par la loi pénale comme

un crime ou contravention ou qui se livrent à la mendicité, au vagabondage, à la prostitution, au libertinage, à l'abus de boissons alcooliques ou de consommation illicite de stupéfiants ou qui révèlent, par leur situation, comportement ou tendances, une difficulté grave d'adaptation à la vie sociale normale.

Sont encore compétents pour appliquer ces mesures aux mineurs, jusqu'à l'âge de 18 ans, victimes de mauvais traitements ou en situation d'abandon ou négligence portant atteinte à leur santé, sécurité, éducation ou moralité ainsi qu'aux mineurs qui, ayant atteint l'âge de 14 ans, se révèlent sérieusement inadaptés à la discipline de la famille, du travail ou de l'établissement où ils sont internés; ils peuvent encore apprécier et décider des demandes de protection de mineurs contre l'exercice abusif d'autorité de la famille ou des institutions à qui ils sont confiés.

Aux tribunaux des mineurs il incombe en outre d'apprécier les cas des mineurs âgés de moins de 12 ans où la compétence d'institutions non judiciaires soit à exclure.

Les tribunaux des mineurs peuvent appliquer les mesures de protection, d'assistance ou d'éducation qu'ils jugent adéquates, parmi une vaste gamme expressément prévue dans la loi: admonestation; remise du mineur aux parents, au tuteur ou à la personne à qui il est confié; imposition de certaines conduites ou devoirs; suivi éducatif; placement dans une famille idoine; placement dans un établissement d'éducation public ou privé; placement en régime d'apprentissage ou de travail auprès d'une entité publique ou privée; sujétion au régime d'assistance; placement dans un foyer de demi-internat; placement dans un institut médico-psychologique et internement dans un établissement de rééducation.

Ces mesures peuvent être appliquées soit isolée soit cumulativement, l'accumulation pouvant consister à l'application simultanée ou successive de plus d'une mesure. Toutes les mesures peuvent à tout moment faire l'objet de révision au cas où elles se révèlent insuffisantes, inutiles ou même superflues.

Le juge peut d'ailleurs ordonner la suspension de l'exécution des mesures prévues aux alinéas c) et suivantes de l'article 18 de l'Organisation Tutélaire des Mineurs, ou la suspension du propre procès, en renvoyant à une date ultérieure l'appréciation des faits et de la conduite du mineur dans tous les cas où, eu égard à son âge, personnalité, situation ou intérêts, cela s'avère convenient.

Il faut souligner que l'application des mesures de placement dans un foyer de demi-internat, de placement dans un institut médico-psychologique ou d'internement dans un établissement de rééducation, n'est pas de la compétence du juge des mineurs. Pour prendre une telle décision le juge doit être assisté de deux juges sociaux.

3.3. Les centres d'observation et d'action sociale sont des institutions publiques non judiciaires destinées à la protection administrative des mineurs de 12 ans en situation pré-criminelle, para-criminelle ou ayant commis un fait que la loi pénale qualifie de crime ou contravention.

Cette protection administrative est exclue dans les cas où les parents ou le représentant légal du mineur n'acceptent pas l'intervention tutélaire ou rééducative des institutions non judiciaires officielles ou officialisées ou lorsqu'il y a des raisons par la loi pénale comme crime.

Dans de telles circonstances, la compétence est obligatoirement déferée aux tribunaux des mineurs.

En tant qu'institutions de protection administrative, les centres d'observation et d'action sociale appliquent les mesures de protection qu'ils jugent adéquates, notamment le placement des mineurs dans des établissements dépendant ou non du Ministère de la Justice.

Ces mesures sont de la compétence de la commission de protection qui est un organe composé du directeur, du psychologue, d'un curateur auprès du tribunal des mineurs du ressort du centre, d'un représentant des services des mineurs du Ministère de la Justice.

Ces mesures sont de la compétence de la commission de protection qui est un organe composé du directeur, du psychologue, d'un curateur auprès du tribunal des mineurs du ressort du centre, d'un représentant des services des mineurs du Ministère de la Santé et d'un représentant du Ministère de l'Education.

3.4. Aux tribunaux de la famille, ou tribunaux de compétence spécialisée mixte, il incombe la protection tutélaire civile des mineurs.

Parmi les matières les plus importantes de leur compétence on peut citer les suivantes: la tutelle et l'administration de biens, l'adoption, la régulation de l'autorité paternelle, la fixation des pensions alimentaires, l'inhibition totale ou partielle, l'établissement de limitations à l'exercice de l'autorité parentale, les actions en recherche de maternité ou de paternité...

3.5. La Direction-Générale des Services Tutélaires des Mineurs est le département du Ministère de la Justice chargé d'étudier, d'orienter, de coordonner et de surveiller l'exécution des mesures prononcées par les tribunaux des mineurs et autres et qui soient appliquées dans le cadre de la législation tutélaire pour la protection des mineurs, la prévention et la rééducation de leurs comportements socialement inadapés.

La Direction-Générale comprend des services centraux — d'organisation et de contrôle — et des services extérieurs.

Les services extérieurs sont les établissements tutélaires des mineurs; ce sont des institutions qui dépendent organiquement et hiérarchiquement du Ministère de la Justice et visent l'exercice de l'action sociale sur les mineurs et leur milieu, leur observation, l'application de mesures de protection, l'exécution de mesures tutélaires prononcées par les tribunaux et les actions de posture.

3.6. Les établissements tutélaires des mineurs peuvent être:

- des centres d'observation et d'action sociale;
- des instituts médico-psychologiques;
- des établissements de rééducation;
- des foyers de demi-internat;
- des foyers de transition;
- des foyers d'accueil spécialisé.

3.6.1. les centres d'observation et d'action sociale sont des institutions officielles, non judiciaires, de protection aux mineurs et d'appui aux tribunaux et aux établissements tutélaires des mineurs qui appliquent les mesures de protection jugées adéquates, exécutent les mesures prononcées et procèdent à l'observation des mineurs par ordre des tribunaux respectifs.

A présent, il y a 3 centres d'observation et d'action sociale dans les principales villes du pays, notamment Lisbonne, Porto et Coimbra.

Ces centres ont une double fonction: ils sont, d'une part, des organes administratifs avec compétence pour apprécier la situation des mineurs, tel que nous l'avons déjà dit. D'autre part, ils sont des établissements tutélaires voués à l'observation des mineurs et à d'autres fonctions complémentaires.

L'observation est obligatoire en cas d'application de mesures de placement dans un foyer de demi-internat, dans un institut médico-psychologique ou d'internement dans un établissement de rééducation; sa finalité est de connaître et de définir le caractère et la personnalité du mineur, ses aptitudes, capacités et tendances ainsi que les conditions de son milieu familial et social.

3.6.2. Les instituts médico-psychologiques sont destinés à l'observation des mineurs mentalement handicapés ou irréguliers et au placement des mêmes, à l'exception des déficients irrécupérables.

Il y a seulement un institut médico psychologique — l'institut Navarro de Paiva, à Lisbonne. Il est destiné aux mineurs des deux sexes.

3.6.3. Les établissements de rééducation visent à promouvoir, par des moyens éducatifs, la progressive réadaptation sociale des mineurs y internés.

En ce qui concerne le sexe féminin, il y a trois établissements — un dans la région centre du pays et les autres dans les grands centres urbains de Lisbonne et Porto.

Les établissements de rééducation à l'égard du sexe masculin sont dispersés par le pays; deux en milieu urbain — Lisbonne/Porto — et les autres 5 sont disséminés par des zones rurales, pas trop éloignées des centres urbains.

3.6.4. Les foyers de demi-internat sont des établissements ouverts destinés à promouvoir la réadaptation sociale des mineurs à qui a été appliquée une mesure de placement dans un foyer de demi-internat, moyennant leur permanence au sein d'une communauté du type familiale.

Ce type de foyers existe à Lisbonne, Porto et Coimbra.

3.6.5. Les foyers de transition sont des foyers également ouverts qui peuvent être autonomes ou dépendre des instituts médico-psychologiques ou des établissements de rééducation.

Leur but est d'assurer la transition de l'internat à la vie sociale normale, moyennant la réadaptation progressive des mineurs à des conditions normales de vie et de travail.

Le placement dans ces établissements est de la compétence des tribunaux des mineurs à la suite d'une proposition formulée en ce sens par la direction de l'établissement où le mineur est interné.

DISTRIBUTION GEOGRAPHIQUE DES ETABLISSEMENTS TUTELAIRES DES MINEURS



Cet équipement fonctionne à Porto, Lisbonne et Castelo Branco.

3.6.6. Les foyers résidentiels sont des établissements destinés à recevoir des jeunes en régime de posture ou ceux qui, par n'importe quelle circonstance, nécessitent temporairement de la protection des services tutélares des mineurs.

Les résidents doivent être des étudiants, exercer une profession ou se trouver en situation d'apprentissage professionnelle. L'action de ces foyers vise l'autonomie des mineurs et des jeunes et leur intégration dans le milieu social.

Il y a un foyer résidentiel pour garçons tout près de Lisbonne.

3.6.7. Les centres d'accueil spécialisé sont destinés à recevoir transitoirement des mineurs qui, par abus de boissons alcooliques ou consommation illicite de stupéfiants, sont passibles de mesures tutélares ou de protection.

Il n'y a aucun centre de cette nature en fonctionnement.

3.6.8. Finalement, les établissements poly-valents sont des établissements qui développent des activités propres de plus d'une sorte d'établissements.

Le nombre de ces établissements tend à augmenter pour venir en aide aux carences en matière de réponses sur plusieurs plans et existent déjà à Lisbonne, Viseu et Funchal.

3.7. L'Organisation Tutélaire des Mineurs prévoit la possibilité de coopération entre les services publics et privés.

Cette coopération peut revêtir les formes suivantes: l'administration des établissements tutélares est confiée, en régime de coopération, à des entités privées spécialisées en ce qui concerne les problèmes de l'enfance et de la jeunesse; ou alors, le Ministère de la Justice peut accorder des subsides aux entités privées qui collaborent avec les services tutélares dans l'action sociale sur les mineurs et leur milieu ou établir des accords temporaires ou définitifs avec ses mêmes entités

Outre les accords de coopération avec deux entités religieuses — la “*Provincia Portuguesa da Sociedade Salesiana*” et la “*Congregação do Bom Pastor de Angers*” — on a pu assister, au cours des dernières années, à une augmentation du nombre d’entités privées qui reçoivent des subsides du Ministère de la Justice, moyennant des protocoles de coopération avec les services officiels et la prestation d’assistance aux mineurs, notamment aux mineurs en situation de risque.

3.8. De l’analyse statistique de la situation portugaise en matière de prévention de la délinquance juvénile, telle que décrite dans le cadre qui suit et qui se rapporte aux années 1986, 1987 et 1988, nous pouvons conclure que le mouvement judiciaire de mineurs se maintient relativement stable et que, outre l’application répandue de la mesure d’admonestation et de la remise à sa famille, la mesure d’internement, surtout dans des établissements de rééducation, est celle la plus fréquemment appliquée — ce qui peut être expliqué par la faible capacité de réponse ou par la déficience des structures et moyens adéquats à l’exécution des mesures intermédiaires, typifiées dans l’article 18 de l’Organisation Tutélaire des Mineurs, notamment l’imposition de certaines conduites ou devoirs, le suivi éducatif et le placement au sein d’une famille idoine.

3.8.1. Compte tenu de cette réalité, on reconnaît les tendances actuelles en matière de droits des mineurs qui, directement influencés par les modernes sciences humaines, va dans le sens d’une nouvelle forme d’aborder et de traiter les comportements dits déviants et de nouvelles formes d’intervention, basiquement fondées sur les principes d’une responsabilisation progressive du mineur à l’égard de ces actes, du besoin de garder le mineur au sein de sa famille et de sa communauté, avec la participation active de celle-ci à la problématique respective, et du besoin de défendre les intérêts de la victime et de la société.

De cette constatations découle une politique de traitement des mineurs qui se traduit par l’apologie à l’adoption de mesures de substitution ou alternatives à l’institution, qui fait l’objet d’expériences d’application objective.

**MINEURS JUGES EN 1986/87 ET 1988,
SITUATION AYANT PROVOQUE L'INTERVENTION
DU TRIBUNAL
ET MESURES TUTELAIRES PRONONCEES**

Mineurs Jugés	Total		
Situation ayant provoqué l'intervention du Tribunal et Mesures Tutelaires Prononcées	1986	1987	1988
Total Global	2 791	2 962	2 944

**Situation ayant provoqué
l'intervention du Tribunal:**

• Être victime de mauvais traitements ou d'exercice abusif d'autorité	29	93	96
• Être victime d'abandon ou de négligence	241	274	252
• Difficulté grave d'adaptation à une vie sociale normale	176	140	155
• Inadaptation à la discipline de la famille, du travail ou de l'établissement d'éducation	81	75	87
• Se livrer à la mendicité, au vagabondage, à la prostitution ou au libertinage	171	314	459
• Abus de boissons alcooliques et consommation illicite de stupéfiants	23	16	24
Infraction Penale	2 070	2 050	1 965

Mesures Tutelaires Prononcées:

Admonestation et remise aux parents, tuteur ou autre personne	2 257	2 288	2 250
• Imposition de certaines conduites ou devoirs	36	24	26
• Suivi éducatif	65	59	45
• Placement dans une famille idoine	24	48	27
• Placement dans un établissement d'éducation ou en régime d'apprentissage ou travail	88	88	87
• Sujétion à un régime d'assistance	26	21	14
• Placement en foyer de demi-internat ou internement dans un établissement de rééducation	272	199	219
• Placement dans un institut médico-psychologique	26	8	18
• D'autres mesures	—	227	258

Parmi nous, le cadre juridique de la protection tutélaire est, d'une manière générale, nous l'avons déjà vu, en consonance avec ces tendances modernes. On peut reconnaître, d'ailleurs sans grand effort, que le travail en faveur de la communauté et le suivi éducatif sont expressément prévus dans la loi portugaise (alinéas c) et d) de l'article 18 de l'Organisation Tutélaire des Mineurs), de même que la médiation, de façon implicite (article 23, notamment alinéa c) de l'Organisation Tutélaire des Mineurs).

Le besoin que se fait sentir de privilégier ces mesures de caractère non institutionnel a entraîné, au cours des dernières années, un effort remarquable dans le sens de disponibiliser des ressources humaines et matérielles visant à renforcer la capacité de réponse d'une structure — le service d'appui social auprès des tribunaux des mineurs et des tribunaux de compétence spécialisée mixte, dont le cadre du personnel a été jusqu'à présent

enrichi de techniciens dans le domaine des sciences humaines, notamment de la psychologie et de la sociologie.

Ce renforcement de moyens et la pluridisciplinarisation progressive des services d'assistance sociale permettra une exécution et un suivi plus élargis des mesures en milieu ouvert.

3.8.2. Le besoin urgent de diversifier les réponses à la problématique de la prévention de la délinquance juvénile ou de comportements déviants a conduit également à la mise en oeuvre de nouvelles ressources, notamment dans le domaine de l'intervention judiciaire.

C'est le cas du projet des "Familles de transition" qui vise à assurer aux enfants et jeunes, victimes de mauvais traitements, d'abandon ou de violence morale, une solution transitoire de caractère urgent en milieu familial et en régime de volontariat.

Ce recours est transitoire et résiduel: il fonctionne au-delà de la limite atteinte par les institutions et pendant qu'une réponse n'est pas trouvée, à l'appui d'institutions et services spécialisés.

Bien qu'à titre expérimental, la mise au point de ce projet s'est avéré jusqu'à présent possible grâce à la disponibilisation d'approximativement une dizaine de familles dans la région de Lisbonne.

3.8.3. Un autre projet, celui-ci entrepris par une association privée, à but non lucratif, l'Institut d'Appui à l'Enfant, et appuyé par plusieurs départements de l'Etat — au premier chef par le Ministère de la Justice — prétend, dans le domaine de la défense et de la promotion des droits de l'enfant, développer un travail de rue avec des enfants en situation de risque ou de marginalité, moyennant l'organisation d'équipes "d'animateurs de rue" qui abordent les enfants en risque ou marginalisés dans les communautés de fuite et établissent avec eux une relation de solidarité et de fraternité qui, à travers d'une connaissance réelle de leur situation, permettra de fournir aux enfants des cadres de valeurs de référence susceptibles de faciliter leur réintégration au sein de la famille et de la communauté.

3.9. Les réflexions qui précèdent, ayant essayé d'établir une panoramique, forcément incomplète, de la perspective du système tutélaire des mineurs au Portugal, ne prétendent toutefois pas déguiser les difficultés auxquelles se heurte la problématique de la protection des mineurs.

Des milieux sociaux dégradés, les crises économiques, le chômage, l'instabilité de la société moderne sont, parmi d'autres, des facteurs qui troublent la bonne résolution des problèmes d'inadaptation sociale des mineurs.

Parfois, il n'est pas possible d'appliquer la mesure de protection la plus adéquate vu les conditions humaines et matérielles que lui sont contraires.

Il faudra cependant reconnaître les grandes améliorations qui ont été atteintes au cours des dernières décennies: au niveau des institutions existantes, notamment des établissements de rééducation où les profondes réformes entamées ou en cours ont permis d'aboutir à une amélioration substantielle de la qualité de la vie des jeunes y internés; en outre, leur fonctionnement a évolué dans le sens de leur être reconnu le statut d'établissements ouverts: le régime des visites de la famille a été considérablement élargi, de même que généralisées les visites des mineurs à leurs familles pendant les fins-de-semaine et les vacances; les portes des établissements ont été ouvertes à la communauté locale en concrétisant de cette façon-ci l'institutionnalisation de la collaboration du milieu social où ils sont situés, en profitant ainsi des structures communautaires existantes et en ouvrant à ce milieu, dans la mesure du possible, leurs structures spécifiques; collaboration traduite par des schémas de coopération et d'intégration dans les domaines de la formation scolaire et professionnelle, de la pratique sportive et d'autres activités de loisir.

Cette flexibilisation du système institutionnel ainsi que la croissante mise en oeuvre de nouvelles formes de réponse, alternatives à l'institution, la concentration progressive d'actions, soit au niveau officiel soit privé, le grand effort déployé dans le recrutement et la formation de personnel spécialisé, ... en sont quelques-uns des aspects qui justifient l'espoir dans un perfectionnement constant du système tutélaire et dans la création de meilleures conditions de (ré)éducation à l'égard des enfants et des jeunes ayant des difficultés d'intégration en des conditions socialement acceptables.

FÁTIMA HENRIQUES

Bureau de Documentation et Droit Comparé

**REGLES DES NATIONS UNIES
POUR LE TRAITEMENT
DES
MINEURS PRIVES DE LIBERTE**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/10*

Français
21 août 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

ÍNDICE

- I. Introduction
- II. Principes Fondamentaux de l'Ordre Juridique Portugais Concernant des Mineurs
- III. Régime Juridique: Aspects Généraux
- IV. Droit Tutélaire des Mineurs
- V. Les Jeunes de 16 a 21 Ans
- VI. Conclusion

I. INTRODUCTION

1. Le présent travail se rapporte aux “Règles des Nations Unies pour le Traitement des Mineurs Privés de Liberté”.

2. Ayant présent le cadre général du régime juridique portugais en matière de prévention et de protection des mineurs, analysé à propos des “Principes Directeurs des Nations Unies Pour la Prévention de la Délinquance Juvénile (Principes de Riyad)”, nous nous bornerons ici à faire référence à ses lignes fondamentales, compte tenu de la spécificité du thème dont l'étude nous concerne.

3. Même dans une perspective semblable, il s'impose de réfléchir sur un ensemble de principes juridiques fondamentaux de l'ordre juridique portugais qui constituent la base philosophique des solutions législatives dans la matière qui fait l'objet de la présente étude.

4. Ensuite, nous allons analyser le régime juridique lui-même et, en particulier, la situation des mineurs jusqu'à 16 ans, qui sont soumis à des règles de droit tutélaire;

Enfin, on verra la situation des jeunes âgés de 16 à 21 ans, qui reçoivent un traitement spécial dans l'ordre juridique portugais.

II. PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'ORDRE JURIDIQUE PORTUGAIS CONCERNANT DES MINEURS

5. La Constitution portugaise, révisée en 1989, reconnaît à tous le droit de constituer une famille dans des conditions de pleine égalité (article 36, par. 1).

Ce sont les parents qui ont le droit et le devoir d'élever et de maintenir leurs enfants dans des conditions d'égalité qui découlaient déjà du principe général d'égalité et de non-discrimination prévu dans l'article 13 de la Constitution (article 36, par. 3 et 5).

Et bien que l'État doit coopérer avec les parents dans l'éducation des enfants (article 67, par. 2, al. c)), ceux-là ont une action irremplaçable envers ceux-ci (article 68, par. 1).

C'est pourquoi les enfants ne peuvent pas être séparés de leurs parents, sauf si ces derniers manquent à leur égard à leurs devoirs fondamentaux, et toujours en vertu d'une décision judiciaire (article 36, par. 6).

Ces dispositions constitutionnelles, résultent d'une "conception humaniste de la famille, cellule fondamentale de la société, où l'autorité juste et stable des parents est développée par la solidarité, le respect mutuel et la participation de tous les membres de l'agrégat familial"⁽¹⁾.

6. Par la suite de ces dispositions constitutionnelles, le Code civil portugais libelle qu'il incombe aux parents l'exercice de l'autorité parentale (voyons les articles 1901 a 1911 du texte mentionné).

Cette autorité-là est configurée comme un droit et en même temps, comme un devoir: celui de la sauvegarde des intérêts du mineur.

Lorsqu'une situation donnée, ayant un caractère grave, vient démontrer que l'exercice de l'autorité parentale ne se déroule pas dans les dus termes, la loi prévoit des limitations ou même l'inhibition du droit en cause (articles 1913 et suivants du Code civil).

Aux termes de l'article 1918 du Code Civile si la sécurité, la santé ou bien la formation morale ou l'éducation d'un mineur est en danger et qu'il n'y a pas lieu à l'application de la mesure de l'inhibition de l'exercice de l'autorité parentale, le Tribunal peut décréter les mesures adéquates, notamment placer le mineur sous la garde d'une troisième personne ou d'un établissement d'éducation ou d'assistance.

L'intervention de l'État reste, pourtant, une intervention subsidiaire et limitée à des situations où la protection du mineur s'impose.

(1) MOITINHO DE ALMEIDA, Efeitos da filiação, Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, 1981, pag. 140.

III. REGIME JURIDIQUE: ASPECTS GENERAUX

7. D'après la loi 38/87 du 23-12, Loi d'Organisation Judiciaire, l'intervention de l'État dans la vie des mineurs, ressort de différentes juridictions:

Les tribunaux de famille,
les tribunaux de compétence mixte,
les tribunaux des mineurs.

L'article 61 du texte susmentionné concerne la compétence des tribunaux de famille⁽²⁾; à son tour, l'article 62 dispose sur la compétence des tribunaux des mineurs.

La compétence des tribunaux des mineurs fera le point de départ pour l'étude des termes et des conditions dans lesquelles, d'après la loi, un mineur peut être privé de sa liberté.

Mais, préalablement à cet étude, il faut définir le propre concept de mineur face à l'ordre juridique portugais.

8. On accepte le libre arbitre comme une caractéristique substantielle de l'homme; mais la capacité pour l'utiliser de façon consciente et responsable ne vient qu'avec une certaine maturité.

Déterminer le moment exact où celle-là peut arriver dans la vie d'une personne donnée, est une opération qui peut se révéler peut-être inadaptée, mais nécessaire au droit ayant présent ses objectifs.

La conscience de ce fait, a conduit à la solution suivante, en ce qui concerne le concept de mineur dans l'ordre juridique portugais:

Selon la règle générale, un mineur est l'individu âgé de moins de 18 ans.

La capacité politique s'acquiert aux 18 ans.

L'article 122 du Code civile portugais dit le même, pour ce qui est des effets de la capacité civile pleine.

(2) Cete solution découlait déjà de la loi 82/77 du 6.12. A ce propos J.M. SANTOS PAIS, ANTÓNIO RIBEIRO, *le Système Penal et la Protection des Mineurs, La Procédure Tutélaire, Documentação e Direito Comparado, n.º 19, 1984, pag. 131.*

En ce qui concerne le droit pénal, d'après l'article 19 du Code pénal (Décret-Loi 400/82 du 23.9) les mineurs de 16 ans sont pénalement non-imputables.

La circonstance d'être âgé de moins de 16 ans fonctionne, en droit pénal, comme un facteur impéditif de la formulation d'un jugement de faute, sur la base d'une présomption irréfutable de l'inexistence de maturité biologique du mineur.

En conformité avec le principe "nulla poena sine culpa" un mineur de 16 ans ne pourra pas, donc, faire l'objet d'une sanction pénale⁽³⁾.

9. Le jeune âgé de plus de 16 ans révolus est imputable et pénalement responsable. Le régime juridique de cette responsabilité est, comme nous le verrons, un régime spécial, qui résulte du Décret-Loi 401/82 de 23.9.

IV. DROIT TUTELAIRE DES MINEURS

10. En ce qui concerne les mineurs, les jeunes âgés de moins de 16 ans, le régime qui leur est applicable est celui du droit tutélaire dont la philosophie, est celle de protéger le mineur et le préparer, le mieux possible, pour la vie en société, lorsque les parents, où des motifs qui n'importent spécifier, ne sont pas capables où ne réunissent pas les conditions pour le faire.

(3) Ce principe est consacré dans l'article 13 du Code Pénal, selon lequel, est uniquement punissable le fait intentionnel ou, dans les cas spécialement prévus dans la loi, commis avec négligence.

Le préambule du Code Pénal, fait aussi référence à ce principe-là en disant: "L'un des principes-base du nouveau texte consiste dans la notion que toute peine doit avoir, comme soutien axiologique et normatif, une culpabilité concrète".

Malgré ces dispositions, la doctrine, v. CAVALEIRO de FERREIRA, Lições de Direito Penal I, Verbo, 1987, pag. 15, va dans le sens que le Code permet un détournement du résultat de tel principe "(...) nommément lorsqu'il accept un large champ pour la responsabilité pénale objective".

À notre avis, l'auteur penserait surtout aux types aggravés par un résultat, non compris dans l'élément subjectif du crime.

L'article 18 du Code Pénal, toutefois, établit que même dans ces cas, la punition du résultat sera toujours conditionnée par la possibilité d'imputation du même résultat à l'auteur, bien qu'elle le fasse à titre de négligence.

C'est une intervention subsidiaire, accompagné d'une intervention de la communauté, elle-même, dans la réalisation du même but.

La loi, plus précisément le Décret-Loi 314/78 du 27.10 (Organisation Tutélaire des Mineurs), justifie l'intervention judiciaire dans la vie des mineurs, et la limite, à cause du besoin de protection des mineurs. C'est pourquoi elle s'effectue à travers des mesures de "protection, d'assistance et d'éducation".

11. En conformité avec cette philosophie inhérente au système, d'après l'article 62 de la Loi 38/87 du 23-12, les Tribunaux des Mineurs peuvent décréter des mesures relativement aux mineurs qui se trouvent dans les circonstances suivantes:

- a) Montrent de graves difficultés dans leur adaptation à une vie sociale normale, par leur situation, conduite ou tendances révélées;
- b) Se livrent à la mendicité, au vagabondage, à la prostitution, au débauche, à l'abus de boissons alcooliques ou à la consommation illicite de stupéfiants;
- c) Soient les agents d'un fait qualifié par la loi comme crime, délit ou contravention.

C'est cette philosophie-là qui justifie ce régime qui place, sous la même discipline juridique, le traitement de situations aussi différentes comme l'incorrectement dénommé "délinquance juvénile" et les situations de carence socio-familiale⁽⁴⁾.

12. C'est aussi l'idée de la protection du mineur, qui justifie le caractère extrêmement simplifié de la procédure de mineurs; les règles générales du droit de procédure ne sont pas applicables à son égard.

Le déroulement de la procédure revient, presque exclusivement, aux mains du juge.

(4) Ce régime a été justement critiqué par la plus récente doctrine portugaise: v. FIGUEIREDO DIAS, TERESA BELEZA, dans leurs respectives "Lições de Direito Penal"; encore, ELIANA GERSÃO, *Menores, Agentes de Infracções Criminais — Que Intervenção*, Coimbra 1968.

Le juge peut déterminer lui-même l'ouverture du procès, ordonner et diriger l'instruction, ordonner et présider à la production des preuves, à son "avis nécessaires" à la formulation de sa décision.

Il met fin à l'instruction et rend la décision finale, laquelle peut être tout simplement "dictée en procès-verbal".

13. Le représentant du Ministère public — le curateur des mineurs —, a la faculté de promouvoir l'ouverture du procès. Il assiste aux diligences de preuve présidées par le juge et, il doit être entendu, avant la clôture de l'instruction.

14. La procédure est secrète; il n'y a pas lieu à la constitution d'accusateur privé (assistente), l'offensé n'ayant pas d'intervention dans la procédure.

15. L'intervention d'un conseil n'est pas prévue, sauf après la décision judiciaire et en vue de former un recours⁽⁵⁾.

Cette règle-là, se fonde sur un raisonnement présent aussi dans d'autres ordres juridiques, qui pendant plusieurs années n'admettaient pas l'intervention d'un avocat dans la procédure de mineurs:

"(...) L'intervention judiciaire a comme but guérir et non punir (...) par conséquent, le choix et la durée de la mesure devraient être confiés à des personnes avec une large marge d'appréciation et des considérables pouvoirs discrétionnaires; l'État intervenant d'accord avec la doctrine du "*parens patriae*" et fonctionnant comme un père protecteur. Il n'y avait pas besoin d'autre défense"⁽⁶⁾.

16. Une fois ouverte la procédure tutélaire, le juge peut, jusqu'à la majorité du mineur, réviser les mesures appliquées lorsque celles-là s'avèrent insuffisantes, inutiles ou même superflues.

(5) Parmi d'autres auteurs ELIANA GERSÃO — à l'ouvrage citée dans la note précédente — a traité le sujet de façon critique.

(6) JEAN TREPANIER, Mudanças de Rumo para a Justiça de Menores: o caso de um Estado Americano, Infância e Juventude, 89.1., pag.11.

Çá veur dire que, lorsque le Tribunal applique une mesure tutélaire il ne perd jamais la surveillance du mineur⁽⁷⁾. Il n'existe pas de limite temporelle à l'exécution de la mesure, même pour ce qui est de la mesure de placement. Le juge doit s'orienter seulement par ce qu'il juge plus avantageux à la réintégration du mineur.

17. Les mesures tutélares passibles d'application par les Tribunaux des Mineurs sont les suivantes:

- a) Admonestation de l'enfant (article 18 du Décret-Loi 314/78);
- b) Remise à ses parents, tuteur ou à personne à qui il était à charge;
- c) Imposition de certaines conduites ou devoirs;
- d) Suivi éducatif;
- e) Placement chez une personne digne de confiance;
- f) Placement dans un établissement officiel ou privé d'éducation;
- g) Placement dans une institution officielle ou privée en régime d'apprentissage;
- h) Soumission à un régime d'assistance;
- i) Placement dans une maison de semi-internat;
- j) Placement dans un institut médico-psychologique;
- l) Internement dans un établissement de rééducation.

18. L'internement dans un établissement de rééducation ne peut avoir lieu qu'à l'égard des mineurs ayant déjà 9 ans révolus.

19. L'application d'une mesure d'internement ou d'une mesure semblable, n'est décidée qu'en dernier ressort, lorsque toutes les autres mesures non répressives s'avèrent inutiles.

(7) Nommément, le juge peut exiger aux personnes auxquelles le mineur a été confié (y compris des institutions d'assistance) de lui soumettre, périodiquement, des informations sur la conduite de celui-ci; outre cela, le service d'appui social doit lui présenter un rapport bimensuel sur la situation morale et matérielle du mineur et de sa famille, et sur la façon dont le mineur s'acquie des devoirs prescrits par le tribunal.

20. Ce sont des conditions particulières qui justifient l'application des mesures prévues dans l'article 18 du Décret-Loi 314/78. C'est notamment le cas:

- des enfants ayant 12 ans révolus, mais moins de 16, qui se trouvent dans l'une des situations prévues par l'article 62 de la loi 38/87;
- des enfants victimes de mauvais traitements, ou qui se trouvent dans une situation d'abandon ou de négligence nuisible à leur santé, sécurité, éducation et moralité;
- des enfants ayant 14 ans révolus, mais que se montrent gravement inadaptés à la discipline de la famille, du travail ou de l'établissement où ils sont placés.

21. Le Tribunal des mineurs est également compétent pour l'appréciation des demandes de protection présentées par le mineur contre l'exercice abusif de l'autorité au sein de la famille, ou des instituts auxquels il a été confié.

22. Exécution des mesures tutélaires est à la charge de la Direction Général des Services Tutélaires des Mineurs (Services Extérieurs)⁽⁸⁾.

23. La protection du mineur, la préparation de celui-ci vers sa réinsertion sociale en sont des valeurs qui orientent cette exécution. En effet, la loi établit à l'égard du mineur les garanties de formation morale et spirituelle, la formation éducative de base et professionnelle, les loisirs, les sports, l'appui du médecin et du psychologue; ainsi que la satisfaction des besoins basiques d'une alimentation équilibrée, d'hygiène, de vêtements, etc.

A cette effet est prévue la conjugaison d'efforts des techniciens du service social, des psychologues, des médecins et de tous ceux qui s'intéressent aux mineurs dans les circonstances mentionnées.

(8) Pour ce qui concerne à ces services-là, voir pour tous, MIGUEL de ALMEIDA ANDRADE, FELICIDADE REIS RODRIGUES, HENRIQUE de FREITAS, Principes Directeurs des Nations Unies pour la Prévention Juvenile (Principes de Riyad), pag. 34 e ss.; 5.^{ème} Rapport de la Contribution Portugaise présentée à La Havare ou Huitième Congrès des Nations Unies Pour la Prévention du Crime et Le Traitement des Delinquants.

V. LES JEUNES DE 16 A 21 ANS

24. Les jeunes de 16 à 21 ans, comme on l'a déjà vu, sont responsables face à la loi pénale portugaise. Cela résulte de l'article 19 du Code Pénal déjà analysé.

Bien qu'imputables, le législateur a établi, à leur égard, un régime spécial qui prend en considération le besoin de traitement spécial qu'ils méritent, soit comme moyen d'atténuer le caractère artificiel de l'établissement d'une frontière entre l'âge de la responsabilité et celui de l'irresponsabilité pénale, soit comme facteur susceptible d'amoindrir la stigmatisation du jeune et de faciliter son intégration sociale.

25. Ce régime-là est prévu par le Décret-Loi 401/82 du 23.9.

26. Les tribunaux compétents pour le jugement de ces jeunes sont les tribunaux pénaux communs.

Il y a pourtant une exception à cette règle-ci: selon l'article 62, par. 4 de la Loi 38/87 du 23.12 et l'article 16 du Décret-Loi 314/78 du 27.10, le Tribunal des Mineurs aura compétence pour connaître des infractions pénales commises par un jeune âgé de 16 à 18 ans, lorsque celui-ci est en train d'accomplir une mesure tutélaire rendue par ce dernier Tribunal et lorsque, en vue de la révision de cette mesure, la personnalité du jeune et les circonstances postérieures des faits le conseillent.

La loi permet, de cette façon, de soustraire le fait à la juridiction pénale commune. Le juge des mineurs décidera s'il est convenable de procéder à la révision de la mesure déjà appliquée et de maintenir ainsi le jeune sous la juridiction tutélaire, ou bien si le jeune sera traduit devant le Tribunal pénal commun⁽⁹⁾.

27. D'après les termes de l'article 5 du Décret-Loi 401/82, le Tribunal pénal devra appliquer au jeune délinquant les mesures tutélaires prévues dans l'article 18 du Décret-Loi 314/78 du 27.10, déjà énoncées, lorsque les circonstances suivantes se vérifient cumulativement:

— Le jeune n'est pas encore âgé de 18 ans révolus;

(9) A ce propos, ayant encore à la base de leurs considérations la disposition identique de la législation tutélaire des mineurs, déjà abrogée, v. SOARES DA VEIGA, "Reforma dos Serviços Tutelares de Menores", ed. de 1962, pag. 138; et AMÉRICO C. COSTA, "Notas à Organização Tutelar de Menores", 1967, pag. 185.

- L'infraction commise est punissable d'une peine d'emprisonnement inférieure à deux ans;
- La personnalité du jeune et les circonstances du fait justifient un tel traitement.

28. Ayant appliqué les mesures prévues dans les alinéas i) à l) de l'article 18 du Décret-Loi 314/78 du 27.10, le juge peut autoriser, sur requête du jeune et par avis de l'organe de direction de l'établissement, la permanence du même à l'établissement au delà des 18 ans et jusqu'à 21, lorsque des avantages inquestionables en résultent pour la formation et l'éducation du jeune.

29. En ce qui concerne le jeune majeur de 18 ans et mineur de 21 ans, le Décret-Loi 401/82 permet l'application de mesures de correction à son égard dans les termes suivants: considérant les circonstances du cas et la personnalité du jeune, et, lorsqu'il en résulte que la peine d'emprisonnement jusqu'à deux ans n'est pas nécessaire ou convenable à sa réintégration sociale, le juge peut imposer les mesures de correction prévues à l'article 6 du texte cité.

Il s'agit de l'admonestation, de l'imposition de certaines obligations, de l'amende et du placement dans un centre de détention.

30. Au cas où le Tribunal ne considère pas convenable l'application des mesures tutélaires prévues dans l'article 5 du DL 401/82, non plus l'application des mesures de correction auxquelles nous venons de faire référence, le régime général du Code Pénal est applicable.

Toutefois, le juge doit encore atténuer spécialement la peine aux termes des articles 73 et 74 du Code pénal, s'il aura des raisons de croire que l'atténuation aura des avantages en vue de la réintégration du jeune condamné⁽¹⁰⁾.

(10) Cette atténuation spéciale de la peine aura lieu seulement dans le cas d'application, dans les termes généraux, de normes du Code pénal et jamais lorsque le juge fait l'application des autres mesures susmentionnées.

Dans ce sens, CAVALEIRO de FERREIRA, "Lições de Direito Penal", Parte geral, II, Verbo, 1989, pág. 39; A. ROBALO CORDEIRO, "Escolha e Medida da Pena", Jornadas de Direito Criminal, Fase I, C.E.J., pág. 257.

31. Le Code pénal lui-même, prévoit une gamme de sanctions pénales qui ne se limitent pas à la privation de la liberté.

32. La philosophie qui est à l'origine de cette solution, est la même des "règles" des Nations Unies lorsque celles-ci recommandent l'imposition de la peine privative de liberté, comme mesure de dernier ressort.

Voyons l'article 71 du Code Pénal qui impose au Tribunal de donner la préférence, si raisonnable, à la peine non privative de liberté lorsqu'elle s'avère suffisante pour promouvoir la réadaptation sociale du délinquant et qu'elle satisfait du même pas aux besoins de réprobation et de prévention du crime.

Le préambule du Code pénal en vigueur met en relief cet aspect, en mentionnant: "On a déjà énoncé les raisons pourquoi, dans le moment actuel, le Code ne peut pas se passer de la peine privative de liberté. Mais on a la conscience du fait que l'emprisonnement doit être, aussi que possible, amoindri, et qu'il doit être harmonisé, en sa structure et son régime, avec la récupération des délinquants auxquels il est appliqué".

33. Le procès conduisant à la condamnation à une peine privative de liberté d'un jeune âgé entre 16 et 21 ans, suit les termes généraux du Code de procédure pénale (Décret-Loi 78/87, du 17.2).

Toutes les garanties de défense y sont prévues.

34. *Ces garanties sont d'ailleurs inscrites à la Constitution. Notamment, d'après l'article 32 par. 2 de la Constitution portugaise, "tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que la sentence le condamnant ait acquis force de chose jugée, et le jugement doit avoir lieu dans les plus brefs délais compatibles avec les garanties de la défense."*

L'accusé a le droit de choisir un défenseur et d'être assisté par lui dans tous les actes de la procédure (article 32 par. 3 de la Constitution).

Sont nulles toutes les preuves obtenues par la torture, la coercition, l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne ou encore les ingérences abusives dans la vie privée, le domicile, la correspondance ou les télécommunications.

L'article 61 du Code de procédure pénale (DL 78/87, du 17.2) spécifie les droits de l'inculpé dans la procédure pénale.

35. Les Décrets-Loi n.º 402/82, du 23.9 et n.º 265/79, du 1.8 concernent, à son tour, l'exécution de la peine privative de liberté et prévoient les droits du condamné pendant cette phase d'exécution de la peine.

36. Le Décret-Loi 401/82, portant sur le régime pénal des jeunes adultes, renvoie, dans son article 12, à l'article 160 du Décret-Loi 265/79 du 1.8, en ce qui concerne l'exécution des peines d'emprisonnement appliquées aux jeunes.

Il prévoit aussi (articles 6 et 13), la mesure d'internement des jeunes dans des "Centres de Détention".

Ces Centres, bien que prévus par la loi — le Décret-Loi 90/83, du 16.2 — n'existent pas encore dans la pratique.

Entretemps, on a affecté aux fins visées à titre provisoire, un pavillon de l'Établissement Pénitentiaire de Leiria pour les jeunes du sexe masculin, aussi bien qu'un secteur séparé du pavillon de l'Établissement Pénitentiaire de Tires pour les jeunes filles (article 31 du Décret-Loi 90/83, du 16.2).

37. Au-delà de ces deux établissements, il existe un seul établissement pénitentiaire, sur l'ensemble du territoire national, exclusivement réservé aux jeunes imputables purgeant des peines prononcées en conformité avec les règles du Code Pénal. Il s'agit de la prison-école de Leiria.⁽¹¹⁾

38. Aux jeunes privés de liberté sont applicables en général, comme d'ailleurs à toute autre catégorie de délinquants, les "Règles Minima des Nations Unies pour le Traitement des Détenus" transposées dans la législation portugaise interne, ainsi que les "Règles de Beijinh", lesquelles, en ce qui concerne la catégorie des jeunes entre les 16 et les 21 ans, se trouvent parfaitement reproduites dans l'ordre juridique portugais.

39. D'après le Décret-Loi n.º 265/79 du 1.8., l'exécution des mesures privatives de liberté doit s'orienter vers la réintégration du jeune dans la société de façon à le rendre capable de mener une vie responsable dans l'avenir.

(11) A propos de cette prison-école, où les premiers 50 détenus ont été reçus le 7.4.1947, v. CAVALEIRO FERREIRA, *Direito Penal Português*, II, pag. 281; ELIANA GERSÃO, *Tratamento Criminal de Jovens Delinquentes*, Coimbra, 1968, pag. 71.

Relativement a chaque détenu il est élaboré un plan individuel de réadaptation sociale suivant les termes de l'article 9 du Décret-Loi 265/79.

Le détenu maintient la titularité de ses droits fondamentaux constitutionnellement sauvegardés, inhérents à sa dignité humaine.

40. C'est toujours le Décret-Loi 265/79 qui dispose en matière de logement, de vêtements et de nourriture, d'hygiène, de visites et de correspondance; de travail, lequel doit toujours être rémunéré de façon juste et équitable, et aussi de formation professionnelle, d'assistance médicale et sanitaire et bien d'assistance morale et spirituelle.

L'assistance morale et spirituelle est réglementée par l'Arrêté n.º 10-A/83, du 9.2 et par le Décret-Loi n.º 345/85, du 23.8 définissant la situation des aumôniers de l'Église Catholique (assistants religieux) dans les établissements des mineurs.

VI. CONCLUSION

41. On peut dire, en conclusion, que, soit les règles concernant l'exécution des peines et mesures susmentionnées sur le traitement des détenus, soit les règles relatives à la sécurité et discipline dans les établissements pénitentiaires, telles que prévues dans les articles 108 et suivants du Décret-Loi 265/79, sont conformes à l'esprit des Règles des Nations Unies, qui font l'objet du présent travail. Cela ce qui concerne les jeunes agées de 16 a 21 ans.

42. Dans ce qui concerne la discipline juridique de ce qui nous avons appelée le "Droit Tutélaire des Mineurs" la même conclusion se présente valide dans la generalité aux thermes de l'exposition faite.

LISTE DE LA BIBLIOGRAPHIE CITEE AU LONG DU TEXTE

- ALMEIDA, Moitinho de, Efeitos da Filiação, Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, 1981.
- BELEZA, Teresa Pizarro, Direito Penal, A.A.F.D.L., 1983.
- COSTA, Américo, Notas à Organização Tutelar de Menores, 1967.
- CORDEIRO, Robalo, “Escolha e Medida da Pena” in Jornadas de Direito Criminal, Fase I, C.E.J.
- DIAS, Figueiredo, Direito Penal, Coimbra, 1976, (Dissertação de doutoramento)
- FERREIRA, Cavaleiro de, Lições de Direito Penal, Verbo, 1987
- GERSÃO, Eliana, Menores, Agentes de Infracções Criminars — Que Intervenção, Coimbra, 1968.
- GERSÃO, Eliana, Tratamento Criminal de Jovens Delinquentes, Coimbra, 1968.
- PAIS, Santos; RIBEIRO, António, Le Système Penal et La Protection des Mineurs, La Procédure Tutélaire, in Documentação e Direito Comparado, n.º 19, 1984
- TREPANIER, Jean, Mudanças de Rumo Para a Justiça de Menores: o caso de um Estado Americano, in Infância e Juventude, 89.1.
- VEIGA, Soares da, Reforma dos Serviços Tutelares de Menores, 1962.

CRISTINA DOMINGUES

Bureau de Documentation et Droit Comparé

LUÍS NOGUEIRA

Institut de Réinsertion Sociale

**PROTECTION
DES DROITS DE L'HOMME
DES VICTIMES DE LA CRIMINALITÉ
ET
D'ABUS DE POUVOIR**

**LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE JUSTICE
RELATIFS AUX VICTIMES
DE LA CRIMINALITE
ET AUX VICTIMES D'ABUS DE POUVOIR
ET LA SITUATION DE LA VICTIME AU PORTUGAL.**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/11 *

Français

21 août 1990

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

INDICE

NOTE PREALABLE

A. Victimes de la criminalité

1. Importance et concept légal de victime
2. Accès à la justice et traitement équitable
3. Obligation de restitution et de réparation et indemnisation
4. Services destinés aux victimes

B. Victimes d'abus de pouvoir

1. Consécration légale
2. Services

C. Aperçu des initiatives développées dans le domaine de la problématique de la victime, suite au Plan d'Action de Milan

1. Mesures législatives
2. D'autres initiatives

D. Conclusion

NOTE PREALABLE

Conformément au point D de la partie V du Plan d'Action de Milan et à la Déclaration des Principes Fondamentaux de Justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir du 29/XI/85, point de repère historique dans la protection de la victime et dans la reconnaissance de ses droits fondamentaux, le Portugal a entamé des réformes législatives en ce domaine aussi bien que d'autres en vue de la mise en oeuvre des recommandations du Plan et des orientations de la Déclaration.

Au point C de ce texte on donne un aperçu des initiatives développées au Portugal dans le domaine de la problématique de la victime.

Quoique dans les mesures, visant à la protection de la victime et à la reconnaissance de ses droits fondamentaux, adoptées au Portugal en vue de la mise en oeuvre du Plan d'Action de Milan aucune mention expresse ne soit faite ni au texte ni à l'esprit de la Déclaration, cet exposé suivra de tout près la systématique de ce document pour traiter la position de la victime dans le système de l'Administration de la Justice.

A. Victimes de la Criminalité

1. *Importance et concept légal de victime*

1.1. Le Code pénal portugais, approuvé par le DL 400/82 du 23 septembre et entré en vigueur le 1.^{er} janvier 1983, reconnaît à la victime une

importance spéciale lorsqu'il est affirmé dans son préambule que celle-ci est "un élément, tout aussi digne, de la triade punitive: Etat-délinquant-victime" et qu'il "faut en général éviter que le système pénal, exclusivement voué aux exigences de la lutte contre la criminalité, devienne, pour certaines victimes, une répétition et une potentialisation des agressions et des traumatismes résultant du crime lui-même"⁽¹⁾.

1.2. Le concept de victime de la criminalité, tel qu'il est affirmé dans la Déclaration, trouve donc son expression légale dans la figure de l'offensé, considéré comme le titulaire des intérêts spécialement protégés par la

(1) Le point 17 du Préambule du Code Pénal dit:

"Un autre aspect très important a trait à la problématique de la victime. Celle-ci, surtout après la 2^{ème} Guerre Mondiale, a de plus en plus fait l'objet d'études criminologiques qui ont jeté lumière sur le mode, parfois superficiel, dont elle était envisagée, non seulement par l'opinion publique, mais aussi par la doctrine du droit pénal. La victime devient désormais un élément, tout aussi digne, de la triade punitive: Etat-délinquant-victime.

Dans la ligne de ce mouvement doctrinaire, le Code envisage — de pair, évidemment, avec la responsabilité civile qui découle du crime (article 128) — le dédommagement des lésés (article 129). On sait par contre que, même en des pays à économie plus forte que la nôtre, on n'a pas encore réussi à envisager tout-à-fait la création d'une assurance sociale pour le dédommagement du lésé, lorsque le délinquant n'a pas la possibilité de la faire. Dans les circonstances actuelles d'austerité financière, on laisse la création de cette assurance au critère de la législation spéciale. Mais pour que le dédommagement soit faisable, on donne au tribunal la possibilité d'attribuer au lésé, à sa requête, les effets saisis ou le produit de leur réalisation, le prix ou la valeur correspondant aux avantages qui découlent du crime, payés à l'Etat ou transférés en sa faveur en vertu des articles 107 à 110, ainsi que les montants des amendes que l'auteur aura payée (article 129, par. 3). Ainsi, on arrive même à affecter les amendes à la satisfaction du droit du lésé à voir accompli le versement de l'indemnisation. On croit pouvoir ainsi aboutir à la sauvegarde des vrais intérêts des lésés, surtout de ceux ayant été les victimes de ce que l'on tient pour criminalité violente.

D'ailleurs, ce n'es pas uniquement dans la "Partie générale" que le Code se révèle engagé par les valeurs et les intérêts ayant trait à la situaiton de la victime. Il faut en général éviter que le système pénal, exclusivement voué aux exigences de la lutte contre la criminalité, devienne, pour certaines victimes, une répétition et une potentialisation des agressions et des traumatismes résultant du crime lui-même. Ce danger est surtout présent au domaine des crimes sexuels, où les poursuites peuvent, après tout, fonctionner davantage contre la victime que contre le propre délinquant.

Ainsi, bien que le Code ait adhéré au mouvement de la décriminalisation, il n'a pas pour autant négligé les intérêts de la victime. C'est aussi au nom de ces intérêts que le Code multiplie le nombre des infractions poursuivies sur plainte du lésé, et qui seront mentionnées plus loin."

loi pénale et violés par l'infraction⁽²⁾ et dans la figure du lésé, entendu comme la personne qui a subi des préjudices par suite d'un crime⁽³⁾.

Cependant, il nous semble que le concept de victime figurant dans la Déclaration est bien plus proche du concept d'offensé.

2. Accès à la justice et traitement équitable

2.1. Dans le domaine de la protection judiciaire, constituent des droits de la victime/offensé les renseignements relatifs:

(2) Code Pénal:

Article 111

(Titulaires du droit de plainte)

1. Lorsque l'acte ne peut être poursuivi que sur plainte, la légitimité pour la déposer appartient, sauf disposition contraire, à la personne lésée. On considère comme telle le titulaire des intérêts que la loi a visé spécifiquement à protéger par l'incrimination.
2. Si le lésé meurt sans avoir porté plainte ni avoir réoncé à porter plainte, son droit passera au conjoint survivant, non séparé de corps, et à ses descendants et, faute de ceux-ci, aux ascendants, aux frères et soeurs et à leurs descendants, sauf si quelques-unes de ces personnes ont participé à l'infraction.
3. Si le lésé est juridiquement incapable, le droit de plainte appartient à son représentant légal, au conjoint non séparé de corps, et aux descendants et, faute d'eux, aux ascendants, frères et soeurs et à leurs descendants. Si, néanmoins, le lésé est âgé de plus de 16 ans, il a aussi le droit de porter plainte.
4. Chacune des personnes mentionnées aux paragraphes 2 et 3 du présent article peut porter plainte, indépendamment de l'accord des restantes.

(3) Code de Procédure Pénale:

Article 74

(Qualité pour agir et pouvoirs procéduraux)

1. La demande de réparation civile est introduite par le lésé, celui-ci étant entendu comme la personne qui a subi des préjudices découlant du crime, même que celle-ci ne se soit pas constituée ou n'ait pas eu la possibilité de se constituer partie civile.
2. L'intervention procédurale du lésé est limitée au soutien et à la preuve de la demande de réparation civile, lui appartenant, nommément, les droits que la loi confère aux parties civiles.
3. Les défendeurs et les intervenants ont une position procédurale analogue à celle du prévenu en ce qui concerne le soutien et la preuve des questions civiles jugées dans la procédure, chacune des défenses étant indépendantes.

- au droit et intérêt en se constituer comme “assistente”⁽⁴⁾;
- au droit de se faire représenter par un avocat;
- au droit à l’aide judiciaire qui doit lui être assurée.

2.2. L’obligation de renseigner les victimes d’infractions fait partie d’un devoir générique qui appartient aux autorités policières et judiciaires qui collaborent à l’administration de la justice pénale.

Plus précisément, il incombe à toute autorité judiciaire le devoir de renseigner la victime, dans la qualité de lésé, de sa légitimité pour formuler une demande d’indemnisation civile pour les dommages intérêts de l’agent⁽⁵⁾.

2.3. Au Portugal il existe, en outre, en ce domaine:

2.3.1. Le “Gabinete Técnico de Prevenção Criminal”, auprès de la Police Judiciaire et à qui incombe la conception et l’exécution de campagnes publicitaires, de sensibilisation et d’information aux victimes en mettant l’accent sur la prévention de situations en tant que le moyen le plus efficace d’éviter le crime et la victimisation, (ex: spot publicitaire: “Prévenir c’est protéger”).

2.3.2. L’“Associação Portuguesa de Apoio à Vítima” — APAV, qui, selon ses principes statutaires, a pour fonction:

Article 3

1. Pour la réalisation de son but, l’APAV se propose nommément:

- a) Promouvoir la protection et l’appui aux victimes d’infractions pénales en général et en particulier à celles ayant plus de besoin, notamment, au moyen de l’information, de la réception person-

(4) Code de Procédure Pénale: “V. article 68 du Code de Procédure Pénal” ou seja mesmo eliminada.

Article 68

(5) Le Ministère public a qualité pour formuler la demande en représentation des entités lésées dont les intérêts lui appartient de défendre et de représenter, et aussi en représentation du lésé lui-même, lorsque celui-ci lui demande de le faire et n’a pas de possibilités économiques pour supporter les dépenses de l’affaire.

nalisée et acheminement, de l'appui moral, social, juridique, psychologique et économique;

- b) Promouvoir et participer à des programmes, des projets et des actions d'information, de formation et de sensibilisation de l'opinion publique;

2.3.3. La DECO — “Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor” — qui a jusqu'ici entamée des campagnes de sensibilisation et d'information des consommateurs sur leurs droits d'indemnisation, d'appui aux entités à qui ils doivent recourir afin d'actionner ces droits.

2.4. Dans l'actuelle phase de développement de la politique criminelle et sociale portugaise, la situation de la victime est importante compte tenu de son statut particulier dans la procédure pénale. Constituée “assistente”⁽⁴⁾ la victime assume la veste d'un véritable sujet procédural et non pas de simple intervenant, pouvant influencer, dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés⁽⁶⁾, sur le développement et la décision finale de la procédure dans le sens de la réalisation effective de ses droits.

Il faudra toutefois reconnaître que, quoique notre ordre juridique pénal et procédural accorde une attention spéciale à la victime/“assistente”, dans la pratique judiciaire celle-ci continue d'être fondamentalement envisagée comme un élément important de preuve et non comme quelqu'un qui a des besoins précis et nécessite d'un appui spécial.

De souligner que les “assistantes” doivent être obligatoirement représentés par un avocat.

2.5. L'article 20 de la Constitution de la République Portugaise établit qu'“à tous est assuré l'accès au droit et aux tribunaux pour défendre

(6) Sont attributions de l'“assistente”:

- a) Intervenir dans l'enquête et dans l'instruction:
 - en demandant des preuves;
 - en demandant des diligences.
- b) Formuler l'accusation indépendamment du Ministère public et, en s'agissant de crime dépendant d'accusation privée, même si le Ministère public ne le fait pas.
- c) Demander l'ouverture de l'instruction.
- d) Introduire un recours, même si le Ministère public ne le fait pas.

leurs droits et intérêts légitimes et la justice ne peut être déniée à personne pour défaut de moyens financiers” (par. 1) et que “tous ont droit, dans les termes prévus par la loi, à l’information et à la consultation juridiques et à l’assistance judiciaire” (par. 2)⁽⁷⁾.

Le nouveau régime d’accès au droit et aux tribunaux⁽⁸⁾ est entré en vigueur le 25 novembre 1988.

A l’article 1.^{er} par. 1 du DL 387-B/87 il est affirmé:

- “Le système d’accès au droit et aux tribunaux vise à promouvoir que personne ne soit entravée ou empêchée, en raison de sa condition sociale ou culturelle, ou pour défaut de moyens financiers, de connaître, de faire valoir ou de défendre ses intérêts”.

L’aspect de la protection judiciaire dénommé d’appui judiciaire se trouve déjà légalement défini.

L’autre aspect, soit, l’information et la consultation juridiques, dépend d’actions futures de l’Administration⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

(7) Le par. 1 consacre la garantie de la voie judiciaire par rapport à la défense des droits et intérêts légitimes, c’est-à-dire, légalement protégés, des citoyens. Le par. 2 se rapporte à l’accès au droit qui comprend l’information et la protection juridique, laquelle comprend la consultation juridique et l’assistance judiciaire.

(8) Décrets-loi 387-B/87 du 29 décembre et 391/88 du 26 octobre.

(9) DL 387-B/87 du 29 décembre

Article 4

Il incombe spécialement au Gouvernement de réaliser, de façon permanente et planifiée, des actions tendant à faire connaître le droit et l’ordre légale, au moyen de publications et d’autres formes de communication, en vue de permettre un meilleur exercice des droits et l’accomplissement des devoirs légalement établis.

Article 11

1. En collaboration avec l’Ordre des Avocats, le Ministère de la Justice installera et assurera le fonctionnement de bureaux de consultation juridique en vue d’une progressive couverture territoriale du Pays.

2. Les bureaux de consultation juridique mentionnés au paragraphe précédent pourront comprendre la prestation de services par des avoués, de façon à conventionner avec la mairie respective, après audition de l’Ordre des Avocats.

(10) L’arrêté 1102/89 du 26 décembre a approuvé le Règlement des Bureaux de Consultation Juridique de Lisbonne et Porto, visant à rendre effectif l’exercice du droit, consti-

2.6. L'indemnité allouée à la victime dans la procédure pénale est satisfaite par le délinquant, sauf en cas d'impossibilité pour des raisons d'insolvabilité ou d'ignorer le lieu où celui-là se trouve.

Le Code pénal (article 129 par. 1)⁽¹¹⁾ prévoit la création, par législation spéciale, d'une assurance sociale de la victime à l'égard des cas où l'indemnisation ne puisse pas être satisfaite par le délinquant.

Cette législation spéciale se trouve déjà en phase d'élaboration, les études préparatoires sur son impact sur le système pénal et procédural pénal étant en phase de conclusion.

Tant que ce texte n'est pas approuvé par l'Assemblée de la République, est appliqué l'article 129 par. 1 du Code pénal ainsi que les articles 511 et 512 du Code de procédure pénale qui disposent sur l'exécution des biens et destination des amendes et établissent que le paiement de l'indemnisation est effectué avec le produit des biens exécutés.

(suite de la note 10)

tutionnellement protégé, d'accès à la justice et aux tribunaux, indépendamment des conditions sociales, économiques et culturelles des requérants.

La prestation et l'orientation de la consultation juridique sont assurées par des avocats et des stagiaires inscrits dans l'ordre et qui se sont volontairement inscrits pour la prestation de consultation juridique dans ces bureaux.

Les consultants sont reçus par des avocats ou des avocats stagiaires en service dans les bureaux pendant les jours et les horaires fixés à l'effet; ces bureaux peuvent posséder des archives confidentiels des éléments personnels sur les consultants, contenant une mention sommaire des matières traitées et les documents relevant les concernant.

(11) Code Pénal:

Article 129

(Indemnisation des lésés)

1. Une législation spéciale devra assurer, par la création d'une assurance sociale, l'indemnisation du lésé qui ne puisse pas être satisfaite par le délinquant.
2. Tant que la législation visée par le paragraphe précédent n'est pas applicable, le tribunal pourra allouer au lésé sur requête de celui-ci et jusqu'à concurrence du dommage occasionné, les objets acquis à l'Etat ou le produit de leur réalisation, le prix ou la valeur correspondant aux avantages découlant du crime, payés à l'Etat ou transférés à son profit en vertu des articles 107 à 110.
3. Si le dommage occasionné par l'infraction est assez grave pour faire tomber le lésé dans le besoin et s'il est à prévoir que le délinquant ne le réparera pas, le juge pourra également allouer au lésé, en tout ou en partie et jusqu'à concurrence du dommage, le montant de l'amende payée.
4. L'Etat reste titulaire du droit du lésé à l'indemnisation jusqu'au montant qu'il aura satisfait.

2.7. Dans l'ordre juridique portugais on ne peut parler de médiation entre la victime et le délinquant qu'au niveau de la réparation du dommage et, éventuellement, du désistement de la plainte par la victime.

Ainsi, d'après l'actuel Code de procédure pénale, aux fins de l'application de la suspension provisoire de la procédure, le Ministère public vérifie, parmi d'autres présupposés, l'assentiment de l'inculpé et de la victime et oppose à ce premier l'injonction de réparer les dommages provoqués à la victime⁽¹²⁾.

(12) Code de Procédure Pénale:

Article 281

(Suspension provisoire de la procédure)

1. Si le crime est punissable d'une peine d'emprisonnement non supérieure à trois ans ou d'une sanction différente de l'emprisonnement, le Ministère public peut décider, avec l'assentiment du juge d'instruction, pour la suspension de la procédure, moyennant l'imposition d'injonctions et de règles de conduite à l'inculpé, au cas où l'on vérifie les conditions suivantes:

- a) Assentiment de l'inculpé et de l'"assistente";
- b) Non existence d'antécédents criminels de l'inculpé;
- c) Il n'y a pas lieu à une mesure de sécurité d'internement;
- d) Caractère réduit de la culpabilité;
- e) Il est à prévoir que l'accomplissement des injonctions et règles de conduite répond suffisamment aux exigences de prévention du cas.

2. Sont opposables à l'inculpé les injonctions et règles de conduite suivantes:

- a) Indemniser le lésé;
- b) Donner au lésé une satisfaction morale adéquate;
- c) Verser une somme déterminée à l'Etat ou à des institutions privées de solidarité sociale;
- d) Ne pas exercer certaines professions;
- e) Ne pas fréquenter certains lieux ou endroits;
- f) Ne pas résider dans certains lieux ou régions;
- g) Ne pas accompagner, loger ou recevoir certaines personnes;
- h) Ne pas posséder certains objets capables de faciliter la pratique d'un autre crime;
- i) Tout autre comportement spécialement exigé par le cas.

3. Ne sont pas opposables des injonctions et règles de conduites susceptibles de porter atteinte à la dignité de l'inculpé.

4. Aux fins de surveillance et de suivi de l'accomplissement des injonctions et règles de conduite, le juge d'instruction et le Ministère public peuvent recourir aux services de réinsertion sociale.

5. La décision de suspension, conformément au par. 1, n'est pas susceptible d'être mise en cause.

Cette mesure innovatrice dans le système pénal, peut donner lieu à une sorte de "conciliation", le Ministère public remplissant un rôle fondamental de "médiateur entre la victime et le délinquant (inculpé)".

En matière de suivi par l'Institut de Réinsertion Sociale^(12-A) des mesures pénales non privatives de liberté et comprenant l'obligation de réparation/indemnisation de la victime, on peut envisager une "médiation mitigée" entre la victime et le délinquant remplie par le technicien de cet institut.

(12 A) DL 204/83 du 20 mai:

Article 3

(Attributions)

1. Sont attributions de l'Institut:

- a) Contribuer à la définition des politiques de réinsertion sociale et de prévention criminelle;
- b) Participer à l'élaboration de mesures législatives et réglementaires ayant trait à la réinsertion sociale et à la prévention criminelle;
- c) Etablir et mettre en oeuvre, conformément à la politique définie, les stratégies, les plans et les programmes et toute autre action nécessaire à la promotion de la réinsertion sociale des délinquants et à la prévention criminelle;
- d) Mettre en oeuvre l'exécution de mesures non institutionnelles qui lui sont attribuées par la loi à travers notamment, de la présentation de rapports et de l'élaboration ou contrôle des plans d'exécution des mesures appliquées;
- e) Intervenir dans l'exécution des mesures institutionnelles, notamment dans les établissements pénitentiaires, institutions psychiatriques ou d'autres, ainsi qu'appuyer les délinquants en liberté conditionnelle ou définitive, en vue de faciliter leur réinsertion sociale;
- f) Intervenir dans l'exécution de mesures applicables à des jeunes délinquants ou à des mineurs;
- g) Promouvoir la coopération entre toutes les entités intégrant le système de l'administration de la justice, en vue d'une exécution efficace des politiques de réinsertion sociale et de prévention criminelle;
- h) Promouvoir l'étude et l'analyse des situations de marginalité sociale, de per si ou en collaboration avec d'autres services ou organismes de l'administration publique, en vue d'une adéquation permanente de leur action;
- i) Assurer les contacts avec des entités similaires étrangères et organisations internationales.

2. L'Institut poursuivra ses attributions suivant les termes établis par le présent texte et toute autre législation applicable, à travers de ses organes et services centraux et déconcentrés.

2.8. L'incident d'accélération procédurale est un autre mécanisme qui permet à la victime d'intervenir, en tant qu'"assistente", dans la procédure en vue de la défense effective de ses droits et d'éviter le déni — ou, du moins, la demeure et l'inefficacité de la décision et de la justice, lorsque dépassés les délais que la loi prévoit à l'égard de chaque phase procédurale.

Les articles 108 et 109 du Code de procédure pénale règlent cette matière⁽¹³⁾.

2.9. La loi prévoit la possibilité pour le tribunal ou le juge de demander l'élaboration d'un rapport social soit sur l'inculpé soit sur la victime⁽¹⁴⁾.

Dans la pratique judiciaire l'on assiste à une augmentation considérable de l'intérêt à l'égard du rapport social sur la victime, ce qui pourra constituer un signe du besoin senti d'envisager la connaissance du binôme délinquant/victime comme condition importante — voire nécessaire — de l'application de la justice.

3. *Obligation de restitution et de réparation et indemnisation*

3.1. La loi procédurale pénale consacre, en tant que règle, un régime d'adhésion obligatoire à la procédure de la demande d'indemnité pour des dommages-intérêts⁽¹⁵⁾ causés à la victime par le délinquant (articles 71, 82 et 377 du Code de procédure pénale).

(13) L'article 108 règle l'accélération de la procédure en retard et dispose quant aux entités qui statuent sur une telle demande et l'article 109 règle le déroulement de la demande.

(14) L'article 1^{er}, par. 1, al. g) du Code de procédure pénale établit:

"Rapport social: document élaboré par les services de réinsertion compétents pour donner de l'appui technique aux tribunaux dans l'application et dans l'exécution de sanctions criminelles, dont le but est d'aider le tribunal ou le juge à connaître de la personnalité de l'inculpé, et éventuellement de la victime, y compris son insertion familiale et socioprofessionnelle;"

(15) La loi pénale portugaise prescrit la responsabilité civile découlant du crime (article 128 du Code pénal).

D'après la loi civile, le dommage est le préjudice *in natura* subi par le lésé (victime) dans ses intérêts (matériels, spirituels ou moraux) dont le droit violé ou la norme transgressée visent la tutelle.

Les dommages passibles d'indemnisation comprennent les dommages non patrimoniaux qui, de par leur gravité, méritent la tutelle du droit et les dommages patrimoniaux, intégrant ces derniers les bénéfices qui la victime a cessé d'obtenir à cause du crime. Ainsi:

L'indemnité allouée à la victime dans la procédure pénale est satisfaite par le délinquant, sauf en cas d'impossibilité pour des raisons d'insolvabilité ou d'ignorer le lieu où celui-là se trouve.

En effet, le Code pénal (article 129 par. 1) prévoit la création, par législation spéciale, d'une assurance sociale de la victime à l'égard des cas où l'indemnisation ne puisse pas être satisfaite par le délinquant.

Ayant pour objet l'indemnisation effective de la victime et la sauvegarde de ses intérêts réels, tant que l'assurance sociale n'est pas réglementée, le par. 2 de cet article prévoit que le tribunal pourra fixer, à titre d'indemnisation pour le dommage occasionné, les objets perdus au profit de l'Etat ou le produit de leur réalisation.

Le tribunal peut en outre faire usage de sa faculté d'attribuer une partie ou la totalité de l'amende à la victime qui, en raison du dommage occasionné par le crime, soit privée de ses moyens de subsistance (articles 511 et 512 du Code de procédure pénale).

(suite de la note 15)

- Les dommages patrimoniaux comprennent les préjudices qui, étant susceptibles d'une évaluation pécuniaire, peuvent être dédommés ou indemnisés sinon directement (moyennant la reconstitution spécifique de la situation antérieure à la lésion) du moins indirectement (moyennant une indemnisation pécuniaire équivalente);
- Les dommages non patrimoniaux comprennent les préjudices qui, n'étant pas susceptibles d'une évaluation pécuniaire, du fait d'atteindre des biens (tels que la santé, le bien-être, la liberté, l'honneur et le nom) qui n'intègrent pas le patrimoine du lésé, ne peuvent qu'être "compensés" par une obligation pécuniaire imposée à l'agent (délinquant-offenseur).

En ce qui concerne le système d'évaluation, aux fins de calcul et de fixation de l'indemnité, la loi civile (articles 496 par. 3, 564 et 566 par. 2 du Code civil) établit le suivant:

- Le devoir d'indemniser comprend le préjudice provoqué et les bénéfices que lésé (victime) a cessé d'obtenir à la suite de la lésion, le tribunal pouvant considérer les dommages futurs dès que prévisibles.
- Le dommage patrimonial, en principe, a pour mesure la différence entre la situation patrimoniale actuelle du lésé (victime) et la situation (hypothétique) où il se trouverait ne fut pas la lésion.

Dans les cas où la valeur exacte des dommages ne peut pas être évaluée, le tribunal jugera équitablement dans les limites qu'il considère prouvées.

- le dommage non patrimonial sera indemnisé d'après des critères d'équité, compte tenu du degré de culpabilité du responsable (délinquant), de sa situation économique et de celle du lésé (victime), des standards d'indemnité généralement adoptés dans la jurisprudence, des fluctuations de la valeur de la monnaie, etc.

3.2. Dans le choix de la peine et la détermination de sa mesure, le tribunal prend en considération, parmi d'autres éléments, la réparation du dommage causé à la victime, notamment lorsqu'il applique la suspension provisoire du procès (article 281 du Code de procédure pénale)⁽¹²⁾, le sursis à l'exécution de la peine, le régime de mise à l'épreuve et l'admonestation (articles 49, 54 et 59 du Code pénal)⁽¹⁶⁾ et lorsqu'il applique l'atténuation

(16) Code Pénal:

Article 49

(Devoirs qui peuvent le conditionner)

1. Le sursis à l'exécution de la peine peut être subordonné à l'accomplissement de certains devoirs imposés au condamné, destinés à réparer le dommage du crime ou à faciliter sa réadaptation sociale, notamment l'obligation de:
 - a) verser, dans un certain délai, l'indemnité due au lésé ou assurer son paiement par le moyen d'un cautionnement estimé suffisant;
 - b) donner au lésé une satisfaction morale adéquate;
 - c) remettre à l'Etat un certain montant jusqu'à la limite maximum établie pour le quantitatif de la peine d'amende.
2. Le tribunal ne peut pas exiger du condamné aucune action vexatoire, ni lui imposer aucun devoir contraire aux bonnes mœurs ou susceptible de porter atteinte à sa dignité personnelle.
3. Les devoirs imposés peuvent être modifiés jusqu'à l'expiration de la durée du sursis, si des circonstances ultérieures le rendent souhaitable ou compte tenu de circonstances dont le tribunal aura la connaissance ultérieurement.

Article 54

(Eléments)

1. Le régime de mise à l'épreuve repose sur un plan individuel de réadaptation sociale du délinquant, établi avec la collaboration d'un travailleur social, dont le délinquant doit avoir la connaissance et pour lequel on doit avoir, si possible, son assentiment.
2. En outre des devoirs visés à l'article 49 par. 1^{er}, le tribunal peut infliger au condamné d'autres devoirs, destinés à assurer sa réadaptation et peut, notamment, lui prescrire:
 - a) qu'il n'exerce pas certaines professions;
 - b) qu'il ne fréquente pas certains milieux ou endroits;
 - c) qu'il ne réside pas en certains lieux ou régions;
 - d) qu'il n'accompagne pas, n'héberge ou ne reçoive pas des personnes soupçonnées de mauvaise conduite;
 - e) qu'il ne fréquente pas certaines associations ou ne participe en certaines réunions;

spéciale ou la dispense de la peine (articles 72, 73, 74 et 75 du Code pénal)⁽¹⁷⁾.

Il faut souligner que dans le domaine de l'exécution effective de la peine, à l'égard des cas où, aux termes de la loi, il y a lieu à libération

(suite de la note 16)

- f) qu'il n'ait pas en son pouvoir des objets susceptibles de faciliter la pratique d'un autre crime;
 - g) toute autre conduite pouvant être utile au plan de réhabilitation sociale du délinquant ou à l'amélioration de son sens de la responsabilité.
3. Le tribunal peut aussi déterminer qu'il soit interné jusqu'à concurrence de deux mois en des institutions appropriées et imposer au condamné le devoir de déposer un cautionnement de bonne conduite ou de se présenter périodiquement devant le tribunal ou d'autres entités non-policieres.

Article 59

(Admonestation)

1. Si l'auteur est déclaré coupable de la pratique d'un crime auquel correspond concrètement une peine privative de liberté de trois mois ou plus, avec ou sans amende, ou uniquement une peine d'amende jusqu'à la même limite, le tribunal peut ne prononcer qu'une admonestation.
2. L'admonestation n'a lieu que si elle est utile à la récupération du délinquant, si le dommage a été réparé et s'il n'est plus nécessaire de faire recours à d'autres mesures pénales prévues par la loi.
3. L'admonestation consiste dans un reproche oral solennel fait en audience par le tribunal à l'accusé jugé coupable.

(17) Code Pénal:

Article 72

(Détermination de la mesure de la peine)

1. La détermination de la mesure de la peine, dans les limites définies par la loi, est faite en fonction de la culpabilité de l'auteur, en tenant compte des exigences de préventions de futures infractions.
2. Lors de la fixation de la peine, le tribunal tiendra compte des circonstances qui, en ne faisant pas partie du type d'infraction, sont favorables ou défavorables à l'auteur, en considérant notamment:
 - a) l'illicéité de l'acte, son mode d'exécution et la gravité de ses conséquences, ainsi que le degré de violation des devoirs imposés au délinquant;
 - b) le degré d'intentionnalité ou de négligence;
 - c) les sentiments démontrés lors de la préparation du crime et ses buts ou mobiles;
 - d) la situation personnelle du délinquant et sa situation pécuniaire;

conditionnelle, il est pratique des tribunaux d'exécution des peines soumettre la mise en liberté à la réparation ou au paiement de l'indemnisation à la victime par le délinquant (condamné).

Il faut souligner en outre qu'il est pratique judiciaire d'inclure aux mesures non privatives de liberté des injonctions visant à la réparation et indemnisation de la victime.

(suite de la note 17)

- e) le comportement avant et après l'acte, tout particulièrement les efforts pour réparer les conséquences de l'infraction.
 - f) la gravité de la non-préparation à avoir une conduite licite, révélée par le fait, lorsque cette non-préparation doit être reprochée par le prononcé d'une peine.
3. Le jugement doit expressément mentionner les fondements de la mesure de la peine.

Article 73

(Atténuation spéciale de la peine)

1. Le tribunal peut atténuer spécialement la peine, en outre des cas expressément prévus par la loi, lorsque des circonstances antérieures, contemporaines ou postérieures au crime amoindrissent considérablement l'illicéité de l'acte ou la culpabilité de l'auteur.
2. A cet effet, sont tenus en considération, parmi d'autres, les circonstances suivantes:
 - a) le fait que le coupable ait agi sous l'influence d'une grave menace ou sous l'ascendant de la personne dont il dépend ou à laquelle il doit obéissance;
 - b) le fait que la conduite de l'auteur ait été déterminée par un mobile honorable, par une forte sollicitation ou tentation de la victime elle-même ou par une provocation injuste ou une offense imméritée;
 - c) le fait qu'il y ait eu des actes de nature à démontrer le repentir sincère de l'auteur, notamment la réparation des dommages, dans la mesure du possible;
 - d) le fait qu'un temps relativement long s'est écoulé depuis l'infraction, et que le délinquant s'est bien comporté pendant ce temps.

Article 74

(Conditions d'atténuation spéciale)

1. Lorsqu'une atténuation spéciale de la peine a lieu, le maximum est réduit d'un tiers et, en ce qui concerne le minimum, les prescriptions suivantes seront observées:
 - a) si le minimum de la peine privative de liberté prévue pour l'infraction est de 8 ans ou plus, la peine prononcée ne peut pas être inférieure à 2 ans;
 - b) si le minimum de la peine privative de liberté prévue pour l'infraction est de 2 à 8 ans, la peine prononcée ne peut pas être inférieure à 1 an;
 - c) si le minimum de la peine privative de liberté prévue pour l'infraction est le minimum légal, la peine prononcée peut être celle d'un arrêt pendant les jours libres;

L'importance qui est accordée à la réparation du dommage, surgit donc comme un souci évident du législateur et de l'applicateur de satisfaire/concilier les intérêts du binôme délinquant/victime et d'atteindre la réalisation de la justice pénale.

3.3. L'article 22 de la Constitution établit la responsabilité de l'Etat et d'autres entités publiques à l'égard de la problématique de la victime:

Article 22

(Responsabilité des pouvoirs publics)

“L'Etat et les autres pouvoirs publics sont civilement responsables, solidairement avec les titulaires des différents organes, fonctionnaires, agents, pour toutes les actions ou omissions pratiquées dans l'exercice de leurs fonctions et à cause de leur exercice, dont il résulte violation des droits, libertés et garanties des citoyens ou un préjudice pour autrui.”

Aussi dans le même sens, l'article 2 du DL 4805 du 21 novembre 1967, règle la responsabilité extracontractuelle de l'Etat pour des actes de gestion publique:

(suite de la note 17)

- d) si pour l'infraction est prévue une peine privative de liberté de deux ans au plus, cette peine peut être ramenée au minimum légal ou bien remplacée par une amende dans les limites légales prévues pour celle-ci; on pourra aussi prononcer uniquement l'amende stipulée par la loi lorsque celle-ci prévoit son application cumulative avec une peine privative de liberté;
 - e) la peine pécuniaire sera réduite dans la mesure estimée raisonnable.
2. L'atténuation spéciale de la peine n'exclut pas l'application du régime de mise à l'épreuve ou des principes qui régissent la peine pécuniaire, ni la possibilité du sursis à l'exécution de la peine.

Article 75

(Dispense de la peine)

1. Si l'acte est une infraction passible d'une peine privative de liberté n'excédant pas six mois, avec ou sans amende jusqu'à la même limite, le tribunal peut renoncer à prononcer une peine, si la faute de l'auteur est légère, si le dommage a été réparé et que les exigences de récupération du délinquant et de la prévention générale ne s'y opposent pas.
2. Si le juge a des raisons de croire que les conditions énoncées à la partie finale du paragraphe précédent sont en voie de s'effectuer, il peut ajourner le jugement afin d'examiner encore le cas dans un délai maximum d'une année, dont le jour sera toute-de-suite désigné.

“L’Etat et les autres personnes morales publiques sont civilement responsables envers les tiers des atteintes à leurs droits ou aux dispositions légales destinées à protéger leurs intérêts, si elles résultent d’actes illicites commis avec faute par leurs organismes ou agents administratifs dans l’exercice de leurs fonctions.”

4. *Services destinés aux victimes*

4.1. Au Portugal il n’y a pas de services spécifiquement destinés à l’appui de la victime dans le cadre des organisations gouvernementales des secteurs de la Santé, de la Sécurité Sociale ou de la Justice, celles-ci bénéficiant des schémas généraux pour la population.

4.2. On constate cependant la manifestation d’initiatives dans le domaine de l’accueil immédiat de l’enfant victime de mauvais traitements.

Ainsi, il est récent la création, dans quelques hôpitaux des zones urbaines avec un plus grand indice de délinquance, des dénommées “Núcleos de Apoio à Criança Maltratada” (Noyaux d’Appui à l’Enfant Maltraité).

Ces noyaux fonctionnent sur la base du volontariat et de l’interdisciplinarité, assurant une intervention globale et intégrée dans la situation personnelle de l’enfant, nommément sur les plans médical, psychologique, juridique et social.

4.3. La récente législation sur la défense du consommateur⁽¹⁸⁾ reflète le souci de mieux protéger les victimes d’infractions contre le consommateur.

La loi définit les associations de consommateurs comme des “Associations dotées de personnalité juridique, dont le but n’est pas le profit économique de leurs associés, exclusivement constituées pour la défense des consommateurs en général, des consommateurs leurs associés ou des deux ensemble”. Parmi les droits essentiels de ces associations nous pouvons citer le droit de se constituer “assistente” dans les actions pour des infractions anti-économiques et contre la santé publique et le droit d’intervention

(18) Loi 29/81 du 22 août.

comme “assistente” dans les actions civiles qui visent la tutelle des intérêts collectifs des consommateurs.

Dans ce domaine, et au-delà de ce que nous avons déjà dit au point 2.3., au Portugal existe la “DECO — Association Portugaise pour la Défense du Consommateur”; l'article 3 de ses statuts établit le suivant:

“L'Association a pour objet la défense des droits et des intérêts légitimes des consommateurs en général, pouvant développer à l'effet toutes les activités adéquates à cette fin, notamment:

- a) Encourager le groupement des consommateurs en vue de la défense de leurs intérêts;
 - b) Effectuer des analyses comparatives sur la qualité et les prix des produits et services existant dans le marché;
 - c) Réunir des éléments et élaborer des études sur l'évolution des prix et des consommations;
 - d) Créer des services de consultation pour les consommateurs;
 - e) Divulguer les résultats des études et analyses aussi bien que de toutes les informations susceptibles de développer la capacité d'analyse critique des consommateurs;
 - f) Renseigner les associés et le public en général de toutes ces activités, pouvant promouvoir l'édition de publications;
 - g) Promouvoir des réunions pour le débat de questions ayant trait à son objet;
 - h) Appuyer ou participer à des actions visant l'amélioration des conditions de vie de la population et la défense de l'environnement;
 - i) Collaborer en général avec les entités nationales ou étrangères poursuivant des fins analogues ou qui peuvent, de par sa nature, appuyer les actions développées par l'association;
 - j) Exercer toute autre fonction prévue dans la loi.
- L'association n'a pas des buts lucratifs ni poursuit des fins politiques ou religieux.

4.4. La “Comissão da Condição Feminina” (Commission de la Condition de la Femme) est un organisme gouvernemental qui, parmi d'autres

domaines d'action, s'intéresse au problème des femmes victimes de mauvais traitements au sein de leur famille.

4.5. En 1983, le C.E.J. — Centre d'Études Judiciaires (Ecole de Magistrats), en collaboration avec les magistrats des tribunaux des mineurs et de la famille, a patronné la création d'un Groupe Permanent d'Analyse de la Problématique des Mineurs et invité à intégrer ce groupe des personnes représentant toute la communauté, dès les différents services officiels (action sociale, sportive) aux entités privées, en même temps que, toutes les années, il réalise des Cycles d'études dans des différentes zones du Pays et au cours desquels, soit au moyen de la participation soit de débats, on vise à dynamiser la relation magistrats-milieu communautaire.

Le Groupe permanent est né de l'idée qu'en 1983 a pris forme au C.E.J. et selon laquelle "il serait très avantageux que les magistrats des mineurs et famille aient des rencontres régulières avec des éléments des services et organismes dont les fonctions comprennent des mineurs pour, d'une manière franche et déformalisée, échanger des opinions sur les problèmes visés par leur action, chercher à trouver la meilleure forme de conjuguer leurs interventions et d'étudier des nouvelles formes d'action à l'égard des situations auxquelles ils sont tenus de répondre". Le Groupe vise à :

- Effectuer des recherches susceptibles de contribuer à la formation scientifique des magistrats, dans le domaine du droit du mineur et de la famille.
- Développer des actions, de nature expérimentale, en matière de réponse aux problèmes de l'enfant, du jeune et de la famille soumise à l'intervention judiciaire.
- Appuyer les tribunaux, en matière de juridiction des mineurs et famille.

4.6. Par acte authentique du 25 juin 1990, publié au journal officiel du 12/07/90, III^{ème} série, a été créée l'APAV — Association Portugaise d'Appui à la Victime⁽¹⁹⁾, qui est la première de ce genre au Portugal.

(19) Dans le discours prononcé lors de l'acte authentique de l'APAV, M. Luis de Miranda Pereira, Président de la Commission d'installation de l'association dit:

Le but de l'APAV est de:

“promouvoir et contribuer à l'information, à la protection et à l'appui de la victime d'infractions pénales”.

“Pour la réalisation de son but, l'APAV se propose nommément de:

1. a) Promouvoir la protection et l'appui des victimes d'infractions pénales en général et en particulier de celles plus nécessitées au moyen notamment de l'information, de la réception personnalisée, de l'appui moral, social, juridique, psychologique et économique;
- b) Collaborer avec les entités compétentes de l'administration de la justice, de la police, de la sécurité sociale, de la santé ainsi qu'avec les autorités locales, les régions autonomes et toute autre entité publique ou privée, dans la défense et exercice effectif des droits et intérêts de la victime d'infractions pénales et de sa famille;
- c) Encourager et promouvoir la solidarité sociale, notamment au moyen de la formation et gestion de réseaux de coopérateurs volontaires et du mécénat social, aussi bien qu'au moyen de la médiation victime/délinquant;

(suite de la note 19)

“C'est à partir (...) de la profonde modification à laquelle on assiste jusqu'à présent au sein de la justice pénale portugaise — dont le Code pénal et de procédure pénale en sont des piliers — et du contact avec la réalité des victimes, découlant de l'action de l'Institut de Réinsertion Sociale auprès des auteurs des infractions pénales — l'autre face de la même monnaie — qui a surgi l'idée de créer une organisation privée d'appui aux victimes.

On a estimé que l'intervention nécessaire en termes de but, d'opportunité et rythme, de domaine et de lieu, serait difficilement compatible avec l'action traditionnelle de n'importe quel service de l'Etat, s'avérant plutôt de privilégier l'action locale des personnes mobilisées autour de valeurs et buts de solidarité sociale. Ceci sans préjudice de la conjugaison et coopérations nécessaires avec les entités publiques ayant compétence spécifique dans les domaines ayant trait aux différents aspects de la situation vécue des victimes.

Etant connue la volonté démontrée par le Gouvernement d'envisager des solutions envers la problématique de la victime — processus que l'IRS accompagne depuis 1985 — j'ai communiqué à Mr. le Secrétaire d'Etat adjoint du Ministre de la Justice l'intention de constituer une association d'appui à la victime en lui demandant son approbation et l'appui du Gouvernement. Son appui et engagement total nous a permis de développer toute une stratégie d'action qui a conduit au moment qu'on vient de vivre ici.”

- d) Fomentier et patronner la réalisation de recherches et d'études sur les problèmes de la victrime en vue d'une satisfaction plus adéquate de ses intérêts;
 - e) Promouvoir et participer à des programmes, des projets et des actions d'information, de formation et de sensibilisation de l'opinion publique;
 - f) Contribuer à l'adoption de mesures législatives, réglementaires et administratives susceptibles de faciliter la défense, la protection et l'appui à la victime d'infractions pénales en vue de la prévention des risques de victimisation et de l'atténuation de ses effets;
 - g) Etablir des contacts avec des organismes internationaux et collaborer avec des entités que dans d'autres pays poursuivent des fins analogues.
2. L'Association pourra se filier à des associations internationales poursuivant les mêmes buts et être éventuellement leur représentant au Portugal.
 3. Dans la poursuite de ses attributions, l'Association peut dynamiser des formes d'obtenir des ressources financières, notamment auprès d'entités publiques et privées soit nationales soit étrangères.

Au-delà de l'importance de la création de cette Association, il est prévisible que d'autres services d'appui aux victimes de la criminalité s'ensuivront, en suivant le même modèle ou en optant pour un autre tout à fait divers.

4.7. Encore en ce domaine, le Centre d'Etudes Judiciaires, l'Ordre des Avocats et l'Ecole de la Police Judiciaire, développent jusqu'à présent des activités formatives, parmi lesquelles on peut citer:

- éclaircissement de la victime sur les mécanismes à sa disposition visant à l'obtention d'une indemnisation pour le dommage subi;
- sensibilisation vers la nécessité de modifier certains comportements des autorités policières en vue de réduire les chiffres noirs, notamment par rapport aux cas où l'action pénale dépend de plainte ou d'accusation privée (en gagnant la confiance de la victime et en l'amenant à porter plainte);

- traitement spécial des victimes de certains types d'infractions maxime les crimes sexuels, afin d'éviter la "victimisation secondaire".

Dans l'action formative des cadres de la Police Judiciaire, l'Ecole de la Policie Judiciaire met un accent tout particulier sur:

- l'instruction des agents pour traiter avec les victimes d'une manière courtoise, construtive et susceptible d'inspirer confiance;
- l'information de la victime sur la possibilité d'obtenir assistance, conseils de nature pratique et juridique et une indemnisation de la part du délinquant ou de l'Etat;
- la mise à la disposition de la victime de toute information concernant les résultats de l'investigation policière;
- le fait que tout rapport de la police destiné aux autorités judiciaires doit donner des informations nettes et complètes sur les offenses et dommages subis par la victime.

(Recommandations du Code de Conduite des Fonctionnaires Chargés d'Appliquer la Loi, adopté par l'Assemblée Générale de l'ONU le 17 décembre 1979 et qui sont presque totalement reproduites dans la Loi Organique de la Police Judiciaire de 1984).

B. Victimes D'Abus de Pouvoir

1. Consécration légale

1.1. Conformément à l'article 29 par. 6 de la Constitution de la République Portugaise, "les citoyens injustement condamnés ont droit, dans les conditions prévues par la loi, à la révision de la sentence et à une indemnisation pour les dommages subis".

L'indemnisation pour privation de liberté illégale ou injustifiée est aussi prévue dans la loi⁽²⁰⁾.

1.2. En ce qui concerne les victimes d'abus de pouvoir politique la Constitution de la République Portugaise établit que nul ne peut être "...défavorisé, privé d'un droit ou exempté d'un devoir en raison de (...) ses convictions politiques ou idéologiques ..." (v. article 13 par. 2 de la CRP). L'extradition pour motifs politiques est aussi interdite (v. article 33 par. 2 de la CRP).

2. Services

— Section Portugaise de l'Amnistie Internationale

(20) Constitution de la République Portugaise:

Article 27

(Droit à la liberté et à la sécurité)

1. Chacun a droit à la liberté et à la sécurité.
 2. Nul ne peut être totalement ou partiellement privé de liberté si ce n'est à la suite d'une condamnation prononcée par un tribunal en raison d'un acte puni par la loi d'une peine de prison, ou à la suite de l'application judiciaire d'une mesure de sureté.
 3. (...)
 4. (...)
 5. Toute privation de liberté contraire aux dispositions de la Constitution et de la loi oblige l'Etat à indemniser la personne lésée dans les termes établis par la loi.
- Code de Procédure Pénale:

Article 225

(Modalités)

1. Quiconque ait été soumis à détention ou à prison préventive manifestement illégale peut réquerir, devant le tribunal compétent, une indemnisation pour des dommages subis en raison de la privation de sa liberté.
2. Les dispositions du paragraphe précédent sont applicables à celui soumis à détention préventive laquelle, n'étant pas illégale, peut se révéler injustifiée en raison de faute grave dans l'appréciation des présupposés de fait dont elle dépendait, lorsque la privation de la liberté lui a provoqué des préjudices anormaux et d'une particulière gravité. Sont exemptés les cas où le détenu ait contribué, en raison de dol ou de négligence, à cette faute.

- Association Droit et Justice (Section Portugaise de la Commission Internationale de Juristes)
- Section des Droits de l'Homme de l'Ordre des Avocats
- Service du "Provedor de Justiça" (médiateur)

C. Aperçu des initiatives développées dans le domaine de la problématique de la victime suite au plan d'action de Milan

1. Mesures Législatives

Code de procédure pénale de 1987, approuvé par le DL 78/87 du 17 février et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

Décret-loi 324/85 du 6 août: régleme, cas à cas et par résolution du Conseil des Ministres, l'octroi d'indemnisation pour des préjudices subis par des fonctionnaires contre lesquels aient été pratiqués des actes terroristes, à caractère d'intimidation ou de représaille en raison de leur qualité fonctionnelle, entraînant une offence à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté ou à des biens patrimoniaux d'une valeur considérable.

L'indemnisation peut être accordée à la famille ou aux personnes à charge du serviteur de l'Etat, lorsque celles-ci ont été victimes de l'acte criminel (article 1^{er}).

Décret-loi 48/87 du 29 janvier: intègre les jurés dans la notion de serviteurs de l'Etat, aux termes et aux effets des dispositions du Décret-loi 324/85 du 6 août.

Loi 41/87 du 23 décembre: autorisation législative de l'Assemblée de la République au Gouvernement pour légiférer sur le régime d'accès au droit et aux tribunaux judiciaires.

Décret-loi 387-B/87 du 29 décembre: régleme le système d'assistance judiciaire.

Décret-loi 391/88 du 26 octobre: régleme le régime financier de l'assistance judiciaire.

Arrêté 1102/89 du 26 décembre: approuve le règlement des Bureaux de Consultation Juridique de Lisbonne et Porto (cfr. note 10).

Ordonnance n.º 22/90 du Ministre de la Justice, publiée au journal officiel n.º 89, II^{ème} série, du 17 avril, lance le Programme Citoyen et Justice, d'une durée annuelle entre mai 1990 et 1991.

Ce projet a pour but essentiel la recherche d'une relation plus intime entre le citoyen — détenteur originaire de la justice — et le système public chargé de la gérer en sa représentation.

Avec ce programme on vise à approfondir la compréhension, à faciliter l'accès et à stimuler la participation du citoyen à l'égard du système de l'administration de la justice. Par conséquent, on prévoit des actions de nature informative et des solutions d'efficacité du fonctionnement des services et la création d'espaces ouverts à l'intervention de la communauté organisée, elle-même appelée à collaborer à son développement.

2. *D'autres initiatives*

2.1. *Participation à des réunions internationales*

L'Institut de Réinsertion Sociale a été intégré dans toutes les initiatives d'étude de la question, au niveau du Ministère de la Justice. Mais, c'était surtout à travers le suivi de la situation dans l'Europe, pour ce qui est des formes pratiques de réponse au problème, que se sont clarifiées les formes possibles d'aborder le même. En 1985, à Karlsruhe, l'Institut a été présent dans un Séminaire de la Conférence Permanente Européenne de la Probation sur "La relation délinquant - victime, l'indemnisation et la réconciliation, et le rôle du Service de Probation en cette matière"; en 1988, il a été à Cumberland Lodge — Windsor — dans la "Rencontre des Organisations Européennes d'Appui à la Victime"; en 1989 à Montpellier dans une autre "Rencontre des Organisations Européennes d'Appui à la Victime" où il a été décidé la Formation d'un Forum International; à Barcelone dans la rencontre sur le thème "Le droit pénal et la victime" et à Valencia, dans la 1^{re} Conférence Européenne d'Appui à la Victime; en 1990, à Stockholm, dans le Forum Européen des Services d'Appui à la Victime, où les bases des Statuts respectifs ont été approuvées.

2.2. Rencontre sur le thème "Désadaptations Sociales et Criminalité. Le rôle de la Communauté dans sa Prévention".

Cette rencontre a eu lieu à en janvier 1989, devant à peu près 2.000 participants réunis dans l'"Aula Magna da Reitoria" de l'Université de Lisbonne.

Les thèmes abordés — "l'enfant dépourvu d'un milieu familial normal", "délinquance et marginalité", "problématique de la drogue", "réactions pénales non privatives de liberté", "bureaux de prévention de la criminalité", "appui aux victimes de la criminalité", "conciliation victime/délinquant" — on servi de prétexte à une proposition de réflexion sur:

- la création de structures de prévention de la criminalité au niveau des pouvoirs locaux;
- la réhabilitation et la réinsertion sociale du délinquant;
- les services d'appui aux victimes de la criminalité;
- mécanismes de conciliation victime/délinquant.

Il s'est ainsi affirmée la notion selon laquelle la prévention de la criminalité, la réinsertion des délinquants et la réhabilitation morale et matérielle des victimes étaient directement interliées.

Par ailleurs, et pour la première fois dans notre pays, ont été abordés et développés les thèmes de la constitution et des buts à poursuivre par les services d'appui aux victimes de la criminalité.

Pour aborder ces thèmes, et étant donné que le sujet était une nouveauté entre nous, ont été invités des techniciens étrangers qui nous ont transmis les principes généraux et nous ont fait connaître les expériences qui, soit en France, soit en Espagne, étaient en train de développement en ces matières.

Cette rencontre a été donc la première action de sensibilisation de la communauté en générale vers la problématique des droits et des intérêts des victimes de la criminalité et son éveiller vers la possibilité de la création au Portugal de services d'appui aux victimes de la criminalité.

2.3. *Création de l'Association Portugaise d'Appui à la Victime — APAV.*

L'APAV a été constituée par acte authentique octroyé le 25 juin; il s'agit d'une Institution Privée de Solidarité Sociale, à l'échelle nationale, dont les buts sont énoncés au point 4.6. du présent texte.

D. Conclusion

1. L'ordre juridique portugais répond à l'essentiel des recommandations des textes internationaux les plus importants en cette matière, notamment, de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir.

En effet,

2. La réparation effective du dommage restreint de la possibilité de la suspension de l'exécution de la peine, de l'applicabilité du régime de mise à l'épreuve et de l'admonestation de même que la possibilité d'atténuation spéciale et de dispense de la peine.

3. Dans le domaine de la procédure pénale, la suspension provisoire de la procédure peut être prononcée sous certaines conditions, parmi d'autres, de dédommagement du lésé; d'autre part, la victime peut avoir une intervention efficace dans la procédure soit comme "assistente", soit comme partie civile.

4. Finalement, sont assurés des mécanismes qui prévoient la connaissance de la victime — rapport social — et, dans le cadre de sa protection judiciaire, l'accès au droit.

JORGE SIMÃO

Institut de Réinsertion Sociale

**TRAITE-TYPE
RELATIF AU TRANSFERT
DE LA SURVEILLANCE DE DELINQUANTS,
CONDAMNES
OU LIBERES SOUS CONDITION**

A/CONF.144/G/PORTUGAL/12*

**Français
21 août 1990**

(*) "The designations employed, the presentation of the material and the views expressed in this paper are those of Portugal, and do not necessarily reflect the practices and views of the United Nations in any of these respects."

1. Introduction

Comme note préalable on doit référer que le Portugal, en ce qui concerne cet item, a signé le 23/02/79 la Convention Européenne pour la Surveillance des Personnes Condamnées ou libérées sous condition, bien qu'il ne l'ait pas encore ratifiée. Dans cette matière relative au transfert de personnes condamnées, laquelle est d'une certaine façon, subsidiaire de l'exécution du jugement étranger, outre la saine coopération judiciaire internationale en matière pénale, d'où l'on croit qu'il y aura lieu dans le futur à une progressive harmonisation des législations, on visera aussi, et surtout, à mieux servir les buts de la justice, tout en facilitant la réinsertion sociale des condamnés.

En fait, peu de monde doutera qu'en règle, le délinquant étranger aura de meilleures possibilités de réinsertion sociale dans son pays d'origine que dans celui où par hasard il ait été condamné.

2. Domaine d'application du traité et ses principes

En ce qui concerne la mise en oeuvre des mesures concernant le transfert de surveillance des délinquants étrangers, on tiendra dorénavant compte de la philosophie et des principes fondamentaux sous-jacents à l'élaboration du projet d'accord-type. Cet accord a été approuvé sous le numéro 1986/10, le 25 mai 1986, par le Conseil Economique et Social à la suite des conclusions et recommandations du 7^{ème} Congrès des Nations Unies.

Ce projet, relativement à son domaine d'application matériel, envisage seulement les sujets-délinquants étrangers auxquels aient été en quelque sorte appliquées, en cours du jugement ou après le jugement, des mesures non privatives de liberté, comme par exemple: le régime de mise à l'épreuve, le sursis à l'exécution de la peine et la libération conditionnelle. De ceci résulte qu'aucun autre type de réaction pénale n'est prévu dès qu'applicable dans les phases qui précèdent celle de l'audience du jugement

(v.g. notre suspension provisoire du procès — cfr. article 281 du Code de Procédure Pénale).

D'autre côté, ce projet est fondé sur 6 principes basiques:

- Le principe de la souveraineté nationale;
- Le principe de la double criminalité;
- Le principe des droits de la victime;
- Le principe non bis in idem;
- Le principe de l'adaptation;
- Le principe de la non-aggravation

- *Principe de la souveraineté nationale*

De ce principe relèvent les idées de respect et de non ingérence dans les souverainetés, soit de "l'État du jugement" celui où la décision condamnatoire a été rendue, soit de "l'État de l'Administration", celui qui aura la responsabilité de l'exécution de la condamnation. Ce principe vise à ce que la compétence de "l'État du jugement" cesse après que "l'État de l'Administration" aura accepté le transfert de la surveillance de façon à éviter tout risque de superposition d'intervention de ces États dans la procédure d'exécution des mesures respectives. Ainsi, on a opté pour attribuer à "l'État de l'Administration" la responsabilité totale de l'exécution du jugement en surveillant son exécution sans aucune sorte d'ingérence de "l'État — jugement".

- *Principe de la double criminalité*

A travers ce principe on vise à ce que le transfert de surveillance n'ait lieu que lorsque l'acte considéré comme un illicite criminel par "l'Etat - jugement" soit aussi considéré comme tel par "l'État de l'Administration". Ainsi, par simple hypothèse, si l'illicite en question n'est punissable dans "l'État de l'Administration" que par le Code de Justice Militaire, tandis que dans "l'État - jugement" il a été considéré comme une infraction punis-

sable par les lois pénales ordinaires, “l’État de l’Administration” pourra, alors, refuser le transfert du délinquant.

- *Principe des droits de la victime*

Par ce principe on veut génériquement assurer les droits de la victime de façon à ce qu’ils ne soient en aucun cas préjudiciés en raison du transfert du condamné à “l’État - Administration”. Toutefois, le projet en question ne définit pas la position spécifique de la victime vis-à-vis de l’accord sur le transfert du délinquant. On ne sait pas ainsi quelles sont ses prérogatives — attributions, puisqu’elles n’y sont pas réglementées.

- *Principe non bis in idem*

Ce principe écarte toute possibilité de punir le condamné pour un même fait, soit à “l’État - jugement” soit à “l’État Administration”.

- *Principe de l’adaptation*

Ce principe vise à ce que l’État qui “prononce” la réaction pénale, adapte et harmonise le genre de mesure à prononcer avec la législation en vigueur à “l’État - Administration”, et qu’il le fasse de façon telle que la situation du condamné ne soit pas aggravée, sous peine de subversion de la *ratio* du sixième principe.

- *Principe de la non aggravation*

Ce dernier principe vise fondamentalement à ce que le délinquant, en raison de son transfert à l’État - Administration, n’accomplisse pas des mesures plus sévères à “l’État - Administration” que celles qui lui ont été appliquées par l’État de Condamnation.

En fait, au cas où cela serait arrivé, il y aurait lieu à une aggravation de la sanction pénale par voie procédurale tout en ayant présent que cette

sanction avait été appliquée par décision condamnatoire, conformément au droit substantif, ce qui n'aurait pas eu de sens, il se passant, pourtant, que cette sanction aurait été imposée moyennant un jugement contradictoire, rendu en conformité avec le droit substantif.

3. Conclusion

De cette brève analyse des principes concernant la surveillance du transfert de délinquants étrangers condamnés à des mesures non privatives de liberté, il en résulte clair que ces principes se harmonisent avec notre ordre juridique, soit en matière de règles constitutionnelles soit en matière de droit ordinaire applicable.

On croit ainsi qu'avec ce projet le respect de la dignité humaine et des droits individuels de chaque citoyen seront renforcés, celle-ci étant l'une des formes possibles de coopération internationale en matière pénale à travers laquelle l'on facilitera, sans doute, l'objectif de la réinsertion sociale du condamné.

DOCUMENTAÇÃO

**ESTATUTO
DA CRIANÇA
E DO
ADOLESCENTE**

LEI BRASILEIRA

(Lei N.º 8069 de 13 de Julho de 1990)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

LIVRO I — PARTE GERAL

TÍTULO I — Das Disposições Preliminares

TÍTULO II — Dos Direitos Fundamentais

CAPÍTULO I — Do Direito à Vida e à Saúde

CAPÍTULO II — Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

CAPÍTULO III — Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária

Seção I — Disposições Gerais

Seção II — Da Família Natural

Seção III — Da Família Substituta

Subseção I — Disposições Gerais

Subseção II — Da Guarda

Subseção III — Da Tutela

Subseção IV — Da Adoção

CAPÍTULO IV — Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer

CAPÍTULO V — Do Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho

TÍTULO II — Da Prevenção

CAPÍTULO I — Disposições Gerais

CAPÍTULO II — Da Prevenção Especial

Seção I — Da Informação, Cultura, Lazer, Esporte, Diversões e Espetáculos

Seção II — Dos Produtos e Serviços

Seção III — Da Autorização para Viajar

LIVRO II — PARTE ESPECIAL

TÍTULO I — Da Política de Atendimento

CAPÍTULO I — Disposições Gerais

CAPÍTULO II — Das Entidades de Atendimento

Seção I — Disposições Gerais

Seção II — Da Fiscalização das Entidades

TÍTULO II — Das Medidas de Proteção

CAPÍTULO I — Disposições Gerais

CAPÍTULO II — Das Medidas Específicas de Proteção

TÍTULO III — Da Prática de Ato Infracional

CAPÍTULO I — Disposições Gerais

CAPÍTULO II — Dos Direitos Individuais

CAPÍTULO III — Das Garantias Processuais

CAPÍTULO IV — Das Medidas Sócio-Educativas

Seção I — Disposições Gerais

Seção II — Da Advertência

Seção III — Da Obrigação de Reparar o Dano

Seção IV — Da Prestação de Serviços à Comunidade

Seção V — Da Liberdade Assistida

Seção VI — Do Regime de Semiliberdade

Seção VII — Da Internação

CAPÍTULO V — Da Remissão

TÍTULO IV — Das Medidas Pertinentes aos Pais ou Responsável

TÍTULO V — Do Conselho Tutelar

CAPÍTULO I — Disposições Gerais

CAPÍTULO II — Das Atribuições do Conselho

CAPÍTULO III — Da Competência

CAPÍTULO IV — Da Escolha dos Conselheiros

CAPÍTULO V — Dos Impedimentos

TÍTULO VI — Do Acesso à Justiça

CAPÍTULO I — Disposição Gerais

CAPÍTULO II — Da Justiça da Infância e da Juventude

Seção I — Disposições Gerais

Seção II — Do Juiz

Seção III — Dos Serviços Auxiliares

CAPÍTULO III — Dos Procedimentos

Seção I — Disposições Gerais

Seção II — Da Perda e da Suspensão do Pátrio Poder

Seção III — Da Destituição da Tutela

Seção IV — Da Colocação em Família Substituta

Seção V — Da Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente

Seção VI — Da Apuração de Irregularidade em Entidade de Atendimento

Seção VII — Da Apuração de Inflação Administrativa às Normas de
Proteção à Criança e ao Adolescente

CAPÍTULO IV — Dos Recursos

CAPÍTULO V — Do Ministério Público

CAPÍTULO VI — Do Advogado

**CAPÍTULO VII — Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e
Coletivos**

TÍTULO VII — Dos Crimes e das Infrações Administrativas

CAPÍTULO I — Dos Crimes

Seção I — Disposições Gerais

Seção II — Dos Crimes em Espécie

CAPÍTULO II — Das Infrações Administrativas

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

LEI N.º 8.069. DE 13 DE JULHO DE 1990

**DISPÕE SOBRE O
ESTATUTO DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE,
E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**

LIVRO I

PARTE GERAL

TÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

- Art. 1 — Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.
- Art. 2 — Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
- Parágrafo único — Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.
- Art. 3 — A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
- Art. 4 — É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com *absoluta prioridade*, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único — à garantia de *prioridade* compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5 — Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6 — Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os *fins sociais* a que ela se dirige, as exigências do *bem comum*, os *direitos e deveres individuais e coletivos*, e a *condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*.

TÍTULO II

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE

Art. 7 — A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8 — É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1.º — A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

- § 2.º — A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.
- § 3.º — Incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestão e à nutriz que dele necessitem.
- Art. 9 — O Poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.
- Art. 10 — Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:
- I — manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;
 - II — identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;
 - III — proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;
 - IV — fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;
 - V — manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.
- Art. 11 — É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.
- § 1.º — A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.
- § 2.º — Incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.
- Art. 12 — Os estabelecimentos de atendimento à saúde deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, nos casos de internação de criança ou adolescente.
- Art. 13 — Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra crianças ou adolescentes serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 14 — O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológicas para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para os pais, educadores e alunos.

Parágrafo único — É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

CAPÍTULO II

DO DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

Art. 15 — A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16 — O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I — ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II — opinião e expressão;

III — crença e culto religioso;

IV — brincar, praticar esportes e divertir-se;

V — participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI — participar da vida política, na forma da lei;

VII — buscar refúgio, auxílio e orientação.

- Art. 17 — O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade, física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.
- Art. 18 — É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

CAPÍTULO III

DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Seção I

Disposições gerais

- Art. 19 — Toda a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.
- Art. 20 — Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
- Art. 21 — O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.
- Art. 22 — Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
- Art. 23 — A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único — Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílios.

Art. 24 — A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art.º 22.

Seção II

Da Família Natural

Art. 25 — Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Art. 26 — Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único — O reconhecimento pode proceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27 — O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo da Justiça.

Seção III

Da Família Substituta

Subseção I

Disposições gerais

Art. 28 — A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela, ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1.º — Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

§ 2.º — Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

Art. 29 — Não se deferirá colocação em família, substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Art. 30 — A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.

Art. 31 — A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

Art. 32 — Ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termos nos autos.

Subseção II

Da guarda

Art. 33 — A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1.º — A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2.º — Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3.º — A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Art. 34 — O Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

Art. 35 — A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Subseção III

Da Tutela

Art. 36 — A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até vinte e um anos incompletos.

Parágrafo único — O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e implica necessariamente o dever de guarda.

Art. 37 — A especialização de hipoteca legal será dispensada, sempre que o tutelado não possuir bens ou rendimentos ou por qualquer outro motivo relevante.

Parágrafo único — A especialização de hipoteca legal será também dispensada se os bens, porventura existentes em nome do tutelado, constarem de instrumento público, devidamente registrado no registro de imóveis, ou se os rendimentos forem suficientes apenas para a manutenção do tutelado, não havendo sobra significativa ou provável.

Art. 38 — Aplica-se à destituição da tutela o disposto no art. 24.

Subseção IV

Da Adoção

Art. 39 — A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

Parágrafo único — É vedada a adoção por procuração.

Art. 40 — O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Art. 41 — A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1.º — Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2.º — É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4.º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Art. 42 — Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

§ 1.º — Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2.º — A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

§ 3.º — O adotante há de ser, pelo menos, dezasseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4.º — Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contando que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

§ 5.º — A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Art. 43 — A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 44 — Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 45 — A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1.º — O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

§ 2.º — Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Art. 46 — A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1.º — O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade já

estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2.º — Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade.

Art. 47 — O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1.º — A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2.º — O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3.º — Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 4.º — A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

§ 5.º — A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6.º — A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, § 5.º, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Art. 48 — A adoção é irrevogável.

Art. 49 — A morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

Art. 50 — A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1.º — O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos de Juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2.º — Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

Art. 51 — Cuidando-se de pedido de adoção formulado por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, observar-se-á o disposto no art. 31.

§ 1.º — O candidato deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante às leis do seu país, bem como apresen-

tar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem.

§ 2.º — A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência.

§ 3.º — Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos, devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado.

§ 4.º — Antes de consumada a adoção não será permitida a saída do adotando do território nacional.

Art. 52 — A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente.

Parágrafo único — Competirá à comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção.

CAPÍTULO IV

DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

Art. 53 — A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

- I — igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II — direito do ser respeitado por seus educadores;
- III — direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
- IV — direito de organização e participação em entidades estudantis;
- V — acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único — É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Art. 54 — É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

- I — ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II — progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
- III — atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV — atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- V — acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI — oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;
- VII — atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1.º — O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2.º — O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3.º — Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável pela frequência à escola.

Art. 55 — Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Art. 56 — Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

- I — maus-tratos envolvendo seus alunos;
- II — reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;
- III — elevados níveis de repetência.

Art. 57 — O Poder Público estimulará pesquisas, experiências e novas propostas relativas a calendário, seriação, currículo, metodologia, didática e avaliação com vistas à inserção de crianças e adolescentes excluídos do ensino fundamental obrigatório.

Art. 58 — No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantido-se a estes a liberdade de criação e o acesso às fontes de cultura.

- Art. 59 — Os Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

CAPÍTULO V

DO DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO

- Art. 60 — É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.
- Art. 61 — A proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei.
- Art. 62 — Considera-se aprendizagem a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor.
- Art. 63 — A formação técnico-profissional obedecerá aos seguintes princípios:
- I — garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;
 - II — atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;
 - III — horário especial para o exercício das atividades.
- Art. 64 — Ao adolescente até quatorze anos de idade é assegurada bolsa de aprendizagem.
- Art. 65 — Ao adolescente aprendiz, maior de quatorze anos, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários.
- Art. 66 — Ao adolescente portador de deficiência é assegurado trabalho protegido.
- Art. 67 — Ao adolescente empregado, aprendiz em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:
- I — noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;
 - II — perigoso, insalubre ou penoso;
 - III — realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;
 - IV — realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

Art. 68 — O programa social que tenha por base o trabalho educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, deverá assegurar ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada.

§ 1.º — Entende-se por trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo.

§ 2.º — A remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo.

Art. 69 — O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

I — respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

II — capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

TÍTULO III

DA PREVENÇÃO

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 70 — É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 71 — A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 72 — As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 73 — A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

CAPÍTULO II

DA PREVENÇÃO ESPECIAL

Seção I

Da informação, cultura, lazer, esporte, diversões e espetáculos

Art. 74 — O Poder Público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único — Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

Art. 75 — Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.

Parágrafo único — As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

Art. 76 — As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único — Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

Art. 77 — Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.

Parágrafo único — As fitas a que alude este artigo deverão exibir no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

Art. 78 — As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único — As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Art. 79 — As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 80 — Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.

Seção II

Dos Produtos e Serviços

Art. 81 — É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:

- I — armas, munições e explosivos;
- II — bebidas alcoólicas;
- III — produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;
- IV — fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;
- V — revistas e publicações a que alude o art. 78;
- VI — bilhetes lotéricos e equivalentes.

Art. 82 — É proibida a hospedagem de criança ou adolescente em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congêneres, salvo se autorizado ou acompanhado pelos pais ou responsável.

Seção III

Da autorização para viajar

Art. 83 — Nenhuma criança poderá viajar para fora da comarca onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem expressa autorização judicial.

§ 1.º — A autorização não será exigida quando:

- a) tratar-se de uma comarca contígua à da residência da criança, se na mesma unidade da Federação, ou incluída na mesma região metropolitana;
- b) a criança estiver acompanhada:
 - 1) de ascendente ou colateral maior, até o terceiro grau, comprovado documentalmente o parentesco;
 - 2) de pessoa maior, expressamente autorizada pelo pai, mãe ou responsável.

§ 2.º — A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais ou responsável, conceder autorização válida por dois anos.

Art. 84 — Quando ao tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:

- I — estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável;
- II — viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.

Art. 85 — Sem prévia e expressa autorização judicial, nenhuma criança ou adolescente nascido em território nacional poderá sair do País em companhia de estrangeiro residente ou domiciliado no exterior.

LIVRO II

PARTE ESPECIAL

TÍTULO I

DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 86 — A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 87 — São linhas de ação da política de entendimento:

- I — políticas sociais básicas;
- II — políticas e programas de assistência social, em carácter supletivo, para aqueles que deles necessitem;
- III — serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV — serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V — proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 88 — São diretrizes da política de atendimento:

- I — municipalização do atendimento;
- II — criação de *conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis*, assegurada a *participação popular paritária* por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais;
- III — criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;
- IV — manutenção de fundos nacional, estadual e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;
- V — integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;
- VI — mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

Art. 89 — A função de membro do Conselho Nacional e dos conselhos estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente é considerada de interesse público relevante e não será remunerada.

CAPÍTULO II

DAS ENTIDADES DE ATENDIMENTO

Seção I

Disposições Gerais

Art. 90 — As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes em regime de:

- I — orientação e apoio sócio-familiar;
- II — apoio sócio-educativo em meio aberto;
- III — colocação familiar;
- IV — abrigo;
- V — liberdade assistida;
- VI — semiliberdade;
- VII — internação.

Parágrafo único — As entidades governamentais e não-governamentais deverão proceder a inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, na forma definida neste artigo, junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual manterá registro das inscrições e de suas alterações, do que fará comunicação ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária.

Art. 91 — As entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual comunicará o registro ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária da respectiva localidade.

Parágrafo único — Será negado o registro à entidade que:

- a) não ofereça instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene salubridade e segurança;
- b) não apresente plano de trabalho compatível com os princípios desta Lei;
- c) esteja irregularmente constituída;
- d) tenha em seus quadros pessoas inidôneas.

Art. 92 — As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:

- I — preservação dos vínculos familiares;
- II — integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;
- III — atendimento personalizado e em pequenos grupos;
- IV — desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
- V — não-desmembramento de grupos de irmãos;
- VI — evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
- VII — participação na vida da comunidade local;
- VIII — preparação gradativa para o desligamento;
- IX — participação de pessoas de comunidade no processo educativo.

Parágrafo único — O dirigente de entidade de abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito.

Art. 93 — As entidades que mantenham programas de abrigo poderão, em caráter excepcional e de urgência, abrigar crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato até o 2.º dia útil imediato.

Art. 94 — As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações entre outras:

- I — observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;
- II — não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;
- III — oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
- IV — preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;
- V — diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;
- VI — comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;
- VII — oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;
- VIII — oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;
- IX — oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;
- X — propiciar escolarização e profissionalização;
- XI — propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer.

- XII — propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com as suas crenças;
- XIII — proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
- XIV — reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;
- XV — informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;
- XVI — comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas;
- XVII — fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;
- XVIII — manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;
- XIX — providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;
- XX — manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

§ 1.º — Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programa de abrigo.

§ 2.º — No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

Seção II

Da Fiscalização das Entidades

Art. 95 — As entidades governamentais e não-governamentais, referidas no art. 90, serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares.

Art. 96 — Os planos de aplicação e as prestações de contas serão apresentados ao Estado ou ao Município, conforme a origem das dotações orçamentárias.

Art. 97 — São medidas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem obrigação constante do art. 94, sem prejuízo de responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos:

I — às entidades governamentais:

- a) advertência;
- b) afastamento provisório de seus dirigentes;

- c) afastamento definitivo de seus dirigentes;
- d) fechamento da unidade ou interdição de programa;

II — às entidades não-governamentais:

- a) advertência;
- b) suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas;
- c) interdição de unidades ou suspensão de programa;
- d) cassação do registro;

Parágrafo único — Em caso de reiteradas infrações cometidas por entidades de atendimento, que coloquem em risco os direitos assegurados nesta Lei, deverá ser o fato comunicado ao Ministério Público ou representado perante autoridade judiciária competente para as providências cabíveis, inclusive suspensão das atividades ou dissolução da entidade.

TÍTULO II

DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 98 — As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I — por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II — por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III — em razão de sua conduta.

CAPÍTULO II

DAS MEDIDAS ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO

Art. 99 — As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo.

Art. 100 — Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Art. 101 — Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I — encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II — orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III — matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV — inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V — requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI — inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII — abrigo em entidade;
- VIII — colocação em família substituta.

Parágrafo único — O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Art. 102 — As medidas de proteção de que trata este Capítulo serão acompanhadas da regularização do registro civil.

§ 1.º — Verificada a inexistência de registro anterior, o assento do nascimento da criança ou adolescente será feito à vista dos elementos disponíveis, mediante requisição da autoridade judiciária.

§ 2.º — Os registros e certidões necessárias à regularização de que trata este artigo são isentos de multas, custas e emolumentos, gozando de absoluta prioridade.

TÍTULO III

DA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 103 — Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Art. 104 — São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único — Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Art. 105 — Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

Art. 106 — Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único — O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.

Art. 107 — A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinentemente comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único — Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

Art. 108 — A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único — A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Art. 109 — O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

CAPÍTULO III

DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

Art. 110 — Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111 — São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

- I — pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
- II — igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III — defesa técnica por advogado;
- IV — assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados na forma da lei;
- V — direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI — direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

CAPÍTULO IV

DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

Seção I

Disposições gerais

Art. 112 — Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I — advertência;
- II — obrigação de reparar o dano;
- III — prestação de serviços à comunidade;
- IV — liberdade assistida;
- V — inserção em regime de semiliberdade;
- VI — internação em estabelecimento educacional;
- VII — qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1.º — A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2.º — Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3.º — Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, e local adequado às suas condições.

Art. 113 — Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Art. 114 — A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único — A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

Seção II

Da advertência

Art. 115 — A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.

Seção III

Da obrigação de reparar o dano

Art. 116 — Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único — Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Seção IV

Da prestação de serviços à comunidade

Art. 117 — A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único — As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Seção V

Da liberdade assistida

Art. 118 — A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1.º — A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2.º — A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Art. 119 — Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros;

- I — promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
- II — supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;
- III — diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
- IV — apresentar relatório do caso.

Seção VI

Do Regime de semiliberdade

Art. 120 — O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1.º — É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2.º — A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Seção VII

Da Internação

Art. 121 — A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1.º — Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2.º — A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3.º — Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4.º — Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5.º — A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6.º — Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Art. 122 — A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I — tratar-se do ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II — por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III — por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1.º — O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

§ 2.º — Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Art. 123 — A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Parágrafo único — Durante o período de internação inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.

Art. 124 — São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

- I — entrevistar-se pessoalmente com representante do Ministério Público;
- II — peticionar diretamente a qualquer autoridade;
- III — avistar-se reservadamente com seu defensor;
- IV — ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;
- V — ser tratado com respeito e dignidade;
- VI — permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;
- VII — receber visitas, ao menos semanalmente;
- VIII — corresponder-se com seus familiares e amigos;
- IX — ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
- X — habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
- XI — receber escolarização e profissionalização;
- XII — realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XIII — ter acesso aos meios de comunicação social;
- XIV — receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;
- XV — manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;
- XVI — receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

§ 1.º — Em nenhum caso haverá incomunicabilidade.

§ 2.º — A autoridade judiciária poderá suspender temporariamente a visita, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente.

Art. 125 — É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.

CAPÍTULO V

DA REMISSÃO

Art. 126 — Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único — Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Art. 127 — A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público.

TÍTULO IV

DAS MEDIDAS PERTINENTES AOS PAIS OU RESPONSÁVEL

Art. 129 — São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

- I — encaminhamento a programa oficial ou comunitário de promoção à família;
- II — inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III — encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- IV — encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- V — obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar;
- VI — obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII — advertência;

VIII — perda de guarda;

IX — destituição da tutela;

X — suspensão ou destituição do pátrio poder.

Parágrafo único — Na aplicação das medidas previstas, nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.

Art. 130 — Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

TÍTULO V

DO CONSELHO TUTELAR

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 131 — O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definido nesta Lei.

Art. 132 — Em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, eleitos pelos cidadãos locais para mandato de três anos, permitida uma reeleição.

Art. 133 — Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos:

- I — reconhecida idoneidade moral;
- II — idade superior a vinte e um anos;
- III — residir no município.

Art. 134 — Lei Municipal disporá sobre local, dia e horário de funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive quanto a eventual remuneração de seus membros.

Parágrafo único — Constará da Lei Orçamentária Municipal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar.

Art. 135 — O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.

CAPÍTULO II

DAS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO

Art. 136 — São atribuições do Conselho Tutelar:

- I — atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;
- II — atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;
- III — promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:
 - a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;
 - b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.
- IV — encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;
- V — encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;
- VI — providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;
- VII — expedir notificações;
- VIII — requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;
- IX — assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
- X — representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3.º, inciso II da Constituição Federal;
- XI — representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.

Art. 137 — As decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse.

CAPÍTULO III

DA COMPETÊNCIA

Art. 138 — Aplica-se ao Conselho Tutelar a regra de competência constante do art. 147.

CAPÍTULO IV

DA ESCOLHA DOS CONSELHEIROS

Art. 139 — O processo eleitoral para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a presidência de Juiz eleitoral e a fiscalização do Ministério Público.

CAPÍTULO V

DOS IMPEDIMENTOS

Art. 140 — São impedidos de servir no mesmo Conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado.

Parágrafo único — Estende-se o impedimento do conselheiro, na forma deste artigo, em relação à autoridade judiciária e ao representante do Ministério Público com atuação na Justiça da Infância e da Juventude, em exercício na Comarca, Foro Regional ou Distrital.

TÍTULO VI
DO ACESSO À JUSTIÇA

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 141 — É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

§ 1.º — A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.

§ 2.º — As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvadas a hipótese de litigância de má fé.

Art. 142 — Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único — A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

Art. 143 — É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.

Parágrafo único — Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência.

Art. 144 — A expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade.

CAPÍTULO II

DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Seção I

Disposições Gerais

Art. 145 — Os Estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantão.

Seção II

Do Juiz

Art. 146 — A autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o Juiz que exerce essa função, na forma da Lei da Organização Judiciária local.

Art. 147 — A competência será determinada:

I — pelo domicílio dos pais ou responsável;

II — pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

§ 1.º — Nos casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, contingência e prevenção.

§ 2.º — A execução das medidas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente.

§ 3.º — Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas as transmissões ou retransmissões do respectivo Estado.

Art. 148 — A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

I — conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescentes, aplicando medidas cabíveis;

- II — conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;
- III — conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;
- IV — conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado disposto no art. 209;
- V — conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;
- VI — aplicar penalidades administrativas nos casos de infração contra norma de proteção a criança ou adolescentes;
- VII — conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Parágrafo único — Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

- a) conhecer de pedido de guarda e tutela;
- b) conhecer de ações de destituição do pátrio poder, perda ou modificação da tutela ou guarda;
- c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento;
- d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder;
- e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais;
- f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses da criança ou adolescente;
- g) conhecer de ações de alimentos;
- h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito.

Art. 149 — Competente à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

- I — a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:
 - a) estádio, ginásio ou campo desportivo;
 - b) bailes ou promoções dançantes;
 - c) boate ou congêneres;
 - d) casa que explore comercialmente diversões electrónicas;
 - e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão;
- II — a participação de criança e adolescente em:
 - a) espetáculos públicos e seus ensaios;
 - b) certames de beleza.

§ 1.º — Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de criança e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2.º — As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Seção III

Dos serviços auxiliares

Art. 150 — Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151 — Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação a autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

CAPÍTULO III

DOS PROCEDIMENTOS

Seção I

Disposições Gerais

- Art. 152 — Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.
- Art. 153 — Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento, previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.
- Art. 154 — Aplica-se às multas o disposto no art. 214.

Seção II

Da perda e da suspensão do pátrio poder

- Art. 155 — O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.
- Art. 156 — A petição inicial indicará:
- I — a autoridade judiciária a que for dirigida;
 - II — o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido, dispensada a qualificação em se tratando de pedido formulado por representante do Ministério Público;
 - III — a exposição sumária do fato e o pedido;
 - IV — as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos.
- Art. 157 — Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiada a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

Art. 158 — O requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos.

Parágrafo único — Deverão ser esgotados todos os meios para a citação pessoal.

Art. 159 — Se o requerido não tiver possibilidade de constituir advogado, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, poderá requerer, em cartório, que lhe seja nomeado dativo, ao qual incumbirá a apresentação de resposta, contando-se o prazo a partir da intimação do despacho de nomeação.

Art. 160 — Sendo necessário, a autoridade judiciária requisitará de qualquer repartição ou órgão público a apresentação de documento que interesse à causa, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público.

Art. 161 — Não sendo contestado o pedido, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, decidindo em igual prazo.

§ 1.º — Havendo necessidade, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de estudo social, ou perícia por equipe interprofissional, bem como a oitiva de testemunhas.

§ 2.º — Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente.

Art. 162 — Apresentada a resposta, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, designando, desde logo, a audiência de instrução e julgamento.

§ 1.º — A requerimento de qualquer das partes, do Ministério Público, ou de ofício, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional.

§ 2.º — Na audiência, presentes as partes e o Ministério Público, serão ouvidas as testemunhas, colhendo-se oralmente o parecer técnico, salvo quando apresentado por escrito, manifestando-se sucessivamente o requente, o requerido e o Ministério Público, pelo tempo de vinte minutos cada um, prorrogável por mais dez. A decisão será proferida na audiência, podendo a autoridade judiciária, excepcionalmente, designar data para sua leitura no prazo máximo de cinco dias.

Art. 163 — A sentença que decretar a perda ou a suspensão do pátrio poder será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente.

Seção III

Da destituição da tutela

Art. 164 — Na destituição da tutela, observar-se-á o procedimento para a remoção do tutor previsto na lei processual civil e, no que couber, o disposto na seção anterior.

Seção IV

Da colocação em família substituta

Art. 165 — São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

- I — qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;
- II — indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;
- III — qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;
- IV — indicação do cartório onde foi inscrito, nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;
- V — declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

Parágrafo único — Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos.

Art. 166 — Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes.

Parágrafo único — Na hipótese de concordância dos pais, eles serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.

Art. 167 — A autoridade judiciária, de ofício ou requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.

Art. 168 — Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.

Art. 169 — Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas seções II e III deste capítulo.

Parágrafo único — A perda ou a modificação da guarda poderá ser decretada nos mesmos autos do procedimento, observado o disposto no art. 35.

Art. 170 — Concedida a guarda ou a tutela, observar-se-á o disposto no art. 32, e, quanto à adoção, o contido no art. 47.

Seção V

Da apuração de ato infracional atribuído a adolescente

Art. 171 — O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.

Art. 172 — O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente.

Parágrafo único — Havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em coautoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto a repartição policial própria.

Art. 173 — Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único e 107, deverá:

- I — lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;
- II — apreender o produto e os instrumentos da infração;
- III — requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Parágrafo único — Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada.

Art. 174 — Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Art. 175 — Em caso de não-liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

§ 1.º — Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2.º — Nas localidades onde não houve entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. A falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

Art. 176 — Sendo o adolescente liberado, a autoridade policial encaminhará imediatamente ao representante do Ministério Público cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

Art. 177 — Se, afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público relatório das investigações e demais documentos.

Art. 178 — O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco a sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade.

Art. 179 — Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente a sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único — Em caso de não-apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das Polícias Civil e Militar.

Art. 180 — Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

- I — promover o arquivamento dos autos;
- II — conceder a remissão;
- III — representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.

Art. 181 — Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1.º — Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2.º — Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

Art. 182 — Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

§ 1.º — A representação será oferecida por petição, que conterà o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

§ 2.º — A representação independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade.

Art. 183 — O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias.

Art. 184 — Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo.

§ 1.º — O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado.

§ 2.º — Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente.

§ 3.º — Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação.

§ 4.º — Estando o adolescente internado, será requisitado a sua apresentação, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável.

Art. 185 — A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.

§ 1.º — Inexistindo na comarca entidade com as características definidas no art. 123, o adolescente deverá ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima.

§ 2.º — Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade.

Art. 186 — Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

§ 1.º — Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão.

§ 2.º — Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligência e estudo do caso.

§ 3.º — O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas.

§ 4.º — Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

Art. 187 — Se o adolescente, devidamente notificado, não comparecer, injustificadamente à audiência de apresentação, à autoridade judiciária designará nova data, determinando sua condução coercitiva.

Art. 188 — A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.

Art. 189 — A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:

- I — estar provada a inexistência do fato;
- II — não haver prova da existência do fato;
- III — não constituir o fato ato infracional;
- IV — não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

Parágrafo único — Na hipótese deste artigo, estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade.

Art. 190 — A intimação da sentença que aplicar medida de internação ou regime de semi-liberdade será feita:

- I — ao adolescente e ao seu defensor;
- II — quando não for encontrado o adolescente, a seus pais ou responsável, sem prejuízo do defensor.

§ 1.º — Sendo outra a medida aplicada, a intimação far-se-á unicamente na pessoa do defensor.

§ 2.º — Recaindo a intimação na pessoa do adolescente, deverá este manifestar se deseja ou não recorrer da sentença.

Seção VI

Da apuração de irregularidade em entidade de atendimento

Art. 191 — O procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos.

Parágrafo único — Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada.

Art. 192 — O dirigente da entidade será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, podendo juntar documentos e indicar as provas a produzir.

Art. 193 — Apresentada ou não a resposta, e sendo necessário, a autoridade judiciária designará audiência de instrução e julgamento, intimando as partes.

- § 1.º — Salvo manifestação em audiência, as partes e o Ministério Público terão cinco dias para oferecer alegações finais, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.
- § 2.º — Em se tratando de afastamento provisório ou definitivo de dirigente de entidade governamental, a autoridade judiciária oficiará à autoridade administrativa imediatamente superior ao afastado, marcando prazo para a substituição.
- § 3.º — Antes de aplicar qualquer das medidas, a autoridade judiciária poderá fixar prazo para a remoção das irregularidades verificadas. Satisfeitas as exigências, o processo será extinto, sem julgamento de mérito.
- § 4.º — A multa e a advertência serão impostas ao dirigente da entidade ou programa de atendimento.

Seção VII

Da apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente

- Art. 194 — O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível.
- § 1.º — No procedimento iniciado com o auto de infração, poderão ser usadas fórmulas impressas, especificando-se a natureza e as circunstâncias da infração.
- § 2.º — Sempre que possível, à verificação da infração seguir-se-á a lavratura do auto, certificando-se, em caso contrário, dos motivos do retardamento.
- Art. 195 — O requerido terá prazo de dez dias para apresentação de defesa, contado da data da intimação, que será feita:
- I — pelo autuante, no próprio auto, quando este for lavrado na presença do requerido;
 - II — por oficial de justiça ou funcionário legalmente habilitado que entregará cópia do auto ou da representação ao requerido, ou a seu representante legal, lavrando certidão;
 - III — por via postal, com aviso de recebimento, se não for encontrado o requerido ou seu representante legal;
 - IV — por edital, com prazo de trinta dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do requerido ou de seu representante legal.

Art. 196 — Não sendo apresentada a defesa no prazo legal, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo.

Art. 197 — Apresentada a defesa, a autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior, ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único — Colhida a prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença.

CAPÍTULO IV

DOS RECURSOS

Art. 198 — Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

- I — os recursos serão interpostos independentemente de preparo;
- II — em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias;
- III — os recursos terão preferência de julgamento e dispensarão revisor;
- IV — o agravado será intimado para, no prazo de cinco dias, oferecer resposta e indicar as peças a serem trasladadas;
- V — será de quarenta e oito horas o prazo para a extração, a conferência e o conserto do traslado;
- VI — a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;
- VII — antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias;

VIII — mantida a decisão apelada ou agravada, o escrivão remeterá os autos ou o instrumento à superior instância dentro de vinte e quatro horas, independentemente de novo pedido do recorrente; se a reformar, a remessa dos autos dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação.

Art. 199 — Contra as decisões proferidas com base no art. 149 caberá recurso de apelação.

CAPÍTULO V

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 200 — As funções do Ministério Público, previstas nesta Lei, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica.

Art. 201 — Compete ao Ministério Público:

- I — conceder a remissão como forma de exclusão do processo;
- II — promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes;
- III — promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiões, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;
- IV — promover, de officio ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipotecas do art. 98;
- V — promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3.º, inciso II, da Constituição Federal;
- VI — instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los
 - a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;

- b) requisitar, informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;
 - c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;
- VII — instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude;
- VIII — zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;
- IX — impetrar mandato de segurança, de injunção e “habeas corpus”, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente;
- X — representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível;
- XI — inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidade porventura verificadas;
- XII — requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições.
- § 1.º — A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e esta Lei.
- § 2.º — As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público.
- § 3.º — O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente.
- § 4.º — O representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.
- § 5.º — Para o exercício da atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público:
- a) reduzir a termos as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência;
 - b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados;

c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação.

Art. 202 — Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipótese em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos e requerer diligências, usando os recursos cabíveis.

Art. 203 — A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

Art. 204 — A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

Art. 205 — As manifestações processuais do representante do Ministério Público deverão ser fundamentadas.

CAPÍTULO VI

DO ADVOGADO

Art. 206 — A criança ou o adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.

Parágrafo único — Será prestada assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitarem.

Art. 207 — Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor.

§ 1.º — Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência.

§ 2.º — A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato.

§ 3.º — Será dispensada a autorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sido constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.

CAPÍTULO VII

DA PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS

Art. 208 — Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

- I — do ensino obrigatório;
- II — de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
- III — de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- IV — de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- V — de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;
- VI — de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;
- VII — de acesso às ações e serviços de saúde;
- VIII — de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único — As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

Art. 209 — As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.

Art. 210 — Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

- I — o Ministério Público;
- II — a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios;
- III — as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1.º — Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2.º — Em caso de disistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa.

Art. 211 — Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Art. 212 — Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

§ 1.º — Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil.

§ 2.º — Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da Lei do mandado de segurança.

Art. 213 — Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1.º — Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 2.º — O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixado prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3.º — A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Art. 214 — Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

§ 1.º — As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

§ 2.º — Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Art. 215 — O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte.

Art. 216 — Transitada em julgado a sentença que impuser condenação ao Poder Público, o juiz determinará a remessa de peças à autoridade competente, para apuração da responsabilidade civil e administrativa do agente a que se atribua a ação ou omissão.

Art. 217 — Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

Art. 218 — O juiz condenará a associação autora a pagar ao réu os honorários advocatícios arbitrados na conformidade do § 4.º do art. 20 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, quando reconhecer que a pretensão é manifestamente infundada.

Parágrafo único — Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, sem prejuízo de responsabilidade por perdas e danos.

Art. 219 — Nas ações de que trata este Capítulo, não haverá adiantamento de custos, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas.

Art. 220 — Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, prestando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto de ação civil, e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 221 — Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimentos de fatos que possam ensejar a propositura de ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 222 — Para instruir a petição inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, que serão fornecidas no prazo de quinze dias.

Art. 223 — O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1.º — Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação

cível, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2.º — Os autos do inquérito civil ou as peças de informação arquivados serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de três dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 3.º — Até que seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4.º — A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 5.º — Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 224 — Aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

TÍTULO VII

DOS CRIMES E DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

CAPÍTULO I

DOS CRIMES

Seção I

Disposições Gerais

Art. 225 — Este Capítulo dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal.

Art. 226 — Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes aos Código de Processo Penal.

Art. 227 — Os crimes definidos nesta Lei são de ação pública incondicionada.

Seção II

Dos Crimes em Espécie

Art. 228 — Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato:

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único — Se o crime é culposo:

Pena — detenção de dois a seis meses, ou multa.

Art. 229 — Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único — Se o crime é culposo:

Pena — detenção de dois a seis meses, ou multa.

Art. 230 — Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão se, estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente:

Pena — detenção de seis meses a dois anos:

Parágrafo único — Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais.

Art. 231 — Deixar a autoridade policial responsável pela apreensão de criança ou adolescente de fazer imediata comunicação à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicado.

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Art. 232 — Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Art. 233 — Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura:

Pena — reclusão de um a cinco anos.

§ 1.º — Se resultar lesão corporal grave:

Pena — reclusão de dois a oito anos.

§ 2.º — Se resultar lesão corporal gravíssima:

Pena — reclusão de quatro a doze anos.

§ 3.º — Se resultar morte:

Pena — reclusão de quinze a trinta anos.

Art. 234 — Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação da criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão:

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Art. 235 — Descumprir, injustificadamente, prazo fixado nesta Lei em benefício de adolescente privado de liberdade:

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Art. 236 — Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei:

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Art. 237 — Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto:

Pena — reclusão de dois a seis anos e multa.

Art. 238 — Promover ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:

Pena — reclusão de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único — Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

Art. 239 — Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

Pena — reclusão de quatro a seis anos, e multa.

Art. 240 — Produzir ou dirigir representação teatral, televisiva ou película cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfico:

Pena — reclusão de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único — Incorre na mesma pena quem, nas condições referidas neste artigo, contracenar com criança ou adolescente.

Art. 241 — Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente:

Pena — reclusão de um a quatro anos.

Art. 242 — Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo:

Pena — detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 243 — Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida

Pena — detenção de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Art. 244 — Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida:

Pena — detenção de seis meses a dois anos, e multa.

CAPÍTULO II

DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 245 — Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 246 — Impedir o responsável ou funcionário de entidade de atendimento o exercício dos direitos constantes nos incisos II, III, VII, VIII e XI do art. 124 desta Lei:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 247 — Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

§ 1.º — Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

§ 2.º — Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.

Art. 248 — Deixar de apresentar à autoridade judiciária de seu domicílio, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, adolescente trazido de outra comarca para a prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência, independentemente das despesas de retorno do adolescente, se for o caso.

Art. 249 — Descumprir dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 250 — Hospedar criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsável ou sem autorização escrita destes, ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congênere:

Pena — multa de dez a cinquenta salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 251 — Transportar criança ou adolescente, por qualquer meio, com inobservância do disposto nos arts. 83, 84 e 85 desta Lei:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 252 — Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 253 — Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.

Art. 254 — Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação:

Pena — multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

Art. 255 — Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congêneres classificados pelo órgão competente como inadequado às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo:

Pena — multa de vinte a cem salários de referência; na reincidência, a autoridade poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 256 — Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente:

Pena — multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 257 — Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta Lei:

Pena — multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.

Art. 258 — Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo.

Pena — multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 259 — A União, no prazo de noventa dias contados da publicação deste Estatuto, elaborará projeto de lei dispondo sobre a criação ou adaptação de seus órgãos às diretrizes da política de atendimento fixadas no art. 88 e ao que estabelece o Título V do Livro II.

Parágrafo único — Compete aos Estados e Municípios promoverem a adaptação de seus órgãos e programas às diretrizes e princípios estabelecidos nesta Lei.

Art. 260 — Os contribuintes do imposto de renda poderão abater da renda bruta 100% (cem por cento) do valor das doações feitas aos fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, observado o seguinte:

I — limite de 10% (dez por cento) da renda bruta para pessoa física;

II — limite de 5% (cinco por cento) da renda bruta para pessoa jurídica.

§ 1.º — As deduções a que se refere este artigo não estão sujeitas a outros limites estabelecidos na legislação do imposto de renda, nem excluem ou reduzem outros benefícios ou abatimentos e deduções em vigor, de maneira especial as doações a entidades de utilidade pública.

§ 2.º — Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado, na forma de disposto no art. 227, § 3.º, VI da Constituição Federal.

Art. 261 — À falta dos Conselhos Municipais, dos Direitos da Criança e do Adolescente, os registros, inscrições e alterações a que se referem os arts. 90, parágrafo

único, e 91 desta Lei serão efetuados perante a autoridade judiciária da comarca a que pertencer a entidade.

Parágrafo único — A União fica autorizada a repassar aos Estados e Municípios, e os Estados aos Municípios, os recursos referentes aos programas e atividades previstos nesta Lei, tão logo estejam criados os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente nos seus respectivos níveis.

Art. 262 — Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária.

Art. 263 — O Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

1) Art. 121 —

§ 4.º — No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos.

2) Art. 129 —

§ 7.º — Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4.º.

§ 8.º — Aplica-se à lesão culposa o disposto § 5.º do art. 121.

3) Art. 136 —

§ 3.º — Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos.

4) Art. 213 —

Parágrafo único — Se a ofendida é menor de catorze anos:

Pena — reclusão de quatro a dez anos.

5) Art. 214 —

Parágrafo único — Se o ofendido é menor de catorze anos:

Pena — reclusão de três a nove anos.

Art. 264 — O art. 102 da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, fica acrescido do seguinte item:

“Art. 102 —

§ 6.º — a perda e a suspensão do pátrio poder.”

Art. 265 — A imprensa Nacional e demais gráficas da União, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, promoverão edição popular do texto integral deste Estatuto, que será posto à disposição das escolas e das entidades de atendimento e de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 266 — Esta Lei entra em vigor noventa dias após sua publicação.

Parágrafo único — Durante o período de vacância deverão ser promovidas atividades e campanhas de divulgação e esclarecimentos acerca do disposto nesta Lei.

Art. 267 — Revogam-se as Leis n.ºs 4.513, de 1964 e 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), e as demais disposições em contrário.

Brasília, em 13 de julho de 1990;

169.º da Independência e 102.º da República.

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

Os poderes orçamentais do Parlamento Europeu — principais problemas

José Maria de Albuquerque Calheiros 7

As fronteiras do Direito Comunitário: as situações puramente internas e a discriminação “a rebours” —

Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Novembro de 1989

Pedro Sousa e Silva 47

Reenvio prejudicial do Tribunal Fiscal Aduaneiro do Porto para o Tribunal de justiça das Comunidades Europeias (art. 177 do Tratado CEE)

77

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Sumário e texto da decisão da Comissão europeia dos Direitos do Homem na queixa de B contra Portugal

103

Estudos sobre os Direitos do Homem

La jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la Charte Sociale Européenne concernant l'entrée et la sortie des étrangers du territoire d'un État

João Madureira 123

O Conselho da Europa e a Protecção dos Direitos do Homem

Maria Luisa Duarte 191

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS —

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants —
Contribution Portugaise:

La formation et l'entraînement de la police criminelle et la lutte contre l'insécurité urbaine

M. A. Ferreira Antunes 251

Coopération internationale en matière de prévention du crime et de justice pénale dans le contexte du développement

Teresa Alves Martins 265

Projet de traité pour la prévention des crimes visant le patrimoine culturel meuble des peuples

Álvaro de Almeida e Cunha 293

Administration de la justice et développement de politiques du prononcé des peines	<i>Maria do Carmo Costa</i> <i>Maria José de Matos</i>	305
Le système pénal portugais et les règles de Tokyo	<i>Maria do Carmo Costa</i>	315
Les principes fondamentaux pour le traitement des détenus	<i>Maria José de Matos</i>	339
Prévention et lutte contre le crime organisé	<i>Fátima Viegas</i>	347
Mesures contre le terrorisme international	<i>Otilia Veiga</i>	363
Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes de Riyad)	<i>Miguel de Almeida Andrade</i> <i>Felicidade Reis Rodrigues</i> <i>Henrique de Freitas</i>	379
Règles des Nations Unies pour le traitement des mineurs privés de liberté	<i>Fátima Henriques</i>	421
Protection des droits de l'Homme des victimes de la criminalité et d'abus de pouvoir	<i>Cristina Domingues</i> <i>Luís Nogueira</i>	439
Traité-type relatif au transfert de la surveillance de délinquants, condamnés ou libérés sous condition	<i>Jorge Simão</i>	469

DOCUMENTAÇÃO

Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei Brasileira
(Lei N.º 8069 de 13 de Julho de 1990)

477

Composto
e impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
Lisboa